

THÔNG RA MÔT K

11(355)

2017

NM TH 46

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TR N V N BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. OÀO TR C
PGS.TS. B XUAN C
PGS.TS. PHOM HONG H
PGS.TS. TR N NH H
PGS.TS. HÀ TH MAI H N
PGS.TS. PHOM H U NGH
PGS.TS. NGUYỄN NH PH T
PGS.TS. L MINH THẮNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG T N
GS.TS. V KH NH VINH
PGS.TS. NH NG C V C

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

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

**Giấy phép ho t 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

LY LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- ❖ NGUYỄN ĐỨC MINH – VŨ THU: Tư tưởng Hồ Chí Minh về xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam 3

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ MAI THỊ MINH NGỌC: Tác động của hiệp thương tới các cuộc bầu cử ở Việt Nam 12

- ❖ ĐẶNG CÔNG THÀNH: Một số nội dung trong Luật Quản lý ngoại thương liên quan đến thẩm quyền của cơ quan hải quan 19

LUẬT KINH TẾ, LUẬT LAO ĐỘNG

- ❖ LÊ NGỌC ANH: Pháp luật Việt Nam về giải thể doanh nghiệp – Thực trạng và phương hướng hoàn thiện 22

- ❖ NGUYỄN TOÀN THẮNG – PHẠM QUÝ ĐẠT: Khung pháp lý về doanh nghiệp xã hội – Thực tiễn các nước và Việt Nam 34

- ❖ TRẦN THẮNG LONG – PHẠM HOÀI HUẤN: Vấn đề miễn trừ đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh: Một vài góp ý hoàn thiện Dự thảo Luật Cạnh tranh 46

- ❖ LÊ THỊ HOÀI THU: Bảo vệ quyền của người lao động di trú khi Việt Nam tham gia các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới 56

QUYỀN CON NGƯỜI

- ❖ TRƯƠNG HỒNG QUANG: Một số vấn đề đặt ra trong thực tiễn thi hành pháp luật về quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính tại Việt Nam 65

TƯ PHÁP QUỐC TẾ

- ❖ NGUYỄN ĐỨC VIỆT: Tập quán quốc tế trong hệ thống nguồn của Tư pháp quốc tế Việt Nam 77

MONTHLY ISSUE

11(355)

2017

46TH 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 – VU THU: Ho Chi Minh's Ideology on Building up a Rule-of-Law State in Vietnam 3

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

- ❖ MAI THI MINH NGOC: Effects of Consensus-oriented Exchange of View and Negotiation Meetings on Election in Vietnam 12

- ❖ DANG CONG THANH: Some Issues Relating to Customs Agency Competence in the Law on Foreign Trade Management 19

ECONOMIC LAW, LABOUR LAW

- ❖ LE NGOC ANH: Vietnam's Laws and Regulations on Enterprise Dissolving – Practical Issues and Solutions 22

- ❖ NGUYEN TOAN THANG – PHAM QUY DAT: Legal Framework for Social Enterprises – Practical Issues in Some Countries and Vietnam 34

- ❖ TRAN THANG LONG – PHAM HOAI HUAN: Exemption for Anti-competitive Agreements: Comments to Improve the Draft Law on Competition 46

- ❖ LE THI HOAI THU: Protecting Migrant Workers When Vietnam Joins New Generation Free Trade Agreements 56

HUMAN RIGHTS

- ❖ TRUONG HONG QUANG: Legal Issues in the Enforcement of LGBTI Rights in Vietnam 65

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

- ❖ NGUYEN DUC VIET: International Customary Law in the Sources of Private International Law 77

TƯ TƯỞNG HỒ CHÍ MINH VỀ XÂY DỰNG NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN Ở VIỆT NAM

*Nguyễn Đức Minh**
*Vũ Thư***

Tóm tắt: Bài viết trình bày và phân tích nhận thức, quan điểm của Chủ tịch Hồ Chí Minh về nhà nước pháp quyền và sự thể hiện của tư tưởng đó trong: Xây dựng Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân; tổ chức và hoạt động của Nhà nước trên cơ sở hiến pháp; đề cao pháp quyền và tính tối thượng của Hiến pháp, luật; sự thực hành dân chủ của Nhà nước; Nhà nước tôn trọng, bảo đảm, bảo vệ quyền con người; chủ quyền nhân dân và kiểm soát quyền lực nhà nước; sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản đối với Nhà nước.

Abstract: This paper presents and analyses the understanding and ideology of President Ho Chi Minh on a rule-of-law State and its expression in: building up a State of the people, by the people, for the people; organisation and activities of the State on the basis of the Constitution; high appreciation of the rule of law and supremacy of the Constitution; democracy conducted the State; human right respect, protection and assurance by the State; people's power and the control of State power; the leading role of the Communist Party with respect to the State.

Thuật ngữ nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa lần đầu tiên được nhắc đến trong văn kiện của Đảng Cộng sản Việt Nam, tại Hội nghị lần thứ II, Ban chấp hành Trung ương khóa VII, ngày 29/11/1991¹. Sau đó thuật ngữ nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa được Đảng Cộng sản Việt Nam sử dụng chính thức tại Hội nghị đại biểu toàn quốc của Đảng giữa nhiệm kỳ khóa VII (1994)². Đến năm 2001,

nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa được thể chế hóa trong Nghị quyết số 51/2001/QH10 của Quốc hội về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 1992.

Dù không được Chủ tịch Hồ Chí Minh sử dụng nhưng trong tư tưởng của Người vẫn phản ánh rất rõ nhận thức và quan điểm về Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân, về pháp quyền, dân chủ, quyền con người - những yếu tố và giá trị cốt lõi của Nhà nước pháp quyền³. Tư tưởng của

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

Bài viết được thực hiện 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 Nguyễn Duy Quý, *Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam - Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Tạp chí Cộng sản số 96, 2005.

² Nguyễn Thị Báo, *Tuân thủ nguyên tắc pháp quyền trong quá trình xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, bản điện tử <http://tcdcpl.moj.gov>

.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=136, truy cập ngày 20/5/2017.

³ Cùng nhận xét, Trần Ngọc Uẩn, *Tư tưởng Chủ tịch Hồ Chí Minh về nhà nước pháp quyền với việc xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của dân, do dân, vì dân*, Di sản Hồ Chí Minh trong thời đại ngày nay, kỷ yếu hội thảo khoa học quốc tế kỷ niệm 120 năm ngày sinh Chủ tịch Hồ Chí

Chủ tịch Hồ Chí Minh về nhà nước pháp quyền là sự kết hợp giữa nhận thức về chủ nghĩa Mác-Lênin với tiếp thu các tư tưởng tiên bộ của nhân loại, sự trải nghiệm thực tiễn chính trị ở các nước Mỹ, Anh, Pháp, Liên Xô, thực tiễn đấu tranh giải phóng dân tộc, phát triển đất nước. Tư tưởng pháp quyền của Chủ tịch Hồ Chí Minh không chỉ được thể hiện trong các bài viết, các bài phát biểu, trong các văn kiện quan trọng do Người trực tiếp chỉ đạo xây dựng và ban hành mà cả trong hành động thực tiễn trên cương vị là lãnh đạo cao nhất của Đảng và Nhà nước. Tư tưởng của Chủ tịch Hồ Chí Minh về nhà nước pháp quyền còn thể hiện rất rõ trong cuộc sống giản dị, nhân ái, tôn trọng nhân dân, gần gũi với nhân dân, phấn đấu, cống hiến, hy sinh vì sự nghiệp giải phóng dân tộc.

Tư tưởng của Chủ tịch Hồ Chí Minh về nhà nước pháp quyền cho thấy rất rõ ở những nhận thức và quan điểm sau đây:

1. Xây dựng Nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân

a) Nhà nước của dân trong tư tưởng Hồ Chí Minh

Trong tư tưởng Hồ Chí Minh, nhân dân là chủ thể tối cao và duy nhất của quyền lực nhà nước. Nhân dân là người tổ chức ra các cơ quan quyền lực nhà nước. Toàn bộ quyền lực nhà nước đều bắt nguồn từ nhân dân. Nhân dân ủy quyền cho bộ máy nhà nước thực hiện quyền lực của mình và phụng sự cho lợi ích của nhân dân. Năm 1949, khi bàn về công tác dân vận, Người đã viết: “Nước ta là nước dân chủ... Bao nhiêu quyền hạn đều của dân”⁴; “Nói tóm lại,

quyền hành và lực lượng đều ở nơi dân”⁵. “Ở nước ta, chính quyền là của nhân dân, do nhân dân làm chủ”⁶. Trong phát biểu tại buổi tiếp đại biểu nhân dân thành phố Hà Nội ngày 16/10/1954, Chủ tịch Hồ Chí Minh tiếp tục khẳng định: “Chế độ ta là chế độ dân chủ. Nhân dân là chủ”⁷. Trong Diễn văn khai mạc kỳ họp thứ nhất Quốc hội khoá I nước Việt Nam Dân chủ Cộng hoà, Người nói: “...các đại biểu trong Quốc hội này không phải đại diện cho một đảng phái nào mà là đại biểu cho toàn thể quốc dân Việt Nam”. “...Quốc hội ta là Quốc hội của toàn dân, được bầu ra theo luật tuyển cử rất dân chủ: Tự do, phổ thông, bỏ phiếu kín...”. Trong lời phát biểu tại phiên bế mạc kỳ họp thứ tư Quốc hội khoá I, Người nhấn mạnh: “Chính phủ phải là người đầy tớ trung thành của nhân dân. Chính phủ chỉ có một mục đích duy nhất là: Hết lòng, hết sức phụng sự Tổ quốc, phục vụ nhân dân”⁸.

Trong tư tưởng Hồ Chí Minh, một nhà nước của dân là nhà nước chịu sự kiểm tra, giám sát của nhân dân. Chủ tịch Hồ Chí Minh viết: “Chính phủ rất mong đồng bào giúp đỡ, đôn đốc, kiểm soát và phê bình để làm tròn nhiệm vụ của mình là người đầy tớ trung thành tận tụy của nhân dân”⁹.

b) Nhà nước do dân trong tư tưởng Hồ Chí Minh

Nhà nước do dân là nhà nước do nhân dân tổ chức ra. Khi nói về ý nghĩa của Tổng tuyển cử, Hồ Chí Minh cho rằng: “Do Tổng tuyển cử mà toàn dân bầu ra Quốc hội. Quốc hội sẽ cử ra Chính phủ.

Minh (19/5/1989-19/5/2010), Nxb. Chính trị - Hành chính, Hà Nội, 2010.

⁴ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 5, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 696.

⁵ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 5, tldd, tr. 696.

⁶ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 218.

⁷ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tldd, tr. 368.

⁸ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tldd, tr. 499.

⁹ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tldd, tr. 361-362.

Chính phủ đó thật là Chính phủ của toàn dân”¹⁰. Trong Lời kêu gọi quốc dân đi bỏ phiếu, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã viết: “Ngày mai, dân ta sẽ tự do lựa chọn và bầu ra những người xứng đáng thay mặt cho mình và gánh vác việc nước”¹¹.

c) Nhà nước vì dân trong tư tưởng Hồ Chí Minh

Chủ tịch Hồ Chí Minh thường xuyên nói đến Nhà nước phục vụ nhân dân. Năm 1945, Bác đề cập: “Ta cũng có thể nói: Chính phủ là công bộc của dân vậy. Các công việc Chính phủ làm phải nhằm vào một mục đích duy nhất là mưu tự do hạnh phúc cho mọi người. Cho nên Chính phủ nhân dân bao giờ cũng phải đặt quyền lợi dân lên trên hết thảy. Việc gì có lợi cho dân thì làm. Việc gì có hại cho dân thì phải tránh”¹². Chủ tịch thường quán triệt: “Muốn cho dân yêu, muốn được lòng dân, việc gì có lợi cho dân phải hết sức làm, việc gì có hại cho dân phải hết sức tránh”¹³; “Nói tóm lại, muốn được dân yêu, muốn được lòng dân, trước hết phải yêu dân, phải đặt quyền lợi của dân trên hết thảy, phải có một tinh thần chí công vô tư”¹⁴.

Nhà nước có trách nhiệm chăm nom đời sống của nhân dân và phải chịu trách nhiệm trước dân. Trong bài nói chuyện tại Hội nghị sản xuất cứu đói, Người nói: “Chính sách của Đảng và Chính phủ là phải hết sức chăm nom đến đời sống của nhân dân. Nếu dân đói, Đảng và Chính phủ có lỗi; nếu dân rét là Đảng và Chính phủ có lỗi; nếu dân dốt là Đảng và Chính phủ có lỗi; nếu dân ốm là

Đảng và Chính phủ có lỗi. Vì vậy, cán bộ Đảng và chính quyền từ trên xuống dưới, đều phải hết sức quan tâm đến đời sống của nhân dân”¹⁵.

Tư tưởng về một nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân thể hiện rất rõ không chỉ trong quan điểm mà cả trong hành động của Chủ tịch Hồ Chí Minh. Chủ tịch Hồ Chí Minh là một tấm gương trong sáng, thể hiện rõ nét đạo đức của một con người suốt đời phấn đấu, hy sinh vì dân, vì nước. Người đã khước từ mọi hình thức ưu đãi dành cho người có công khai quốc. Năm 1945, 118 chủ tịch các ủy ban nhân dân và tất cả các giới đại biểu làng xã công bố một bản kiến nghị: “Yêu cầu Cụ Hồ Chí Minh được miễn phải ứng cử trong cuộc tổng tuyển cử sắp tới vì Cụ đã được toàn dân suy tôn làm Chủ tịch vĩnh viễn của nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa”. Chủ tịch Hồ Chí Minh đã từ chối tiếp nhận đề xuất đó: “Tôi là một công dân của nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa nên tôi không vượt khỏi thể lệ của Tổng tuyển cử đã định”. Ở cương vị của Chủ tịch nước, Bác đã thể hiện rõ quan điểm và lời hứa “Tôi tuyệt nhiên không ham muốn công danh phú quý chút nào. Bây giờ phải gánh vác chức Chủ tịch là vì đồng bào ủy thác thì tôi phải gắng làm, cũng như một người lính vâng lệnh quốc dân ra trước mặt trận”¹⁶.

2. Nhà nước tổ chức và hoạt động trên cơ sở Hiến pháp

Ngay trong phiên họp đầu tiên của Chính phủ ngày 03/9/1945, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã đề ra sáu nhiệm vụ cấp bách của Chính phủ, trong đó có nhiệm vụ xây dựng

¹⁰ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 351.

¹¹ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, tldd, tr. 363.

¹² Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, tldd, tr. 30.

¹³ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, tldd, tr. 55.

¹⁴ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, tldd, tr. 56.

¹⁵ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tldd, tr. 572.

¹⁶ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 381.

Hiến pháp. Điều này cho thấy, Người đã hiểu rất rõ vai trò và giá trị của Hiến pháp. Chủ tịch Hồ Chí Minh chỉ rõ: “Trước chúng ta đã bị chế độ quân chủ chuyên chế cai trị, rồi đến chế độ thực dân không kém phần chuyên chế, nên nước ta không có Hiến pháp. Nhân dân ta không được hưởng quyền tự do dân chủ. Chúng ta phải có một Hiến pháp dân chủ”¹⁷. Chủ tịch Hồ Chí Minh cho rằng: “Tính chất Nhà nước là vấn đề cơ bản của Hiến pháp. Đó là vấn đề nội dung giai cấp của chính quyền”. Vì vậy, trong tư tưởng Hồ Chí Minh “Chính quyền về tay ai và phục vụ quyền lợi của ai? Điều đó quyết định toàn bộ nội dung của Hiến pháp...”.

Trên cơ sở Sắc lệnh số 34/SL ngày 20/9/1945, một Ủy ban dự thảo Hiến pháp cho nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa đã được thành lập¹⁸. Sau hai tháng tích cực chuẩn bị, tháng 11/1945 bản dự thảo được công bố cho toàn dân thảo luận. Ngày 02/3/1946, Chính phủ đã trình bày bản dự thảo Hiến pháp trước Quốc hội¹⁹. Để thực hiện nhiệm vụ lập hiến, Quốc hội Khóa I Kỳ họp thứ nhất đã thành lập Tiểu ban Hiến pháp để nghiên cứu bản dự thảo đó. Đồng thời, Ủy ban kiến quốc của Chính phủ cũng đã tự nghiên cứu và đưa ra một bản dự thảo. Căn cứ vào bản dự thảo của Chính phủ đã đưa ra, đối chiếu với bản dự thảo của Ủy ban kiến quốc, tập hợp những kiến nghị

phong phú của toàn dân và tham khảo kinh nghiệm về Hiến pháp các nước ở Âu-Á, Tiểu ban đã soạn thảo bản dự thảo Hiến pháp²⁰. Tại kỳ họp thứ 2 Quốc hội Khóa I, bản dự thảo Hiến pháp đã được đưa ra thảo luận và được chính thức thông qua vào ngày 09/11/1946. Những sự kiện như vậy cho thấy sự khẩn trương, quyết liệt của Chủ tịch Hồ Chí Minh, Quốc hội, Chính phủ trong việc xây dựng Hiến pháp năm 1946.

Sau khi Hiến pháp năm 1946 được Quốc hội thông qua, Chủ tịch Hồ Chí Minh đánh giá đây là “Bản Hiến pháp đầu tiên trong lịch sử nước nhà, là một vết tích lịch sử Hiến pháp đầu tiên trong cõi Á Đông”²¹.

Hiến pháp năm 1946 đã phản ánh bản chất dân chủ, nhân văn của Nhà nước. Có thể coi Hiến pháp 1946 là một “bản khế ước” kết tinh và phản ánh những nhận thức và nguyện vọng phổ biến của nhân dân ở thời điểm đó. Theo đánh giá của một số nhà khoa học, Hiến pháp 1946 là “bản Hiến pháp dân chủ, tiên bộ không kém bất kỳ bản hiến pháp nào trên thế giới”²²; “bản hiến

¹⁷ Trích theo bài viết về lịch sử lập hiến Việt Nam, công bố trên trang điện tử của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, <http://www.mattran.org.vn/home/DatnuocVN/VietNam/CHXHCVN1.htm>, truy cập ngày 20/5/2017.

¹⁸ Ủy ban dự thảo Hiến pháp đã được thành lập gồm có Hồ Chí Minh, Vĩnh Thụy (tên của vua Bảo Đại sau khi thoái vị), Đặng Thai Mai, Vũ Trọng Khánh, Lê Văn Hiến, Nguyễn Lương Bằng, Đặng Xuân Khu.

¹⁹ Trích lại của <http://www.mattran.org.vn/home/DatnuocVN/VietNam/CHXHCVN1.htm>, tài liệu đã dẫn ở trên.

²⁰ Quốc hội, *Lịch sử Quốc hội Việt Nam (1946-1960)* - Tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000. Tài liệu có thể lấy về từ <http://quochoi.vn/tulieuquochoi/anpham/Pages/anpham.aspx?ItemID=33>, truy cập ngày 20/5/2017.

²¹ Trích theo: Quốc hội, *Lịch sử Quốc hội Việt Nam (1946-1960)* - Tập 1, tài liệu đã dẫn ở trên. Coi Hiến pháp năm 1946 là Hiến pháp đầu tiên của dân tộc và cũng là bản Hiến pháp dân chủ đầu tiên của khu vực Đông Nam Á: Văn phòng Quốc hội, *Phát huy những giá trị lịch sử, chính trị, pháp lý của Hiến pháp 1946 trong sự nghiệp đổi mới hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, tài liệu đã dẫn ở trên, tr. 56.

²² Ngô Đức Mạnh, Báo cáo đề dân hội thảo “Phát huy những giá trị chính trị, pháp lý của Hiến pháp 1946 trong sự nghiệp đổi mới hiện nay”, trong: Văn phòng Quốc hội, *Phát huy những giá trị lịch sử, chính trị, pháp lý của Hiến pháp 1946 trong sự nghiệp đổi mới hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, tài liệu đã dẫn ở trên, tr. 60.

văn dân chủ vào loại bậc nhất Đông Nam châu Á lúc bấy giờ”²³.

Hiến pháp năm 1946 đặt nền móng cho sự thiết lập các thiết chế của một bộ máy nhà nước dân chủ. Lần đầu tiên trong lịch sử Việt Nam, một Nhà nước dân chủ nhân dân được thành lập với hình thức chính thể cộng hòa (xem Điều thứ 1). Các thiết chế của bộ máy nhà nước được quy định ở Chương III (Nghị viện nhân dân), Chương IV (Chính phủ), Chương V (Hội đồng nhân dân và Ủy ban hành chính), Chương VI (Cơ quan tư pháp).

Sau Hiến pháp năm 1946, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã trực tiếp chỉ đạo soạn thảo Hiến pháp năm 1959. Người đã ký ban hành 613 sắc lệnh, trong đó có 243 sắc lệnh liên quan đến bộ máy nhà nước.

3. Đề cao pháp quyền và tính tối thượng của Hiến pháp, luật

Thượng tôn pháp luật, quản lý xã hội bằng pháp luật và cán bộ thi hành công vụ phải đặt dưới sự kiểm soát của pháp luật là nét lớn trong tư tưởng Hồ Chí Minh. Chủ tịch Hồ Chí Minh đã có quan điểm rất sớm về pháp quyền. Năm 1919, trong văn bản “Yêu sách của nhân dân An Nam” gửi tới Hội nghị Véc-xây, Nguyễn Ái Quốc (tức Chủ tịch Hồ Chí Minh) đã 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, năm 1922 Nguyễn Ái Quốc đã chuyển bản “Yêu sách của nhân dân An Nam” thành “Việt Nam yêu cầu ca”. Trong đó, Nguyễn Ái Quốc đặt vấn đề phải ban hành

Hiến pháp, quản lý nhà nước bằng luật pháp theo tinh thần “trăm điều phải có thần linh pháp quyền” và tư tưởng đó của Nguyễn Ái Quốc được diễn giải là ý thức, tinh thần pháp luật, tôn trọng pháp luật²⁴. Thần linh pháp quyền trong tư tưởng của Nguyễn Ái Quốc chính là pháp quyền mà Người muốn ám chỉ.

Chủ tịch Hồ Chí Minh rất coi trọng việc thực hiện pháp luật. Trong Báo cáo tại hội nghị chính trị đặc biệt ngày 27/3/1964, Chủ tịch Hồ Chí Minh nêu rõ: “Tăng cường không ngừng chính quyền nhân dân. Nghiêm chỉnh thực hiện dân chủ với nhân dân, chuyên chính với kẻ địch. Triệt để chấp hành mọi chế độ và pháp luật của Nhà nước”²⁵. Chủ tịch Hồ Chí Minh yêu cầu cán bộ, đảng viên phải “ gương mẫu chấp hành pháp luật của Nhà nước, kỷ luật của các đoàn thể cách mạng của quần chúng mà mình tham gia”.

Trong trật tự nhà nước của dân, Chủ tịch Hồ Chí Minh coi trọng việc thực thi pháp luật của cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức nhà nước. Chủ tịch Hồ Chí Minh yêu cầu mọi cá nhân, cơ quan, tổ chức phải tuân thủ pháp luật. Người quan tâm đến chống quan liêu, lạm quyền, lộng quyền, tham nhũng... Vì vậy, Bác đòi hỏi cán bộ phải thực hiện đúng pháp luật và chịu sự giám sát của cấp trên, của nhân dân trong thi hành pháp luật theo tinh thần thượng tôn pháp luật. Ở đây, chúng ta thấy có sự kết hợp giữa pháp luật và đạo đức trong tư tưởng của Hồ Chí Minh. Người căn dặn cán

²³ Phạm Duy Nghĩa, *Lạm bàn về hiến pháp 1946: Những món nợ lịch sử*, trong: Văn phòng Quốc hội, Phát huy những giá trị lịch sử, chính trị, pháp lý của Hiến pháp 1946 trong sự nghiệp đổi mới hiện nay, Nxb. Chính trị quốc gia, tài liệu đã dẫn ở trên, tr. 215.

²⁴ Nguyễn Đình Lộc, *Nhà nước pháp quyền Việt Nam: Chủ trương - Thực trạng - Triển vọng*, trên <http://tcdcppl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/70-nam-nga-nh-tu-phap-viet-nam.aspx?ItemID=24>, truy cập ngày 12/5/2017.

²⁵ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 11, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 235.

bộ phải gần dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự kiểm soát của người dân, thường xuyên phê bình, tự phê bình. Cán bộ phải cần, kiệm, liêm, chính, chí công, vô tư, không được cửa quyền, hách dịch; dùng lời khuyên đạo đức để cảm hóa, phòng ngừa thói hư tật xấu, khuyến khích cái tốt của cán bộ. Nhưng khi cần cũng phải sử dụng các biện pháp pháp luật và chỉ xem phạt là biện pháp cuối cùng phải áp dụng. Sự kết hợp giữa đức trị và pháp trị trong quản trị quốc gia, cũng như trong quản lý cán bộ là nét độc đáo trong tư tưởng Hồ Chí Minh. Trong tư tưởng của Người, pháp luật không phải là công cụ để trừng trị con người mà để bảo vệ, thực hiện lợi ích của con người.

4. Nhà nước thực hành dân chủ

Chủ tịch Hồ Chí Minh có quan điểm rất rõ về dân chủ. Người xác định rất rõ dân chủ là bản chất của Nhà nước. Bác gắn nhà nước của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân với dân chủ. Chủ tịch Hồ Chí Minh luôn luôn nhấn mạnh: “Nước ta là một nước dân chủ, địa vị cao nhất là dân, vì dân là chủ”²⁶; “Chế độ ta là chế độ dân chủ, tức là nhân dân là người chủ”²⁷.

Chủ tịch Hồ Chí Minh cũng nhìn thấy rất rõ dân chủ là cội nguồn sức mạnh của Nhà nước. Bác cho rằng, sức mạnh của Nhà nước chỉ có được trên phát huy dân chủ. Người viết: “Kinh nghiệm trong nước và các nước chúng tỏ cho chúng ta biết: Có lực lượng dân chúng, việc to tát mấy, khó khăn mấy cũng làm được. Không có, thì việc gì làm cũng không xong. Dân chúng biết giải quyết nhiều vấn đề một cách giản đơn, mau chóng, đầy đủ mà những người tài giỏi, những đoàn thể to lớn, nghĩ mãi không ra”;

“Không có lực lượng nhân dân, thì việc nhỏ mấy, dễ mấy làm cũng không xong...”²⁸.

Bầu cử là một trong những phương thức thực hiện dân chủ trong tổ chức bộ máy nhà nước dân chủ. Điểm thứ tám trong bản “Yêu sách của nhân dân An Nam” gửi tới Hội nghị Véc-xây, Nguyễn Ái Quốc đã yêu cầu “Đoàn đại biểu thường trực của người bản xứ, do người bản xứ bầu ra, tại Nghị viện Pháp để giúp cho Nghị viện biết được nguyện vọng của người bản xứ”. Sau này, trong bản Việt Nam yêu cầu ca, điểm thứ tám được Người thể hiện như sau: “Tám xin được cử Nghị viên; qua Tây thay mặt giữ quyền thổ dân”.

Ngay sau khi giành được độc lập, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã quan tâm đến công tác tổ chức cuộc tổng tuyển cử để nhân dân trực tiếp bầu ra các đại biểu của mình quản lý đất nước. Chủ tịch Hồ Chí Minh đề nghị: “Chính phủ tổ chức càng sớm càng hay cuộc tổng tuyển cử với chế độ phổ thông đầu phiếu”²⁹. Người cho rằng: “Tổng tuyển cử là một dịp cho toàn thể quốc dân tự do lựa chọn những người có tài, có đức, để gánh vác công việc nước nhà”³⁰. Với tư cách Chủ tịch Chính phủ lâm thời, Hồ Chí Minh đã ký các sắc lệnh về bầu cử chính quyền địa phương theo các nguyên tắc bầu cử tiến bộ là phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín.

Cũng chính vì nhận thức rõ vai trò của nhân dân, nên Chủ tịch Hồ Chí Minh đã rất quan tâm xây dựng mối quan hệ gắn bó giữa Nhà nước với nhân dân. Nét đặc biệt trong tư tưởng dân chủ của Chủ tịch Hồ Chí Minh là gắn dân chủ với đoàn kết toàn dân. Bác

²⁶ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 6, tldđ, tr. 515.

²⁷ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tldđ, tr. 499.

²⁸ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 6, tldđ, tr. 292.

²⁹ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, tldđ, tr. 133.

³⁰ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, tldđ, tr. 351.

quan niệm đoàn kết tạo nên sức mạnh của nhân dân để thực hiện dân chủ, đồng thời là sức mạnh của Nhà nước. Người nói: “Đoàn kết là lực lượng mạnh nhất của chúng ta. Chúng ta phải đoàn kết rộng rãi và chặt chẽ. Đoàn kết giữa Chính phủ với nhân dân. Đoàn kết giữa các tầng lớp trong nhân dân với nhau. Đoàn kết giữa đồng bào toàn quốc, từ Bắc chí Nam. Nói rộng hơn nữa: Đoàn kết giữa nhân dân ta với nhân dân các nước bạn, nhân dân châu Á, nhân dân nước Pháp và nhân dân yêu chuộng hòa bình thế giới”³¹. Trong tư tưởng Hồ Chí Minh: “Nếu không có nhân dân thì Chính phủ không đủ lực lượng. Nếu không có Chính phủ thì nhân dân không ai dẫn đường. Vậy nên, Chính phủ với nhân dân phải đoàn kết thành một khối”³². Vì thế, Chủ tịch Hồ Chí Minh khẳng định, đoàn kết là cội nguồn của mọi thành công: “đoàn kết, đoàn kết, đại đoàn kết, thành công, thành công, đại thành công”³³. Suy nghĩ và ước mong như vậy chỉ có thể có đối với chính khách thật lòng và nghiêm túc với dân chủ.

Trong tư tưởng của Chủ tịch Hồ Chí Minh, dân chủ và chuyên chính được đặt trong mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Theo Bác, dân chủ cần có chuyên chính để giữ lấy dân chủ³⁴. Ngày nay, Đảng Cộng sản Việt Nam cũng khẳng định dân chủ trong nhà nước pháp quyền phải đi đôi với kỷ cương, kỷ luật. Đó là sự cụ thể hóa tư tưởng Hồ Chí Minh về vấn đề dân chủ và chuyên chính trong Nhà nước pháp quyền Việt Nam.

5. Nhà nước tôn trọng, bảo đảm, bảo vệ quyền con người

Bảo đảm quyền con người, quyền công dân và trách nhiệm của Nhà nước cũng là nội dung thể hiện rõ nét trong tư tưởng Hồ Chí Minh. Mục tiêu phấn đấu vì quyền con người như vậy thể hiện nét đẹp trong tư tưởng Hồ Chí Minh. Theo Chủ tịch, chỉ có xã hội chủ nghĩa mới “đem lại cho mọi người không phân biệt chủng tộc và nguồn gốc sự tự do, bình đẳng, bác ái, đoàn kết, ấm no trên quả đất, việc làm cho mọi người và vì mọi người, niềm vui hòa bình, hiến pháp”³⁵. Bản Hiến pháp đầu tiên của Việt Nam năm 1946 do Chủ tịch Hồ Chí Minh chủ trì xây dựng chứa đựng những tư tưởng tiến bộ về quyền con người mà ở thời điểm đó nhiều nhà nước khác không có được.

Hiến pháp năm 1946 đã chú trọng bảo đảm quyền con người, quyền công dân³⁶. Lần đầu tiên trong lịch sử Việt Nam, những quyền con người cơ bản của công dân được Nhà nước chính thức ghi nhận và bảo đảm trong văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất. Một trong ba nguyên tắc nền tảng được các nhà soạn thảo Hiến pháp năm 1946 quán triệt và được ghi nhận ở Lời nói đầu là yêu cầu đảm bảo các quyền tự do dân chủ. Ngoài ra, Hiến pháp đã dành một chương riêng (Chương II) quy định về nghĩa vụ và quyền lợi công dân. Dân chủ được khẳng định trang trọng ở Điều thứ 1 Hiến pháp: “Tất cả quyền bính trong nước là của toàn thể nhân dân Việt Nam”. Hiến pháp năm 1946 đã ghi nhận những điều kiện để thực

³¹ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tldd, tr. 368.

³² Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 56.

³³ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 13, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 119.

³⁴ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 10, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 456-457.

³⁵ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 496.

³⁶ Nội dung dưới đây xem thêm: Nguyễn Đức Minh - Lê Thương Huyền, *Hiến pháp năm 1946 đặt nền tảng cơ sở đầu tiên cho quá trình từng bước xây dựng, sửa đổi và hoàn thiện hệ thống pháp luật ở Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lịch sử, số 8/2015.

thi dân chủ như quyền bình đẳng (Điều thứ 1, 6, 7, 9, 8), các quyền tự do như “tự do ngôn luận, tự do xuất bản, tự do tổ chức và hội họp, tự do tín ngưỡng, tự do cư trú, đi lại trong nước và ra nước ngoài” (Điều thứ 10); quyền tư hữu tài sản (Điều thứ 12); quyền bầu cử, quyền ứng cử của công dân (Điều thứ 18), quyền bãi miễn các đại biểu mình đã bầu ra (Điều thứ 20). Bên cạnh việc thừa nhận hình thức dân chủ đại diện với việc công dân bầu ra cơ quan có quyền lực cao nhất của nước (Nghị viện nhân dân theo Điều thứ 22 và 24) và của địa phương (Hội đồng nhân dân theo Điều thứ 58 và 59), Hiến pháp còn quy định một số quyền dân chủ trực tiếp như quyền phúc quyết về Hiến pháp (Điều thứ 21 và 32).

Chủ tịch Hồ Chí Minh khuyến khích người dân biết và sử dụng quyền của mình tham gia vào các công việc chính trị. Điều này thể hiện trong mong muốn của Người là “làm sao cho nhân dân biết hưởng quyền dân chủ, biết dùng quyền dân chủ của mình, dám nói, dám làm”³⁷.

Sứ mệnh của Nhà nước của dân, do dân, vì dân là phụng sự hạnh phúc của nhân dân. Vì lẽ đó, Chủ tịch Hồ Chí Minh cho rằng: “... Ngày nay, chúng ta đã xây dựng nên nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa. Nhưng nếu nước nhà độc lập mà dân không được hưởng hạnh phúc, tự do, thì độc lập cũng chẳng có ý nghĩa gì... Chính phủ ta đã hứa với dân sẽ gắng sức làm cho ai nấy đều có phần hạnh phúc...”³⁸.

Trong cuộc đấu tranh giành độc lập, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nâng quyền con người cho các cá nhân lên một bậc cao hơn

thành vấn đề quyền của cả dân tộc, đó là quyền tự quyết dân tộc, quyền bình đẳng giữa các dân tộc trên thế giới. Đây là nét độc đáo trong tư tưởng Hồ Chí Minh về quyền con người, được quốc tế công nhận và ghi nhận trong pháp luật quốc tế.

Tư tưởng Hồ Chí Minh về quyền con người được thể hiện sinh động trong hoạt động của Nhà nước mà Bác là người đứng đầu. Các bản Hiến pháp năm 1946, năm 1959 do Chủ tịch Hồ Chí Minh tham gia soạn thảo cho thấy, Người rất quan tâm đến quyền con người, quyền công dân trên các phương diện kinh tế - xã hội, chính trị. Bác có cái nhìn thực tế, khi đặt ra trách nhiệm của Đảng và Nhà nước trong giải quyết nạn nghèo đói sau khi giành được chính quyền. Người xác định: “Chúng ta đã đấu tranh được tự do, độc lập rồi mà dân cứ thiếu đói, chết rét, thì tự do, độc lập cũng không làm gì. Dân chỉ biết giá trị của tự do, của độc lập khi mà dân được ăn no mặc đủ”³⁹. Trong bản Di chúc công bố năm 1969, Hồ Chí Minh cũng căn dặn: “Đảng cần phải có kế hoạch thật tốt để phát triển kinh tế và văn hóa, nhằm không ngừng nâng cao đời sống của nhân dân”.

Trong tư tưởng Hồ Chí Minh, quyền con người, quyền công dân được đặt trong khuôn khổ chung của cộng đồng xã hội. Lợi ích cá nhân được đặt trong lợi ích của cả cộng đồng, dân tộc.

6. Chủ quyền nhân dân và kiểm soát quyền lực nhà nước

Quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân thể hiện rất rõ trong tư tưởng Hồ Chí Minh. Người viết: “Trong nước Việt Nam Dân chủ Cộng hòa của chúng ta, tất cả mọi quyền lực

³⁷ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 12, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 223.

³⁸ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 56.

³⁹ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 4, tài liệu đã dẫn, tr. 152.

đều là của nhân dân”⁴⁰; “Nhân dân là ông chủ nắm chính quyền. Nhân dân bầu ra đại biểu thay mặt mình thi hành chính quyền ấy. Thế là dân chủ”⁴¹. Nhân dân trong tư tưởng Hồ Chí Minh được phân biệt với quốc dân và quốc dân được hiểu rộng nghĩa hơn nhân dân. “Nhân dân là bốn giai cấp công, nông, tiểu tư sản, tư sản dân tộc và những phần tử khác yêu nước. Đó là nền tảng của quốc dân”⁴². “Những bọn phản động chưa đến nỗi bị xử tử, vẫn là quốc dân. Nhưng chúng không được ở trong địa vị nhân dân, không được hưởng quyền lợi như nhân dân”⁴³.

Kiểm soát quyền lực nhà nước gắn liền và biểu hiện chủ quyền nhân dân. Điều này phản ánh rất rõ trong tư tưởng Hồ Chí Minh. Theo quan điểm của Chủ tịch Hồ Chí Minh: “Nhân dân có quyền bãi miễn đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân nếu những đại biểu ấy tỏ ra không xứng đáng với tín nhiệm của nhân dân. Nguyên tắc ấy bảo đảm quyền kiểm soát của nhân dân đối với đại biểu của mình”⁴⁴. Trong phát biểu tại buổi tiếp đại biểu nhân dân thành phố Hà Nội ngày 16/10/1954, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nói: “Nhân dân có quyền đôn đốc và phê bình Chính phủ”⁴⁵.

Trong kiểm soát quyền lực nhà nước, có kiểm soát cán bộ trong việc chấp hành pháp luật, thực thi công vụ nhà nước. Trong nhiều bài nói, bài viết, Chủ tịch Hồ Chí

Minh đặc biệt chú ý đến việc lựa chọn cán bộ, giáo dục cán bộ, thực hiện nghiêm túc phê bình, tự phê bình, thưởng phạt công minh và đòi hỏi mỗi đảng viên và cán bộ phải thật sự thấm nhuần đạo đức cách mạng, thật sự cần, kiệm, liêm, chính, chí công vô tư. Người cho rằng: “khi đã có chính sách đúng, thì sự thành công hoặc thất bại của chính sách đó là do cách tổ chức công việc, nơi lựa chọn cán bộ, và do nơi kiểm tra. Nếu ba điều ấy sơ sài thì chính sách đúng mấy cũng vô ích”⁴⁶.

7. Nhà nước do Đảng Cộng sản lãnh đạo

Chủ tịch Hồ Chí Minh đặc biệt coi trọng sự lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước. Người khẳng định Nhà nước Việt Nam là nhà nước dân chủ nhân dân, dựa trên nền tảng liên minh công - nông, do giai cấp công nhân lãnh đạo⁴⁷. Sự lãnh đạo của Đảng là bảo đảm cho Nhà nước là Nhà nước dân chủ, phục vụ nhân dân. Đảng Cộng sản Việt Nam đã và đang lãnh đạo toàn thể dân tộc Việt Nam đấu tranh giành độc lập dân tộc, xây dựng đất nước hòa bình, thống nhất, độc lập, dân chủ và giàu mạnh. Hiện nay, vai trò lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước tiếp tục được khẳng định trong bản Hiến pháp hiện hành của Việt Nam⁴⁸.

Tư tưởng Hồ Chí Minh về Nhà nước pháp quyền phản ánh nhận thức đúng đắn, sâu sắc, có tính thời đại về những giá trị phổ biến của nhà nước pháp quyền. Trong tư tưởng của Người có sự kết hợp giữa yếu tố

(Xem tiếp trang 18)

⁴⁰ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tài liệu đã dẫn, tr. 217.

⁴¹ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tài liệu đã dẫn, tr. 218-219.

⁴² Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tài liệu đã dẫn, tr. 219.

⁴³ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tài liệu đã dẫn, tr. 219.

⁴⁴ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tldđ, tr. 368.

⁴⁵ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 7, tldđ, tr. 368.

⁴⁶ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 5, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 520.

⁴⁷ Hồ Chí Minh: *Toàn tập*, tập 9, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 586.

⁴⁸ Khoản 1 Điều 4 Hiến pháp năm 2013.

TÁC ĐỘNG CỦA HIỆP THƯƠNG TỚI CÁC CUỘC BẦU CỬ Ở VIỆT NAM

*Mai Thị Minh Ngọc**

Tóm tắt: Bài viết phân tích bản chất, mục đích, ý nghĩa của hiệp thương và những tác động của hiệp thương đến bầu cử ở nước ta hiện nay, từ đó đưa ra các kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This paper analyses the nature, purpose and meaning of consensus-oriented exchange of view and negotiation meetings and their effects on election in Vietnam. On that basis, it makes relevant proposals.

Bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân là hoạt động quan trọng nhất trong việc hình thành nên bộ máy nhà nước. Để được khẳng định là dân chủ thì một chế độ bầu cử phải tạo điều kiện cho cử tri chọn đúng đối tượng cần chọn và phải chuyển tải quyền lực của nhân dân cho đúng đối tượng cần trao. Do vậy, trong bầu cử ở nước ta, công tác hiệp thương, với nhiệm vụ lựa chọn giới thiệu người ứng cử là hoạt động cốt lõi của cả bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân.

Đây là giai đoạn quan trọng của cuộc bầu cử nên cần đảm bảo được tính dân chủ trong giới thiệu ứng cử viên. Bởi cử tri chỉ được lựa chọn bầu trong số những ứng cử viên đã vượt qua vòng hiệp thương, có tên trong danh sách chính thức những người ứng cử làm người đại diện cho mình nên giai đoạn hiệp thương có tác động không nhỏ đến các cuộc bầu cử bầu cử ở nước ta.

1. Bản chất, mục đích, ý nghĩa của hiệp thương giới thiệu người ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân ở nước ta

Hội nghị hiệp thương giới thiệu người ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân là hội nghị giữa Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam với các tổ chức thành viên, được tiến hành ở trung ương và địa phương để thỏa thuận về cơ cấu, thành phần và số lượng người của cơ quan, tổ chức, đơn vị được bầu làm đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân, cũng như việc lập danh sách sơ bộ và lựa chọn, lập danh sách những người đủ tiêu chuẩn ứng cử. Hội nghị này sàng lọc, lựa chọn những người tiêu biểu, có đủ điều kiện để ứng cử vào danh sách đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân.

Quyền ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân là quyền của công dân. Theo quy định tại Điều 3 Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân 2015: “Người ứng cử đại biểu Quốc hội phải đáp ứng các tiêu chuẩn của đại biểu Quốc hội theo quy định tại Luật Tổ chức Quốc hội. Người ứng cử đại biểu Hội đồng nhân dân phải đáp ứng các tiêu chuẩn của đại biểu Hội đồng nhân dân theo quy định tại Luật Tổ chức chính quyền địa phương”. Như vậy, công dân được trở thành ứng cử viên khi đáp ứng các tiêu chuẩn theo quy định của pháp luật. Quyền ứng cử bao gồm quyền được giới thiệu ứng cử và quyền tự ứng cử.

* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Tổ chức hiệp thương, giới thiệu người ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân là một giai đoạn hết sức quan trọng trong quá trình tổ chức bầu cử. Hội nghị hiệp thương ở trung ương do Đoàn Chủ tịch Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam triệu tập và chủ trì. Hội nghị hiệp thương ở địa phương do Ban thường trực Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam mỗi cấp triệu tập và chủ trì để thực hiện công việc của hội nghị hiệp thương ở cấp tương ứng. Để bảo đảm dân chủ và lựa chọn được những người tiêu biểu ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân, hội nghị hiệp thương sẽ được tiến hành ba lần.

Các luật về bầu cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân trước đây cũng như Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân năm 2015 quy định rõ về quy trình hiệp thương giới thiệu người ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân, gồm 05 bước cụ thể như sau:

Bước 1: Tổ chức Hội nghị hiệp thương lần thứ nhất để thỏa thuận về cơ cấu, thành phần và số lượng người của các cơ quan, tổ chức, đơn vị ở Trung ương/địa phương được bầu làm đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân trên cơ sở dự kiến của Ủy ban Thường vụ Quốc hội/Thường trực Hội đồng nhân dân. Hội nghị hiệp thương lần thứ nhất được tổ chức chậm nhất là 95 ngày trước ngày bầu cử.

Bước 2: Sau hội nghị hiệp thương lần thứ nhất, căn cứ vào tiêu chuẩn đại biểu, cơ quan, tổ chức ở Trung ương/địa phương được phân bổ đại biểu tiến hành việc giới thiệu người của cơ quan, tổ chức, đơn vị mình ra ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân.

Ngoài việc cơ quan, tổ chức, đơn vị giới thiệu người ứng cử, công dân nếu xét thấy đủ tiêu chuẩn, đủ điều kiện thì có quyền tự

ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân.

Bước 3: Tổ chức Hội nghị hiệp thương lần thứ hai. Căn cứ vào tiêu chuẩn, cơ cấu, thành phần và số lượng đại biểu được bầu của các cơ quan, tổ chức, đơn vị ở Trung ương/địa phương để lập danh sách sơ bộ những người ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân và gửi lấy ý kiến cử tri nơi cư trú. Đối với những người tự ứng cử thì còn phải gửi lấy ý kiến cử tri nơi công tác (nếu có). Hội nghị hiệp thương lần thứ hai được tổ chức chậm nhất là 65 ngày trước ngày bầu cử.

Bước 4: Tổ chức hội nghị cử tri nơi cư trú để lấy ý kiến nhận xét, đánh giá, bày tỏ tín nhiệm của cử tri đối với người có tên trong danh sách sơ bộ ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân.

Bước 5: Tổ chức hội nghị hiệp thương lần thứ ba. Căn cứ vào tiêu chuẩn, cơ cấu, thành phần và số lượng đại biểu được bầu của các cơ quan, tổ chức, đơn vị ở Trung ương/địa phương và kết quả nhận xét, tín nhiệm của cử tri, Hội nghị lựa chọn, lập danh sách những người *đủ tiêu chuẩn* ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân. Hội nghị hiệp thương lần thứ ba được tổ chức chậm nhất là 35 ngày trước ngày bầu cử.

Một điểm mới quan trọng tại khoản 4 Điều 15 Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân năm 2015 là kết quả hiệp thương lần thứ ba chỉ để lập danh sách những người *đủ tiêu chuẩn* ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân, còn *danh sách chính thức do Hội đồng bầu cử quốc gia, Ủy ban bầu cử lập và công bố*. Trong khi theo các quy định trước đây, hội nghị hiệp thương lần thứ ba có nhiệm vụ lập *danh sách chính thức*

những người ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân.

Từ kết quả đó, cơ quan, tổ chức có thẩm quyền công bố, niêm yết danh sách ứng cử viên. Cụ thể, Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân năm 2015 quy định: “*Hội đồng bầu cử quốc gia lập và công bố danh sách chính thức những người ứng cử đại biểu Quốc hội theo từng đơn vị bầu cử trong cả nước theo danh sách do thường trực Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và Ủy ban bầu cử tỉnh gửi đến chậm nhất là 25 ngày trước ngày bầu cử*” (Điều 57). “*Chậm nhất là 25 ngày trước ngày bầu cử, Ủy ban bầu cử phải lập và công bố danh sách chính thức những người ứng cử đại biểu Hội đồng nhân dân theo từng đơn vị bầu cử*” (Điều 58).

Như vậy, việc đề cử, ứng cử, tuyển chọn ứng cử viên là công đoạn hết sức quan trọng trong một cuộc bầu cử, bởi lẽ đây là giai đoạn “sơ tuyển” trước khi cử tri trực tiếp lựa chọn. Nếu ứng cử viên không qua được giai đoạn này, đương nhiên không có cơ hội trúng cử. Hay nói cách khác, *bản chất* của việc hiệp thương chính là giai đoạn “sơ tuyển” như một hình thức bầu cử sơ bộ trong phạm vi hẹp (do Mặt trận Tổ quốc Việt Nam phối hợp với các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền thực hiện) để lựa chọn những ứng cử viên trước khi đưa ra cử tri bỏ phiếu bầu.

Mục đích và nội dung của hiệp thương, giới thiệu đại biểu dân cử trong bầu cử là để chọn ra những người cụ thể, xứng đáng nhất (trong số những người được đề cử và tự ứng cử ban đầu) tham gia chính thức vào bầu cử với tư cách ứng cử viên, đảm bảo lựa chọn đủ số người ra ứng cử, đảm bảo đúng số dư theo quy định của pháp luật. Mục tiêu quan trọng nhất của hiệp thương là sàng lọc, lựa chọn, không để lọt vào danh sách ứng cử

chính thức những người không đủ điều kiện, tiêu chuẩn theo quy định của pháp luật.

Ý nghĩa của hiệp thương được thể hiện khá rõ, đó là quá trình sàng lọc, loại bỏ dần các ứng viên, lựa chọn ra được những ứng viên có chất lượng cao nhất để tạo lập danh sách ứng cử viên đủ tiêu chuẩn. Chính vì vậy, quá trình hiệp thương nếu làm không tốt, làm hình thức, không bảo đảm dân chủ, công khai, công bằng sẽ là cơ hội cho những người không đủ trình độ, năng lực, phẩm chất đạo đức vào danh sách ứng cử và ngược lại, để lọt khỏi danh sách những người đủ tiêu chuẩn, xứng đáng.

2. Tác động của hiệp thương tới các cuộc bầu cử ở nước ta

- Ảnh hưởng tích cực tới các cuộc bầu cử

Với 5 bước của quy trình hiệp thương, về cơ bản Mặt trận Tổ quốc Việt Nam đã lựa chọn, giới thiệu được những người có đủ tiêu chuẩn, đảm bảo được cơ cấu, thành phần đại biểu cho khối đại đoàn kết toàn dân tộc để cử tri lựa chọn bầu làm đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân tham gia hoạt động trong cơ quan quyền lực nhà nước¹.

Sau hiệp thương, số người được giới thiệu ứng cử luôn luôn nhiều hơn số đại biểu được bầu, đảm bảo ở mỗi đơn vị được bầu đều có số dư để cử tri lựa chọn (tránh tình trạng bầu tròn)². Bên cạnh đó, hội nghị hiệp thương sẽ làm giảm khoảng cách về số

¹ Trần Ngọc Nhân, “*Một số giải pháp đổi mới công tác hiệp thương người ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân - cơ sở lý luận và thực tiễn*”, <http://mattran.org.vn/home/TapChi/so%2084/khmt.htm>, năm 2010, truy cập ngày 5/4/2017.

² Trần Ngọc Nhân, “*Một số giải pháp đổi mới công tác hiệp thương người ứng cử đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân - cơ sở lý luận và thực tiễn*”, <http://mattran.org.vn/home/TapChi/so%2084/khmt.htm>, năm 2010, truy cập ngày 5/4/2017.

lượng ứng cử viên so với số người được bầu, nên với cách tính kết quả bầu cử như quy định hiện hành thì bầu cử thường có kết quả, hầu như không cần bầu thêm.

Nhờ có sự phân công và phối hợp chặt chẽ giữa cơ quan quyền lực nhà nước, cơ quan hành chính và các cơ quan tổ chức, đơn vị được giới thiệu người ứng cử trong quá trình tổ chức 5 bước của quy trình hiệp thương, nên đã đạt được kết quả đáng kể trong việc lập danh sách chính thức ứng cử viên đủ tiêu chuẩn, góp phần quan trọng vào thành công của các cuộc bầu cử.

- Tác động đến quyền tự do ứng cử của công dân

Dân chủ, hay ý chí nhân dân trong bầu cử, không chỉ là trong bỏ phiếu mà phải thể hiện trong mọi thủ tục, trình tự tiến hành bầu cử, trong đó có ứng cử. Bầu cử chỉ thực sự tự do và công bằng một khi sự tham gia của cộng đồng xã hội vào bầu cử không bị hạn chế thiếu căn cứ thuyết phục. Tương tự, ứng cử sẽ là không tự do nếu nó là đặc quyền đặc lợi của một số chủ thể hoặc nếu quyền ứng cử của công dân không được thực hiện trọn vẹn, bị ngăn cản một cách vô cớ.

Mặc dù, Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân năm 2015 quy định rất rõ tiêu chuẩn của người ứng cử (Điều 3), những trường hợp không được ứng cử (Điều 37), nhưng thực tế cho thấy, người ứng cử cũng không biết khả năng mình có thể trở thành ứng cử viên chính thức hay không, bởi điều này còn phụ thuộc vào kết quả của hội nghị hiệp thương do Mặt trận Tổ quốc Việt Nam chủ trì.

Bên cạnh đó, hiệp thương còn hạn chế quyền tự ứng cử. Điều này xuất phát từ việc pháp luật không quy định tỷ lệ đại biểu được bầu dành cho người tự ứng cử mà phân bổ hết số lượng đại biểu được bầu cho các cơ quan, tổ chức, đơn vị.

Với cơ chế hiệp thương như hiện nay thì nhiều người không tin vào khả năng mình được ghi tên vào danh sách ứng cử viên sau các vòng hiệp thương và xa hơn nữa là không tin vào việc mình sẽ trúng cử nếu là ứng cử viên độc lập. Bởi vẫn có hiện tượng rà soát kỹ đối với người tự ứng cử, với quan niệm định kiến từ các tổ chức bầu cử khiến cho công dân có tâm lý e ngại khi tự ra ứng cử.

Trên thực tế, có những người không thể trở thành ứng cử viên chính thức mặc dù họ đã thỏa mãn tiêu chuẩn luật định, khiến dư luận xã hội nhận định rằng, người tự ứng cử bị loại để danh sách chính thức tập trung hơn. Khi đó, tiêu chuẩn về ứng cử viên không còn ý nghĩa, bởi ngoài các điều kiện đó, một ứng cử viên còn phải đáp ứng các điều kiện của hội nghị hiệp thương. Một số cuộc bầu cử và một số nơi do quá phụ thuộc vào cơ cấu, nhất là cơ cấu kết hợp như nữ, dân tộc, người ngoài Đảng, trẻ tuổi... nên ảnh hưởng không tốt đến chất lượng người ứng cử.

Trong quá trình lựa chọn, hiệp thương, giới thiệu đại biểu còn có sự gò ép, nhiều nơi Mặt trận Tổ quốc Việt Nam rất lúng túng, thậm chí còn bị thao túng bởi các “thế lực” như dòng họ, phe cánh (đối với bầu cử Hội đồng nhân dân cấp xã). Việc tiếp xúc giữa các ứng cử viên với cử tri còn nặng hình thức, có nơi bỏ qua quy trình này, có nơi khi mời cử tri tiếp xúc đại biểu, chỉ mời toàn những người “ăn ý” với mình...³

Các cơ quan, tổ chức, đơn vị có được giới thiệu người của mình ra ứng cử hay không phụ thuộc vào việc có được phân bổ chỉ tiêu hay không. Nếu còn cấp phát chỉ

³ Phan Xuân Sơn (chủ biên), *Các đoàn thể nhân dân với việc bảo đảm dân chủ ở cơ sở hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2003, tr. 238.

tiêu thì đương nhiên sẽ có tâm lý so bì trong giai đoạn hiệp thương thỏa thuận cơ cấu đại biểu giữa người trong Đảng - ngoài Đảng, nam - nữ... điều này hạn chế quyền giới thiệu người ra ứng cử của cử tri ngay từ khi bắt đầu hiệp thương. Bên cạnh đó, nhóm cử tri hiện nay chưa có quyền giới thiệu người ra ứng cử.

- Làm giảm ý nghĩa sự lựa chọn của cử tri trong bầu cử

Việc loại bỏ sơ bộ người tham gia ứng cử không phải do nhân dân trực tiếp thể hiện ý chí mà được thực hiện bởi các tổ chức. Sự tham gia của nhân dân vào quy trình này rất hạn chế vì đại diện cử tri tham gia vào hiệp thương là theo thư mời, thường là những người “tích cực” mà cơ quan, tổ chức địa phương biết đến mà không phải do cử tri bầu ra⁴. Do vậy, ý chí của họ không phải là ý chí của nhân dân, mà thực chất là ý kiến của một số cá nhân cụ thể. Cách lấy ý kiến cử tri như vậy, tương tự với nhiều thủ tục bầu cử khác sẽ tạo ra nghi ngờ về sự sắp đặt trong bầu cử. Đây là một nghịch lý, bởi vì một trong những lý do quan trọng khiến ứng cử viên không qua được vòng hiệp thương là do cử tri không tín nhiệm, trong đó ý kiến của các tổ chức có vai trò không nhỏ.

Một vấn đề được đặt ra là, nếu quy trình hiệp thương đã lựa chọn ra những người cụ thể, xứng đáng nhất (trong số những người được đề cử và tự ứng cử ban đầu) tham gia chính thức vào bầu cử với tư cách ứng cử viên thì công việc bầu cử của công dân sẽ chỉ còn mang tính hình thức. Do đó, cử tri sẽ thờ ơ với bầu cử, họ cho rằng ai trúng cử cũng tốt vì đã hiệp thương kỹ, đồng thời

cũng không quan tâm đến kết quả bầu cử. Điều này làm giảm ý thức trách nhiệm chính trị của cử tri trong việc lựa chọn đại biểu của mình. Do hiệp thương làm cho sự lựa chọn của cử tri bị giảm ý nghĩa, cho nên có những đại biểu trúng cử không hoàn toàn do cử tri quyết định, hoạt động của những người này có thể không khách quan, không vì dân, bởi vì họ bị chi phối bởi các cơ quan, tổ chức khác.

3. Một số kiến nghị

Hiệp thương có tác động hai mặt tới bầu cử. Tuy nhiên, những mặt tích cực của hiệp thương đôi khi chỉ mang tính tình thế, phù hợp và cần thiết trong giai đoạn nhất định. Có ý kiến cho rằng: “*Hạn chế của hiệp thương lại thuộc về bản chất, khó hoặc không thể khắc phục được nếu như hiệp thương vẫn còn tồn tại*”⁵. Nhận định trên có thể chưa toàn diện nhưng đã phản ánh đúng một thực tiễn hiện nay: Vai trò của nhân dân thông qua Mặt trận Tổ quốc trong thực hiện quyền hiệp thương giới thiệu người ra ứng cử vẫn chưa được thực hiện tốt, tình trạng cấp ủy Đảng áp đặt cơ cấu, thành phần đại biểu tại đơn vị bầu cử của mình là phổ biến, từ đó làm hạn chế tính tích cực của nhân dân trong quá trình giới thiệu nhân sự, hiệp thương bầu cử⁶. Do vậy, trong điều kiện hiện tại, nếu tiếp tục duy trì hiệp thương thì cần phải đổi mới quy trình, cách thức nhằm khắc phục những vấn đề bất cập. Cụ thể:

⁴ Trần Thanh Hương, *Ý chí nhân dân trong bầu cử và một vài ý kiến góp phần đảm bảo ý chí nhân dân trong bầu cử ở nước ta*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3 (34) năm 2006, tr.33.

⁵ Trần Thanh Hương, *Ý chí nhân dân trong bầu cử và một vài ý kiến góp phần đảm bảo ý chí nhân dân trong bầu cử ở nước ta*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 3 (34) năm 2006, tr.33-34.

⁶ Đặng Đình Tân (chủ biên), “*Nhân dân giám sát các cơ quan dân cử ở Việt Nam trong thời kỳ đổi mới*”, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2006, tr. 213-214.

- *Cần thay đổi quan niệm về “cơ cấu” đại biểu.* Để đảm bảo cơ cấu hợp lý cần: Căn cứ vào chủ trương, đường lối trong các văn kiện, nghị quyết của Đảng; căn cứ vào những quy định pháp luật liên quan đến quyền bầu cử, ứng cử, hiệp thương lựa chọn giới thiệu người ứng cử đại biểu; các phong tục tập quán cụ thể cũng như các điều kiện kinh tế, xã hội từng địa phương, từng vùng. Việc quá nhấn mạnh đến tiêu chuẩn hay cơ cấu đều có thể dẫn đến những hạn chế nhất định bởi sẽ dẫn đến “trói” hiệp thương⁷.

Do đó, xác định tiêu chuẩn đại biểu và cơ cấu đại biểu cần phải chú ý giải quyết tốt mối quan hệ giữa tiêu chuẩn và cơ cấu. Mọi tính toán về cơ cấu, thành phần nên thể hiện ở dạng dự đoán bằng kinh nghiệm thực tiễn, phân tích thông tin để khuyến khích, động viên hơn là gò ép, áp đặt. Chúng ta không nên quan niệm cơ cấu để có tính đại diện, mà nên quan niệm vì mang tính đại diện mà cơ quan dân cử hình thành nên cơ cấu nào đó. Hơn nữa, không nên quy định cứng nhắc về cơ cấu bằng tỷ lệ % mà quy định tỷ lệ tối đa, miễn là có đại biểu đại diện là hợp lý.

Muốn có một cơ cấu và tỷ lệ đại biểu hợp lý cần chú ý xem xét trong một tổng thể chung, trình độ, năng lực của mỗi đại biểu có thể bổ sung cho nhau, tạo nên sự phối hợp thống nhất trong quá trình hoạt động của đại biểu. Trước yêu cầu phải nâng trình độ đại biểu dân cử, nên chăng, cơ cấu thành phần sẽ chỉ đặt ra khi lựa chọn danh sách ứng cử viên trong số những người có trình độ ngang nhau.

- *Cần tạo sự bình đẳng giữa các ứng cử viên.* Quá trình hiệp thương ở Việt Nam vẫn còn nặng nề, chưa mở rộng quyền ứng cử,

đặc biệt là quyền tự ứng cử. Chẳng hạn, đối với người do tổ chức giới thiệu thì lấy phiếu tín nhiệm bằng biểu quyết công khai còn những người tự ứng cử thì bỏ phiếu kín. Những ứng cử viên “sáng giá” thì biểu quyết giơ tay, còn những ứng cử viên có nhiều “điều gai góc” thì bỏ phiếu kín và bằng cách đó, quy trình hiệp thương có thể loại bỏ người tự ứng cử. Như vậy, sự bình đẳng giữa các ứng cử viên không được đảm bảo. Chính vì thế, cần mở rộng tiêu chuẩn ứng cử, tạo điều kiện cho những người tự ứng cử. Cần thống nhất cách thức biểu quyết bằng bỏ phiếu hay giơ tay để đảm bảo sự bình đẳng giữa các ứng cử viên.

- *Cần cải cách tổ chức, hoạt động của Mặt trận Tổ quốc.* Trong quá trình hiệp thương, điểm mấu chốt là cần phải đảm bảo sự dân chủ, công bằng, do đó cần hạn chế và loại bỏ hoàn toàn sự áp đặt trong hoạt động này. Cần có biện pháp đảm bảo tính độc lập của Mặt trận Tổ quốc và đảm bảo tổ chức này hoạt động đúng với chức năng của mình, bởi lẽ đây là người đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của nhân dân, nơi tập hợp, phát huy sức mạnh đại đoàn kết toàn dân tộc, thực hiện dân chủ, tăng cường đồng thuận xã hội, giám sát, phản biện xã hội. Cần khắc phục khuynh hướng “nhà nước hóa” Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể xã hội. Đảng và Nhà nước nên tôn trọng tính độc lập của Mặt trận Tổ quốc, đảm bảo tổ chức, hoạt động của tổ chức này thực sự được thực hiện theo nguyên tắc tự nguyện, hiệp thương dân chủ, phối hợp và thống nhất hành động.

- *Trong tương lai cần tiến tới xóa bỏ hiệp thương.* Khi điều kiện cho phép, không nên tiếp tục duy trì quy trình hiệp thương vì dù bản thân hiệp thương có những lợi ích trước mắt, nhưng hạn chế của

⁷ Vũ Văn Nhiêm, “*Chế độ bầu cử ở nước ta những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Luận án tiến sĩ, Hà Nội, năm 2009, tr.186.

hiệp thương lại là cơ bản và lâu dài. Việc bỏ hiệp thương sẽ không đơn giản, kéo theo nhiều hệ quả nhất định như phải thay đổi quy định về cơ cấu đại biểu, phân chia đơn vị bầu cử, cách tính kết quả, nâng cao ý thức văn hóa chính trị - pháp lý trong nhân dân, tăng tiêu chuẩn, điều kiện ứng cử⁸ và tăng trách nhiệm ứng cử viên⁹... Song, những điều đó có thể khắc phục được, chẳng hạn như thay đổi cách tính kết quả bầu cử (có hai cách tính là *theo phương thức đa số và đại diện tỉ lệ*). Phương thức đại diện tỉ lệ hiện tại được coi là dân chủ và hợp lý ở các quốc gia đa đảng, còn với hệ thống một đảng cầm quyền như ở nước ta, kết quả bầu cử chỉ có thể tính *theo phương thức đa số chứ không thể tính theo phương thức đại diện tỉ lệ*.

Khi bỏ hiệp thương, chúng ta nên nghiên cứu, áp dụng việc bầu cử hai

vòng như kinh nghiệm một số nước trên thế giới. Có thể ở vòng một chúng ta vẫn tính kết quả theo phương pháp đa số. Cụ thể: Yêu cầu người trúng cử là người nhiều phiếu hơn và phải đạt được quá nửa số phiếu hợp lệ. Nếu vòng một số lượng người trúng cử chưa đủ (thậm chí không có ứng cử viên nào) thì bầu cử vòng hai. Cần phải lưu ý rằng, khác quy định của pháp luật hiện hành về bầu thêm, trong vòng hai, ứng cử viên trúng cử chỉ cần nhiều phiếu hơn những người còn lại trong đơn vị bầu cử mà không cần có quá nửa số phiếu hợp lệ.

Nhìn lại lịch sử bầu cử nước ta, cuộc bầu cử ngày 6/1/1946 không có hiệp thương (với số ứng cử viên chênh lệch đáng kể so với người được bầu, chẳng hạn Hà Nội có 74 ứng cử viên chỉ được bầu 6 đại biểu)¹⁰, trong khi đó trình độ người dân có hạn nhưng cuộc bầu cử vẫn thành công tốt đẹp.

⁸ Ví dụ, nâng cao tiêu chuẩn ứng cử viên về trình độ, năng lực và người tự ứng cử phải thu thập được một số lượng nhất định chữ ký cử tri...

⁹ Quy định ứng cử viên đặt một khoản tiền khi tham gia ứng cử là một trong các hình thức tăng trách nhiệm ứng cử mà nhiều quốc gia đang áp dụng. Nếu như ứng cử viên thu được một lượng phiếu bầu tối thiểu của cử tri (thường là 5%) thì số tiền ấy lại được trả lại. Do đó, sự ràng buộc trách nhiệm ứng cử viên - mặt tích cực của quy định này - là điều không thể phủ nhận.

¹⁰ Phan Xuân Sơn, “*Thực trạng và giải pháp đổi mới công tác bầu cử ở nước ta*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 4(97), tháng 4/2007, tr.58.

(Tiếp theo trang 11 – Tư tưởng Hồ Chí Minh...)

thời đại và yếu tố dân tộc, lý luận nhà nước pháp quyền với thực tiễn giành chính quyền và xây dựng nhà nước pháp quyền kiểu mới ở Việt Nam. Tư tưởng, quan điểm của Chủ tịch Hồ Chí Minh về vấn đề này được thực tiễn hơn 70 năm xây dựng và phát triển nước ta kiểm nghiệm và chứng minh là hoàn toàn

đúng đắn. Giá trị trong tư tưởng của Chủ tịch Hồ Chí Minh về nhà nước của dân, do dân, vì dân đã được Đảng Cộng sản Việt Nam và Nhà nước Việt Nam nhận thức rõ, kế thừa, phát triển và vận dụng đúng đắn trong quá trình xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa⁴⁹.

⁴⁹ Về những đặc trưng cơ bản của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam, xem: Đào Trí Úc (Chủ biên), *Mô hình tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2006, tr. 229-316.

MỘT SỐ NỘI DUNG TRONG LUẬT QUẢN LÝ NGOẠI THƯƠNG LIÊN QUAN ĐẾN THẨM QUYỀN CỦA CƠ QUAN HẢI QUAN

*Đặng Công Thành**

Tóm tắt: Luật Quản lý ngoại thương được Quốc hội thông qua năm 2017 và chính thức có hiệu lực vào năm 2018. Bài viết bàn về các quy định của Luật Quản lý ngoại thương liên quan đến hoạt động quản lý nhà nước về hải quan của cơ quan hải quan, đặc biệt là các biện pháp quản lý ngoại thương có liên quan đến thẩm quyền của cơ quan hải quan đối với vấn đề địa bàn hoạt động, hàng hóa quá cảnh, kiểm tra hàng hóa.

Abstract: The Law on Foreign Trade Management adopted by the National Assembly in 2017 and will come into effect in 2018. This paper discusses some issues relating to customs management and administration by the Customs Agency, particularly those on territories, goods in transit and goods control and checking.

Tại kỳ họp thứ 3, Quốc hội khóa XI, Luật Quản lý ngoại thương 2017 đã được Quốc hội thông qua với 8 Chương 113 điều và sẽ có hiệu lực kể từ ngày 01/1/2018. Đây là đạo luật điều chỉnh công tác quản lý nhà nước trong lĩnh vực ngoại thương bao gồm các biện pháp quản lý hoạt động ngoại thương (các biện pháp hành chính, các biện pháp kỹ thuật, kiểm dịch, các biện pháp phòng vệ thương mại, kiểm soát khẩn cấp trong hoạt động ngoại thương), các biện pháp phát triển hoạt động ngoại thương và giải quyết tranh chấp về ngoại thương, phân định rõ quan hệ xuất khẩu, nhập khẩu giữa nội địa với các khu vực hải quan riêng, giữa các khu vực hải quan riêng với nhau, cũng như giữa khu vực hải quan riêng với bên ngoài lãnh thổ Việt Nam, đặc biệt là trong cải cách thủ tục hành chính đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu để thúc đẩy giao lưu thương mại, đầu tư.

Luật Quản lý ngoại thương được thông qua có nhiều quy định liên quan đến hoạt động quản lý nhà nước về hải quan của cơ quan hải quan, đặc biệt là các biện pháp quản lý ngoại thương như các biện pháp hành chính cấm, hạn chế xuất khẩu, cấm nhập khẩu; chỉ định cửa khẩu xuất khẩu, nhập khẩu, chứng nhận xuất xứ hàng hóa; tạm nhập, tái xuất, chuyên khẩu; biện pháp quản lý hoạt động mua bán, gia công, ủy thác xuất khẩu, nhập khẩu; các biện pháp kỹ thuật, kiểm dịch...

Mặc dù, Luật Quản lý ngoại thương hiện tại chưa có hiệu lực thi hành, nhưng qua nghiên cứu một số quy định, tác giả thấy cần trao đổi như sau:

Thứ nhất, quy định về khu hải quan riêng và phạm vi địa bàn hoạt động hải quan.

Theo quy định tại khoản 4 Điều 3 Luật Quản lý ngoại thương năm 2017, “Khu vực hải quan riêng là khu vực địa lý xác định trên lãnh thổ Việt Nam được thành lập theo quy định của pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ

* ThS., Phòng xử lý vi phạm, Cục Điều tra chống buôn lậu.

nghĩa Việt Nam là thành viên; có quan hệ mua bán, trao đổi hàng hóa với phần lãnh thổ còn lại và nước ngoài là quan hệ xuất khẩu, nhập khẩu”.

Tuy nhiên, tại Điều 7 Luật Hải quan năm 2014 và Nghị định số 01/2015/NĐ-CP ngày 2/1/2015 của Chính phủ quy định chi tiết phạm vi địa bàn hoạt động hải quan, trách nhiệm phối hợp phòng, chống buôn lậu, vận chuyển trái phép hàng hóa qua biên giới lại “chưa đề cập đến” địa bàn gọi là khu vực hải quan riêng.

Qua nghiên cứu, một số địa bàn như khu thương mại tự do, khu chế xuất, khu phi thuế quan, khu công nghệ cao... được thành lập theo Quyết định của Thủ tướng Chính phủ; khu vực kho ngoại quan được thành lập theo quyết định của Tổng cục trưởng Tổng cục Hải quan cũng được hiểu là khu hải quan riêng. Những khu vực này, hiện nay được Điều 8 Nghị định số 01/2015/NĐ-CP xác định là địa bàn hoạt động hải quan tại khu vực ngoài cửa khẩu. Tuy nhiên, đối với một số địa bàn khác được xác định là khu hải quan riêng nhưng hiện nay chưa xác định được tên gọi cụ thể, chưa được xác định là địa bàn hoạt động hải quan thì cần phải xem xét cập nhật, bổ sung. Ví dụ khi Bộ Kế hoạch và Đầu tư đang trình Chính phủ dự án Luật Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt thì cũng có thể xác định khu vực này trong tương lai là khu hải quan riêng, nhưng vẫn chưa được coi là địa bàn hoạt động hải quan theo Điều 7 Luật Hải quan năm 2014 và Nghị định số 01/2015/NĐ-CP. Do đó, để đảm bảo tính thống nhất, việc sửa đổi Nghị định số 01/2015/NĐ-CP phải bổ sung “khu vực hải quan riêng” vào địa bàn hoạt động hải quan.

Theo quy định tại Điều 8, Điều 9, Điều 10, Điều 11, Điều 12 Quyết định số

11/2005/QĐ-TTg và Điều 8, Điều 9, Điều 10, Điều 11, Điều 12 Quyết định số 167/2007/QĐ-TTg thì Khu Kinh tế thương mại đặc biệt Lao Bảo - Quảng Trị và Khu Kinh tế cửa khẩu quốc tế Cầu Treo – Hà Tĩnh được xác định là khu hải quan riêng. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 4 Luật Thuế xuất khẩu, nhập khẩu năm 2016 quy định: “*Khu phi thuế quan là khu vực kinh tế nằm trong lãnh thổ Việt Nam, được thành lập theo quy định của pháp luật, có ranh giới địa lý xác định, ngăn cách với khu vực bên ngoài bằng hàng rào cứng, bảo đảm điều kiện cho hoạt động kiểm tra, giám sát, kiểm soát hải quan của cơ quan hải quan và các cơ quan có liên quan đối với hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu và phương tiện, hành khách xuất cảnh, nhập cảnh; quan hệ mua bán, trao đổi hàng hóa giữa khu phi thuế quan với bên ngoài là quan hệ xuất khẩu, nhập khẩu”.*

Như vậy, theo quy định này, địa bàn Khu Kinh tế thương mại đặc biệt Lao Bảo – Quảng Trị và Khu Kinh tế cửa khẩu Cầu Treo – Hà Tĩnh không được xác định là khu phi thuế quan do không có “hàng rào cứng” ngăn cách với khu vực bên ngoài, nhưng nếu xét theo khoản 4 Điều 3 Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 thì vẫn được xác định là khu hải quan riêng. Điều này dẫn đến việc khi Luật Quản lý ngoại thương có hiệu lực thì tất cả các doanh nghiệp thực hiện trao đổi hàng hóa từ khu vực này với nội địa sẽ phải áp dụng các biện pháp quản lý ngoại thương.

Do đó, tác giả cho rằng trong thời gian tới, Chính phủ cần ban hành văn bản hướng dẫn đối với khu hải quan riêng, bởi khi Luật Quản lý ngoại thương có hiệu lực thì các chính sách, biện pháp về quản lý ngoại thương sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến hoạt động thương mại của các doanh nghiệp có hàng hóa trao đổi, di chuyển qua khu vực này.

Thứ hai, việc cho phép hàng quá cảnh.

Điều 44 Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 quy định:

“1. Bộ Công Thương chủ trì, phối hợp với Bộ Công an và Bộ Quốc phòng trình Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định cho phép quá cảnh hàng hóa là vũ khí, vật liệu nổ, tiền chất thuốc nổ, công cụ hỗ trợ.

2. Bộ trưởng Bộ Công Thương cấp phép quá cảnh đối với hàng hóa thuộc Danh mục hàng hóa cấm xuất khẩu, cấm nhập khẩu; hàng hóa tạm ngừng xuất khẩu, tạm ngừng nhập khẩu; hàng hóa cấm kinh doanh theo quy định của pháp luật.

3. Hàng hóa không thuộc quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này được quá cảnh lãnh thổ Việt Nam và chỉ phải làm thủ tục hải quan tại cửa khẩu nhập đầu tiên và cửa khẩu xuất cuối cùng theo quy định của pháp luật về hải quan”.

Theo quy định này, thương nhân không rõ loại hàng hóa nào được làm thủ tục quá cảnh trực tiếp tại cơ quan hải quan, loại hàng hóa nào phải xin phép trước khi thực hiện quá cảnh và hàng hóa quá cảnh nào không được phép quá cảnh tại Việt Nam.

Trên thực tế có trường hợp hàng hóa quá cảnh (trung chuyển – là một dạng quá cảnh) là hàng hóa của nước ngoài đưa vào Việt Nam qua các cảng, sau đó đưa ra nước ngoài mà không phát sinh việc vận chuyển hàng hóa trong nội địa bằng loại hình vận chuyển khác với loại hình vận chuyển từ nước ngoài. Ví dụ: Hàng hóa đóng trên container vẫn trên tàu trung chuyển qua các cảng rồi đi ra khỏi lãnh thổ, thì người thực hiện trung chuyển thường phải thực hiện thủ tục xin giấy phép. Tác giả cho rằng, trường hợp này là không cần thiết, bởi hàng hóa của nước ngoài đưa vào Việt Nam qua các

cảng sau đó đưa ra nước ngoài không phát sinh việc vận chuyển hàng hóa trong nội địa bằng loại hình vận chuyển khác với loại hình vận chuyển từ nước ngoài. Theo đó, mức độ rủi ro không cao, thời gian lưu lại tại Việt Nam ngắn; hàng hóa ngoài việc chịu sự giám sát của cơ quan hải quan, thì vẫn được đặt trong sự quản lý của hãng vận chuyển, đơn vị kinh doanh cảng. Trường hợp này không giống như hàng quá cảnh. Đối với hàng hóa quá cảnh, việc quản lý hàng hóa trong quá trình vận chuyển, lưu giữ tại Việt Nam thuộc trách nhiệm của thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics. Mặt khác, việc trung chuyển hàng hóa thường là đại diện hãng tàu thực hiện dựa trên kế hoạch kinh doanh của hãng tàu, không phải dựa trên thỏa thuận giữa chủ hàng và hãng tàu. Do vậy, nếu yêu cầu các đơn vị này xin giấy phép trong trường hợp hàng hóa thuộc loại phải xin giấy phép thì không phù hợp và không khả thi.

Thứ ba, việc kiểm tra hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu.

Tại Điều 65 Luật Quản lý ngoại thương năm 2017 quy định:

“1. Hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu là đối tượng phải kiểm tra bao gồm:

a) Hàng hóa phải áp dụng biện pháp kỹ thuật, kiểm dịch quy định tại các điều 61, 62, 63 và 64 của Luật này;

b) Hàng hóa có tiềm ẩn khả năng gây mất an toàn hoặc hàng hóa có khả năng gây mất an toàn theo thông tin cảnh báo từ các tổ chức quốc tế, khu vực, nước ngoài;

c) Hàng hóa mà cơ quan có thẩm quyền phát hiện không phù hợp và phải tăng cường kiểm tra theo quy định của pháp luật.

(Xem tiếp trang 45)

PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ GIẢI THỂ DOANH NGHIỆP – THỰC TRẠNG VÀ PHƯƠNG HƯỚNG HOÀN THIỆN

*Lê Ngọc Anh**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, làm rõ những hạn chế, bất cập của các quy định pháp luật về giải thể doanh nghiệp, từ đó đề xuất phương hướng hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

Abstract: This paper analyses and clarifies flaws and shortcomings of laws and regulations on enterprise dissolving. On that basis, it makes relevant proposals.

Gải thể doanh nghiệp là một hiện tượng tất yếu khách quan của nền kinh tế thị trường. Khi doanh nghiệp giải thể sẽ làm nảy sinh nhiều mối quan hệ phức tạp cần phải giải quyết. Việc giải quyết kịp thời các vấn đề đó, tạo điều kiện thuận lợi cho doanh nghiệp nhanh chóng rút khỏi thị trường có ý nghĩa vô cùng quan trọng. Tuy nhiên, quá trình vận dụng luật vào thực tiễn đã có không ít khó khăn, vướng mắc nảy sinh, gây ảnh hưởng không nhỏ tới hiệu quả thực thi pháp luật.

1. Thực trạng pháp luật Việt Nam về giải thể doanh nghiệp

1.1. Các trường hợp giải thể và điều kiện giải thể doanh nghiệp

Các trường hợp giải thể doanh nghiệp được quy định tại khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp năm 2014, bao gồm các trường hợp giải thể tự nguyện theo ý chí của chủ sở hữu doanh nghiệp và giải thể bắt buộc theo ý chí của cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi doanh nghiệp không còn thỏa mãn các điều kiện tồn tại theo quy định của pháp luật hoặc có sự vi phạm pháp luật. Cụ thể như sau: 1) Giải thể khi kết thúc thời hạn hoạt động đã ghi trong Điều lệ công ty

mà không có quyết định gia hạn; 2) Giải thể theo quyết định của chủ sở hữu doanh nghiệp; 3) Giải thể khi công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn 06 tháng liên tục mà không làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp; 4) Giải thể khi bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Qua quá trình thực thi pháp luật, quy định về các trường hợp giải thể doanh nghiệp đã bộc lộ một số điểm bất cập, cụ thể là:

Thứ nhất, đối với trường hợp giải thể khi kết thúc thời hạn hoạt động đã ghi trong Điều lệ công ty mà không có quyết định gia hạn (điểm a khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014). Điều lệ công ty chính là bản cam kết của các thành viên về việc thành lập và hoạt động của công ty. Khi thành lập công ty, các thành viên đều hướng đến mục tiêu nhất định và hoạch định một thời hạn cụ thể để hoàn thành mục tiêu đó. Thời hạn này sẽ được ghi trong Điều lệ công ty, khi thời hạn này kết thúc mà các thành viên không xin gia hạn hoặc có xin gia hạn nhưng bị cơ quan có thẩm quyền từ chối gia hạn thì công ty sẽ phải tiến hành thủ tục giải thể. Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện

* ThS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

quy định này đã nảy sinh trường hợp là có nhiều Điều lệ công ty không ghi thời hạn hoạt động. Như vậy, trong trường hợp doanh nghiệp không có sự dự liệu về thời hạn hoạt động hay có nhưng không ghi vào trong Điều lệ của công ty thì rõ ràng không thể căn cứ theo điểm a khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 để thực hiện việc giải thể.

Thứ hai, đối với trường hợp giải thể theo quyết định của chủ sở hữu doanh nghiệp. Đây là trường hợp tự nguyện giải thể mà pháp luật Việt Nam cũng như các nước trên thế giới đều ghi nhận dựa trên cơ sở quyền tự do kinh doanh. Chủ sở hữu doanh nghiệp vì lý do nào đó không muốn tiếp tục hoạt động kinh doanh thì họ hoàn toàn có quyền quyết định việc giải thể doanh nghiệp của mình. Tùy thuộc vào mỗi loại hình doanh nghiệp, chủ sở hữu doanh nghiệp có quyền quyết định việc giải thể doanh nghiệp bao gồm: Chủ doanh nghiệp tư nhân đối với doanh nghiệp tư nhân; tất cả thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh; Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên; chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên; Đại hội đồng cổ đông đối với công ty cổ phần¹. Tuy nhiên, quy định giải thể công ty hợp danh trong trường hợp này có sự mâu thuẫn giữa hai điều luật. Cụ thể là điểm b khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: “*Công ty hợp danh giải thể theo quyết định của tất cả thành viên hợp danh*”. Trong khi đó, khoản 3 Điều 177 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: “*Quyết định giải thể công ty phải được ít nhất 3/4 tổng số thành viên hợp*

danh chấp thuận nếu Điều lệ công ty không quy định”. Như vậy, trong trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì việc thông qua quyết định giải thể công ty hợp danh sẽ phải theo tỷ lệ ít nhất 3/4 tổng số thành viên hợp danh chấp thuận, hay phải được sự đồng ý của tất cả thành viên hợp danh? Cách quy định không thống nhất như vậy sẽ gây khó khăn cho công ty hợp danh khi thông qua quyết định giải thể công ty trong trường hợp Điều lệ công ty không quy định về vấn đề này.

Thứ ba, đối với trường hợp giải thể khi công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn 06 tháng liên tục mà không làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp (điểm c khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014). Một trong những điều kiện pháp lý để công ty có thể tồn tại và hoạt động đó là công ty phải có đủ số lượng thành viên tối thiểu. Đối với mỗi loại hình công ty, pháp luật quy định số lượng thành viên tối thiểu khác nhau. Trong quá trình hoạt động, vì một lý do nào đó mà công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của pháp luật thì công ty có thể phải giải thể sau một khoảng thời gian là 06 tháng. Trong thời hạn 06 tháng đó, ngoài cách thức chuyển đổi loại hình doanh nghiệp, công ty có thể sử dụng cách thức khác chẳng hạn như kết nạp thêm thành viên. Nếu quá thời hạn đó mà công ty không chuyển đổi loại hình doanh nghiệp hay không kết nạp thêm thành viên, và vẫn không có đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của pháp luật thì công ty sẽ bị giải thể. Bên cạnh đó, quy định công ty giải thể trong trường hợp này không phù hợp với mọi loại hình công ty. Bởi lẽ, hiện nay, Luật Doanh nghiệp 2014 chỉ quy định các hình

¹ Xem: Điểm b khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

thức chuyển đổi đó là: Chuyển đổi công ty trách nhiệm hữu hạn thành công ty cổ phần, chuyển đổi công ty cổ phần thành công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, chuyển đổi công ty cổ phần thành công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, chuyển đổi doanh nghiệp tư nhân thành công ty trách nhiệm hữu hạn. Như vậy, thực tế sẽ có loại hình công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn 06 tháng liên tục, nhưng không thể làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp. Chẳng hạn như đối với công ty hợp danh, theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014, công ty hợp danh khi không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu trong thời hạn 06 tháng liên tục sẽ phải làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp, nếu không thực hiện sẽ phải giải thể. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành không cho phép công ty hợp danh được chuyển đổi loại hình doanh nghiệp. Do đó, quy định tại điểm c khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 là chưa phù hợp.

Về điều kiện giải thể doanh nghiệp, khoản 2 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: *“Doanh nghiệp chỉ được giải thể khi bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác và doanh nghiệp không trong quá trình giải quyết tranh chấp tại Tòa án hoặc cơ quan trọng tài”*. Dù là tự nguyện giải thể hay bắt buộc giải thể thì doanh nghiệp cũng phải đáp ứng điều kiện này, nếu không thì doanh nghiệp không thể chấm dứt hoạt động bằng thủ tục giải thể. Đây cũng là tiêu chí cơ bản để phân biệt chế định giải thể doanh nghiệp và phá sản doanh nghiệp. Tuy nhiên, quy định về điều kiện giải thể doanh nghiệp này cũng tồn tại một số điểm bất cập, đó là: Pháp luật quy định

doanh nghiệp chỉ được giải thể khi bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác nhưng *“bảo đảm thanh toán hết”* được thực hiện như thế nào thì pháp luật chưa có quy định cụ thể. Bên cạnh đó, điều kiện giải thể doanh nghiệp được quy định trong Luật Doanh nghiệp 2014 lại không thống nhất. Trong khi khoản 2 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định doanh nghiệp chỉ được giải thể khi *“bảo đảm thanh toán hết”* các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác, thì khoản 7 Điều 202 và khoản 4 Điều 203 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: *“Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp gửi đề nghị giải thể cho Cơ quan đăng ký kinh doanh trong 05 ngày làm việc kể từ ngày thanh toán hết các khoản nợ của doanh nghiệp”*. Như vậy, từ quy định tại khoản 7 Điều 202 và khoản 4 Điều 203 Luật Doanh nghiệp 2014 có thể thấy rằng, pháp luật đòi hỏi doanh nghiệp phải *“thanh toán hết”* các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác trước khi gửi đề nghị giải thể. Quy định như vậy không thống nhất với quy định về điều kiện giải thể doanh nghiệp tại khoản 2 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014. Theo tác giả, quy định về điều kiện giải thể doanh nghiệp tại khoản 2 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 là hợp lý. Bởi lẽ, trên thực tế đòi hỏi doanh nghiệp giải thể phải thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác là điều không hề đơn giản. Hầu hết các doanh nghiệp khi đã đến mức giải thể thì khả năng chi trả được tất cả các khoản nợ là rất thấp. Do đó, yêu cầu doanh nghiệp phải *“thanh toán hết”* tất cả các khoản nợ mới được giải thể là không phù hợp với thực tiễn. Nếu doanh nghiệp không thanh toán được hết các khoản nợ, nhưng giữa doanh nghiệp và chủ nợ thỏa thuận được về việc chuyển giao nghĩa vụ thanh toán các khoản nợ này thì

hoàn toàn có thể cho phép giải thể. Điều này cũng phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự.

1.2. Cơ quan có thẩm quyền trong giải thể doanh nghiệp

Theo quy định của pháp luật hiện hành, cơ quan có thẩm quyền trong giải thể doanh nghiệp là Cơ quan đăng ký kinh doanh. Cơ quan đăng ký kinh doanh có thẩm quyền thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp và yêu cầu doanh nghiệp làm thủ tục giải thể theo quy định của pháp luật (điểm e khoản 1 Điều 209 Luật Doanh nghiệp 2014). Bên cạnh đó, Điều 203 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: “*Giải thể doanh nghiệp trong trường hợp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc theo quyết định của Tòa án*”. Khi đó Cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo tình trạng doanh nghiệp đang làm thủ tục giải thể trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp ngay sau khi nhận được quyết định giải thể của Tòa án đã có hiệu lực thi hành. Như vậy, có thể thấy, quyết định giải thể của Tòa án đã có hiệu lực thi hành sẽ là căn cứ để doanh nghiệp tiến hành các thủ tục giải thể². Hay nói cách khác, Tòa án có thẩm quyền quyết định giải thể doanh nghiệp. Tuy nhiên, quy định về thẩm quyền của Tòa án cũng cần phải xem xét. *Thứ nhất*, quy định tại Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 về các trường hợp giải thể doanh nghiệp, không có trường hợp giải thể theo quyết định của Tòa án. Luật Doanh nghiệp 2014 chỉ quy định một trong những trường hợp doanh nghiệp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp là theo

quyết định của Tòa án (điểm đ khoản 1 Điều 211). *Thứ hai*, trong các văn bản pháp luật tố tụng, không có căn cứ pháp lý nào quy định Tòa án có thẩm quyền quyết định giải thể doanh nghiệp. Khoản 1 Điều 28 Luật Tố tụng Hành chính quy định Tòa án có thẩm quyền giải quyết các khiếu kiện quyết định hành chính và hành vi hành chính. Liên quan đến việc giải thể, đối tượng khiếu kiện là các quyết định hành chính và hành vi hành chính như cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Theo quy định tại điểm b, điểm c khoản 2 Điều 163 Luật Tố tụng Hành chính, Tòa án có thẩm quyền “*tuyên hủy một phần hoặc toàn bộ quyết định hành chính trái pháp luật*” hoặc “*tuyên bố một số hoặc toàn bộ các hành vi hành chính là trái pháp luật*”. Như vậy, Tòa án chỉ có thẩm quyền tuyên bố hủy bỏ hiệu lực của Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp trái pháp luật mà không có thẩm quyền ra quyết định giải thể doanh nghiệp. Ngoài ra, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) có quy định một trong những hình phạt chính đối với pháp nhân thương mại phạm tội là đình chỉ hoạt động vĩnh viễn³. Tuy nhiên, theo tác giả, Tòa án ra quyết định đình chỉ hoạt động vĩnh viễn đối với pháp nhân thương mại phạm tội là căn cứ để pháp nhân thương mại đó bị Cơ quan đăng ký kinh doanh thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp theo quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 211 Luật Doanh nghiệp 2014, chứ Tòa án không ra quyết định giải thể doanh nghiệp. Do đó, việc quy định trường hợp giải thể doanh nghiệp theo quyết định của Tòa án tại Điều

² Xem: Khoản 1 Điều 203 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

³ Xem: Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn tại Điều 79 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

203 Luật Doanh nghiệp 2014 là chưa phù hợp với quy định của pháp luật hiện hành.

1.3. Trình tự, thủ tục giải thể doanh nghiệp

Trình tự, thủ tục giải thể doanh nghiệp được quy định tại Điều 202 và Điều 203 Luật Doanh nghiệp 2014. Theo đó, các trường hợp giải thể khác nhau thì trình tự, thủ tục khác nhau. Trường hợp giải thể công ty khi kết thúc thời hạn hoạt động đã ghi trong Điều lệ công ty mà không có quyết định gia hạn, giải thể doanh nghiệp theo quyết định của chủ sở hữu doanh nghiệp và giải thể công ty khi công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn 06 tháng liên tục mà không làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp thì thủ tục thực hiện bao gồm các bước:

- Bước 1: Chủ sở hữu doanh nghiệp quyết định giải thể doanh nghiệp.

Việc thông qua quyết định giải thể doanh nghiệp được thực hiện theo quy định của Luật Doanh nghiệp về triệu tập họp và thông qua quyết định của Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên của công ty hợp danh, của Đại hội đồng cổ đông đối với công ty cổ phần hoặc do chủ sở hữu doanh nghiệp tư nhân, chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên trực tiếp quyết định.

Quyết định giải thể doanh nghiệp phải có các nội dung chủ yếu đó là: Tên, địa chỉ trụ sở chính của doanh nghiệp; lý do giải thể; thời hạn, thủ tục thanh lý hợp đồng và thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp (thời hạn thanh toán nợ, thanh lý hợp đồng không được vượt quá 06 tháng, kể từ ngày thông qua quyết định giải thể); phương án xử lý các nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng lao

động; họ, tên, chữ ký của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

- Bước 2: Gửi quyết định giải thể và công khai quyết định này.

Luật Doanh nghiệp 2014 quy định quyết định giải thể và biên bản họp phải được gửi đến Cơ quan đăng ký kinh doanh, cơ quan thuế, người lao động trong doanh nghiệp, chủ nợ, người có quyền lợi và nghĩa vụ có liên quan (kèm theo thông báo phương án giải quyết nợ trong trường hợp doanh nghiệp còn nghĩa vụ tài chính chưa thanh toán) trong thời hạn 07 ngày làm việc kể từ ngày thông qua. Thông báo phải có tên, địa chỉ của chủ nợ; số nợ, thời hạn, địa điểm và phương thức thanh toán số nợ đó; cách thức và thời hạn giải quyết khiếu nại của chủ nợ.

Ngoài ra, quyết định giải thể phải được đăng trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp và phải được niêm yết công khai tại trụ sở chính, chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp.

- Bước 3: Thông báo tình trạng doanh nghiệp đang giải thể.

Cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo tình trạng doanh nghiệp đang làm thủ tục giải thể trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp ngay sau khi nhận được quyết định giải thể của doanh nghiệp. Kèm theo thông báo phải đăng tải quyết định giải thể và phương án giải quyết nợ (nếu có).

- Bước 4: Tổ chức thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ.

Pháp luật hiện hành quy định về chủ thể tổ chức thanh lý tài sản và thứ tự thanh toán các khoản nợ. Theo quy định tại khoản 2 Điều 202 Luật Doanh nghiệp 2014, chủ doanh nghiệp tư nhân, Hội đồng thành viên

hoặc chủ sở hữu công ty, Hội đồng quản trị trực tiếp tổ chức thanh lý tài sản doanh nghiệp, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định thành lập tổ chức thanh lý riêng.

Các khoản nợ của doanh nghiệp được thanh toán theo thứ tự sau đây:

1) Các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật và các quyền lợi khác của người lao động theo thỏa ước lao động tập thể và hợp đồng lao động đã ký kết;

2) Nợ thuế;

3) Các khoản nợ khác.

Sau khi đã thanh toán hết các khoản nợ và chi phí giải thể doanh nghiệp, phần còn lại chia cho chủ doanh nghiệp tư nhân, các thành viên, cổ đông hoặc chủ sở hữu công ty theo tỷ lệ sở hữu phần vốn góp, cổ phần.

- Bước 5: Cập nhật tình trạng giải thể doanh nghiệp và ra Thông báo về việc giải thể của doanh nghiệp.

Trong 05 ngày làm việc kể từ ngày thanh toán hết các khoản nợ của doanh nghiệp, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp gửi đề nghị giải thể cho Cơ quan đăng ký kinh doanh.

Sau thời hạn 180 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định giải thể mà không nhận được ý kiến về việc giải thể từ doanh nghiệp hoặc phản đối của bên có liên quan bằng văn bản hoặc trong 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận hồ sơ giải thể⁴, Cơ quan đăng ký kinh doanh chuyển tình trạng pháp lý của doanh nghiệp trong Cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp sang tình trạng giải thể nếu không nhận được ý kiến từ chối

của cơ quan thuế, đồng thời ra Thông báo về việc giải thể của doanh nghiệp.

Đối với trường hợp giải thể khi bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp thì thực hiện theo trình tự, thủ tục đó là:

- Bước 1: Thông báo tình trạng giải thể doanh nghiệp.

Cơ quan đăng ký kinh doanh phải thông báo tình trạng doanh nghiệp đang làm thủ tục giải thể trên Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp đồng thời với việc ra quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Kèm theo thông báo phải đăng tải quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

- Bước 2: Quyết định giải thể doanh nghiệp.

Doanh nghiệp phải triệu tập họp để quyết định giải thể trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

- Bước 3: Gửi quyết định giải thể và công khai quyết định này.

Theo quy định của pháp luật hiện hành, doanh nghiệp phải gửi quyết định giải thể và bản sao quyết định thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp đến Cơ quan đăng ký kinh doanh, cơ quan thuế, người lao động trong doanh nghiệp, chủ nợ, người có quyền lợi và nghĩa vụ có liên quan (kèm theo thông báo phương án giải quyết nợ trong trường hợp doanh nghiệp còn nghĩa vụ tài chính chưa thanh toán).

Ngoài ra, doanh nghiệp phải niêm yết công khai quyết định giải thể tại trụ sở chính và chi nhánh của doanh nghiệp. Đối với trường hợp mà pháp luật yêu cầu phải đăng báo thì quyết định giải thể doanh nghiệp phải được đăng ít nhất trên một tờ báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp.

⁴ Xem: Hồ sơ giải thể doanh nghiệp tại Điều 204 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

- Bước 4: Tổ chức thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ.

Việc thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp được thực hiện theo thứ tự quy định như trên.

- Bước 5: Cập nhật tình trạng giải thể doanh nghiệp và ra Thông báo về việc giải thể của doanh nghiệp.

Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp gửi đề nghị giải thể cho Cơ quan đăng ký kinh doanh trong 05 ngày làm việc, kể từ ngày thanh toán hết các khoản nợ của doanh nghiệp.

Sau thời hạn 180 ngày, kể từ ngày thông báo tình trạng giải thể doanh nghiệp mà không nhận phản đối của bên có liên quan bằng văn bản hoặc trong thời hạn 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận hồ sơ giải thể, Cơ quan đăng ký kinh doanh chuyển tình trạng pháp lý của doanh nghiệp trong Cơ sở dữ liệu quốc gia về đăng ký doanh nghiệp sang tình trạng giải thể nếu không nhận được ý kiến từ chối của cơ quan thuế, đồng thời ra Thông báo về việc giải thể của doanh nghiệp.

Các quy định pháp luật hiện hành về trình tự, thủ tục giải thể doanh nghiệp vẫn còn bộc lộ một số điểm bất cập, cụ thể là:

Thứ nhất, quy định về nghĩa vụ đăng báo công khai quyết định giải thể trong trường hợp giải thể khi bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp chưa rõ ràng. Pháp luật quy định đối với trường hợp mà pháp luật yêu cầu phải đăng báo thì quyết định giải thể doanh nghiệp phải được đăng ít nhất trên một tờ báo viết hoặc báo điện tử trong ba số liên tiếp. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành chưa quy định trong trường hợp nào phải đăng báo và báo được đăng đó phải có những nội dung gì.

Thứ hai, pháp luật hiện hành không quy định chủ thể thực hiện việc thanh lý tài sản trong trường hợp doanh nghiệp giải thể khi bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp.

Thứ ba, quy định về việc thanh lý tài sản và thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp không quy định cụ thể về việc xử lý các khoản nợ có bảo đảm. Trường hợp doanh nghiệp bị phá sản, Luật Phá sản năm 2014 quy định cụ thể về việc xử lý các khoản nợ có bảo đảm. Trong khi đó, đối với doanh nghiệp bị giải thể, việc thanh toán các khoản nợ có bảo đảm được thực hiện như thế nào thì pháp luật chưa có quy định cụ thể.

Thứ tư, trên thực tế, trong quá trình tiến hành thủ tục giải thể xuất hiện trường hợp doanh nghiệp rơi vào tình trạng không có khả năng thanh toán các khoản nợ và cũng không thể áp dụng cách thức bảo đảm thanh toán các khoản nợ. Trong khi đó, điều kiện giải thể doanh nghiệp đó là doanh nghiệp chỉ được giải thể khi bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác. Rõ ràng trong trường hợp này, doanh nghiệp không thể chấm dứt sự tồn tại bằng thủ tục giải thể mà phải chuyển sang áp dụng thủ tục phá sản. Tuy nhiên, hiện nay pháp luật chưa có quy định cụ thể về việc cho phép chuyển tiếp từ thủ tục giải thể sang thủ tục phá sản đối với doanh nghiệp.

1.4. Quy định đảm bảo quyền và lợi ích của các chủ thể có liên quan trong quá trình giải thể doanh nghiệp

Theo pháp luật hiện hành, việc đảm bảo quyền và lợi ích của các chủ thể có liên quan trong quá trình giải thể doanh nghiệp được thể hiện thông qua hai quy định chính là: Quy định cấm doanh nghiệp, người quản

lý doanh nghiệp thực hiện một số hoạt động nhất định kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp và quy định trách nhiệm của người quản lý doanh nghiệp bị giải thể.

Thứ nhất, quy định cấm doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp thực hiện một số hoạt động nhất định kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp.

Với mục đích bảo toàn tài sản của doanh nghiệp khi tiến hành thủ tục giải thể nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể có liên quan đến việc giải thể doanh nghiệp. Đồng thời, để xác định được điều kiện chấp thuận cho doanh nghiệp giải thể, Luật Doanh nghiệp 2014 quy định kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp, nghiêm cấm doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp thực hiện các hoạt động sau: Cất giấu, tẩu tán tài sản; từ bỏ hoặc giảm bớt quyền đòi nợ; chuyển các khoản nợ không có bảo đảm thành các khoản nợ có bảo đảm bằng tài sản của doanh nghiệp; ký kết hợp đồng mới trừ trường hợp để thực hiện giải thể doanh nghiệp; cầm cố, thế chấp, tặng cho, cho thuê tài sản; chấm dứt thực hiện hợp đồng đã có hiệu lực; huy động vốn dưới mọi hình thức.

Thứ hai, quy định trách nhiệm của người quản lý doanh nghiệp bị giải thể.

Trách nhiệm của người quản lý doanh nghiệp được quy định tại khoản 2, khoản 3 Điều 204 Luật Doanh nghiệp 2014, theo đó: Thành viên Hội đồng quản trị công ty cổ phần, thành viên Hội đồng thành viên công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, chủ sở hữu công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, chủ doanh nghiệp tư nhân, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc, thành viên hợp danh công ty hợp danh, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp phải chịu

trách nhiệm về tính trung thực, chính xác của hồ sơ giải thể doanh nghiệp. Trường hợp hồ sơ giải thể không chính xác, giả mạo, những người có trách nhiệm về tính chính xác của hồ sơ giải thể phải liên đới chịu trách nhiệm thanh toán số nợ chưa thanh toán, số thuế chưa nộp, quyền lợi của người lao động chưa được giải quyết và chịu trách nhiệm cá nhân trước pháp luật về những hệ quả phát sinh trong thời hạn 05 năm, kể từ ngày nộp hồ sơ giải thể doanh nghiệp đến Cơ quan đăng ký kinh doanh.

Tuy nhiên, việc đảm bảo quyền và lợi ích của các chủ thể có liên quan đến giải thể doanh nghiệp vẫn còn bất cập, cụ thể:

Một là, pháp luật chưa quy định cụ thể về chế tài xử phạt vi phạm hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp nếu thực hiện các hoạt động bị cấm được quy định tại khoản 1 Điều 205 Luật Doanh nghiệp 2014 kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp. Mặc dù khoản 2 Điều 205 Luật Doanh nghiệp 2014 đã quy định cá nhân có hành vi vi phạm các hoạt động bị cấm kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp, thì tùy theo tính chất và mức độ vi phạm, có thể bị xử phạt vi phạm hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự, nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường. Pháp luật hiện hành liên quan cũng chưa có quy định về chế tài xử phạt vi phạm hành chính, truy cứu trách nhiệm hình sự đối với doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp nếu thực hiện các hoạt động bị cấm được quy định tại khoản 1 Điều 205 Luật Doanh nghiệp 2014 kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp.

Hai là, Luật Doanh nghiệp 2014 quy định cá nhân người quản lý công ty có liên

quan phải chịu trách nhiệm cá nhân về thiệt hại do việc không thực hiện hoặc không thực hiện đúng quy định về trình tự, thủ tục giải thể doanh nghiệp khi bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Trong khi đó, đối với trường hợp giải thể công ty khi kết thúc thời hạn hoạt động đã ghi trong Điều lệ công ty mà không có quyết định gia hạn, giải thể doanh nghiệp theo quyết định của chủ sở hữu doanh nghiệp và giải thể công ty khi công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn 06 tháng liên tục mà không làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp, thì chưa có quy định về trách nhiệm này. Mặc dù Nghị định 50/2016/NĐ-CP ngày 01/6/2016 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư đã có quy định chế tài xử phạt đối với hành vi không tiến hành thủ tục giải thể. Cụ thể là phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng đối với hành vi không tiến hành thủ tục giải thể đối với doanh nghiệp thuộc các trường hợp bắt buộc giải thể⁵, tuy nhiên, có thể thấy rằng, mức phạt như vậy là tương đối thấp, chưa đủ sức răn đe. Bên cạnh đó, pháp luật chưa có quy định về hình thức xử phạt đối với người quản lý doanh nghiệp tiến hành thủ tục giải thể, nhưng thực hiện không đúng.

2. Phương hướng hoàn thiện pháp luật về giải thể doanh nghiệp

2.1. Về các trường hợp giải thể và điều kiện giải thể doanh nghiệp

⁵ Xem: Điểm a khoản 1 Điều 36 Nghị định 50/2016/NĐ-CP ngày 01/6/2016 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư.

Thứ nhất, cần sửa đổi, bổ sung quy định về các trường hợp giải thể doanh nghiệp. Cụ thể:

Một là, bổ sung quy định "thời hạn hoạt động" là một nội dung đăng ký doanh nghiệp. Theo đó, trong nội dung Giấy đề nghị đăng ký doanh nghiệp, nội dung Điều lệ công ty nên bổ sung quy định "thời hạn hoạt động" là một trong những nội dung bắt buộc phải có nhằm đảm bảo thực hiện quy định tại điểm a khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 được thống nhất.

Hai là, sửa đổi điểm b khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014. Cụ thể là thống nhất trong việc quy định tỷ lệ thông qua quyết định giải thể công ty hợp danh. Do đó, điểm b khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 cần sửa đổi: "*Theo quyết định của chủ doanh nghiệp đối với doanh nghiệp tư nhân, của tất cả thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh, của Hội đồng thành viên, chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, của Đại hội đồng cổ đông đối với công ty cổ phần*", thành "*Theo quyết định của chủ doanh nghiệp đối với doanh nghiệp tư nhân, của Hội đồng thành viên đối với công ty hợp danh và công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên, của chủ sở hữu công ty đối với công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên, của Đại hội đồng cổ đông đối với công ty cổ phần*".

Ba là, cần sửa đổi quy định tại điểm c khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 nhằm đảm bảo quy định được áp dụng thống nhất đối với mọi loại hình công ty. Vì vậy, điểm c khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 nên sửa đổi quy định: "*Công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật này trong thời hạn*

06 tháng liên tục mà không làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp” thành quy định “Công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật này trong thời hạn 06 tháng liên tục”.

Thứ hai, sửa đổi, bổ sung quy định về điều kiện giải thể doanh nghiệp.

Pháp luật quy định doanh nghiệp chỉ được giải thể khi “bảo đảm thanh toán hết” các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác và doanh nghiệp không trong quá trình giải quyết tranh chấp tại Tòa án hoặc cơ quan trọng tài tại khoản 2 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 là hợp lý, nhằm đảm bảo lợi ích của các chủ thể có liên quan khi doanh nghiệp chấm dứt hoạt động. Để các quy định của pháp luật được thống nhất và phù hợp với thực tiễn thì quy định tại khoản 7 Điều 202 và khoản 4 Điều 203 cần được sửa đổi giống như khoản 2 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014. Bên cạnh đó, pháp luật cần quy định chi tiết cách thức “đảm bảo thanh toán”. Nếu doanh nghiệp và chủ nợ thỏa thuận được về việc chuyển giao nghĩa vụ thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp sang cho chủ sở hữu doanh nghiệp (chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên công ty) thì chủ sở hữu doanh nghiệp - người nhận chuyển giao nghĩa vụ sẽ có nghĩa vụ thanh toán các khoản nợ của doanh nghiệp bị giải thể. Sau khi chuyển giao nghĩa vụ, nếu những người này không thực hiện nghĩa vụ thanh toán thì các chủ nợ hoàn toàn có thể khởi kiện vụ án dân sự để bảo vệ quyền lợi của mình. Quy định cách thức bảo đảm như vậy hoàn toàn phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự cũng như thực tiễn hiện nay, tạo điều kiện cho doanh nghiệp sớm rút khỏi thị trường. Ngoài ra, quy định về giấy tờ phải có trong hồ sơ giải thể được quy

định tại khoản 1 Điều 204 Luật Doanh nghiệp 2014 cũng cần được bổ sung. Cụ thể, đối với trường hợp doanh nghiệp không thanh toán được các khoản nợ nhưng thực hiện việc chuyển giao nghĩa vụ thanh toán thì trong hồ sơ giải thể doanh nghiệp phải có các giấy tờ chứng minh cách thức đảm bảo thanh toán đã được thống nhất giữa chủ nợ và doanh nghiệp giải thể.

2.2. Về cơ quan có thẩm quyền trong giải thể doanh nghiệp

Như đã phân tích ở trên, theo quy định pháp luật hiện hành, Tòa án không có thẩm quyền ra quyết định giải thể doanh nghiệp mà chỉ có quyền hủy bỏ Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hay tuyên bố đình chỉ hoạt động vĩnh viễn đối với pháp nhân thương mại phạm tội. Những quyết định này của Tòa án chỉ là căn cứ để Cơ quan đăng ký kinh doanh thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp theo quy định tại điểm đ khoản 1 Điều 211 Luật Doanh nghiệp 2014. Do đó, Điều 203 Luật Doanh nghiệp 2014 nên sửa quy định “*Giải thể doanh nghiệp trong trường hợp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp hoặc theo quyết định của Tòa án*” thành quy định “*Giải thể doanh nghiệp trong trường hợp bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp*” nhằm thống nhất với quy định về các trường hợp giải thể doanh nghiệp hiện hành. Trong trường hợp pháp luật quy định doanh nghiệp có thể bị giải thể theo quyết định của Tòa án thì cần bổ sung quy định tại khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 trường hợp giải thể theo quyết định của Tòa án và phải có quy định cụ thể căn cứ, lý do để Tòa án ra quyết định giải thể doanh nghiệp. Pháp luật một số nước trao cho Tòa án có thẩm quyền giải

thể doanh nghiệp, chẳng hạn như khoản 1 Điều 61 Luật Công ty trách nhiệm hữu hạn của Đức quy định: “*Công ty có thể bị giải thể bởi phán quyết của Tòa án nếu không đạt được mục đích của công ty hoặc có những lý do quan trọng xuất phát từ hoàn cảnh thực tế của công ty*”⁶ hay khoản 5 Điều 1844-7 Bộ luật Dân sự Pháp quy định công ty chấm dứt hoạt động trong trường hợp: “*Tòa án quyết định giải thể công ty trước thời hạn theo yêu cầu của một thành viên với lý do chính đáng, đặc biệt là khi một thành viên không thực hiện nghĩa vụ của mình hoặc có tranh chấp giữa các thành viên làm tê liệt hoạt động của công ty*”⁷. Chúng ta có thể nghiên cứu và tham khảo kinh nghiệm của các nước trên thế giới khi quy định về vấn đề này.

2.3. Về trình tự, thủ tục giải thể doanh nghiệp

Thứ nhất, nghĩa vụ đăng báo công khai quyết định giải thể trong trường hợp giải thể khi bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp cần được quy định rõ ràng. Nếu phải đăng báo quyết định giải thể thì cần quy định cụ thể những trường hợp và nội dung của báo được đăng đó.

Thứ hai, pháp luật cần quy định về chủ thể thực hiện việc thanh lý tài sản trong trường hợp doanh nghiệp giải thể khi bị thu hồi Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Chủ thể thực hiện việc thanh lý tài sản của doanh nghiệp là chủ doanh nghiệp tư nhân,

Hội đồng thành viên hoặc chủ sở hữu công ty, Hội đồng quản trị trực tiếp tổ chức thanh lý tài sản doanh nghiệp hoặc doanh nghiệp thành lập tổ chức thanh lý tài sản riêng theo quy định tại Điều lệ công ty. Trên thực tế có những doanh nghiệp không thể tiến hành thanh lý tài sản hoặc cố tình trốn tránh trách nhiệm thanh lý tài sản, nên pháp luật cần quy định cơ quan nhà nước có thẩm quyền có thể chỉ định chủ thể thực hiện việc thanh lý tài sản cho doanh nghiệp.

Thứ ba, pháp luật cần bổ sung quy định về thủ tục thanh toán nợ có bảo đảm nhằm bảo vệ quyền lợi của các chủ nợ có bảo đảm. Theo đó, pháp luật doanh nghiệp nên quy định các khoản nợ có bảo đảm sẽ được ưu tiên thanh toán bằng chính tài sản bảo đảm đó, nếu giá trị tài sản bảo đảm không đủ thanh toán số nợ thì phần nợ còn lại sẽ được thanh toán như các khoản nợ sau khi đã thanh toán các khoản nợ lương, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội và các quyền lợi khác của người lao động, nợ thuế; nếu giá trị của tài sản bảo đảm lớn hơn số nợ thì phần chênh lệch được nhập vào giá trị tài sản còn lại của doanh nghiệp.

Thứ tư, pháp luật cần quy định cụ thể về việc cho phép doanh nghiệp chuyển từ áp dụng thủ tục giải thể sang thủ tục phá sản trong trường hợp doanh nghiệp tiến hành thủ tục giải thể, nhưng không có khả năng thanh toán các khoản nợ và không có biện pháp bảo đảm thanh toán hết các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của doanh nghiệp. Như vậy, sẽ tạo điều kiện cho doanh nghiệp rút khỏi thị trường một cách nhanh chóng với thủ tục rút gọn, đơn giản.

2.4. Về quy định đảm bảo quyền và lợi ích của các chủ thể có liên quan trong quá trình giải thể doanh nghiệp

⁶ Xem: The German Limited Liability Companies Act 1892. Nguồn: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gmbhg/englisch_gmbhg.html, truy cập ngày 26/6/2017.

⁷ Xem: The French Civil Code 1804. Nguồn: https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/.../4/.../Code_civil_20130701_EN.pdf, truy cập ngày 26/6/2017.

Thứ nhất, pháp luật cần quy định chế tài xử phạt vi phạm hành chính, truy cứu trách nhiệm hình sự đối với doanh nghiệp, người quản lý doanh nghiệp nếu thực hiện các hoạt động bị cấm được quy định tại khoản 1 Điều 205 Luật Doanh nghiệp 2014 kể từ khi có quyết định giải thể doanh nghiệp. Pháp luật cần quy định cụ thể các chế tài và chế tài phải đủ sức răn đe, có như vậy doanh nghiệp cũng như người quản lý doanh nghiệp mới không có ý định thực hiện hành vi vi phạm.

Thứ hai, pháp luật cần quy định cụ thể trách nhiệm của người quản lý công ty nếu không thực hiện hoặc thực hiện không đúng trình tự, thủ tục pháp luật quy định trong trường hợp giải thể công ty khi kết thúc thời hạn hoạt động đã ghi trong Điều lệ công ty mà không có quyết định gia hạn, giải thể doanh nghiệp theo quyết định của chủ sở hữu doanh nghiệp và giải thể công ty khi công ty không còn đủ số lượng thành viên tối thiểu theo quy định của Luật Doanh nghiệp trong thời hạn 06 tháng liên tục mà không làm thủ tục chuyển đổi loại hình doanh nghiệp. Bên cạnh đó, pháp luật cần quy định tăng mức phạt đối với hành vi không tiến hành thủ tục giải thể đối với doanh nghiệp thuộc các trường hợp bắt buộc giải thể và bổ sung quy định mức phạt đối với hành vi thực hiện không đúng thủ tục giải thể doanh nghiệp. Đối với hành vi không tiến hành thủ tục giải thể khi doanh nghiệp thuộc các trường hợp bắt buộc giải thể, điểm a khoản 2 Điều 36 Nghị định 50/2016/NĐ-CP ngày 01/6/2016 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư, quy định biện pháp khắc phục hậu quả là buộc phải tiến hành thủ tục giải thể doanh nghiệp theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, theo tác giả, pháp

luật cũng cần quy định thêm chế tài khác áp dụng đối với người quản lý doanh nghiệp nếu có hành vi không tiến hành thủ tục giải thể doanh nghiệp. Chẳng hạn như, người quản lý doanh nghiệp không được phép thành lập, tham gia thành lập hay quản lý các doanh nghiệp khác nếu chưa thực hiện nghĩa vụ giải thể doanh nghiệp. Quy định như vậy nhằm nâng cao trách nhiệm của người quản lý doanh nghiệp giải thể.

Thực tế ở Việt Nam, doanh nghiệp ngừng hoạt động kinh doanh chờ giải thể rất nhiều, trong khi số doanh nghiệp chính thức giải thể là rất ít. Trong năm 2016, cả nước có 40.750 doanh nghiệp tạm ngừng hoạt động không đăng ký hoặc chờ giải thể, trong đó số doanh nghiệp hoàn tất thủ tục giải thể là 12.478 doanh nghiệp⁸. Trong 4 tháng đầu năm 2017, số doanh nghiệp tạm ngừng hoạt động không đăng ký hoặc chờ giải thể của cả nước là 15.909 doanh nghiệp, trong đó số doanh nghiệp hoàn tất thủ tục giải thể là 4.057 doanh nghiệp⁹. Tình trạng trên cho thấy một phần xuất phát từ những bất cập trong quy định của pháp luật về giải thể doanh nghiệp. Vì vậy, việc sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật hiện hành về giải thể doanh nghiệp là điều cần thiết, nhằm tạo điều kiện cho doanh nghiệp rút khỏi thị trường một cách thuận lợi, có trật tự và đảm bảo lợi ích của các chủ thể có liên quan.

⁸ Xem: Cục Quản lý đăng ký kinh doanh, “Tình hình doanh nghiệp quay trở lại hoạt động, tạm ngừng và giải thể tháng 12 và năm 2016”. Nguồn: <https://dangkykinhdoanh.gov.vn>, truy cập ngày 27/6/2017.

⁹ Xem: Tổng Cục Thống kê, “Tình hình kinh tế - xã hội 4 tháng đầu năm 2017”. Nguồn: <http://www.gso.gov.vn/default.aspx?tabid=621&ItemID=18391>, truy cập ngày 27/6/2017.

KHUNG PHÁP LÝ VỀ DOANH NGHIỆP XÃ HỘI – THỰC TIỄN CÁC NƯỚC VÀ VIỆT NAM

Nguyễn Toàn Thắng*
Phạm Quý Đạt**

Tóm tắt: Bài viết đề cập một số vấn đề pháp lý cơ bản của doanh nghiệp xã hội, trong đó đặc biệt nhấn mạnh đến các tiêu chí để xác định doanh nghiệp xã hội và hình thức pháp lý của loại hình doanh nghiệp này. Trên cơ sở nghiên cứu so sánh pháp luật về doanh nghiệp xã hội của một số quốc gia, bài viết đưa ra một số đánh giá và kiến nghị mang tính gợi mở để góp phần hoàn thiện pháp luật về doanh nghiệp xã hội ở Việt Nam.

Abstract: This paper discusses some legal issues of social enterprises and focuses on criteria to determine social enterprises and their legal forms. Basing on the comparison of law on these issues in some countries, it makes comments and proposals to improve laws and regulations on social enterprises in Vietnam.

Một số quốc gia tìm kiếm phương thức giải quyết các vấn đề xã hội thông qua cách tiếp cận kinh doanh của khu vực tư nhân và doanh nghiệp xã hội đóng vai trò quan trọng trong đó.

1. Khái quát về doanh nghiệp xã hội

Mô hình doanh nghiệp xã hội đầu tiên đã xuất hiện từ thế kỷ XVII và có những bước tiến mạnh mẽ từ đầu thế kỷ XIX. Vương quốc Anh là nước có doanh nghiệp xã hội ra đời sớm nhất và giữ vị trí tiên phong¹. Trong những thập niên trở lại đây,

doanh nghiệp xã hội lan rộng và phát triển trên phạm vi toàn thế giới.

Có thể thấy, doanh nghiệp xã hội được thành lập để giải quyết một vấn đề xã hội nhất định. Tùy thuộc vào điều kiện kinh tế - xã hội tại mỗi quốc gia, vào nhu cầu của một giải pháp xã hội cụ thể, doanh nghiệp xã hội được tổ chức theo các mô hình khác nhau, có sự đan xen giữa kinh doanh và hoạt động vì lợi ích cộng đồng. Vì vậy, quan điểm về doanh nghiệp xã hội cũng tương đối đa dạng và cách tiếp cận cũng không hoàn toàn đồng nhất.

Trong Chiến lược phát triển doanh nghiệp xã hội năm 2002, Chính phủ Anh định nghĩa: “Doanh nghiệp xã hội là một mô hình kinh doanh được thành lập nhằm thực hiện các mục tiêu xã hội, và sử dụng lợi nhuận để tái đầu tư cho mục tiêu đó hoặc cho cộng đồng, thay vì tối đa hóa lợi

* TS., Đại học Luật Hà Nội.

** ThS., Đại học Luật Hà Nội.

Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài của Trường Đại học Luật Hà Nội “Nghiên cứu so sánh chế định doanh nghiệp xã hội trong hệ thống pháp luật của một số nước trên thế giới và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam”.

¹ Theo thống kê của Chính phủ Anh, năm 2017, có khoảng 70.000 doanh nghiệp xã hội hoạt động trên lãnh thổ Vương quốc Anh, đóng góp 24 tỷ bảng Anh cho nền kinh tế và tạo công ăn việc làm cho gần 01 triệu người. Xem: *The future of business: State of social enterprise survey 2017*, <https://www.social>

[enterprise.org.uk/Pages/Category/state-of-social-enterprise-reports](https://www.socialenterprise.org.uk/Pages/Category/state-of-social-enterprise-reports), truy cập ngày 28/8/2017.

nhuận cho cổ đông hoặc chủ sở hữu”². Với định nghĩa trên, doanh nghiệp xã hội ở Anh có những đặc điểm sau: (i) Phải là một mô hình kinh doanh, tức là phải có mô hình tổ chức – hoạt động, không bị ép vào một loại hình công ty nào đó, thông qua những phương án kinh doanh để thực hiện mục tiêu ngay từ khi thành lập; (ii) Mục tiêu xã hội được đặt ra ngay khi mới thành lập và là mục tiêu xuyên suốt; (iii) Lợi nhuận được tái đầu tư phần lớn cho các mục tiêu xã hội ban đầu bên cạnh việc đảm bảo một phần lợi nhuận phân chia cho các cá nhân³.

Theo quan điểm của Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế (OECD), “doanh nghiệp xã hội là những tổ chức hoạt động dưới nhiều hình thức pháp lý khác nhau vận dụng tinh thần doanh nhân nhằm theo đuổi cùng lúc cả hai mục tiêu xã hội và kinh tế. Doanh nghiệp xã hội thường cung cấp các dịch vụ xã hội và việc làm cho các nhóm yếu thế ở cả thành thị và nông thôn. Ngoài ra, doanh nghiệp xã hội còn cung cấp các dịch vụ cộng đồng trên các lĩnh vực giáo dục, văn hóa, môi trường”⁴.

Ở Việt Nam, tổ chức hỗ trợ sáng kiến phục vụ cộng đồng (CSIP) phân tích doanh nghiệp xã hội từ hai góc độ: Doanh nghiệp xã hội như một cách tiếp cận (chi phối triết

lý hoạt động và chiến lược thực hiện) và doanh nghiệp xã hội như một thực thể (tổ chức dưới hình thức pháp lý cụ thể). Cách tiếp cận doanh nghiệp xã hội (Social entrepreneurship – tinh thần doanh nghiệp xã hội) là “việc áp dụng các phương thức sáng tạo, theo định hướng thị trường để giải quyết những nguyên nhân gốc rễ của vấn đề xã hội và môi trường, từ đó tạo ra thay đổi mang tính hệ thống và cung cấp giải pháp bền vững”. Nếu hiểu doanh nghiệp xã hội như một thực thể, doanh nghiệp xã hội là “doanh nghiệp có định hướng xã hội (có thể vì lợi nhuận, phi lợi nhuận hoặc mô hình lai) được tạo ra để giải quyết một vấn đề xã hội hoặc thất bại của thị trường thông qua cách tiếp cận kinh doanh của khu vực tư nhân, nhằm nâng cao tính hiệu quả và bền vững, đồng thời tạo ra lợi ích hoặc thay đổi xã hội”⁵.

Như vậy, doanh nghiệp xã hội có thể được hiểu dưới nhiều góc độ khác nhau, nhưng đều có một số đặc điểm cơ bản sau đây:

- Đặt mục tiêu xã hội là mục tiêu hoạt động.

Đây là đặc điểm cơ bản nhất và mang tính cốt lõi của doanh nghiệp xã hội. Đã là doanh nghiệp xã hội thì không thể tách khỏi mục tiêu hoạt động xã hội. Hay nói cách khác, các doanh nghiệp xã hội phải theo đuổi mục tiêu xã hội đã đề ra, coi đó là mục tiêu tối thượng của doanh nghiệp. Mục tiêu xã hội ở đây chính là giải quyết các vấn đề xã hội thường được quan tâm như bảo vệ quyền lợi của cộng đồng những người yếu

² “A social enterprise is a business with primarily social objectives whose surpluses are principally reinvested for that purpose in the business or in the community, rather than being driven by the need to maximise profit for shareholders and owners”. UK Department of Trade and Industry, Social Enterprise: A Strategy for Success, Dep’t of Trade & Indus., SocialEnterprise: A Strategy for Success, 2002.

³ Xem Nguyễn Đình Cung, Lưu Minh Đức, Phạm Kiều Oanh, Trần Thị Hồng Gấm, *Doanh nghiệp xã hội tại Việt Nam – Khái niệm, bối cảnh và chính sách*, Hà Nội, 2012, tr. 16.

⁴ Xem <http://www.oecd.org/regional/leed/37753595.pdf>, truy cập ngày 20/8/2017.

⁵ Trung tâm hỗ trợ sáng kiến phục vụ lợi ích cộng đồng, *Khởi sự doanh nghiệp xã hội: Cẩm nang dành cho các tổ chức xã hội dân sự*, tr. 10-11, <http://csip.vn/an-pham/cam-nang-khoi-su-dnxh-7.html>, truy cập ngày 28/8/2017.

thế, bảo vệ môi trường, cứu trợ, bảo vệ các giá trị văn hóa, giải quyết các xung đột trong gia đình, cộng đồng... Thông qua việc giải quyết những vấn đề xã hội, hoạt động của doanh nghiệp xã hội sẽ góp phần phát huy những giá trị tốt đẹp, hạn chế được những mặt tiêu cực của xã hội, giảm gánh nặng cho Nhà nước trong việc thực hiện các mục tiêu xã hội, cộng đồng hay môi trường. Nếu không duy trì hoặc không thực hiện mục tiêu này, tổ chức hay doanh nghiệp sẽ không còn quy chế của doanh nghiệp xã hội.

- Tiến hành các hoạt động kinh doanh để đạt được mục tiêu xã hội.

Cách thức để doanh nghiệp xã hội thực hiện các mục tiêu xã hội là thông qua hoạt động kinh doanh. Đây cũng chính là ưu thế của doanh nghiệp xã hội so với các tổ chức xã hội, tổ chức phi lợi nhuận, tổ chức nhân đạo... trong việc thực hiện mục tiêu xã hội. Với tư cách là một mô hình kinh doanh, doanh nghiệp xã hội sẽ sử dụng kết quả từ hoạt động kinh doanh như một giải pháp để giải quyết các vấn đề xã hội mà mình theo đuổi.

- Tái phân bổ lợi nhuận để thực hiện các mục tiêu xã hội.

Việc sử dụng lợi nhuận từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp xã hội phải nhằm mục đích thực hiện các mục tiêu xã hội. Nói cách khác, lợi nhuận của doanh nghiệp sẽ không thuộc về chủ sở hữu doanh nghiệp mà phải được tái phân phối trở lại cho hoạt động của tổ chức hoặc cộng đồng.

Tùy thuộc vào điều kiện, bối cảnh của từng quốc gia, doanh nghiệp xã hội có thể hoạt động dưới nhiều hình thức pháp lý khác nhau. Tuy nhiên, bản chất của doanh nghiệp xã hội không phụ thuộc vào hình thức pháp lý mà doanh nghiệp đó tồn tại.

Với cách tiếp cận này, sự hiện diện của mô hình doanh nghiệp xã hội là rất đa dạng và việc thành lập, hoạt động dưới hình thức nào tùy thuộc vào điều kiện của chính những nhà sáng lập. Cùng với sự đa dạng trên, mục đích chính của doanh nghiệp xã hội là thực hiện hoạt động kinh doanh để giải quyết vấn đề xã hội chứ không phải lựa chọn hình thức pháp lý để được hưởng chính sách hay sự hỗ trợ từ phía Nhà nước. Việc xác định rõ bản chất và tiếp cận công bằng trong việc thành lập và hoạt động của doanh nghiệp xã hội so với các tổ chức và các loại hình doanh nghiệp khác có ý nghĩa quan trọng trong việc phát triển về số lượng và chất lượng của doanh nghiệp xã hội.

2. Doanh nghiệp xã hội theo quy định pháp luật một số quốc gia trên thế giới

2.1. Doanh nghiệp xã hội theo quy định pháp luật của Vương quốc Anh

Theo quan điểm của Chính phủ Anh, doanh nghiệp xã hội được thành lập và hoạt động để thực hiện mục tiêu xã hội. Đây là mục tiêu cơ bản, quyết định sự tồn tại của doanh nghiệp xã hội chứ không phải lợi nhuận từ hoạt động kinh doanh. Tuy nhiên, vì là một loại hình doanh nghiệp nên hoạt động kinh doanh là phương tiện, giải pháp để doanh nghiệp xã hội thực hiện mục tiêu xã hội của mình. Lợi nhuận thu được từ hoạt động kinh doanh được sử dụng chủ yếu để tái đầu tư nhằm gia tăng giá trị xã hội phục vụ cộng đồng chứ không nhằm mục đích tối đa hóa lợi nhuận cho cá nhân⁶.

Để cụ thể hóa Chiến lược phát triển doanh nghiệp xã hội, Phòng Kinh doanh, Sáng tạo và Kỹ năng (Department for

⁶ UK Department of Trade and Industry, Social Enterprise: A Strategy for Success, Dep't of Trade & Indus., SocialEnterprise: A Strategy for Success, 2002.

Business, Innovation & Skills - BIS) áp dụng bốn tiêu chí để xác định doanh nghiệp xã hội như:

- Doanh nghiệp cần tự xác định là doanh nghiệp xã hội;
- Lợi nhuận phân phối cho các thành viên không được vượt quá 50% tổng lợi nhuận hàng năm của doanh nghiệp;
- Thu nhập từ hoạt động chính của doanh nghiệp phải chiếm ít nhất 70% tổng thu nhập của doanh nghiệp;
- Tự đáp ứng yêu cầu là doanh nghiệp được thành lập để thực hiện mục tiêu xã hội hay môi trường, và sử dụng lợi nhuận để tái đầu tư cho mục tiêu đó hoặc cho cộng đồng, thay vì chủ yếu phân phối lợi nhuận cho cá nhân⁷.

Năm 2004, đáp ứng yêu cầu từ phía Chính phủ, đồng thời để thúc đẩy và ghi “dấu ấn thương hiệu” cho doanh nghiệp xã hội, Nghị viện Anh đã chấp thuận một hình thức công ty mới là Công ty vì lợi ích cộng đồng (Community Interest Company – CIC) trong Luật Công ty⁸. Năm 2005, Chính phủ ban hành Bộ quy định về Công ty vì lợi ích cộng đồng để cụ thể hóa những quy định trong Luật Công ty liên quan đến CIC⁹.

CIC là một loại hình doanh nghiệp được thiết kế đặc biệt cho doanh nghiệp xã hội mong muốn sử dụng tài sản và lợi nhuận cho các mục tiêu xã hội, môi trường. CIC dễ

thành lập và có nhiều đặc tính linh hoạt tương tự như các loại hình công ty khác, tuy nhiên cũng có những đặc điểm riêng để đảm bảo thực hiện hoạt động phục vụ lợi ích cộng đồng¹⁰. Có thể nêu một số đặc điểm của CIC như sau:

- Được thành lập dưới hình thức công ty hữu hạn (limited company), có thể là công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty cổ phần;
- Thực hiện hoạt động kinh doanh vì lợi ích cộng đồng;
- Cam kết trong điều lệ công ty về việc dành lợi nhuận và tài sản để phục vụ lợi ích cộng đồng;
- Có một khoản tài sản đảm bảo (asset lock) để phục vụ lợi ích cộng đồng;
- Có thể phân phối lợi nhuận nhưng chỉ ở một giới hạn nhất định, không vượt quá 35% tổng lợi nhuận hàng năm của doanh nghiệp¹¹.

Trước khi pháp luật quy định về CIC, phần lớn doanh nghiệp xã hội được tổ chức dưới hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn có quy chế từ thiện. Hình thức này cho phép doanh nghiệp xã hội áp dụng mô hình “lai”, theo đó tài sản được bảo vệ theo quy chế từ thiện, còn doanh nghiệp vẫn thực hiện hoạt động kinh doanh theo quy định áp dụng đối với công ty. Sau khi pháp luật quy định về CIC, một số lượng lớn doanh nghiệp xã hội đã lựa chọn hình thức CIC¹².

⁷ Department for Business, Innovation & Skills, Small Business Survey 2014: SME employers (BIS Research Paper No. 214).

⁸ Part 2 of the Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004, <https://www.legislation.gov.uk/id/ukpga/2004/27>, truy cập ngày 20/7/2017.

⁹ The Community Interest Company Regulations, 2005, S.I. 1788 (U.K.) enacted in 2005, <http://www.legislation.gov.uk/uksi/2005/1788/made>, truy cập ngày 20/7/2017.

¹⁰ Department for Business Innovation & Skills (BIS), *A Guide to Legal Forms for Social Enterprise*, 2011 at 3 (November 2011).

¹¹ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Office of the Regulator of Community Interest Companies, *Information and guidance notes, Chapter 6: The Asset Lock*, 2016 at 9.

¹² Riêng trong năm 2014, đã có 10.000 doanh nghiệp xã hội theo hình thức CIC. Xem Office of the Regulator of Community Interest Companies,

Do pháp luật không bắt buộc các doanh nghiệp phải tổ chức theo CIC nên bên cạnh CIC, doanh nghiệp xã hội tại Vương quốc Anh còn được tổ chức dưới nhiều hình thức pháp lý khác như:

- Công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn (Company Limited by Shares or Guarantee): Đây là hình thức pháp lý phổ biến và được nhiều doanh nghiệp xã hội lựa chọn. Để thành lập doanh nghiệp xã hội theo loại hình này, các thành viên sáng lập công ty phải thể hiện rõ mục tiêu vì lợi ích cộng đồng trong Điều lệ và phải cam kết tái đầu tư lợi nhuận cho các mục tiêu xã hội.

- Công ty hợp danh trách nhiệm hữu hạn (limited liability partnerships – LLP): Đây là loại hình doanh nghiệp có tư cách pháp nhân tương tự như các công ty trách nhiệm hữu hạn. Các thành viên của LLP được hưởng trách nhiệm hữu hạn đối với các khoản nợ của công ty, nhưng công ty phải minh bạch cho mục đích nộp thuế.

- Các Hội ái hữu và làng nghề (Industrial and Provident Society - IPS): Loại hình này bao gồm hai hình thức là hợp tác xã (Co-operative Societies) và các hội vì lợi ích cộng đồng (Community Benefit Societies hoặc BenComms) hoạt động trên nguyên tắc dân chủ và sở hữu tập thể vì lợi ích chung.

- Các tổ chức từ thiện hữu hạn (Charitable Incorporated Organization – CIO): Những tổ chức này đăng ký tại Ủy ban từ thiện (Charity Commission) dưới hình thức công ty thực hiện hoạt động từ thiện, nhưng không có quy chế của công ty.

Các thành viên sáng lập chịu trách nhiệm hữu hạn đối với các khoản nợ của tổ chức, nhưng có thẩm quyền lớn đối với hoạt động của tổ chức.

- Ngoài ra, các thương nhân đơn lẻ cũng có thể thành lập doanh nghiệp xã hội. Dưới hình thức này, doanh nghiệp không có quy chế của công ty và không có sự độc lập về tài sản với thương nhân¹³.

Như vậy, pháp luật của Vương quốc Anh không có quy định về hình thức pháp lý cụ thể của doanh nghiệp xã hội. Đây là một mô hình doanh nghiệp thực hiện mục tiêu kép, có sự kết hợp hài hòa giữa mục tiêu xã hội và mục tiêu kinh doanh, trong đó kinh doanh là phương thức để giải quyết vấn đề xã hội. Lợi nhuận được sử dụng chủ yếu để tái đầu tư phục vụ cho việc mở rộng quy mô hoạt động của doanh nghiệp, triển khai các dự án cho cộng đồng; tuy nhiên, một phần lợi nhuận vẫn có thể được sử dụng để phân phối cho các thành viên của doanh nghiệp. Để thành lập và hoạt động theo mô hình doanh nghiệp xã hội, các doanh nhân có thể lựa chọn hình thức pháp lý phù hợp như dưới hình thức công ty hay các hình thức khác để thực hiện tốt nhất mục tiêu xã hội, môi trường vì lợi ích cộng đồng. Điều này cho phép các doanh nhân có được sự linh hoạt trong việc chọn lựa hình thức pháp lý, tổ chức vận hành doanh nghiệp để thực hiện sứ mệnh xã hội một cách hiệu quả và bền vững hơn.

2.2. Doanh nghiệp xã hội theo quy định pháp luật của Italia

Năm 2005, Italia ban hành Luật Doanh nghiệp xã hội, theo đó doanh nghiệp xã hội

Community interest companies: New CICs registered in April 2016; Regulator of Community Interest Companies, Annual Report 2014/2015 at 16.

¹³ Department for Business, Energy & Industrial Strategy, Legal forms for social enterprise: a guide, 2011.

được xác định là tổ chức phi lợi nhuận thực hiện hoạt động kinh doanh để giải quyết vấn đề xã hội vì lợi ích cộng đồng¹⁴. Năm 2006, Chính phủ ban hành Nghị định số 155 ngày 24/3/2006 chính thức đưa ra định nghĩa về doanh nghiệp xã hội, theo đó “*Tất cả các tổ chức tư nhân, bao gồm các tổ chức quy định tại Quyển 5 của Bộ luật Dân sự, thực hiện hoạt động kinh doanh có tổ chức và bền vững để giải quyết các vấn đề xã hội vì lợi ích cộng đồng, và thỏa mãn các điều kiện được quy định tại các điều 2, 3, 4, được xác định là doanh nghiệp xã hội*”¹⁵.

Theo quy định trên, doanh nghiệp xã hội phải đáp ứng các tiêu chí sau:

- Là tổ chức tư nhân;
- Thực hiện hoạt động kinh doanh để giải quyết các vấn đề xã hội;
- Vì lợi ích cộng đồng, không lấy lợi nhuận là mục tiêu cuối cùng.

Như vậy, doanh nghiệp xã hội trước hết phải là một tổ chức. Điều này có nghĩa, các doanh nghiệp tư nhân (do một cá nhân làm chủ và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình) không thuộc loại hình doanh nghiệp xã hội. Bên cạnh đó, doanh nghiệp xã hội phải là tổ chức “tư nhân”. Tiêu chí này bao gồm hai nhóm điều kiện: Thứ nhất, hình thức pháp lý của doanh nghiệp xã hội phải là một tổ chức tư theo quy định của Bộ luật

Dân sự và các đạo luật tư khác. Tuy nhiên, cũng tương tự quy định về doanh nghiệp xã hội ở các nước châu Âu, Luật Doanh nghiệp xã hội của Italia không quy định về hình thức pháp lý cụ thể của doanh nghiệp xã hội. Nói cách khác, doanh nghiệp xã hội có thể được thành lập và hoạt động dưới nhiều hình thức pháp lý khác nhau, có thể dưới hình thức các doanh nghiệp truyền thống như công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc các tổ chức phi chính phủ, tổ chức thiện nguyện¹⁶. Thứ hai, thành viên của doanh nghiệp xã hội phải là các cá nhân, tổ chức tư nhân khác, hoặc ít nhất không được điều hành bởi Nhà nước hay các tổ chức công khác¹⁷. Quy định trên nhằm mục đích khuyến khích và thúc đẩy các ý tưởng kinh doanh hàng hóa và dịch vụ để giải quyết các vấn đề xã hội, phù hợp với quy định tại khoản 4 Điều 118 của Hiến pháp Italia¹⁸.

Doanh nghiệp xã hội phải đồng thời thực hiện hoạt động sản xuất hoặc phân phối hàng hóa, dịch vụ để giải quyết vấn đề xã hội. Hoạt động trên có sự kết hợp giữa hoạt động xã hội và hoạt động kinh doanh. Doanh nghiệp xã hội là những tổ chức áp dụng tinh thần doanh nhân và các phương thức sáng tạo theo định hướng thị trường để giải quyết các vấn đề xã hội, từ đó thực hiện sứ mệnh xã hội một cách hiệu quả. Cách tiếp cận doanh nghiệp xã hội là sự kết hợp

¹⁴ Law on Social Enterprises, 13 June 2005, n° 118, <https://www.slideshare.net/LauraCatana/translation-of-the-social-enterprises-law-italy>, truy cập ngày 20/7/2017.

¹⁵ “*All private organisations, also including those of the Fifth Book of the Civil Code, which carry out a stable and main economic and organised activity with the aim of production or exchange of goods and services of social utility for the common interest, and which meet the requirements of articles 2, 3 and 4, can be considered as social enterprises*” (Art. 1, para. 1, Legislative Decree, 24 March 2006, n° 155).

¹⁶ Art. 1, para. 2, Legislative Decree, 24 March 2006, n° 155.

¹⁷ Art. 4, para. 3, Legislative Decree, 24 March 2006, n° 155.

¹⁸ “*State, Regions, metropolitan Cities, Provinces and Town councils favour autonomous initiatives by citizens (single citizens or groups of individuals) to carry out common interest activities, on the basis of the subsidiarity principle*” (Art. 118, para. 4, Italian Constitution).

đa dạng của thực tiễn, công cụ, phương thức của khu vực kinh doanh với khu vực xã hội nhằm định hình giải pháp cho các vấn đề của cộng đồng, từ đó tạo ra giá trị xã hội mới, bền vững.

Theo tiêu chí trên, hoạt động của doanh nghiệp xã hội phải đảm bảo hai yếu tố:

- Phải là hoạt động kinh doanh sinh lời, được thực hiện chuyên nghiệp và có tổ chức. Vì vậy, một tổ chức được thành lập và hoạt động với mục tiêu lợi nhuận để phân chia cho các thành viên hoặc tổ chức phi lợi nhuận, chỉ thực hiện hoạt động phúc lợi xã hội sẽ không được xác định là doanh nghiệp xã hội.

- Hoạt động kinh doanh phải nhằm giải quyết các vấn đề xã hội. Theo quy định tại Điều 2 Nghị định số 155 ngày 24/3/2006, vấn đề xã hội bao gồm các lĩnh vực xã hội như phúc lợi, y tế, giáo dục, bảo vệ môi trường... Khác với các doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực xã hội, doanh nghiệp xã hội hướng đến giải quyết vấn đề xã hội. Để thực hiện điều này, doanh nghiệp xã hội phải đảm bảo tối thiểu 30% người lao động thuộc nhóm người yếu thế hoặc người khuyết tật và tối thiểu 70% thu nhập có được từ hoạt động kinh doanh chính của doanh nghiệp xã hội¹⁹.

Mục tiêu hoạt động phải vì lợi ích chung và không vì lợi nhuận. Tiêu chí này được giải thích theo hướng mở rộng, theo đó doanh nghiệp xã hội không có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận mà lấy mục tiêu xã hội làm chủ đạo, mục tiêu lợi nhuận là phương thức để thực hiện mục tiêu xã hội;

¹⁹ Art. 2, para. 1, 2, Legislative Decree, 24 March 2006, n° 155.

trong trường hợp có lợi nhuận thì không được phân chia cho các thành viên²⁰.

Tóm lại, pháp luật Italia đã có những quy định tương đối cụ thể về doanh nghiệp xã hội. Những doanh nghiệp này không bị hạn chế bởi một vài hình thức pháp lý cụ thể mà có thể bao gồm nhiều loại hình tổ chức đa dạng, với điều kiện đảm bảo các tiêu chí theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, pháp luật Italia về doanh nghiệp xã hội còn tồn tại một vài hạn chế như quy định không cho phép cá nhân thành lập và vận hành loại hình doanh nghiệp xã hội và cấm phân phối lợi nhuận, dù đó là sự phân phối trực tiếp hay gián tiếp.

2.3. Doanh nghiệp xã hội theo quy định pháp luật của Malaysia

Malaysia không có luật riêng về doanh nghiệp xã hội và cũng không đưa ra định nghĩa chính thức về loại hình doanh nghiệp này. Trung tâm đổi mới và sáng tạo toàn cầu (The Malaysian Global Innovation and Creativity Centre – MaGIC) là tổ chức được Chính phủ Malaysia cấp ngân sách để nghiên cứu, thúc đẩy doanh nghiệp xã hội phát triển. MaGIC đưa ra định nghĩa: “Doanh nghiệp xã hội là thực thể được tổ chức để giải quyết vấn đề xã hội thông qua việc sử dụng mô hình kinh doanh”²¹.

Định nghĩa trên bao gồm hai tiêu chí cơ bản để xác định doanh nghiệp xã hội:

- Giải quyết các vấn đề xã hội: Đây là tiêu chí quan trọng để phân biệt doanh

²⁰ Art. 3, para. 2, Legislative Decree, 24 March 2006, n° 155.

²¹ The Malaysian Global Innovation and Creativity Centre (MaGIC), Social Enterprise 101 at 4, Anna Triponel and Natalia Agapitova “Legal Frameworks for Social Enterprise”, Worldbank Group, 2016; <http://documents.worldbank.org/curated/en/290291492573779508/pdf/114405-18-4-2017-15-11-50-Desi gnLegalFrameworksforSEsApr.pdf>.

ngành xã hội với các loại hình doanh nghiệp khác. Tiêu chí này không cho phép doanh nghiệp xã hội “tối đa hóa” lợi nhuận; mà phải “tối ưu hóa” lợi nhuận nhằm tạo ra giá trị xã hội phục vụ lợi ích cộng đồng.

- Thực hiện theo mô hình kinh doanh: Đây là phương thức hoạt động chủ đạo của doanh nghiệp xã hội để thực hiện mục tiêu xã hội. Lợi nhuận không phải là mục tiêu cuối cùng mà được sử dụng để tái đầu tư nhằm gia tăng giá trị xã hội. Tuy nhiên, các doanh nghiệp xã hội không bắt buộc sử dụng toàn bộ lợi nhuận để tái đầu tư, mà một phần lợi nhuận vẫn có thể được phân phối cho các thành viên²².

Với những tiêu chí trên, doanh nghiệp xã hội tại Malaysia có điểm tương đồng với doanh nghiệp xã hội của các quốc gia khác khi lấy mục tiêu xã hội làm chủ đạo, kinh doanh chỉ là phương thức để thực hiện mục tiêu xã hội.

Về hình thức pháp lý, Malaysia cũng không có quy định buộc doanh nghiệp xã hội phải tuân thủ theo một loại hình cụ thể nào. Các doanh nhân có thể lựa chọn hình thức pháp lý phù hợp cho doanh nghiệp mình. Ở khía cạnh này, Malaysia chịu ảnh hưởng tương đối mạnh mẽ từ Vương quốc Anh. Nhiều doanh nhân của Malaysia xây dựng doanh nghiệp xã hội theo mô hình CIC của Anh.

So sánh thực tiễn và pháp luật của các nước về doanh nghiệp xã hội, có thể rút ra nhận xét cơ bản sau: Doanh nghiệp xã hội được tổ chức để giải quyết các vấn đề xã hội vì lợi ích cộng đồng. Kinh doanh là hoạt động chủ đạo nhưng chỉ là công cụ, phương tiện để thực hiện mục tiêu xã hội. Vì vậy,

lợi nhuận không phải mục tiêu cuối cùng và một phần lợi nhuận được sử dụng để tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội đã đề ra.

Tuy nhiên, mỗi quốc gia đều có những quy định khác nhau điều chỉnh các khía cạnh, nội dung cụ thể liên quan đến doanh nghiệp xã hội.

- Về cơ sở pháp lý: Doanh nghiệp xã hội có thể được điều chỉnh bởi luật riêng hoặc các quy định trong Luật Doanh nghiệp nói chung.

- Về hình thức pháp lý: Nhìn chung, các quốc gia để mở cho doanh nhân khả năng lựa chọn hình thức pháp lý phù hợp và không thiết kế hình thức pháp lý riêng cho doanh nghiệp xã hội. Vương quốc Anh là một trong số ít các quốc gia có xây dựng hình thức pháp lý riêng cho doanh nghiệp xã hội nhưng cũng không bắt buộc các doanh nhân phải theo hình thức này. Đây là mô hình có giá trị tham khảo cao do các doanh nhân vẫn được đảm bảo sự tự chủ, linh hoạt trong việc lựa chọn hình thức pháp lý khi thành lập doanh nghiệp xã hội, nhưng sẽ dễ dàng hơn trong việc ra quyết định khi có loại hình mẫu để tham khảo.

- Về sử dụng lợi nhuận: Ngoại trừ Italia, các quốc gia đều cho phép phân phối lợi nhuận. Tuy nhiên, lợi nhuận được sử dụng chủ yếu để tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội; việc phân phối lợi nhuận chỉ ở mức độ nhất định vì khác với các doanh nghiệp truyền thống, mục tiêu của doanh nghiệp xã hội không phải là “tối đa hóa” lợi nhuận. Quy định trên sẽ góp phần tạo ra sự cân bằng trong việc thực hiện mục tiêu xã hội và mục tiêu kinh doanh, tăng hiệu quả trong tổ chức, vận hành của doanh nghiệp xã hội.

²² Tlđđ, tr. 7.

3. Doanh nghiệp xã hội theo quy định pháp luật Việt Nam

Doanh nghiệp xã hội ở Việt Nam có quá trình hình thành và phát triển khá sớm, dù chưa chính thức được luật hóa nhưng nhiều mô hình kinh doanh đã mang bản chất của doanh nghiệp xã hội.

Theo nghiên cứu của CSIP, sự hình thành và phát triển của các doanh nghiệp xã hội tại Việt Nam diễn ra qua 3 giai đoạn²³: (1) Giai đoạn sơ khai của doanh nghiệp xã hội, từ trước năm 1986, chủ yếu hoạt động dưới hình thức hợp tác xã thủ công, tổ sản xuất nhỏ phục vụ đối tượng yếu thế như người khuyết tật, trẻ lang thang...; (2) Giai đoạn tự phát, từ năm 1986 đến trước năm 2008, doanh nghiệp xã hội phát triển dưới nhiều hình thức khác nhau. Nhiều doanh nghiệp xã hội hình thành tiêu biểu như KOTO, Mai Vietnam Handicraft, Reaching out...; (3) Giai đoạn định hình, diễn ra từ năm 2008 đến nay, với số lượng các doanh nghiệp xã hội tăng nhanh và xuất hiện các tổ chức hỗ trợ doanh nghiệp xã hội như CSIP, Tia sáng...

Ở Việt Nam, trước khi ban hành Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì các văn bản pháp luật như Luật Công ty năm 1990, Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp năm 2005 đều chưa đề cập đến doanh nghiệp xã hội. Luật Doanh nghiệp năm 2014 là một văn bản quy phạm pháp luật có ý nghĩa quan trọng, chính thức thiết lập khuôn khổ pháp lý cho tổ chức, hoạt động của doanh nghiệp xã hội tại Việt Nam. Tuy chỉ mới được đề cập và quy định trong duy nhất một điều khoản²⁴ nhưng Luật

Doanh nghiệp năm 2014 đã có nhiều nội dung thể hiện được bản chất đặc thù của doanh nghiệp xã hội.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 đưa ra hệ 3 tiêu chí xác định doanh nghiệp xã hội, cụ thể:

- *Doanh nghiệp xã hội phải là doanh nghiệp được đăng ký thành lập theo quy định của Luật Doanh nghiệp.* Có nghĩa là doanh nghiệp xã hội ở Việt Nam phải tồn tại dưới hình thức doanh nghiệp và chỉ có thể lựa chọn một trong các loại hình doanh nghiệp gồm doanh nghiệp tư nhân, công ty hợp danh, công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần. Quy định doanh nghiệp xã hội trước hết phải là doanh nghiệp cũng khẳng định các doanh nghiệp xã hội ở Việt Nam phải là mô hình có đăng ký thành lập và có thực hiện các hoạt động sản xuất kinh doanh tức là hướng đến mục tiêu lợi nhuận. Những mô hình mang bản chất doanh nghiệp xã hội trước đây như hợp tác xã, các quỹ, hội, hiệp hội... đều không được chấp nhận là doanh nghiệp xã hội và không được hưởng những chính sách dành riêng cho doanh nghiệp xã hội. Về phía Nhà nước, tiêu chí này tạo nhiều thuận lợi cho công tác quản lý và hỗ trợ đặc thù cho các doanh nghiệp xã hội.

- *Doanh nghiệp xã hội phải có mục tiêu hoạt động nhằm giải quyết các vấn đề xã hội, môi trường vì lợi ích cộng đồng.* Tiêu chí này thể hiện bản chất và giá trị của các doanh nghiệp xã hội phổ biến trên thế giới và được tiếp nhận tại Việt Nam. Mục tiêu giải quyết vấn đề xã hội, môi trường phải là mục tiêu đầu tiên, xuyên suốt và quan trọng nhất trong quá trình thành lập và hoạt động của doanh nghiệp xã hội. Khác với doanh nghiệp truyền thống có mục tiêu chính là thực hiện kinh doanh để hướng đến giá trị

²³ Xem: <http://csip.vn/chi-tiet/buc-tranh-tong-quan-ve-dnvh-vn-214.html>, truy cập ngày 21/8/2017.

²⁴ Điều 10 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

tài chính (lợi nhuận), các doanh nghiệp xã hội hướng đến các mục tiêu xã hội/môi trường; hoạt động kinh doanh chỉ là phương tiện để thực hiện mục tiêu đó.

- *Doanh nghiệp xã hội phải sử dụng ít nhất 51% tổng lợi nhuận hàng năm của doanh nghiệp để tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường đã đăng ký.* Đây là một trong những tiêu chí quan trọng nhằm đảm bảo các doanh nghiệp xã hội có thể hoàn thành mục tiêu xã hội/môi trường đã đăng ký.

Để chi tiết hóa và đưa những tiêu chí trên vào thực tiễn, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 96/2015/NĐ-CP ngày 14/9/2015 quy định việc đăng ký thành lập, tổ chức hoạt động, chuyển đổi sang doanh nghiệp xã hội, tổ chức lại cũng như các nghĩa vụ công bố thông tin và báo cáo đối với các doanh nghiệp xã hội; Bộ Kế hoạch và Đầu tư ban hành Thông tư số 04/2016/TT-BKHĐT ngày 17/5/2016 quy định các biểu mẫu văn bản sử dụng trong đăng ký doanh nghiệp xã hội. Với hệ thống những văn bản trên, các nhà làm luật mong muốn tạo ra một hành lang pháp lý đầy đủ và thuận lợi đối với loại hình doanh nghiệp “mới mà cũ” này.

Qua nghiên cứu những quy định của pháp luật Việt Nam và so sánh với quy định pháp luật một số quốc gia trên thế giới về doanh nghiệp xã hội, nhóm tác giả có một số bình luận và kiến nghị hoàn thiện sau:

Thứ nhất, doanh nghiệp xã hội trước hết phải là một loại hình doanh nghiệp được thành lập và hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp. Tiêu chí này tự thu hẹp phạm vi của các doanh nghiệp xã hội tại Việt Nam so với thực tế và xu hướng chung trên thế giới. Không phải tổ chức, cá nhân nào cũng muốn thực hiện các hoạt động

phục vụ cộng đồng hay môi trường xã hội thông qua việc thành lập một doanh nghiệp nhất định. Nó có thể bắt nguồn từ một ý tưởng, một dự định, cũng có thể là một dự án lớn của những cá nhân, tổ chức, nhưng do nhiều rào cản nên họ không muốn hoặc không thể thành lập một doanh nghiệp xã hội. Thực tế tại Việt Nam cho thấy, quyền tự do kinh doanh và quyền tài sản, khả năng tiếp cận các cơ hội kinh doanh, nguồn lực xã hội chưa thực sự bình đẳng giữa kinh tế tư nhân và các thành phần kinh tế khác; chi phí trung gian không chính thức còn nhiều²⁵. Theo quy định pháp luật của các quốc gia như Anh, Italia, Malaysia, doanh nghiệp xã hội có thể tồn tại dưới nhiều hình thức pháp lý khác nhau, chứ không chỉ dưới hình thức doanh nghiệp để giúp Nhà nước giải quyết các vấn đề xã hội, môi trường.

Theo quy định của pháp luật Italia, doanh nghiệp xã hội phải là một tổ chức tư nhân tự mình thực hiện các hoạt động kinh doanh. Quy định doanh nghiệp xã hội phải là một tổ chức chưa thực sự phù hợp, dẫn tới việc hạn chế quyền thành lập doanh nghiệp xã hội của các cá nhân. Về điểm này, pháp luật của Vương quốc Anh quy định tương đối linh hoạt, phát huy được mục tiêu xã hội của nhiều thành phần, từ thương nhân đơn lẻ đến các hiệp hội, doanh nghiệp có tổ chức chặt chẽ, quy mô.

Ở Việt Nam, theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, doanh nghiệp xã hội không bị “bó hẹp” như quy định của Italia, nhưng cũng không “mở rộng” như quy định của Vương quốc Anh. Doanh nghiệp xã hội có thể thành lập dưới hình thức pháp lý của doanh nghiệp tư nhân,

²⁵ Xem: Nghị quyết Trung ương 5 Khóa XII của Đảng về phát triển kinh tế tư nhân.

nghĩa là mô hình doanh nghiệp “do một cá nhân làm chủ và tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp”²⁶. Các chủ thể kinh doanh là thương nhân hoạt động dưới hình thức “cá nhân kinh doanh” hoặc “hộ kinh doanh” thì không được hưởng quy chế của doanh nghiệp xã hội.

Tuy nhiên, theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, hình thức pháp lý của doanh nghiệp xã hội Việt Nam lại có nhiều điểm tương đồng với doanh nghiệp xã hội theo quy định của pháp luật Italia. Khoản 2 Điều 76 Bộ luật Dân sự năm 2015 liệt kê pháp nhân phi thương mại bao gồm doanh nghiệp xã hội, có nghĩa phải là tổ chức đáp ứng các điều kiện theo quy định của Bộ luật Dân sự²⁷. Với quy định trên, doanh nghiệp xã hội sẽ không được thành lập dưới hình thức là doanh nghiệp tư nhân. Như vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Bộ luật Dân sự năm 2015 chưa có quy định thống nhất về hình thức pháp lý của doanh nghiệp xã hội.

Thứ hai, pháp luật Italia chỉ cho phép chủ thể tư được thành lập doanh nghiệp xã hội bởi các cơ quan, tổ chức nhà nước có nghĩa vụ phải thực hiện các hoạt động phục vụ lợi ích cộng đồng. Trong khi doanh nghiệp nhà nước Việt Nam vẫn có thể thành lập doanh nghiệp xã hội nếu đáp ứng các điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 10 của Luật Doanh nghiệp năm 2014. Đây là bất cập trong pháp luật hiện hành. Với tính chất đặc thù của doanh nghiệp xã hội, không nên cho phép doanh nghiệp nhà nước hoạt động theo mô hình doanh nghiệp xã hội.

Thứ ba, quy định sử dụng ít nhất 51% tổng lợi nhuận hàng năm của doanh nghiệp xã hội để tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường như đã đăng ký là một bước tiến về mặt pháp lý. Quy định này tạo sự cân bằng trong việc thực hiện mục tiêu xã hội và hoạt động kinh doanh, nhằm giải quyết vấn đề xã hội, môi trường, tạo giá trị xã hội; sản xuất kinh doanh chỉ là phương thức hoạt động chủ đạo và là phương tiện để thực hiện mục tiêu xã hội. Việc sử dụng tối thiểu 51% lợi nhuận để tái đầu tư nhằm gia tăng giá trị xã hội là cần thiết để đảm bảo tài sản, lợi nhuận thu được sau khi kinh doanh phục vụ giải quyết vấn đề xã hội, môi trường, trong khi đó vẫn khuyến khích các nhà đầu tư tham gia góp vốn vào doanh nghiệp xã hội. Điều này phù hợp với xu hướng chung trên thế giới và cũng phù hợp với sự phát triển của nền kinh tế cũng như doanh nghiệp Việt Nam hiện nay.

Với quy định trên, câu hỏi đặt ra là phần lợi nhuận còn lại nhiều nhất 49% sẽ được giải quyết như thế nào? Doanh nghiệp xã hội có bắt buộc tái đầu tư hoặc sử dụng vì lợi ích cộng đồng hay có thể phân phối lợi nhuận và sử dụng vào các mục đích khác? Khoản 3 Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: Doanh nghiệp có quyền lựa chọn hình thức, phương thức huy động, phân bổ và sử dụng vốn. Như vậy, theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, doanh nghiệp xã hội có thể sử dụng 49% lợi nhuận theo cách thức do doanh nghiệp lựa chọn và quyết định.

Trong khi đó, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định, pháp nhân phi thương mại (trong đó có doanh nghiệp xã hội) không có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận; nếu có lợi nhuận thì cũng không được phân chia cho các thành viên (Điều 76). Có thể thấy, quy

²⁶ Điều 183 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

²⁷ Các điều kiện để xác định một tổ chức là pháp nhân được quy định tại khoản 1 Điều 74 Bộ luật Dân sự năm 2015.

định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Bộ luật Dân sự năm 2015 thể hiện hai cách tiếp cận khác nhau. Luật Doanh nghiệp năm 2014 tiếp cận theo hướng mở, linh hoạt, hướng tới sự cân bằng giữa mục tiêu xã hội và mục tiêu kinh doanh. Cách tiếp cận này có nhiều điểm tương đồng với Vương quốc Anh và Malaysia. Trong khi đó, tương tự như Italia, Bộ luật Dân sự năm 2015 xác định doanh nghiệp xã hội thuộc nhóm pháp nhân phi thương mại nên không được phân phối lợi nhuận cho các thành viên.

Sự khác nhau này đặt ra nhu cầu rà soát, xây dựng khuôn khổ pháp lý đồng bộ điều chỉnh hoạt động của doanh nghiệp xã hội theo hướng linh hoạt, tôn trọng quyền tự do kinh doanh của các cá nhân và tổ chức, tôn trọng sự đặc thù của doanh nghiệp xã hội, hướng đến sự cân bằng giữa hoạt động kinh doanh với việc thực hiện mục tiêu và sứ mệnh cộng đồng, từ đó khuyến khích, động viên các chủ thể kinh doanh cùng tham gia chia sẻ gánh nặng an sinh xã hội với nhà nước.

(Tiếp theo trang 21 – Một số nội dung trong...)

2. Hàng hóa quy định tại khoản 1 Điều này được kiểm tra theo nguyên tắc quy định tại khoản 2 Điều 60 của Luật này và do cơ quan, tổ chức được cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ định thực hiện.

3. Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình, ban hành Danh mục hàng hóa là đối tượng phải kiểm tra quy định tại khoản 1 Điều này”.

Như vậy, theo quy định trên, những hàng hóa thuộc các điều 61, 62, 63, 64 Luật Quản lý ngoại thương phải tiến hành kiểm tra. Trong quá trình kiểm tra, khoản 2 Điều 65 Luật Quản lý ngoại thương quy định cho phép áp dụng các nguyên tắc của khoản 2 Điều 60 Luật Quản lý ngoại thương, trong đó có nguyên tắc “Áp dụng phương pháp quản lý rủi ro”. Qua nghiên cứu quy định tại các điều 61, 62, 63, 64 Luật Quản lý ngoại thương, những hàng hóa này chủ yếu là các hàng hóa yêu cầu phải kiểm dịch động vật, thực vật... Trên thực tế hiện nay, những loại hàng này thường được hệ thống phân luồng “vàng” hoặc “đỏ”. Như vậy, trường hợp hệ

thống phân luồng “vàng” chỉ phải kiểm tra hồ sơ nhập khẩu, xuất khẩu mà không phải kiểm tra thực tế. Theo quy định trên, “hàng hóa là đối tượng kiểm tra” buộc phải kiểm tra thực tế hàng hóa đó. Như vậy, dù áp dụng nguyên tắc quản lý rủi ro theo khoản 2 Điều 65 Luật Quản lý ngoại thương vẫn phải tiến hành kiểm tra, nhưng có thể theo tỷ lệ (5%, 10%,... 100%), trong khi hàng hóa thuộc trường hợp quy định của các điều 61, 62, 63, 64 Luật Quản lý ngoại thương có phạm vi rất rộng. Theo đó, cơ quan hải quan sẽ phải tiến hành kiểm tra các loại hàng hóa này và điều đó không phù hợp với Luật Hải quan năm 2014 về quản lý rủi ro trong hoạt động nghiệp vụ hải quan, việc áp dụng hệ thống phân luồng, thông quan tự động của cơ quan hải quan hiện nay. Trường hợp quy định này có hiệu lực đồng nghĩa với việc “khối lượng công việc” của cơ quan hải quan trong thời gian tới sẽ tăng lên rất nhiều. Do đó, cần có hướng dẫn cụ thể về vấn đề này để đảm bảo sự tương thích với Luật Hải quan năm 2014 và chủ trương hiện đại hóa, đơn giản hóa thủ tục hành chính của Chính phủ.

VẤN ĐỀ MIỄN TRỪ ĐỐI VỚI CÁC THỎA THUẬN HẠN CHẾ CẠNH TRANH: MỘT VÀI GÓP Ý HOÀN THIỆN DỰ THẢO LUẬT CẠNH TRANH

*Trần Thăng Long**
*Phạm Hoài Huấn***

Tóm tắt: Bài viết đánh giá các tác động tích cực của những thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và tác động từ mục tiêu của Luật Cạnh tranh đến việc áp dụng miễn trừ. Đồng thời, bài viết giới thiệu các nguyên tắc áp dụng miễn trừ trong pháp luật cạnh tranh của Liên minh châu Âu, qua đó góp ý hoàn thiện các nội dung có liên quan trong Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi).

Abstract: This paper analyses positive effects of anti-competitive agreements and their influence on the objectives of the Law on Competition and the enforcement of their exemption. It also introduces exemption principles in EU competition law. On that basis, it makes comments to improve the draft Law on Competition (amended).

Giới thiệu

Các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh (HCCT) dưới những điều kiện nhất định, cũng có những giá trị thúc đẩy cạnh tranh trên thị trường và/hoặc mang lại lợi ích cho người tiêu dùng. Cho nên, nhiệm vụ của pháp luật cạnh tranh là phải phân loại được những thỏa thuận gây hại và những thỏa thuận thúc đẩy cạnh tranh. Việc phân loại đó được pháp luật cạnh tranh thực hiện thông qua các qui định về miễn trừ. Mặc dù vậy, pháp luật của nhiều nước lại không quy định thế nào là miễn trừ mà chỉ liệt kê cụ thể những hành vi được miễn trừ và những điều kiện để miễn trừ. Một hành vi cạnh tranh có thể vừa có tác động tích cực và vừa có tác động tiêu cực, tuy nhiên, qua đánh giá một cách chặt chẽ, nếu tác động tích cực nhiều hơn cho xã hội thì hành vi đó sẽ được

miễn trừ. Do vậy, có thể nói vấn đề miễn trừ là một trong những nội dung quan trọng của việc kiểm soát các thỏa thuận HCCT.

Nếu một chính sách cạnh tranh quá lỏng lẻo sẽ không thể kiểm soát hiệu quả các hành vi vi phạm. Trái lại, nếu một chính sách cạnh tranh quá nghiêm khắc sẽ không phát huy được yếu tố tích cực của thỏa thuận HCCT¹. Để thực hiện tốt việc cân bằng giữa hai khía cạnh trừng phạt các hành vi có hại cho cạnh tranh và miễn trừ cho các thỏa thuận HCCT có lợi, nhất thiết phải xác định rõ những điều kiện để các thỏa thuận này có lợi cho cạnh tranh và/hoặc người dùng.

1. Khía cạnh thúc đẩy cạnh tranh của các thỏa thuận

Các thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh không phải lúc nào cũng gây nên những tổn hại đến cạnh tranh và người tiêu dùng. Trong những trường hợp nhất định, các thỏa thuận này có thể mang lại giá trị

* TS., Bộ môn Anh văn pháp lý, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

** ThS., Khoa Luật Thương mại, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Richard Whish, David Bailey (2012), *Competition Law*, 7th Edition, Oxford University Press, tr. 193.

thúc đẩy cạnh tranh trên thị trường. Việc đánh giá tác động của các thỏa thuận này dựa trên nguyên tắc hợp lý (*rule of reason*)². Những tác động tích cực đối với cạnh tranh của một số dạng thỏa thuận tiêu biểu cụ thể như sau:

Một là, các miễn trừ áp dụng cho những thỏa thuận HCCT giữa các doanh nghiệp vừa và nhỏ có tác dụng tích cực đối với nền kinh tế, thay vì tác động xấu đến cạnh tranh. Nếu xét về chủ thể tham gia thỏa thuận HCCT có thể thấy rằng, tác động tiêu cực đối với cạnh tranh tỷ lệ thuận với quy mô của các doanh nghiệp tham gia thỏa thuận. Nói cách khác, nếu thành viên tham gia thỏa thuận là những doanh nghiệp lớn thì thỏa thuận này có thể dẫn tới một liên kết hùng mạnh, thể hiện ở sự gia tăng đáng kể của sức mạnh thị trường và do đó hoàn toàn có thể dẫn đến khả năng HCCT đáng kể³. Trái

lại, môi trường cạnh tranh lại có khả năng được cải thiện một cách tốt hơn nếu có nhiều doanh nghiệp có quy mô vừa và nhỏ tham gia vào thị trường. Các thỏa thuận này đóng vai trò hỗ trợ đáng kể cho các doanh nghiệp tham gia để hình thành khả năng cạnh tranh tốt hơn trên thị trường, thúc đẩy sự cạnh tranh giữa các doanh nghiệp vừa và nhỏ đối với các doanh nghiệp có sức mạnh thị trường lớn hơn. Đây là cơ sở lý luận của việc dành miễn trừ cho thỏa thuận HCCT giữa các doanh nghiệp vừa và nhỏ trong những điều kiện nhất định. Với việc quy định về miễn trừ, đây còn là một sự hỗ trợ từ phía Nhà nước cho các doanh nghiệp vừa và nhỏ nhằm giúp họ trong thời gian đầu có được vị thế cạnh tranh trên thị trường, “nuôi dưỡng” những doanh nghiệp khi mới tham gia thị trường; xét ở bình diện lớn hơn là nhằm củng cố các ngành công nghiệp còn non trẻ để cạnh tranh với các doanh nghiệp nước ngoài.

Đối với Việt Nam sau hơn 20 năm tiến hành cải cách và mở cửa thị trường, hầu hết các doanh nghiệp vẫn thuộc loại doanh nghiệp vừa và nhỏ⁴, khả năng cạnh tranh trên thị trường còn yếu và dễ dàng bị loại bỏ khi áp lực cạnh tranh tăng lên do mở cửa thị trường⁵. Vì vậy, việc quy định miễn trừ đối

² *Rule of reason* là nguyên tắc được áp dụng bởi cơ quan cạnh tranh của Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu dựa trên cơ sở của một số tiêu chí nhằm xem xét liệu một hành vi có gây ra HCCT hay không? Cơ sở của nguyên tắc này là một hành vi có thể vừa HCCT, vừa có tác dụng tích cực đối với cạnh tranh. Tác động đối với cạnh tranh được đánh giá qua những tiêu chí như sự gia tăng về đầu ra trên thị trường (market output), việc giảm giá và khả năng đưa ra những sản phẩm mới cho thị trường một cách nhanh chóng. Xem Federal Trade Commission and the U.S. Department of Justice, *The Antitrust Guidelines for Collaborations among Competitors* (2000) ss 2.1-2.2, <http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>, truy cập ngày 20/4/2017.

³ Tiêu biểu cho loại thỏa thuận này là các thỏa thuận theo chiều ngang về giá, thỏa thuận phân chia thị trường hay nguồn cung cấp. Đây là những thỏa thuận thường bị cấm một cách mặc nhiên trong Luật Cạnh tranh của nhiều nước. Đối với những thỏa thuận này, khi mà các doanh nghiệp tham gia có sức mạnh thị trường thì có thể dẫn đến hiệu ứng phản cạnh tranh đáng kể một khi thỏa thuận đó đi vào thực hiện, bởi lẽ đã hình thành một nhóm doanh nghiệp có sức mạnh trong việc quyết định giá cả, cung cầu trên thị trường và hàm chứa nguy cơ trở thành độc quyền nhóm.

⁴ Theo khảo sát mới nhất của VCCI tại Hội thảo góp ý về Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi) do Cục Quản lý cạnh tranh tổ chức tại Tp. Hồ Chí Minh, tháng 5 năm 2017 thì vào thời điểm tháng 5/2017 có đến hơn 96% doanh nghiệp Việt Nam hiện tại là doanh nghiệp vừa và nhỏ, do đó khả năng cạnh tranh trên thị trường rất yếu và dễ dàng bị loại bỏ ngay tại thị trường Việt Nam.

⁵ Herbert Hovenkamp (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 3rd Edition, Thomson/West, tr. 146: “Những doanh nghiệp nhỏ hoạt động kém hiệu quả bắt buộc phải lớn mạnh hoặc sẽ phải đối diện với nguy cơ bị loại ra khỏi thị trường”.

với một số dạng hành vi thỏa thuận HCCT cũng như đối với hành vi tập trung kinh tế là rất cần thiết, giúp các doanh nghiệp củng cố sức mạnh cạnh tranh của mình và tạo ra các doanh nghiệp có quy mô, năng lực cạnh tranh lớn hơn trong tương lai. Như vậy, pháp luật cạnh tranh không những đã tạo cơ hội cho các doanh nghiệp yếu hơn tham gia và trụ vững trên thị trường, mà còn nhằm giúp các doanh nghiệp củng cố sức mạnh cạnh tranh để đương đầu với các doanh nghiệp lớn hơn trong và ngoài nước.

Hai là, các thỏa thuận có tác động thúc đẩy nghiên cứu và phát triển sản phẩm mới. Chi phí nghiên cứu và phát triển (R&D), đặc biệt là tạo ra những sản phẩm mang tính đột phá thường là rất lớn. Chi phí lớn và rủi ro cao chính là một trong những thách thức lớn nhất của hoạt động R&D. Do đó, xét về khía cạnh kinh tế, việc từng doanh nghiệp riêng lẻ thực hiện hoạt động này là không hiệu quả, và đây cũng chính là lý do thúc đẩy các doanh nghiệp thỏa thuận cùng thực hiện các hoạt động R&D. Thực tiễn pháp luật cạnh tranh các nước luôn coi các thỏa thuận nghiên cứu và phát triển sản phẩm là các thỏa thuận thúc đẩy cạnh tranh hoặc sẽ dành cho các thỏa thuận này sự miễn trừ⁶.

Tuy vậy, không phải thỏa thuận nào cũng thúc đẩy cạnh tranh một cách rõ ràng như các thỏa thuận R&D. Trên thực tế, các thỏa thuận từ chối giao dịch với đối thủ cạnh tranh là một trong những thỏa thuận gây nhiều tranh cãi nhất trong quá trình thực thi. Theo đó, vẫn có nhiều ý kiến khác nhau liên quan đến việc nên coi các thỏa thuận từ chối giao dịch với đối thủ cạnh tranh là các thỏa thuận vi phạm pháp luật cạnh tranh

một cách mặc nhiên hay nên áp dụng nguyên tắc lập luận hợp lý khi xử lý⁷. Giả định rằng có ba doanh nghiệp cùng nhau thực hiện một dự án R&D. Từ đầu họ đã mời doanh nghiệp thứ tư tham gia, nhưng doanh nghiệp này không đồng ý, do đó, dự án chỉ bao gồm 3 doanh nghiệp. Sau đó, dự án nghiên cứu thành công bắt đầu có giá trị thương mại. Tại thời điểm này, doanh nghiệp thứ tư muốn được tham gia, thì cả ba doanh nghiệp trên đã đồng loạt từ chối⁸. Có thể thấy, bản chất của các hoạt động R&D là những hoạt động đầu tư nghiên cứu mang tính mạo hiểm, mấu chốt của quá trình này là việc phải đối mặt với rủi ro trong quá trình đầu tư để được hưởng lợi từ sản phẩm mới mang tính đột phá hoặc tỷ suất lợi nhuận cao trong tương lai. Do vậy, nếu buộc các doanh nghiệp phải cho phép doanh nghiệp thứ tư tham gia vào quá trình sản xuất sản phẩm mới sẽ là không công bằng cho các doanh nghiệp đã đối diện với các rủi ro từ đầu và cho phép doanh nghiệp thứ tư có thể trục lợi một cách bất chính.

Việc buộc các liên doanh phải mở ra cơ hội để các đối thủ cạnh tranh có thể trở thành thành viên của liên doanh (hoặc cấp license các sản phẩm R&D của liên doanh cho các doanh nghiệp đang muốn sở hữu license) sẽ làm giảm đi động cơ của các liên doanh trong R&D. Hệ quả của việc thực thi chính sách không cho phép các liên doanh được quyền lựa chọn thành viên có thể khuyến khích các các doanh nghiệp né tránh rủi ro, nhưng họ có cơ sở để hi vọng sẽ

⁶ Alison Jones, Brenda Sufrin (2011), *EU Competition law: Text, cases, and materials*, 4th Edition, Oxford University Press, tr. 253.

⁷ Các thỏa thuận từ chối giao dịch với đối thủ (refusal to deal) đôi khi còn được gọi là tẩy chay (boycott). Trong phần này, hai thuật ngữ này được hiểu với cùng một nghĩa.

⁸ Herbert Hovenkamp (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 3rd Edition, Thomson/West, tr. 256.

được quyền chia sẻ thành quả từ các doanh nghiệp đã mạo hiểm trước đó thông qua quá trình tổ tụng cạnh tranh⁹.

Ba là, một số các thỏa thuận mà trong đó các doanh nghiệp tham gia có sự bàn bạc, thảo luận và thống nhất về những vấn đề quan trọng trong quá trình sản xuất, như việc thống nhất tiêu chuẩn, quy trình, những thỏa thuận nhằm hợp lý hóa cơ cấu tổ chức, mô hình kinh doanh sản xuất, chuyên môn hóa trong sản xuất, kinh doanh và phân phối... Đây là những thỏa thuận có ý nghĩa quan trọng tạo ra sự thống nhất và đồng bộ trong quá trình sản xuất kinh doanh, nâng cao chất lượng hàng hoá, dịch vụ, hiệu quả kinh doanh; và là những dạng thỏa thuận cần thiết của bất kỳ một nền kinh tế công nghiệp hóa nào. Một số các thỏa thuận theo chiều dọc có thể nhìn thấy được tác động tích cực đến cạnh tranh nói riêng và đến hiệu quả của nền kinh tế nói chung, đồng thời đem lại lợi ích cho người tiêu dùng như việc giảm giá một cách bền vững và sự phục vụ tốt hơn, hiệu quả hơn. Bên cạnh mục tiêu hiệu quả kinh tế, mục tiêu bảo vệ người tiêu dùng trong đó hàm chứa mục tiêu đem lại các lợi ích lớn hơn cho người tiêu dùng cũng được xem là các mục tiêu quan trọng của Luật Cạnh tranh. Vì thế, nhiều nước có cơ chế xem xét miễn trừ đối với những hành vi thỏa thuận theo chiều dọc có thể làm tăng khả năng cạnh tranh, trên cơ sở áp dụng quy tắc hợp lý. Chẳng hạn, các thỏa thuận đại lý hoặc thỏa thuận phân phối trong hệ thống (thỏa thuận dọc) liên quan đến phân phối, bán lại, mức giá bán ra, địa điểm phân

phối... Có thể thấy rằng, các thỏa thuận có tác dụng giúp tạo ra mặt bằng thống nhất và đồng bộ trong việc kinh doanh, phân phối trên phạm vi rộng; điều đó cũng có thể hiểu rằng, nếu thiếu các thỏa thuận như vậy thì các bên không thể triển khai được các hoạt động đem lại lợi ích kinh tế.

Cuối cùng, một số dạng thỏa thuận HCCT có tác dụng tích cực trong bối cảnh hội nhập. Luật Cạnh tranh có thể được sử dụng để hướng tới những mục tiêu có tính quốc tế nằm trong chiến lược phát triển của mỗi quốc gia, bên cạnh những mục tiêu có tính đối nội phải đạt được (như mục tiêu tạo lập môi trường cạnh tranh bình đẳng, lành mạnh trong phạm vi quốc gia). Việc theo đuổi những mục tiêu như vậy có tác dụng trở lại giúp đạt được những mục tiêu khác của Luật Cạnh tranh. Chẳng hạn, khuyến khích xuất khẩu có thể dẫn đến việc không cấm hoặc cho phép những ngoại lệ hoặc miễn trừ đối với những thỏa thuận xuất khẩu (*export cartels*), mặc dù chúng có thể làm phương hại đến lợi ích của người tiêu dùng nước ngoài. Luật Cạnh tranh có thể lấy lý do thúc đẩy xuất khẩu, tăng cường khả năng cạnh tranh của doanh nghiệp nội địa để biện minh cho những biện pháp miễn trừ¹⁰. Trong bối cảnh đó, thúc đẩy hội nhập kinh tế quốc tế cũng có thể là một mục tiêu mà Luật Cạnh tranh có thể hướng đến thông qua cơ chế miễn trừ¹¹.

¹⁰ Việc này có thể được áp dụng song hành bên cạnh với những biện pháp cấm đoán các hành vi HCCT tại thị trường nội địa hoặc cho phép/từ chối một vụ mua bán sáp nhập doanh nghiệp có yếu tố nước ngoài. Chẳng hạn, Luật Chống độc quyền của Mỹ có thể được áp dụng đối với những hành vi HCCT tại thị trường nước ngoài, nếu như chứng minh hành vi đó làm hạn chế sự xuất khẩu của các doanh nghiệp Mỹ vào các thị trường đó.

¹¹ Đây là một mục tiêu theo đuổi của pháp luật cạnh tranh Liên minh châu Âu.

⁹ U.S. DOJ (1998), *Antitrust guidelines for international enforcement policy*. Khía cạnh khuyến khích cạnh tranh của các thỏa thuận liên doanh, xem thêm Herbert Hovenkamp (2005), *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 3rd Edition, Thomson/West, tr. 258.

2. Vấn đề miễn trừ đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong pháp luật Liên minh châu Âu

Như trên đã phân tích, có những thỏa thuận HCCT gây hại cho cạnh tranh và người tiêu dùng. Đây là những thỏa thuận được pháp luật các nước phân loại vào nhóm các thỏa thuận HCCT đặc biệt nghiêm trọng và bị xử lý theo nguyên tắc vi phạm mặc nhiên. Nhưng cũng có những thỏa thuận mang giá trị thúc đẩy cạnh tranh như thỏa thuận về R&D, và những thỏa thuận mang tính chất phản cạnh tranh, nhưng dưới những điều kiện nhất định các thỏa thuận này lại phát huy giá trị thúc đẩy cạnh tranh. Cho nên, nhằm mục đích tạo tính hiệu quả của hoạt động kiểm soát các thỏa thuận HCCT, trên thực tế pháp luật cạnh tranh các nước phân các tiêu chí miễn trừ thành ba nhóm:

• Nhóm thứ nhất: Các qui định miễn trừ áp dụng tự động

Các qui định miễn trừ được áp dụng tự động có nghĩa là khi doanh nghiệp thực hiện các thỏa thuận, nhưng theo qui định của pháp luật cạnh tranh nó được xác định là các thỏa thuận có giá trị thúc đẩy cạnh tranh một cách mặc nhiên. Cơ quan cạnh tranh trong trường hợp này không cần xem xét các khía cạnh có lợi hay tác động phản cạnh tranh của thỏa thuận. Theo pháp luật cạnh tranh của Liên minh châu Âu, các thỏa thuận về R&D là thỏa thuận được miễn trừ tự động¹². Theo đó:

Căn cứ vào Điều 81 (3)¹³ của Hiệp định, các điều khoản của Quy chế này, tuyên bố rằng Điều 81 (1)¹⁴ sẽ không áp dụng đối với các thỏa thuận giữa hai hoặc nhiều bên (sau đây gọi là các bên) liên quan đến các điều kiện mà các bên đó theo đuổi:

(a) Cùng nhau nghiên cứu và phát triển các sản phẩm hoặc quy trình và cùng khai thác các kết quả của nghiên cứu và phát triển đó;

(b) Cùng nhau khai thác các kết quả nghiên cứu và phát triển các sản phẩm hoặc quy trình mà họ đã cùng nhau nghiên cứu và phát triển trước đó; hoặc là

(c) Cùng nhau nghiên cứu và phát triển chung các sản phẩm hoặc quy trình nhưng không bao gồm khai thác chung kết quả.

Miễn trừ này sẽ được áp dụng trong trường hợp các thỏa thuận đó (dưới đây gọi là “các thỏa thuận nghiên cứu và phát triển”) có những hạn chế về cạnh tranh thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều 81 (1)¹⁵.

• Nhóm thứ hai: Miễn trừ áp dụng theo ngưỡng thị phần

Thị phần là một trong những cơ sở quan trọng để đánh giá sức mạnh thị trường của một hoặc một nhóm các doanh nghiệp trên thị trường liên quan. Theo pháp luật cạnh tranh của Liên minh châu Âu, đa số các qui định miễn trừ đều sử dụng ngưỡng thị phần làm cơ sở để xem xét¹⁶. Theo quyết định số 330/2010 của Ủy ban châu Âu ngày 20/4/2010 về việc áp dụng Điều 101(3) của

¹² European Commission, Commission regulation (EC) No. 2659/2000 ngày 29/11/2000 về việc áp dụng Điều 81(3) của Hiệp định về nhóm các thỏa thuận nghiên cứu và phát triển, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/ALL/?uri=CELEX:32000R2659>, truy cập ngày 06/05/2017.

¹³ Nay là Điều 101(3) của Hiệp định về chức năng của Liên minh châu Âu 2007 (Treaty on the Functioning of the European Union – TFEU)c.

¹⁴ Điều 101(1) TFEU.

¹⁵ Khoản 1 Điều 1 Regulation No. 2659/2000.

¹⁶ Alison Jones, Brenda Sufrin (2011), *EU Competition law: Text, cases, and materials*, 4th Edition, Oxford University Press, tr. 255.

TFEU về việc phân loại các thỏa thuận theo chiều dọc và các hành vi phối hợp hành động thì ngưỡng thị phần để xem xét áp dụng là không vượt quá 30%: “*Nếu thị phần của mỗi bên tham gia thỏa thuận không vượt quá 30% trên thị trường liên quan, các thỏa thuận theo chiều dọc không bao hàm một số loại HCCT nghiêm trọng, thường dẫn đến việc cải tiến sản xuất hoặc phân phối và mang lại lợi ích cho người dùng*”¹⁷.

Trong quyết định số 2659/2000 của Ủy ban châu Âu ngày 29/11/2000 về việc áp dụng Điều 81(3) Hiệp định nhằm phân loại các thỏa thuận nghiên cứu và phát triển thì vấn đề miễn trừ chỉ áp dụng đối với thỏa thuận giữa các đối thủ cạnh tranh khi thị phần không vượt quá 25% trên thị trường liên quan¹⁸: “*Trường hợp hai hoặc nhiều bên tham gia là các đối thủ cạnh tranh, vấn đề miễn trừ theo Điều 1 sẽ được áp dụng cho giai đoạn được qui định tại khoản 1 chỉ khi, vào thời điểm kí kết thỏa thuận về nghiên cứu và phát triển thỏa thuận nghiên cứu và phát triển thị phần kết hợp của các bên không vượt quá 25% trên thị trường liên quan cho các sản phẩm có khả năng được cải thiện hoặc thay thế bằng các sản phẩm theo hợp đồng*”¹⁹.

• Nhóm thứ ba: Các thỏa thuận HCCT nghiêm trọng

Các thỏa thuận ấn định giá, phân chia thị trường, thông đồng trong đấu thầu là

¹⁷ European Commission (2010), *Regulation No. 330/2010*, đoạn 8, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:102:0001:0007:EN:PDF>, truy cập ngày 08/05/2017.

¹⁸ European Commission (2000), *Regulation No. 2659/2000*.

¹⁹ European Commission (2000), *Regulation No. 2659/2000*, khoản 2 Điều 4, <http://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/65d75346-c14d-4074-9be9-b281bf03a62c/language-en>, truy cập ngày 08/05/2017.

những thỏa thuận được các nước xếp vào nhóm các thỏa thuận HCCT nghiêm trọng²⁰. Lịch sử phát triển và kinh nghiệm thực thi pháp luật đã chỉ ra rằng các thỏa thuận này gây tổn hại nghiêm trọng cho cạnh tranh và không có bất kì cơ sở nào để lý giải cho hành vi này. Cho nên, ngoài việc áp dụng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên để xử lý thì các thỏa thuận này cũng sẽ mặc nhiên không được hưởng miễn trừ.

Tuy vậy, cần phải thấy rằng mặc dù chia thành các nhóm như vậy, nhưng trên thực tế, các cơ quan cạnh tranh luôn có quyền xem xét hoặc rút lại các quyết định cho hưởng miễn trừ trước đó khi bối cảnh không còn phù hợp. Nguyên tắc mang tính phổ biến là việc áp dụng miễn trừ luôn mang tính có điều kiện và luôn luôn có thời hạn. “*Ủy ban châu Âu có thể rút lại các quyết định cho hưởng miễn trừ nếu họ phát hiện trong bất kì thỏa thuận cụ thể nào, quyết định hoặc các hành động phối hợp của các doanh nghiệp mà Ủy ban đã ra quyết định cho hưởng miễn trừ trước đó không còn phù hợp với Điều 101(3) TFEU*”²¹.

3. Tác động của mục tiêu Luật Cạnh tranh đến vấn đề miễn trừ

Cần phải thấy rằng, miễn trừ không áp dụng đối với các hành vi lạm dụng sức mạnh thị trường (bao gồm hai nhóm hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và vị trí độc quyền) mà chỉ áp dụng đối với một số hành vi thỏa thuận HCCT và tập trung kinh tế. Về mặt lý luận, việc xem xét cho hưởng miễn trừ dựa trên sự cân nhắc đến tác dụng tích cực cho sự phát triển của thị trường, đến lợi ích của người tiêu dùng hoặc xa hơn nữa là

²⁰ Thuật ngữ hay sử dụng là “hard-core cartel”.

²¹ Alison Jones, Brenda Sufrin (2011), *EU Competition law: Text, cases, and materials*, 4th Edition, Oxford University Press, tr. 255.

lợi ích chung của nền kinh tế. Chính vì vậy, quy định về miễn trừ trong pháp luật cạnh tranh là hướng đến sự mềm dẻo và hiệu quả trong vấn đề điều tiết nền kinh tế, hướng đến việc tuân thủ pháp luật sao cho có lợi nhất cho nền kinh tế. Điều này tùy thuộc rất lớn vào mục tiêu của Luật Cạnh tranh. Về mặt lý luận, việc theo đuổi mục tiêu hiệu quả kinh tế có tác động đến việc áp dụng chính sách và pháp luật cạnh tranh, cụ thể: *Thứ nhất*, nhằm đảm bảo quyền tự do kinh doanh, quy định chống các thỏa thuận HCCT cần phải trao cho các doanh nghiệp cơ hội tiếp cận, thực thi và hướng đến mục tiêu hiệu quả kinh tế; *thứ hai*, cần phải xác định rằng có những thỏa thuận mà về bản chất, ít có khả năng gây hại hoặc có tác dụng tích cực cho sự phát triển của cạnh tranh và thị trường; *thứ ba*, việc chống các hành vi thỏa thuận HCCT cần đặt trong bối cảnh tương quan của những mục tiêu có tính quốc tế.

Bản chất của việc dành cơ chế miễn trừ cho các hành vi thỏa thuận HCCT là do cơ quan nhà nước đang phân loại những hành vi có lợi cho cạnh tranh và những hành vi nguy hại. Muốn xác định tính có lợi hay nguy hại, một trong những nhiệm vụ trọng tâm của nhà làm luật là phải xác định mục tiêu của Luật Cạnh tranh là gì? Có nhiều trường phái và tiêu chí để xác định mục tiêu của Luật Cạnh tranh.

Ở góc độ chung nhất, theo gợi ý của Hội nghị Liên hợp quốc về thương mại và phát triển (UNCTAD), mục tiêu của Luật Cạnh tranh là “nhằm kiểm soát hoặc loại trừ các thỏa thuận hoặc thông đồng giữa các doanh nghiệp, hoặc tập trung kinh tế hoặc lạm dụng sức mạnh thị trường, qua đó giới hạn khả năng gia nhập thị trường hoặc rộng hơn là HCCT một cách quá mức, ảnh hưởng

xấu đến thương mại trong nước hoặc quốc tế hoặc sự phát triển kinh tế”²².

Trong khi đó, pháp luật cạnh tranh của Liên minh châu Âu xác định ba mục tiêu rõ rệt:

Thứ nhất là, nâng cao tính hiệu quả thông qua việc tối đa hóa phúc lợi tiêu dùng, tối ưu hóa phân bổ các nguồn lực kinh tế;

Thứ hai là, bảo vệ người tiêu dùng và các doanh nghiệp nhỏ trước các sức mạnh thị trường;

Thứ ba là, thúc đẩy việc hình thành một thị trường chung châu Âu²³.

Mục tiêu của pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ là “...nhằm bảo đảm rằng các nguồn lực cạnh tranh có thể tương tác một cách không bị hạn chế, nhằm tạo ra việc phân bổ tốt nhất các nguồn lực kinh tế, mức giá thấp nhất và chất lượng cao nhất trong sản phẩm và dịch vụ đối với người tiêu dùng”²⁴.

Trong khi đó, mục tiêu của Luật Cạnh tranh Việt Nam trong giai đoạn tới được xác định là “...nhằm bảo vệ các quan hệ cạnh tranh, một loại quan hệ công. Thực thi Luật Cạnh tranh với mục tiêu cao nhất là bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, công bằng, làm động lực phát triển cho nền kinh tế. Với mục tiêu này, Luật Cạnh tranh kiểm soát các dạng hành vi phản cạnh tranh gồm: (i) Nhóm hành vi thỏa thuận HCCT, (ii) Nhóm hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, độc quyền, (iii) Nhóm hành vi tập trung kinh tế, có tác động hoặc có khả năng dẫn tới độc

²² UNCTAD (2010), *Model law on competition*, tr. 13.

²³ Paul Craig, Gráinne de Búrca (2011), *EU law: text, cases, and materials*, 5th Edition, Oxford University Press, tr. 959.

²⁴ WB, OECD (1998), *A framework for the design and implementation of competition law and policy*, tr. 13.

quyền hóa thị trường, làm tổn hại hoặc xâm hại môi trường cạnh tranh, (iv) Nhóm hành vi cạnh tranh không lành mạnh”²⁵.

Không giống như một số quốc gia khác²⁶, Luật Cạnh tranh Việt Nam 2004 không có một điều khoản cụ thể nêu rõ mục tiêu của Luật Cạnh tranh (*objectives clause*)²⁷. Những mục tiêu của Luật Cạnh tranh có thể suy ra từ khoản 2 Điều 4 “*Việc cạnh tranh phải được thực hiện theo nguyên tắc trung thực, không xâm phạm đến lợi ích của Nhà nước, lợi ích công cộng, quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp, của người tiêu dùng và phải tuân theo các quy định của Luật này*”. Mặc dù vậy, mục tiêu của Luật Cạnh tranh như vậy là không rõ ràng và chưa thể hiện những mục tiêu cơ bản của Luật Cạnh tranh như ở các nước. Khái niệm “lợi ích của Nhà nước” là tương đối rộng và vì vậy không thể hiện một cách khái quát nhất quan điểm của Đảng và Nhà nước trong việc xây dựng một môi trường cạnh tranh lành mạnh không có sự phân biệt đối xử giữa các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế trong khi giảm thiểu và loại trừ sự can thiệp của Nhà nước vào thị trường.

Có thể nói so với Luật Cạnh tranh hiện hành, mục tiêu của Dự thảo Luật Cạnh tranh

(sửa đổi) vẫn không có sự cải thiện rõ rệt. Nói cách khác, mục tiêu của luật là không rõ ràng. Sự không rõ ràng về mục tiêu của Luật Cạnh tranh còn được thể hiện rõ nét trong Tờ trình Chính phủ về Dự án Luật Cạnh tranh (sửa đổi) của Bộ Công Thương khi xác định Luật Cạnh tranh phải được sửa đổi theo những quan điểm chỉ đạo và định hướng sau: (i) Duy trì và bảo vệ môi trường cạnh tranh bình đẳng, hiệu quả giữa các doanh nghiệp trên thị trường; (ii) Đảm bảo tính công bằng, minh bạch, khách quan trong quá trình tố tụng; kết hợp chặt chẽ giữa tư duy kinh tế và tư duy pháp lý trong đó nhấn mạnh mục tiêu tăng cường hiệu quả cho công tác thực thi luật; và (iii) Nhà nước đóng vai trò trung tâm trong hoạt động bảo vệ cạnh tranh trên thị trường.

Có thể nói, mục tiêu của Luật Cạnh tranh sẽ là kim chỉ nam cho việc xác định việc miễn trừ đối với các thỏa thuận HCCT. Chỉ khi nhà làm luật xác định được đầy đủ và nghiêm túc mục tiêu này, các tiêu chí miễn trừ mới phát huy tính hiệu quả của nó xét cả từ khía cạnh lý luận lẫn khả năng thực thi.

4. Vấn đề miễn trừ trong Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi)

Vấn đề miễn trừ đối với các thỏa thuận HCCT được qui định trong Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi) có sự khác biệt nhất định. Cụ thể, theo qui định tại khoản 1 Điều 16 của Dự thảo: “*Thỏa thuận HCCT quy định tại các khoản 1, 2, 3, 4 và 5 Điều 13 Luật này có thể được xem xét cho hưởng miễn trừ có thời hạn nếu phục vụ cho mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội trong cùng thời kỳ hoặc nhằm hạ giá thành, có lợi cho người tiêu dùng*”.

Như vậy, tiêu chí *phục vụ cho mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội trong cùng thời kỳ*

²⁵ Bộ Công Thương: *Báo cáo đánh giá tác động của Dự án Luật Cạnh tranh (sửa đổi)*.

²⁶ Xem *Luật Chống độc quyền Trung Quốc 2009; Luật Chống độc quyền Nhật Bản 1947, Luật Điều chỉnh độc quyền và Thương mại Công bằng Hàn Quốc 1980; Luật Cạnh tranh và Người tiêu dùng Australia 2010*.

²⁷ Điều này có thể được giải thích bởi hai lý do. Thứ nhất, theo kỹ thuật lập pháp của Việt Nam, mục tiêu của luật thường được ghi nhận trong lời nói đầu hoặc được suy ra từ những điều khoản sau đó của luật. Thứ hai, việc không có một điều khoản quy định về mục tiêu của Luật Cạnh tranh nhằm tránh sự xung đột với quan điểm nhằm bảo vệ sự thống trị của thành phần kinh tế nhà nước.

hoặc nhằm hạ giá thành, có lợi cho người tiêu dùng là điều kiện cơ bản để các bên trong thỏa thuận HCCT xin được hưởng miễn trừ.

Thứ nhất, “mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội trong cùng thời kỳ”. Đây là một điểm mới trong Dự thảo so với Luật Cạnh tranh hiện hành. Mặc dù Dự thảo lần này xác định các nguyên tắc chung chủ đạo trong việc xây dựng, nhưng tiêu chí “phát triển kinh tế, xã hội trong cùng thời kỳ” sẽ rất khó để áp dụng. Cần phải xác định thế nào là phát triển kinh tế, xã hội. Theo chúng tôi, phát triển kinh tế, xã hội có thể diễn ra ở nhiều cấp độ. Một là, ở cấp tỉnh: Mỗi tỉnh thành đều xây dựng tiêu chí cho riêng mình; hai là, ở cấp Bộ: Các Bộ ngành cũng có thể có bộ tiêu chí riêng; ba là, ở cấp Nhà nước: Chính phủ hoặc Quốc hội cũng có thể có mục tiêu phát triển trên cả nước.

Trong trường hợp có sự mâu thuẫn giữa mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội do các ngành và mục tiêu chung của cả nước, thì sẽ xử lý như thế nào?

Thứ hai, “nhằm hạ giá thành, có lợi cho người tiêu dùng”. Tiêu chí thứ hai này là nhằm bảo đảm quyền lợi của người tiêu dùng thông qua việc đánh giá mục đích của các thỏa thuận HCCT nhằm hạ giá thành, có lợi cho người tiêu dùng. Đây là tiêu chí rõ ràng hơn so với tiêu chí phát triển kinh tế, xã hội.

Có năm loại thỏa thuận HCCT sẽ được hưởng miễn trừ theo Dự thảo:

1. Thỏa thuận ấn định giá mua, giá bán hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp.

2. Thỏa thuận phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ.

3. Thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hoá, dịch vụ.

4. Thỏa thuận ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường hoặc phát triển kinh doanh.

5. Thỏa thuận loại bỏ khỏi thị trường những doanh nghiệp không phải là các bên của thỏa thuận.

Theo chúng tôi, đây là qui định “tệ” nhất của Dự thảo liên quan đến việc kiểm soát các thỏa thuận HCCT. Bởi lẽ, trong số 5 thỏa thuận, đã có đến 3 thỏa thuận thuộc nhóm thỏa thuận gây ra tác hại nghiêm trọng đến cạnh tranh: Một là, thỏa thuận ấn định giá mua, giá bán hàng hoá, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp; hai là, thỏa thuận phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hoá, cung ứng dịch vụ; ba là, thỏa thuận hạn chế hoặc kiểm soát số lượng, khối lượng sản xuất, mua, bán hàng hoá, dịch vụ.

Mặc dù nhấn mạnh đến việc kết hợp chặt chẽ giữa tư duy kinh tế và tư duy pháp lý trong đó nhấn mạnh mục tiêu tăng cường hiệu quả cho công tác thực thi luật, nhưng Ban soạn thảo chưa cân nhắc hết tác động của các thỏa thuận này đối với cạnh tranh và người tiêu dùng. Theo đó, xét từ khía cạnh kinh tế trong ngắn hạn và dài hạn, các thỏa thuận này sẽ tạo ra cơ sở cho việc tăng giá và loại bỏ hoặc HCCT. Xét từ bản chất kinh tế, các thỏa thuận này không mang lại bất kỳ một giá trị thúc đẩy nào đối với cạnh tranh trên thị trường. Chính vì tính nguy hiểm đó, mà pháp luật cạnh tranh của Liên minh châu Âu và Hoa Kỳ, đều dùng nguyên tắc vi phạm mặc nhiên để xử lý, mà không cần xem xét các khía cạnh khác của thỏa thuận.

5. Một vài góp ý hoàn thiện Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi)

Thứ nhất: Như trên đã đề cập, mục tiêu của Luật Cạnh tranh là một trong những tiêu chí rất quan trọng. Bởi chính mục tiêu của luật sẽ trở thành tiêu chí để cơ quan cạnh tranh có thể áp dụng các phân tích kinh tế trong việc đánh giá các cơ sở cho doanh nghiệp được hưởng miễn trừ. Một khi mục tiêu của luật không rõ ràng sẽ làm cho việc thực thi khó dự đoán và nguy hiểm hơn là có thể mang tính tùy tiện. Có thể cân nhắc xác định mục tiêu của Luật Cạnh tranh Việt Nam trong giai đoạn tới như sau:

Một là, bảo đảm cạnh tranh tự do và công bằng trên thị trường;

Hai là, bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng;

Ba là, nâng cao năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam trong hội nhập kinh tế thế giới.

Trong đó, tiêu chí thứ ba có thể coi là một tiêu chí mang tính đặc thù của Việt Nam. Cần phải thấy rằng, Luật Cạnh tranh là một trong những công cụ hữu hiệu của chính sách cạnh tranh. Kết hợp cùng với việc nhấn mạnh vai trò của tư duy kinh tế trong quá trình thực thi, tiêu chí nâng cao năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam trong hội nhập kinh tế thế giới sẽ là phù hợp hơn so với việc xác định tiêu chí *phục vụ cho mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội trong cùng thời kỳ*.

Thứ hai, cần phải xác định lại các qui định cụ thể về miễn trừ. Theo đó, đối với các thỏa thuận HCCT nghiêm trọng như thỏa thuận ấn định giá, thỏa thuận phân chia thị trường, giới hạn sản xuất và thông đồng trong đấu thầu là những hành vi tuyệt đối nghiêm cấm, mặc nhiên không xem xét vấn đề miễn trừ. Đối với những dạng thỏa thuận

này, Luật Cạnh tranh các nước²⁸ áp dụng nguyên tắc *per se*, theo đó các thỏa thuận này bị coi là trái luật và bị cấm ngay tức khắc mà không cần thêm bất kỳ sự xem xét nào nữa²⁹.

Thứ ba, nên cân nhắc các thỏa thuận được áp dụng miễn trừ tự động. Theo đó, những thỏa thuận như thỏa thuận nghiên cứu và phát triển sản phẩm (R&D) với tính chất thúc đẩy cạnh tranh như đã phân tích, là một trong những dạng thỏa thuận nên cân nhắc.

Thứ tư, Dự thảo qui định điều kiện để áp dụng miễn trừ là *“có thể được xem xét cho hưởng miễn trừ có thời hạn nếu phục vụ cho mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội trong cùng thời kỳ”*. Nhưng như trên đã phân tích, điều kiện này quá chung chung. Khi đi vào thực tiễn, sẽ gây nên những khó khăn cho việc áp dụng. Do vậy, có thể cân nhắc một trong hai lựa chọn sau đây:

Một là: Nếu vẫn giữ nguyên điều kiện này thì phải có định nghĩa hoặc dẫn nguồn cho tiêu chí *“mục tiêu phát triển kinh tế, xã hội trong cùng thời kỳ”*;

Hai là: Bỏ điều kiện này và chọn góc độ tiếp cận khác.

(Xem tiếp trang 64)

²⁸ Chẳng hạn, Luật Cạnh tranh Hoa Kỳ áp dụng nguyên tắc *per se* đối với những thỏa thuận ấn định giá, phân chia thị trường, từ chối giao dịch, bán kèm và những hành vi giao dịch độc quyền (exclusive dealing). Xem: S G Corones (2010), *Competition Law in Australia* (Thomson Reuters, 5th ed), những tiêu chí để áp dụng được đề cập trong vụ *Chicago Board of Trade v. United States* 246 US 231, 238(1918). Luật Cạnh tranh Liên minh châu Âu áp dụng nguyên tắc này đối với những hành vi ấn định giá, hạn chế đầu ra, phân chia thị trường và thông đồng. Xem Richard Whish and Brenda Sufrin (1993), *Competition Law* (Butterworths, 3rd) tr. 409.

²⁹ CUTS, *Competition in Vietnam: A Toolkit* (CUTS International, 2007) tr. 107.

BẢO VỆ QUYỀN CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG DI TRÚ KHI VIỆT NAM THAM GIA CÁC HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO THẾ HỆ MỚI

*Lê Thị Hoài Thu**

Tóm tắt: Bài viết¹ đề cập các vấn đề: 1) Thỏa thuận về chính sách lao động trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới; 2) Quyền của người lao động di trú và những ảnh hưởng của các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới (TPP và EVFTA) đến quyền của họ; 3) Phân tích thực trạng pháp luật về bảo vệ quyền của người lao động di trú khi Việt Nam là thành viên các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới; 4) Một số kiến nghị nhằm bảo vệ tốt hơn quyền của người lao động di trú khi Việt Nam là thành viên các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới.

Abstract: This paper addresses following: 1) Labour agreements in new generation Free Trade Agreements (FTAs); 2) The rights of migrant workers and the influences of such FTAs (TPP and EVFTA) on their rights; 3) Legal study on the protection of migrant workers' rights when Vietnam joins such FTAs; 4) Some recommendations to enhance the protection of migrant workers when Vietnam joins such FTAs.

Trong số các hiệp định thương mại tự do (FTAs), Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) và FTA Việt Nam – Liên minh châu Âu (EVFTA) được xem là những FTA thế hệ mới bởi phạm vi toàn diện, vượt ra khỏi khuôn khổ tự do thương mại truyền thống. Nói cách khác, nếu như các FTA thế hệ đầu chỉ tập trung chủ yếu vào thương mại truyền thống, thì các FTA thế hệ mới bao gồm cả những nội dung vốn được coi là phi thương mại như: Môi trường, lao động, công đoàn, phát triển bền vững, các rào cản kỹ thuật và các vấn đề khác; qua đó tác động toàn diện đến kinh

tế thương mại và các vấn đề thể chế của quốc gia. Đây cũng là hai hiệp định được kỳ vọng sẽ trở thành hình mẫu cho phát triển thương mại, đầu tư khu vực và toàn cầu trong bối cảnh của sự phát triển lực lượng sản xuất, khoa học, kỹ thuật và hội nhập ngày càng sâu rộng hiện nay, mặc dù 2 hiệp định này chưa được phê chuẩn/ký kết.

Hiệp định TPP là FTA đầu tiên mà Việt Nam ký kết có nội dung về chính sách đối với lao động, cụ thể là: (i) Cam kết thực thi nghĩa vụ là thành viên Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) và không sử dụng các tiêu chuẩn về lao động nhằm mục đích bảo hộ thương mại; (ii) Đảm bảo các quyền của người lao động được khẳng định trong Tuyên bố năm 1998 của ILO, bao gồm: Tự do hiệp hội và thực hiện có hiệu quả quyền thương lượng tập thể, xóa bỏ mọi hình thức lao động cưỡng bức và lao động bắt buộc, xóa bỏ có hiệu quả lao động trẻ em và

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

¹ Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài cấp Đại học Quốc gia Hà Nội, mã số: QG.17.30, “Hoàn thiện pháp luật kinh doanh tại Việt Nam nhằm chuẩn bị cho việc thi hành các hiệp định thương mại tự do (FTA) thế hệ mới”; từ năm 2017 đến năm 2019 do PGS. TS. Lê Thị Hoài Thu làm Chủ nhiệm.

nghiêm cấm các hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất, xóa bỏ phân biệt đối xử trong công việc; (iii) Đảm bảo điều kiện về tiền lương tối thiểu, thời giờ làm việc và an toàn vệ sinh lao động².

Tương tự, các tiêu chuẩn và thỏa thuận đa phương về lao động là nội dung được ghi nhận tại Điều 3 ở Chương Thương mại và phát triển bền vững của EVFTA. Cũng giống với TPP, cam kết về lao động trong EVFTA là cam kết về các nguyên tắc và quyền lao động cơ bản được đề cập đến trong Tuyên bố của ILO năm 1998 bao gồm: Tự do hiệp hội và công nhận hiệu quả của quyền thương lượng tập thể; loại bỏ tất cả các hình thức lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc; bãi bỏ hiệu quả lao động trẻ em; và xóa bỏ phân biệt đối xử trong việc làm và nghề nghiệp.

Khi ký kết/kết thúc đàm phán các FTA này, Việt Nam đứng trước những cơ hội lớn như: Nắm bắt và tận dụng tốt hơn các cơ hội do quá trình tái cấu trúc thị trường quốc tế và khu vực cũng như xu thế hội nhập kinh tế khu vực đem lại; tận dụng hợp tác quốc tế để phục vụ chiến lược phát triển kinh tế - xã hội, triển khai chiến lược hội nhập quốc tế nói chung và chiến lược đối ngoại ở Liên minh châu Âu và khu vực châu Á - Thái Bình Dương nói riêng, nâng cao vị thế của Việt Nam trên trường quốc tế. Trong lĩnh vực lao động, các cam kết trong TPP và EVFTA thúc đẩy, khuyến khích sự tuân thủ các nguyên tắc, giúp cải thiện điều kiện làm việc, tái sản xuất sức lao động và nâng cao chất lượng nguồn nhân lực. Cụ thể, người lao động sẽ có cơ hội cải thiện các quyền lợi hợp pháp của mình cả về thu nhập tối thiểu, môi trường làm việc và môi trường sống,

cũng như về cơ hội tham gia hiệp hội và công đoàn, kể cả tìm kiếm cơ hội việc làm mới. Tuy nhiên, tham gia TPP và EVFTA, Việt Nam cũng phải đối mặt với những thách thức không nhỏ, mà một trong số đó là vấn đề di trú và việc làm, kèm theo đó là việc bảo vệ quyền của người lao động di trú. Có thể thấy, nội dung của hai FTA thế hệ mới này khiến thị trường xuất khẩu lao động của các quốc gia thành viên có sự cạnh tranh khá khốc liệt, việc tìm kiếm thị trường giữa các nước xuất khẩu lao động là nguyên nhân ảnh hưởng tới việc bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của lao động di trú.

1. Quyền của người lao động di trú và những ảnh hưởng của TPP và EVFTA đến quyền của người lao động di trú

Trước hết, cần phải hiểu người lao động di trú (migrant worker) là *người đã, đang và sẽ làm một công việc có hưởng lương tại một quốc gia mà người đó không phải là công dân*³. Lao động di trú bao gồm 8 dạng: i) “Nhân công vùng biên”: Người làm việc ở nước láng giềng nhưng trở về nước mình trong ngày hoặc ít nhất mỗi tuần một lần; ii) “Nhân công theo mùa”: Người chỉ làm việc ở nước khác trong một khoảng thời gian nhất định mỗi năm; iii) “Người đi biển”: Người làm việc trên một chiếc tàu đăng ký tại nước khác; iv) “Nhân công làm việc ở công trình trên biển”: Người làm việc trên một công trình trên biển thuộc tài sản của nước khác; v) “Nhân công lưu động”: Người mà do tính chất công việc phải di chuyển qua nhiều nước trong những khoảng thời gian ngắn; vi) “Nhân công theo dự án”: Người làm việc ở nước khác trong một thời gian theo một dự án nhất định; vii) “Nhân công lao động chuyên dụng”: Người

² Nguyễn Bá Ngọc, *Thị trường lao động Việt Nam trong bối cảnh hội nhập khu vực và quốc tế*, Tạp chí Khoa học lao động và xã hội, số 1, năm 2016, tr.9-10.

³ Theo Điều 1 và 2 Công ước quốc tế về quyền của người lao động di trú và các thành viên trong gia đình họ.

thực hiện các nhiệm vụ đòi hỏi kỹ năng hoặc trình độ cao ở nước khác trong một khoảng thời gian theo một dự án nhất định; viii) “Nhân công tự chủ”: Người làm một công việc ở nước khác nhưng không theo một hợp đồng lao động mà với tính chất tự chủ.

Tình trạng di trú vì việc làm tác động tích cực đến nền kinh tế và sự thịnh vượng xã hội của cả nước tiếp nhận và nước gốc. Tuy nhiên, nó cũng tạo ra những vấn đề nghiêm trọng mà những người lao động di trú ở khắp nơi trên thế giới đã và đang phải đối mặt như việc họ bị phân biệt đối xử, bị quên lãng và xâm phạm các quyền con người cơ bản. Theo Tuyên ngôn thế giới về quyền con người của Liên hợp quốc năm 1948, mọi người, bất kể dân tộc, chủng tộc, giới tính, tôn giáo, giai cấp, xuất thân... đều bình đẳng về các quyền con người. Lao động di trú cũng là con người nên cũng được hưởng các quyền con người như tất cả mọi người.

Năm 1939, ILO thông qua điều ước đầu tiên về quyền của người lao động di trú (Công ước Di trú vì việc làm). Năm 1949, ILO sửa đổi công ước này bằng Công ước số 97, và đến năm 1975 thông qua Công ước số 143 về hỗ trợ việc làm cho người lao động di trú. Đây là 2 trong 8 công ước cơ bản của ILO⁴, đề cập các vấn đề phát sinh trong toàn bộ quá trình di cư lao động, kể từ khi người lao động ở nước gốc, toàn bộ quá trình làm việc ở nước nhận và khi quay về nước gốc. Các công ước này bảo vệ mọi người lao động di trú, bất kể địa vị pháp lý

⁴ 8 Công ước cơ bản của ILO bao gồm: Công ước số 97 và Công ước số 143 về lao động di trú; Công ước số 29 và Công ước số 105 về xóa bỏ lao động cưỡng bức; Công ước số 100 và Công ước số 111 về xóa bỏ phân biệt đối xử trong lao động và việc làm; Công ước số 138 và Công ước số 182 về tuổi lao động tối thiểu và xóa bỏ lao động trẻ em.

của họ như thế nào và có hay không việc thực hiện nguyên tắc có đi có lại giữa các quốc gia liên quan. Liên hợp quốc đã thảo luận về vấn đề quyền của người lao động di trú từ đầu những năm 70 của thế kỷ XX, và đến năm 1990 thì thông qua Công ước quốc tế về các quyền của người lao động di trú và các thành viên trong gia đình họ (MWC). Hiện tại, MWC và các Công ước số 97, 143 của ILO là ba điều ước quốc tế quan trọng nhất về quyền của người lao động di trú⁵. Xét về nội dung, các văn kiện pháp lý này tập trung vào ba vấn đề cơ bản: (i) Hỗ trợ việc làm, đời sống và bảo vệ người lao động di trú khỏi sự phân biệt đối xử và ngược đãi; (ii) Xác lập và bảo vệ các quyền của người lao động di trú; (iii) Ngăn chặn tình trạng buôn bán người nhập cư.

TPP và EVFTA như đã đề cập ở trên là các hiệp định thương mại tự do khu vực siêu lớn, có phạm vi cam kết rộng và mức độ cam kết cao nhất của Việt Nam từ trước đến nay. Thành viên của các hiệp định này bao gồm nhiều quốc gia phát triển và có tầm ảnh hưởng lớn trên thế giới, qua đó thúc đẩy lao động di trú từ nước này qua nước khác làm việc. So với các quốc gia như New Zealand, Australia, Nhật Bản, Canada, và các quốc gia thành viên Liên minh châu Âu... mức độ phát triển về kinh tế, xã hội ở Việt Nam còn có sự chênh lệch đáng kể, và điều đó ảnh hưởng nhất định đến vấn đề lao động di trú. Có thể thấy, TPP và EVFTA đã tạo điều kiện cho thị trường lao động ngày càng mở rộng, theo đó, lao động di trú trở nên phổ biến và phức tạp hơn.

Nhiều nghiên cứu đã chỉ ra những nguy cơ phổ biến mà lao động di trú phải đối mặt,

⁵ Hội Luật gia Việt Nam, *Những điều cần biết về người lao động di trú*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2008, tr.17.

đó là: Không được trả lương hoặc không được trả lương theo đúng thỏa thuận trong hợp đồng; phải làm việc trong những hoàn cảnh thiếu an toàn, thiếu vệ sinh lao động; phải sống trong điều kiện thiếu vệ sinh khiến sức khỏe giảm sút và bị mắc bệnh tật; bị hành hạ và lạm dụng, kể cả lạm dụng tình dục, đặc biệt với lao động nữ làm việc trong các ngành nghề nhạy cảm, như trong các cơ sở giải trí hoặc giúp việc gia đình; bị bần cùng do phải trả phí cao cho cơ sở tuyển dụng lao động (cả ở nước gốc và nước tiếp nhận) khiến thu nhập không đủ trả nợ hoặc chỉ còn rất ít sau khi trả nợ; bị những người môi giới lừa đảo mất tiền lệ phí nhưng không được ra nước ngoài làm việc, hoặc bị bỏ rơi ở nước ngoài; hợp đồng lao động bị người sử dụng lao động tùy tiện thay đổi nhưng vẫn phải cam chịu, hoặc phải bồi thường “vi phạm hợp đồng” nếu không cam chịu và bỏ việc; hộ chiếu và các giấy tờ tùy thân khác bị người sử dụng lao động hoặc cơ sở tuyển dụng lao động thu giữ khiến họ trở thành lao động di trú không có giấy tờ, từ đó trở thành nạn nhân của bọn buôn bán người; bị các cơ sở tuyển dụng và các cơ quan nhà nước mình bỏ rơi khiến các quyền và lợi ích hợp pháp của họ không được bảo vệ hoặc bảo vệ không đầy đủ và hiệu quả; bị phân biệt đối xử nặng nề so với lao động bản địa, cả về tiền công, điều kiện lao động, bảo hiểm và trợ cấp xã hội (là những người được tuyển dụng cuối cùng cho những công việc nặng nhọc, độc hại, thấp kém nhất, và bị sa thải đầu tiên khi khủng hoảng việc làm)⁶.

Có thể thấy, mặc dù những quy định về quyền của người lao động, tiêu chuẩn lao động đã được ghi nhận rõ ràng trong các

công ước của ILO, nhưng thực tế chứng minh rằng trong bối cảnh toàn cầu hóa như hiện nay, ILO đã thất bại trong việc đảm bảo thi hành các tiêu chuẩn do mình ban hành và việc vi phạm các tiêu chuẩn lao động quốc tế vẫn là phổ biến. Phương pháp đảm bảo thi hành các tiêu chuẩn lao động quốc tế của ILO chủ yếu dựa trên việc thuyết phục, kêu gọi dẫn tới không hiệu quả. Việc đưa các tiêu chuẩn lao động quốc tế vào trong các FTA và sử dụng chế tài thương mại đối với những quốc gia vi phạm pháp luật lao động quốc tế là phù hợp, tất yếu và chắc chắn sẽ mang lại những hiệu quả tích cực, rõ rệt trong việc bảo vệ quyền của người lao động nói chung và người lao động di trú nói riêng ở quốc gia thành viên của các FTA này.

2. Bảo vệ quyền của người lao động di trú khi Việt Nam tham gia TPP và EVFTA

2.1. Đối với người lao động Việt Nam ra nước ngoài làm việc theo hợp đồng

Bảo vệ người lao động là nguyên tắc cơ bản, xuyên suốt trong hệ thống pháp luật lao động Việt Nam. Trong đó, người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài là đối tượng cần quan tâm đặc biệt bởi họ là người phải sống xa gia đình, xa quê hương, tổ quốc, xa những người hướng dẫn, hỗ trợ và bảo vệ; chính vì vậy, họ rất dễ bị bóc lột, phân biệt đối xử và xâm phạm các quyền. Hiện nay, các quy định về bảo vệ quyền của người lao động di trú Việt Nam ở nước ngoài được ghi nhận chủ yếu trong các văn bản, như: Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006; Bộ luật Lao động năm 2012 cùng một số nghị định của Chính phủ hướng dẫn thi hành các luật trên. Theo đó, *chính sách của Nhà nước là tạo điều kiện thuận lợi để công dân Việt Nam có đủ điều kiện đi làm việc ở*

⁶ Hội Luật gia Việt Nam, *Những điều cần biết về người lao động di trú*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2008, tr.15.

nước ngoài và bảo hộ quyền, lợi ích hợp pháp của họ; đồng thời, Nhà nước cũng khuyến khích, tạo điều kiện thuận lợi và bảo hộ quyền, lợi ích hợp pháp của các doanh nghiệp, tổ chức sự nghiệp đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài⁷. Các văn bản pháp luật này có nhiều quy định bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động ở tất cả các giai đoạn: Trước khi đi làm việc ở nước ngoài, trong thời gian làm việc ở nước ngoài và khi hết thời hạn làm việc ở nước ngoài trở về nước. Bảo vệ người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo Bộ luật Lao động, Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng và các văn bản hướng dẫn thi hành tập trung chủ yếu ở các nội dung: (1) Quy định các quyền của người lao động đi làm việc ở nước ngoài; (2) Quy định về điều kiện và những giới hạn mà doanh nghiệp dịch vụ và các chủ thể có liên quan được quyền “đòi hỏi” đối với người lao động đi làm việc ở nước ngoài; (3) Quy định về các hành vi cấm, ngành nghề, công việc bị cấm đi làm việc ở nước ngoài; (4) Quy định về việc đào tạo, bồi dưỡng ngoại ngữ và các kiến thức cần thiết khác cho người lao động trước khi đi làm việc ở nước ngoài; (5) Quy định về chính sách hỗ trợ người lao động đi làm việc ở nước ngoài; (6) Quy định về trách nhiệm của nhà nước, của doanh nghiệp dịch vụ, tổ chức sự nghiệp, doanh nghiệp trúng thầu, doanh nghiệp, cá nhân đầu tư ra nước ngoài có đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài; (7) Quy định về xử phạt vi phạm quyền lợi của người lao động đi làm việc ở nước ngoài⁸.

⁷ Điều 5 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006.

⁸ Lê Thị Hoài Thu (Đồng tác giả), *Lao động di trú trong pháp luật quốc tế và Việt Nam*, sách chuyên khảo, Nxb. Lao động - xã hội, 2011, tr. 116.

Về cơ bản, các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành đã tạo ra hành lang pháp lý cần thiết để bảo vệ người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài. Việc bảo vệ được chú trọng cả trước, trong và sau quá trình người lao động đi làm việc ở nước ngoài. Nội dung bảo vệ khá toàn diện (thông qua các quy định về quyền của người lao động đi làm việc ở nước ngoài; điều kiện và những giới hạn mà doanh nghiệp dịch vụ và các chủ thể có liên quan được quyền “đòi hỏi” đối với người lao động đi làm việc ở nước ngoài; các hành vi cấm, ngành nghề, công việc bị cấm đi làm việc ở nước ngoài; việc đào tạo, bồi dưỡng ngoại ngữ và các kiến thức cần thiết khác cho người lao động trước khi đi làm việc ở nước ngoài; chính sách hỗ trợ người lao động đi làm việc ở nước ngoài; trách nhiệm của nhà nước, của doanh nghiệp dịch vụ, tổ chức sự nghiệp, doanh nghiệp trúng thầu, doanh nghiệp, cá nhân đầu tư ra nước ngoài có đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài; chính sách đối với người lao động sau khi về nước; xử phạt vi phạm quyền lợi của người lao động đi làm việc ở nước ngoài...). Nhìn chung quyền lợi của người lao động được đảm bảo khi đi làm việc ở nước ngoài.

Tuy nhiên, thực tế cho thấy, hệ thống chính sách, pháp luật về đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài còn thiếu tính đồng bộ, còn chung chung (chính sách hỗ trợ người lao động, công tác quản lý người lao động trong thời gian làm việc ở nước ngoài...). Việc tổ chức thực hiện các quy định của pháp luật trên thực tế chưa thực sự nghiêm túc; công tác kiểm tra, giám sát chưa chặt chẽ, đôi khi còn buông lỏng; ý thức tuân thủ pháp luật của một bộ phận chủ thể có liên quan (bên đưa đi, bên tiếp nhận lao động và người lao động) chưa cao...

Những điểm hạn chế này chính là nguyên nhân cơ bản làm tổn hại đến quyền lợi của người lao động đi làm việc ở nước ngoài.

2.2. Đối với người lao động nước ngoài vào Việt Nam làm việc

Hiện nay, các qui định của pháp luật lao động về người nước ngoài làm việc tại Việt Nam nằm trong Bộ luật Lao động năm 2012, Nghị định số 11/2016/NĐ-CP ngày 03/02/2016 của Chính phủ qui định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động về người nước ngoài làm việc tại Việt Nam và một số văn bản pháp luật khác có liên quan.

Khoản 2 Điều 168 Bộ luật Lao động năm 2012 quy định: "Lao động là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật lao động Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định khác và được pháp luật Việt Nam bảo vệ". Như vậy, về cơ bản, quyền và nghĩa vụ của người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam tương tự như người lao động Việt Nam làm việc trong nước, không chỉ tạo sự bình đẳng giữa những người lao động mà chính điều này đã góp phần khuyến khích các nhà đầu tư nước ngoài vào Việt Nam.

Các quy định của Bộ luật Lao động Việt Nam như hợp đồng lao động, thỏa ước lao động tập thể, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, tiền lương, an toàn lao động và vệ sinh lao động, bảo hiểm y tế... đều được áp dụng cho người lao động nước ngoài theo nguyên tắc "không phân biệt đối xử" và nguyên tắc "đối xử quốc gia". Điều này cho thấy, pháp luật lao động Việt Nam phần nào đã đáp ứng được nguyên tắc đối xử bình đẳng với người lao động di trú theo tinh thần của Công ước số 97; Công ước số 143 của ILO và MWC. Tuy nhiên, cũng còn một số qui định về người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam có ý kiến tranh luận, cụ thể:

Một là, về quyền thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn của người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

Tự do công đoàn là một trong những quyền quan trọng, thuộc nhóm quyền đối xử bình đẳng giữa người lao động di trú và người lao động trong nước. Theo MWC, tự do công đoàn là quyền của cả người lao động di trú có giấy tờ và người lao động di trú không có giấy tờ. Liên hợp quốc quan niệm bất kể người lao động nào cũng có nhu cầu thiết yếu và họ cần liên kết lại để tự bảo vệ quyền lợi cho mình. ILO cũng thể hiện rõ quan điểm này trong Công ước số 87 năm 1948 về quyền tự do hiệp hội, Công ước số 98 năm 1949 về việc áp dụng những nguyên tắc của quyền tổ chức và thương lượng tập thể, Công ước số 97 năm 1949 về người lao động di trú.

Tuy nhiên, do điều kiện chính trị - xã hội của các nước khác nhau nên vẫn còn rất nhiều quốc gia chưa phê chuẩn các công ước nói trên, trong đó có Việt Nam. Do đó, muốn thực hiện quyền tham gia, thành lập công đoàn tại Việt Nam, người lao động nước ngoài phải căn cứ vào các quy định của pháp luật Việt Nam. Theo Điều 5 Bộ luật Lao động năm 2012, người lao động có quyền thành lập, gia nhập, hoạt động công đoàn. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 5 Luật Công đoàn năm 2012, chỉ những người lao động là người Việt Nam làm việc trong cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp mới có quyền thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn. Như vậy, theo quy định trên thì người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam không có quyền thành lập, gia nhập, hoạt động công đoàn; đồng thời, họ cũng sẽ không có quyền tham gia ban chấp hành công đoàn cơ sở và không thể trở thành người đại diện cho tập thể lao động trong các hoạt động nhằm bảo vệ quyền và

lợi ích hợp pháp của tập thể lao động trong doanh nghiệp.

Nếu chỉ nhìn từ một góc độ duy nhất là quyền của người lao động thì có thể cho rằng, đây là biểu hiện của sự không bình đẳng giữa người lao động di trú và người lao động Việt Nam. Tuy nhiên, về *phương diện chính trị*, Công đoàn Việt Nam là một tổ chức chính trị - xã hội, là thành viên của hệ thống chính trị Việt Nam, vì vậy đoàn viên công đoàn không thể bao gồm những người lao động không phải là công dân Việt Nam.

Quyền thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn của người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam sẽ được giải quyết nếu TPP có hiệu lực; việc thành lập tổ chức đại diện của người lao động sẽ được thực hiện theo đúng tinh thần của Công ước số 87 năm 1948 của ILO; quyền thành lập, gia nhập, hoạt động công đoàn của người lao động thuộc các nước thành viên TPP làm việc tại Việt Nam sẽ được bảo đảm một cách bình đẳng so với người lao động là công dân Việt Nam.

Hai là, về bảo hiểm xã hội đối với người nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

Cho đến nay, theo quy định của Bộ luật Lao động và Luật Bảo hiểm xã hội, người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam vẫn chưa được tham gia bảo hiểm xã hội. Việc không áp dụng bảo hiểm xã hội đối với người lao động là người nước ngoài làm việc tại Việt Nam được lý giải bằng một số lý do như: i) Thời gian lao động tại Việt Nam của người lao động nước ngoài không nhiều, do vậy không phù hợp với mục đích của việc tham gia bảo hiểm xã hội; ii) Pháp luật của các nước xuất khẩu lao động có thể quy định người lao động đi xuất khẩu lao động phải đóng bảo hiểm xã hội về nước, vì thế mà Việt Nam không đưa người lao động

nước ngoài vào đối tượng áp dụng bảo hiểm xã hội để tránh việc thu và thực hiện bảo hiểm xã hội hai lần đối với cùng một người lao động và một loại thu nhập; iii) Quỹ bảo hiểm xã hội nhận được sự hỗ trợ trực tiếp từ ngân sách nhà nước, đặc biệt đối với chế độ bảo hiểm thất nghiệp hoặc khi quỹ bảo hiểm gặp rủi ro và vì vậy sẽ không phù hợp nếu áp dụng cho cả người lao động di trú... Tuy nhiên, các lý do trên đều chưa thực sự thuyết phục. Cụ thể:

- Nếu xuất phát từ lý do thời gian lao động tại Việt Nam của người lao động nước ngoài không nhiều thì lý do này chỉ có thể thuyết phục khi nói đến chế độ bảo hiểm hưu trí và một phần nào đó với chế độ tử tuất. Trong khi đó, nhiều rủi ro xảy ra trong quá trình lao động làm giảm hoặc mất thu nhập của người lao động nước ngoài cần có nguồn bù đắp kịp thời để giúp họ khắc phục khó khăn, tiếp tục làm việc, như: ốm đau, tai nạn, thai sản... Nếu không áp dụng bảo hiểm xã hội đối với họ thì trong trường hợp này chỉ có một trong hai cách lựa chọn: Hoặc là người lao động tự lo, hoặc là đơn vị sử dụng lao động phải trực tiếp chi trả cho những sự kiện rủi ro đó. Cả hai lựa chọn này đều không đáp ứng được nhu cầu và nguyện vọng của người lao động và phần nào gây khó khăn cho chính đơn vị sử dụng người lao động di trú, và từ đó ảnh hưởng đến nền kinh tế - xã hội nói chung.

- Nếu xuất phát từ lý do tránh việc thu và thực hiện bảo hiểm xã hội hai lần đối với cùng một người lao động và một loại thu nhập thì đó là sự suy đoán không căn cứ. Bởi vì, nếu nước xuất khẩu lao động không quy định người lao động đi xuất khẩu lao động phải đóng bảo hiểm xã hội về nước thì sẽ giải quyết vấn đề này như thế nào? Hơn nữa, giả sử nếu nước xuất khẩu lao động có quy định thì thường chỉ quy định liên quan

đến các chế độ sau quá trình lao động (như hưu trí, tử tuất).

- Nếu xuất phát từ lý do quỹ bảo hiểm xã hội nhận được sự hỗ trợ trực tiếp từ ngân sách nhà nước Việt Nam nên bảo hiểm xã hội không phù hợp nếu áp dụng cho cả người lao động nước ngoài, tức là không thể lấy tiền từ ngân sách nhà nước để hỗ trợ cho người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Nếu lập luận như vậy sẽ không thực sự công bằng đối với người lao động nước ngoài, bởi vì, *“Trên thực tế người lao động nước ngoài cũng đã thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ tài chính nhằm góp phần vào ngân sách nhà nước, mà điển hình là họ phải trả tất cả các khoản thuế giống như công dân và người lao động Việt Nam trong suốt thời gian sinh sống và làm việc tại Việt Nam. Hay nói cách khác, trong ngân sách nhà nước Việt Nam cũng có sự tham gia đóng góp của người lao động nước ngoài khi họ sinh sống và làm việc tại Việt Nam”*⁹. Từ đó cho thấy cũng có cơ sở để thực hiện việc hỗ trợ cho người lao động nước ngoài tương tự như sự hỗ trợ cho người lao động Việt Nam trong lĩnh vực bảo hiểm xã hội. Về lâu dài, khi quỹ bảo hiểm xã hội độc lập với ngân sách nhà nước thì sẽ không còn tồn tại lý do này.

Từ những lý do trên đây, Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 (thay thế Luật Bảo hiểm xã hội năm 2006) đã bổ sung người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam vào đối tượng áp dụng bảo hiểm xã hội bắt buộc. Quy định này có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2018. Việc tham gia bảo hiểm xã hội và các chế độ bảo hiểm xã hội cụ thể áp dụng đối với người lao động nước ngoài

⁹ Cao Nhất Linh (Khoa Luật - Đại học Cần Thơ), *Bảo vệ quyền, lợi ích của người lao động nước ngoài tại Việt Nam*, <http://sunlaw.com.vn/news/bao-ve-quyen-loi-ich-cua-nguoi-lao-dong-nuoc-ngoai-tai-viet-nam.aspx>, truy cập ngày 5/6/2017.

thực hiện theo quy định của Chính phủ, tuy nhiên hiện Chính phủ Việt Nam chưa có Nghị định quy định chi tiết nội dung này của Luật Bảo hiểm xã hội.

3. Một số kiến nghị nhằm bảo vệ tốt hơn quyền của người lao động di trú khi TPP và EVFTA có hiệu lực

Thứ nhất, cần đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến cho người sử dụng lao động, người lao động, tổ chức đại diện của người lao động, tổ chức đại diện của người sử dụng lao động, cán bộ làm công tác quản lý, nghiệp vụ trong lĩnh vực quyền của người lao động. Chỉ khi các chủ thể liên quan hiểu rõ về TPP và EVFTA cũng như những ảnh hưởng của các FTA này đến vấn đề lao động di trú thì ý thức pháp luật mới được hình thành một cách đúng đắn. Từ đó, có sự tôn trọng và góp phần thực hiện đúng các cam kết của Việt Nam với tư cách là một bên của TPP và EVFTA.

Thứ hai, cần tiếp tục rà soát toàn bộ hệ thống pháp luật lao động liên quan đến lao động di trú, sửa đổi, bổ sung, ban hành các văn bản pháp luật một cách đồng bộ; tạo hành lang pháp lý vững chắc cho việc thực hiện hiệu quả TPP và EVFTA. Trong đó, cần ưu tiên xem xét, giải quyết các vấn đề sau đây:

- Tiếp tục hoàn thiện chính sách, pháp luật theo hướng phân cấp và quy định cụ thể trách nhiệm của các địa phương trong việc quản lý hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài; quy định cụ thể trách nhiệm của Hội liên hiệp phụ nữ trong việc tham gia quản lý người lao động đi làm việc ở nước ngoài và bảo vệ quyền của lao động nữ; quy định chế tài đủ mạnh để xử lý đối với những tổ chức, cá nhân vi phạm.

- Sửa đổi quy định về tổ chức đại diện tập thể lao động tại cơ sở theo hướng người lao động nước ngoài ở Việt Nam có thể tự

thành lập tổ chức đại diện của mình, đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền trước khi đi vào hoạt động; miễn rằng tổ chức đại diện này hoạt động đúng tôn chỉ, mục đích là đại diện, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp, chính đáng của người lao động, không vi phạm Hiến pháp và pháp luật Việt Nam, không ảnh hưởng xấu tới an ninh, quốc phòng, trật tự, an toàn xã hội.

- Tiếp tục đàm phán và ký kết các thỏa thuận song phương với các nước tiếp nhận lao động để có cơ chế phối hợp rõ ràng, bảo vệ tối đa quyền của người lao động di trú.

Thứ ba, rà soát, đánh giá một cách khách quan, trung thực tình hình thực hiện pháp luật lao động, nhất là thực hiện các quy định có liên quan đến bảo vệ quyền của người lao động di trú, từ đó tìm ra nguyên nhân chính xác để làm cơ sở cho việc xây dựng và áp dụng các biện pháp xử lý hiệu quả trên thực tế, thu hẹp khoảng cách giữa quy định của pháp luật và thực tế cuộc sống.

Thứ tư, cần có các giải pháp đồng bộ nhằm hoàn thiện tổ chức bộ máy nhà nước có chức năng quản lý lao động, trong đó đặc

biệt chú ý đến các thiết chế có liên quan như thanh tra lao động, cơ quan giải quyết khiếu nại, tố cáo, tranh chấp lao động và đình công; cần đào tạo, bồi dưỡng nâng cao trình độ chuyên môn nghiệp vụ, ý thức công vụ và đạo đức nghề nghiệp cho đội ngũ cán bộ làm công tác quản lý, công tác nghiệp vụ trong lĩnh vực lao động; cần có kế hoạch cụ thể để đổi mới, nâng cao hiệu quả hoạt động của công đoàn các cấp, nhất là công đoàn cấp cơ sở...

Thứ năm, có thể nói TPP và EVFTA khi có hiệu lực sẽ đưa đến những thay đổi về lao động ở nước ta theo hướng đảm bảo đầy đủ hơn quyền lao động theo các tiêu chuẩn lao động quốc tế của ILO. Việt Nam cần nỗ lực tiếp tục chuẩn bị các điều kiện cần và đủ để phê chuẩn các công ước khác của ILO, cũng như nội luật hóa đầy đủ các quy định của ILO vào hệ thống pháp luật quốc gia và có đầy đủ các biện pháp bảo đảm thực thi trên thực tế. Đó là những nền tảng cơ bản để bảo vệ quyền của tất cả người lao động nói chung và lao động di trú nói riêng.

(Tiếp theo trang 55 – Vấn đề miễn trừ...)

Tóm lại, Luật Cạnh tranh có vai trò quan trọng trong việc đảm bảo, duy trì, tạo lập và bảo vệ môi trường cạnh tranh lành mạnh, công bằng cho các doanh nghiệp. Bên cạnh việc cấm đoán và trừng phạt mọi hành vi có tác động tiêu cực đến cạnh tranh, Luật Cạnh tranh dành sự miễn trừ cho một số dạng thỏa thuận bị coi là có tính chất “hạn chế cạnh tranh” nhưng được xác định là những tác động tích cực đối với nền kinh tế. Như vậy, có thể nói rằng, miễn trừ là một chế định đặc thù và hữu ích của Luật Cạnh

tranh, qua đó tạo điều kiện thuận lợi cho các doanh nghiệp và giúp cho cơ quan quản lý cạnh tranh trong việc quản lý và kiểm soát các hành vi cạnh tranh trên thị trường và phát huy hết khía cạnh tích cực của cạnh tranh. Trong bối cảnh hội nhập, chế định miễn trừ có tác dụng nhất định góp phần vào sự thành công của các quốc gia trong giao thương quốc tế. Chính vì vậy, những nghiên cứu và áp dụng cơ chế miễn trừ trong Luật Cạnh tranh là cần thiết đối với Việt Nam trong quá trình sửa đổi Luật Cạnh tranh.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ ĐẶT RA TRONG THỰC TIỄN THI HÀNH PHÁP LUẬT VỀ QUYỀN CỦA NGƯỜI ĐỒNG TÍNH, SONG TÍNH, CHUYÊN GIỚI VÀ LIÊN GIỚI TÍNH TẠI VIỆT NAM

Trương Hồng Quang*

Tóm tắt: Quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính là vấn đề được quan tâm ở Việt Nam thời gian gần đây. Trên cơ sở phân tích, đánh giá những hạn chế, khó khăn trong thực tiễn thi hành pháp luật về quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính, bài viết đưa ra một số khuyến nghị nhằm nâng cao hiệu quả thi hành pháp luật về quyền của các đối tượng này trong thời gian tới.

Abstract: LGBTI rights have been well discussed in Vietnam recently. Basing on analysing and evaluating obstacles and difficulties in the enforcement of those rights in practice, this paper provides recommendations to improve the efficiency of that enforcement in the time to come.

1. Tổng quan hệ thống pháp luật về quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính tại Việt Nam

Trước hết, theo quan điểm chung của thế giới, người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính (LGBTI) là các xu hướng tính dục¹, bản dạng giới² tồn tại một cách khách quan trong một xã hội đa dạng ngày nay. Đây là những đối tượng thiểu số trong xã hội bên cạnh đối tượng người dị tính (chiếm đa số)³. Có thể hiểu một số khái niệm liên quan như sau:

- Người dị tính: Chịu sự hấp dẫn (có tính bền vững) về tình cảm và về tình dục đối với người khác giới tính sinh học với mình;

- Người đồng tính: Chịu sự hấp dẫn (có tính bền vững) về tình cảm và về tình dục đối với người cùng giới tính sinh học với mình;

- Người song tính: Chịu sự hấp dẫn (có tính bền vững) về tình cảm và về tình dục đối với cả người cùng và khác giới tính sinh học với mình;

- Người chuyển giới: Người cảm nhận, mong muốn mình có giới tính khác giới tính sinh học khi sinh ra;

- Người liên giới tính: Chỉ chung các trạng thái mà khi đó, về mặt tính dục hay sinh sản, một người sinh ra với một cơ thể không có vẻ phù hợp với các định nghĩa thông thường về người nữ hay nam⁴. Một số ví dụ về các trạng thái liên giới tính là: Các bộ phận sinh dục bên ngoài không phân loại được dễ dàng là của nam hay nữ; các cơ quan sinh sản bên trong phát triển không hoàn chỉnh hay bất thường; có sự không nhất quán giữa các bộ phận sinh dục bên

* Nghiên cứu viên, Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp).

¹ Sự hấp dẫn (có tính bền vững) về tình cảm và về tình dục của một người đối với đối tượng thuộc giới nào đó.

² Việc một người tự nhận, cảm nhận giới tính mình (trùng hoặc khác với giới tính sinh học khi sinh ra).

³ Xem thêm Trương Hồng Quang (2014), *Người đồng tính, song tính, chuyển giới tại Việt Nam và vấn đề đổi mới hệ thống pháp luật*, Sách tham khảo, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội.

⁴ Xem: Công thông tin của Hiệp hội Người liên giới tính Bắc Mỹ, *What is intersex?*, http://www.isna.org/faq/what_is_intersex.

ngoài và các cơ quan sinh sản bên trong; có các đặc điểm bất thường về nhiễm sắc thể giới tính; tinh hoàn hoặc buồng trứng phát triển không bình thường...

Nghiên cứu hệ thống pháp luật Việt Nam cho thấy, ngoài các quyền chung như các đối tượng khác trong xã hội, người LGBTI cũng có một số quyền đặc thù như quyền xác định lại giới tính của người liên giới tính, quyền chuyển đổi giới tính của người chuyển giới. Tuy nhiên, pháp luật cũng chưa ghi nhận một số quyền liên quan đến người LGBTI. Cụ thể như sau:

1.1. Quyền bình đẳng, không bị phân biệt đối xử trong đời sống chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa xã hội

Hiến pháp và pháp luật Việt Nam chưa có quy định riêng về quyền bình đẳng, không phân biệt đối xử dựa trên các vấn đề liên quan đến người LGBTI, mà quyền bình đẳng trước pháp luật, không bị phân biệt đối xử được áp dụng cho tất cả mọi người (trong đó có cả người LGBTI).

Liên quan đến quyền lao động, Hiến pháp năm 2013 quy định người làm công ăn lương được bảo đảm các điều kiện làm việc công bằng, an toàn; được hưởng lương, chế độ nghỉ ngơi; nghiêm cấm phân biệt đối xử, cưỡng bức lao động (khoản 2, 3 Điều 35); Nhà nước bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người lao động, người sử dụng lao động và tạo điều kiện xây dựng quan hệ lao động tiến bộ, hài hòa và ổn định (khoản 2 Điều 57). Bên cạnh đó, Bộ luật Lao động năm 2012 nghiêm cấm hành vi phân biệt đối xử về giới tính, dân tộc, màu da, thành phần xã hội, tình trạng hôn nhân, tín ngưỡng, tôn giáo, nhiễm HIV, khuyết tật hoặc vì lý do thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn; ngược đãi người lao động, quấy rối tình dục tại nơi làm việc (khoản 1, 2 Điều 8). Có thể

nhận thấy nếu như Hiến pháp năm 2013 quy định chung về "nghiêm cấm phân biệt đối xử" thì Bộ luật Lao động năm 2012 quy định "nghiêm cấm hành vi phân biệt đối xử về giới tính, dân tộc,...". Như vậy, quy định của Bộ luật Lao động năm 2012 có thể chưa bao phủ hết các đối tượng LGBTI, vì nếu nói đến giới tính là đối tượng nam/nữ, trong khi đó đối tượng LGBTI liên quan đến vấn đề xu hướng tính dục, bản dạng giới (họ có thể là nam/nữ nhưng xu hướng tính dục khác nhau, bản dạng giới khác nhau).

Đối với người liên giới tính, khoản 4 Điều 4 Nghị định số 88/2008/NĐ-CP ngày 05/8/2008 của Chính phủ về xác định lại giới tính nghiêm cấm hành vi phân biệt đối xử đối với người đã xác định lại giới tính. Khoản 1 Điều 35 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 65/2015/NĐ-CP ngày 07/8/2015 của Chính phủ) quy định phạt tiền từ 2.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với một trong các hành vi sau đây: Tiết lộ thông tin về việc xác định lại giới tính của người khác; phân biệt đối xử đối với người đã xác định lại giới tính.

1.2. Quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới

Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 bỏ quy định "cấm kết hôn giữa những người cùng giới tính" của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2000 (khoản 5 Điều 10), và quy định "không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính" (khoản 2 Điều 8). Mặc dù bản chất của hai quy định này không khác nhau, nhưng cũng có tác dụng về mặt tác động ý thức trong xã hội, góp phần giảm sự kỳ thị trong xã hội đối với cộng đồng người LGBTI. Trong quá trình

xây dựng Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, vấn đề quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới đã được đặt ra và nhận được nhiều ý kiến từ các nhóm đối tượng khác nhau. Vấn đề này trở thành một trong những vấn đề gây tranh cãi khi xây dựng Luật. Tuy nhiên, xét trong bối cảnh chung thì việc ghi nhận quyền này ở Việt Nam hiện được đánh giá chưa thực sự phù hợp. Do vậy, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 chưa ghi nhận quyền này.

Có thể nhận thấy, mặc dù việc chưa ghi nhận quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới xuất phát từ nhiều nguyên nhân khác nhau, nhưng xét trên bình diện chung là chưa đáp ứng được nhu cầu thực tế của đời sống xã hội. Quyền mưu cầu hạnh phúc là một trong những quyền cơ bản của con người. Chính vì vậy, trong thời gian tới, vấn đề này cần tiếp tục được xem xét.

Vì pháp luật chưa ghi nhận quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới nên hiện nay, họ không có quyền nhận con nuôi chung (theo quy định của Luật Nuôi con nuôi năm 2010 và văn bản pháp luật có liên quan). Bên cạnh đó, một nữ đồng tính, nữ song tính hoàn toàn có thể sinh con theo phương pháp khoa học (mẹ đơn thân) nhưng nam đồng tính, nam song tính thì chưa có quyền này⁵. Quyền mang thai hộ hiện nay chỉ áp dụng cho cặp vợ chồng dị tính (Điều 95 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014).

1.3. Quyền chuyển đổi giới tính của người chuyển giới

Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2015 ghi nhận vấn đề chuyển đổi giới tính trong phần Quyền nhân thân (Điều 37): "*Việc chuyển*

đổi giới tính được thực hiện theo quy định của luật. Cá nhân đã chuyển đổi giới tính có quyền, nghĩa vụ đăng ký thay đổi hộ tịch theo quy định của pháp luật về hộ tịch; có quyền nhân thân phù hợp với giới tính đã được chuyển đổi theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan". Như vậy, người chuyển giới Việt Nam có quyền phẫu thuật chuyển đổi giới tính và sẽ được thay đổi hộ tịch. Đây là một bước tiến lớn trong tư duy lập pháp của Quốc hội khóa XIII về quyền con người, quyền công dân. Điều này cho thấy pháp luật đã đáp ứng nhu cầu thực tiễn bức xúc của đời sống xã hội. Khác với vấn đề quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới, vấn đề chuyển giới có những nét riêng biệt cần được ghi nhận sớm. Ví dụ, nhiều công dân Việt Nam ra nước ngoài phẫu thuật, khi quay về Việt Nam sống đã gặp nhiều khó khăn như bị xâm hại tình dục mà không được bảo vệ thích đáng, không được thay đổi giấy tờ nên khó khăn trong một số công việc hàng ngày, nhiều trường hợp phẫu thuật "chui" nên gặp rủi ro về sức khỏe... Hiện nay, Bộ Y tế đang chủ trì giúp Chính phủ soạn thảo dự án Luật Chuyển đổi giới tính để cụ thể hóa Điều 37 Bộ luật Dân sự năm 2015.

1.4. Quyền xác định lại giới tính của người liên giới tính

Đây là quyền nhân thân của cá nhân được ghi nhận từ khá sớm trong Bộ luật Dân sự năm 2005 (Điều 36) và tiếp tục được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015 (Điều 36). Quy định về xác định lại giới tính trước đây đã được cụ thể hóa bởi Nghị định số 88/2008/NĐ-CP của Chính phủ ngày 5/8/2008 về xác định lại giới tính và Thông tư số 29/2010/TT-BYT của Bộ Y tế ngày 24/5/2010 hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định số 88/2008/NĐ-CP ngày

⁵ Thực hiện theo Nghị định số 10/2015/NĐ-CP ngày 28/01/2015 của Chính phủ quy định về sinh con bằng kỹ thuật thụ tinh trong ống nghiệm và điều kiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

05/8/2008 của Chính phủ về xác định lại giới tính. Qua nội dung các văn bản pháp luật này có thể thấy một số vấn đề sau:

(1) Cách sử dụng thuật ngữ trong các văn bản pháp luật nêu trên có những điểm chưa chính xác. Ví dụ như không nên sử dụng thuật ngữ “lưỡng giới” vì sẽ gây hiểu lầm là người đó có hai giới tính/hai bộ phận sinh dục hoàn chỉnh. Bên cạnh đó, cũng cần chú ý rằng, cách dùng từ “xác định lại giới tính” là không chính xác. Người liên giới tính vốn dĩ sinh ra với trạng thái và đặc điểm cơ thể như vậy. Việc cho rằng họ cần phải “xác định lại giới tính” thể hiện sự nhận thức đóng khung của xã hội trong khuôn khổ “trắng - đen” mà không thừa nhận tính đa dạng. Một cách gián tiếp, điều này đặt ra một quan điểm áp đặt những gì không điển hình sẽ phải “xác định lại” để trở nên giống như số đông.

(2) Phần Nguyên tắc xác định lại giới tính (khoản 1 Điều 3 Nghị định số 88/2008/NĐ-CP) quy định: “*Bảo đảm mỗi người được sống theo đúng giới tính của mình*”. “*Đúng*” ở đây nên được hiểu như thế nào? Một đứa trẻ liên giới tính không hoặc chưa có nhu cầu, nhưng được cha mẹ cho đi phẫu thuật từ bé, có phải là “sống đúng với giới tính” chưa? Ở đây có sự mâu thuẫn khi xã hội nhìn nhận về người liên giới tính rằng “tôi thấy anh không ổn, anh cần thay đổi”, mà không cần biết liệu họ có ổn thật hay không và mong muốn thật sự của họ là gì. Bên cạnh đó, Nghị định số 88/2008/NĐ-CP cũng quy định: “*... Trường hợp xác định lại giới tính cho người chưa đủ 16 tuổi thì cha, mẹ hoặc người giám hộ của người đó phải có đơn đề nghị; trường hợp xác định lại giới tính cho người từ đủ 16 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi thì trong đơn đề nghị phải*

có chữ ký của cha, mẹ hoặc người giám hộ của người đó...” (điểm a khoản 1 Điều 7). Như vậy, đối với trẻ em liên giới tính dưới 16 tuổi thì cha, mẹ, người giám hộ có quyền nộp đơn đề nghị xác định lại giới tính cho trẻ. Quy định này có hợp lý hay không cũng cần được kiểm chứng thêm trong thực tiễn.

1.5. Quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính trong một số lĩnh vực khác

Trong lĩnh vực tư pháp hình sự, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) có những sửa đổi rất tích cực, ví dụ như quy định: “*Người nào dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được của nạn nhân hoặc bằng thủ đoạn khác giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác trái với ý muốn của nạn nhân, thì bị phạt tù từ 02 năm đến 07 năm.*” (khoản 1 Điều 141 về Tội hiếp dâm). Việc bổ sung yếu tố “*thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác*” cũng đồng thời được đưa vào các điều luật khác như: Tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi (Điều 142), Tội cưỡng dâm (Điều 143), Tội cưỡng dâm người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi (Điều 144), Tội giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi (Điều 145), Tội dâm ô đối với người dưới 16 tuổi (Điều 146). “*Thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác*” có thể được hiểu bao gồm hành vi quan hệ qua đường miệng, đường hậu môn hoặc thậm chí là quan hệ với người đã chuyển giới... Từ những quy định mới này, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đã khắc phục được một số hạn chế trước đây liên quan đến các vấn đề “hiếp dâm”, “dâm ô” đồng giới (đặc biệt nhiều nạn nhân là trẻ em trai thường bị chấn

động tâm lý rất lớn sau khi bị hiếp dâm, dâm ô), hiếp dâm người đã phẫu thuật chuyển đổi giới tính... Bên cạnh đó, điểm a khoản 4 Điều 18 Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015 quy định người đồng tính, người chuyển giới nếu bị tạm giữ, tạm giam thì có thể được bố trí giam giữ ở buồng riêng⁶. Quy định này góp phần bảo đảm cho các đối tượng đó (đặc biệt là người chuyển giới) tránh khỏi sự kỳ thị của các chủ thể khác khi bị tạm giam, tạm giữ. Tuy nhiên, pháp luật về thi hành án hình sự (Luật Thi hành án hình sự năm 2010 và văn bản pháp luật có liên quan) chưa đề cập đến việc bố trí giam riêng đối tượng người đồng tính, người chuyển giới.

Trong một vài lĩnh vực khác, nếu người LGBTI đáp ứng một số điều kiện nhất định (người nghèo, dân tộc thiểu số, trẻ em không nơi nương tựa, nạn nhân bạo lực gia đình,...) thì được trợ giúp pháp lý miễn phí của Nhà nước; pháp luật về phòng, chống bạo lực gia đình chưa đặt ra vấn đề bạo lực dựa trên xu hướng tính dục và bản dạng giới; pháp luật về bình đẳng giới chỉ đề cập đến quan hệ bình đẳng giới giữa nam và nữ giới chưa đề cập vấn đề bình đẳng ngay trong cùng một giới tính... Có thể nhận thấy, vẫn còn có những khoảng trống trong pháp luật về quyền của người LGBTI tại Việt Nam hiện nay.

2. Thực tiễn thi hành pháp luật về một số quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính tại Việt Nam

Về tổng thể, có thể thấy nhận thức về người LGBTI và quyền của người LGBTI đã có một số chuyển biến dù chưa nhiều,

⁶ Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015 là đạo luật hiếm hoi của Việt Nam đề cập đến thuật ngữ "đồng tính", "chuyển giới".

nhưng khá tích cực trong thời gian qua tại Việt Nam (thể hiện trong hoạt động xây dựng pháp luật, thi hành pháp luật). Tuy nhiên, quá trình thi hành pháp luật về quyền của người LGBTI cho thấy vẫn tồn tại những hạn chế, khó khăn nhất định đối với một số quyền sau đây:

2.1. Quyền bình đẳng, không bị phân biệt đối xử trong đời sống chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa xã hội

Quyền bình đẳng, không biệt đối xử là vấn đề cơ bản, quan trọng đối với người LGBTI. Thực tiễn cho thấy, người LGBTI bị phân biệt đối xử, bất bình đẳng rất nhiều trong xã hội với nhiều cách thức khác nhau. Trong phạm vi bài viết, tác giả lựa chọn lĩnh vực lao động để phân tích về thực tiễn thi hành quyền bình đẳng, không phân biệt đối xử của người đồng tính, song tính, chuyển giới (LGBT).

Mặc dù Hiến pháp và pháp luật đã có quy định chung về quyền bình đẳng, không bị phân biệt đối xử của người lao động nói chung, nhưng thực tiễn cho thấy quyền này vẫn bị vi phạm khá phổ biến. Theo nghiên cứu "*Có phải bởi vì tôi là LGBT?*" *Phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục và bản dạng giới tại Việt Nam*⁷ của Viện Nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường (iSEE) được thực hiện với gần 3000 người LGBT tại Việt Nam, gần 30% người từng bị từ chối việc làm vì là người LGBT. Đặc biệt, tỷ lệ người chuyển giới bị từ chối khi xin việc (59%) cao gấp ba lần so với nhóm đồng tính và song tính (19,6%). Người chuyển giới cũng bị phân biệt đối xử trong

⁷ Xem: Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường, Lương Thế Huy, Phạm Quỳnh Phương (2016), "*Có phải bởi vì tôi là LGBT?*" *Phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục và bản dạng giới tại Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội.

việc trả lương hay thăng tiến, khiến họ thường chỉ giữ các vị trí cấp thấp, cơ bản mà khó giữ các vị trí quản lý hoặc cao hơn. Người LGBT đối mặt với những nhận xét, hành động tiêu cực từ cả đồng nghiệp, sếp và khách hàng, đối tác, với tỷ lệ cao từ 33% tới gần 50%. Các hành vi phân biệt đối xử khác mà người tham gia khảo sát cung cấp còn bao gồm: Bị hỏi thường xuyên về đối tượng yêu đương, ghép đôi với đồng nghiệp khác giới. Có thể thấy, dựa trên những đặc điểm về sinh học, tâm sinh lý, cũng như những rào cản về việc các quy định pháp luật chưa bắt kịp những thay đổi thực tế của cộng đồng, nhóm lao động là người chuyển giới gặp phải những khó khăn đặc thù so với các nhóm khác.

Những vấn đề về phân biệt đối xử, kỳ thị trong lĩnh vực lao động đối với người LGBT cần được giải quyết trong Bộ luật Lao động sửa đổi (đang được soạn thảo) nhằm: (1) Phòng tránh các hành vi phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục, bản dạng giới; (2) Tạo điều kiện để nâng cao hiểu biết về xu hướng tính dục, bản dạng giới; (3) Tạo hành lang pháp lý cho người lao động là LGBT tự bảo vệ mình khi có những phân biệt đối xử hướng tới một môi trường lao động an toàn, tích cực. Đa số các quốc gia hiện nay đang sử dụng kỹ thuật lập pháp khá thống nhất, đó là bảo vệ sự đa dạng và chống phân biệt đối xử đối với người LGBT dựa trên xu hướng tính dục, bản dạng giới bằng các luật chung như Luật Bình đẳng giới và xu hướng tính dục (Thái Lan), các luật chống phân biệt đối xử tại châu Âu, Chỉ thị số 2000/78 của Liên minh châu Âu (EU) liên quan đến chống phân biệt đối xử tại công sở. Một số quốc gia khác thì đưa trực tiếp các nội dung chống phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục, bản dạng giới

vào pháp luật lao động, ví dụ như ở Bỉ, Malta, Bồ Đào Nha...⁸

Theo tác giả, trong dự thảo Bộ luật Lao động sửa đổi, khoản 7 Điều 4 cần bổ sung như sau: “*Bảo đảm nguyên tắc bình đẳng giới; không phân biệt đối xử, quy định chế độ lao động và chính sách xã hội nhằm bảo vệ lao động nữ, lao động là người khuyết tật, người lao động cao tuổi, lao động chưa thành niên và các nhóm đặc thù khác*”, khoản 1 Điều 8 cần bổ sung như sau: “*Phân biệt đối xử trực tiếp hoặc gián tiếp trong tất cả các lĩnh vực của việc làm về giới tính, bản dạng giới, xu hướng tính dục, dân tộc, màu da, thành phần xã hội, tình trạng hôn nhân, tín ngưỡng, tôn giáo, nhiễm HIV, khuyết tật hoặc vì lý do thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn*”... Nhìn chung, Bộ luật Lao động cần thể hiện tinh thần không phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục, bản dạng giới, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của tất cả người lao động; thể hiện qua nội quy lao động và được cam kết thực thi một cách nghiêm túc, nhất quán.

2.2. Quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới

Quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới liên quan đến tất cả các đối tượng người LGBTI. Nhiều khảo sát được công bố trong giai đoạn 5 năm gần đây (2012-2017)⁹ đã

⁸ Xem: Trung tâm ICS (2017), *Báo cáo khuyến nghị những nội dung cần sửa đổi đối với Bộ luật Lao động có liên quan tới quyền và lợi ích của Người lao động là người đồng tính, song tính và chuyển giới tại Việt Nam*, Hà Nội, tháng 5, tr. 10.

⁹ Xem một số nghiên cứu: Viện iSEE (2010), *Sống trong một xã hội dị tính - Nghiên cứu 40 người nữ yêu nữ*, Nguyễn Quỳnh Trang (chủ biên), Nxb. Thế giới, Hà Nội; Viện iSEE, Nguyễn Thị Thu Nam, Lê Quang Bình (2012), *Thái độ của xã hội với người đồng tính*, Hà Nội; Viện iSEE, Nguyễn Thị Thu Nam, Vũ Thành Long (2013), *Báo cáo nghiên cứu Mối quan hệ đồng giới*, Hà Nội; Trương Hồng

cho thấy, nhu cầu được ghi nhận hình thức pháp lý về mối quan hệ sống chung của cặp đôi cùng giới, các quyền về con cái của cặp đôi cùng giới là nhu cầu thực tế và rất chính đáng. Tuy vậy, như đã nêu, vì nhiều lý do khác nhau, quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới vẫn chưa được ghi nhận. Điều này cho thấy, pháp luật chưa đáp ứng được nhu cầu của đời sống xã hội đang ngày càng phát triển hiện nay.

Việc chưa ghi nhận quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới có thể ảnh hưởng đến việc bảo đảm một số quy định của pháp luật hôn nhân và gia đình. Ví dụ, trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, khoản 1 Điều 2 quy định nguyên tắc hôn nhân tự nguyện, tiến bộ, một vợ một chồng, vợ chồng bình đẳng; điểm a khoản 2 Điều 5 nghiêm cấm hành vi kết hôn giả tạo. Vấn đề đặt ra là nếu một người (ví dụ người đồng tính) vì lý do áp lực gia đình, xã hội nên chấp nhận kết hôn với một người khác giới thì liệu có vi phạm nguyên tắc hôn nhân tự nguyện, tiến bộ hay không? Đây là một nguyên tắc rất cơ bản của chế độ hôn nhân và gia đình ở nước ta, đồng thời cũng là một điều kiện thiết yếu để đảm bảo hạnh phúc, sự bền vững gia đình. Tuy nhiên, việc xác định như thế nào là tự nguyện kết hôn là điều không đơn giản trong thực tế. Tình cảm là yếu tố thiêng liêng nhưng lại vô hình, không thể định lượng được trong quy phạm pháp luật hay thực tế áp dụng. Nếu người đồng tính kết hôn với người khác giới do quan niệm thường thấy của xã hội hiện nay thì chắc

chắn việc kết hôn đó bị cưỡng ép bởi gia đình, xã hội xung quanh hoặc vì yếu tố khác nên hôn nhân không đáp ứng nguyên tắc tự nguyện. Hơn nữa, nếu người bạn đời kết hôn với người đồng tính không biết sự thật về xu hướng tính dục của chồng/vợ mình thì quy định về cấm kết hôn giả tạo sẽ bị vi phạm. Thực tế này đã đòi hỏi pháp luật phải có những thay đổi nhất định để bảo đảm hiệu quả thi hành trong xã hội.

Thực tế cũng cho thấy, nhiều trường hợp các cặp đôi cùng giới mặc dù không được đăng ký kết hôn nhưng đã về sống chung với nhau, tổ chức đám cưới. Tuy nhiên, một số trường hợp đã bị chính quyền xử phạt hành chính. Thậm chí, cán bộ của Ủy ban nhân dân phường trong một vụ việc còn cho biết: "*Đám cưới này không xin phép chính quyền địa phương, dù vậy với đám cưới đồng tính thì pháp luật Việt Nam không chấp nhận; sau khi xử phạt xong thì hai em đã chấp nhận và rời khỏi địa phương đi nơi khác*"¹⁰. Việc xử phạt này là trái với pháp luật vì họ chỉ tổ chức đám cưới (thực chất chỉ là một buổi tiệc nhỏ...) và không có quy định pháp luật nào cấm tổ chức đám cưới cùng giới.

Việc ban hành các quy định pháp luật mới để hợp pháp hóa quan hệ sống chung của cặp đôi cùng giới là rất cần thiết. Điều này sẽ có tác dụng góp phần ổn định xã hội, đáp ứng nhu cầu xã hội (có sự bảo hộ của Nhà nước). Tuy nhiên, cũng cần xem xét trong bối cảnh quan niệm về hôn nhân, gia đình truyền thống còn khá phổ biến ở Việt Nam, chưa thể thay đổi ngay trong một thời gian ngắn. Chính vì vậy, tác giả đề xuất việc

Quang (2014), *Người đồng tính, song tính, chuyển giới tại Việt Nam và vấn đề đổi mới hệ thống pháp luật*, tldđ; Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường, Lương Thế Huy, Phạm Quỳnh Phương (2016), "*Có phải bởi vì tôi là LGBT?*" *Phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục và bản dạng giới tại Việt Nam*, tldđ;...

¹⁰ Xem: T.Thái, *Xử phạt hành chính đám cưới đồng tính ở Hà Tiên*, nguồn: <http://tuoitre.vn/tin/phap-luat/20120529/xu-phat-hanh-chinh-dam-cuoi-dong-tinh-o-ha-tien/493974.html>, truy cập ngày 29/5/2012.

công nhận quyền sống chung có đăng ký (kết hợp dân sự) đối với cặp đôi cùng giới tại Việt Nam. Hình thức kết hợp dân sự này đã được một số quốc gia trên thế giới áp dụng, là một bước đệm để tạo điều kiện xem xét, đánh giá thêm mối quan hệ cùng giới trước khi công nhận hôn nhân bình đẳng đối với cặp đôi cùng giới sau đó. Các cặp đôi khi thực hiện quyền sống chung có đăng ký này sẽ bị hạn chế một số quyền so với cặp đôi có quyền kết hôn (ví dụ quyền nhận con nuôi chung...).

Như đã nêu, khuyến nghị này xuất phát từ nhiều nguyên nhân khác nhau. Việc không công nhận quan hệ sống chung của cặp đôi đồng tính bằng một hình thức pháp lý cụ thể cũng có thể dẫn đến sự kỳ thị trong xã hội và sự cầu thả trong việc thi hành pháp luật. Hơn nữa, nhiều người đồng tính sẽ tiếp tục rơi vào tình trạng vì sức ép từ gia đình, sự kỳ thị mà phải cưới người dị tính, mục đích và nguyên tắc của hôn nhân sẽ không thực sự được đảm bảo. Quan hệ sống chung có đăng ký cũng không làm ảnh hưởng đến chế định hôn nhân truyền thống, không gây xáo trộn lớn trong đời sống xã hội Việt Nam. Việc quy định sống chung có đăng ký (kết hợp dân sự) phải được hiểu là áp dụng cho cặp đôi gồm hai người cùng giới tính (hai người đồng tính, song tính hoặc cũng có thể là người chuyển giới đã phẫu thuật và đăng ký sống chung với người cùng có cùng giới tính sau khi phẫu thuật...).

Một số quan điểm cũng lo ngại việc hợp pháp hóa quan hệ sống chung (đặc biệt là quan hệ hôn nhân) sẽ ảnh hưởng đến gia đình và xã hội. Quan ngại này không hoàn toàn đúng đắn. Trên thế giới nhiều nghiên cứu đã cho thấy điều ngược lại: Hôn nhân cùng giới tốt cho gia đình và xã hội. Thực tế

các nước trên thế giới ghi nhận quyền kết hôn cùng giới đã chứng minh điều này¹¹.

2.3. Quyền chuyển đổi giới tính của người chuyển giới

Như trên đã nêu, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã ghi nhận vấn đề chuyển đổi giới tính. Trong thực tiễn có một số vấn đề cần quan tâm như sau:

Một là, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã bắt đầu có hiệu lực từ ngày 01/01/2017 nhưng hiện nay, Chính phủ vẫn đang tổ chức triển khai soạn thảo dự án Luật Chuyển đổi giới tính.

Như vậy, cho đến nay, vẫn chưa có các quy định cụ thể hóa quyền, trình tự, thủ tục... thực hiện chuyển đổi giới tính. Chính vì vậy, quyền chuyển đổi giới tính vẫn đang bị "treo", nhiều người chuyển giới đã phẫu thuật trước đây vẫn tiếp tục sống trong tình trạng giấy tờ nhân thân khác với cơ thể hiện tại, vẫn có thể bị xâm phạm cơ thể mà không được bảo vệ thích đáng... Theo tác giả, trong Luật Chuyển đổi giới tính sẽ phải giải quyết một số vấn đề:

(1) Có phải chuyển đổi giới tính 100% (hoàn toàn) thì mới được công nhận? Ví dụ, một người chỉ phẫu thuật một phần ngực hoặc cơ quan sinh dục thì người đó có thể thay đổi giới tính trên giấy tờ hay không? Hiện nay, ở một số quốc gia trên thế giới (Argentina, Hàn Quốc, Canada, Đài Loan...) chỉ cần giấy xác nhận tâm lý về

¹¹ Xem: Gary J. Gates, *Marriage and Family: LGBT Individuals and Same-Sex Couples*, <https://www.princeton.edu/futureofchildren/publications/docs/MarriageandFamily.pdf>; *Why Same-Sex Marriage is Important for Good Health*, <https://thesocietypages.org/ssn/2014/02/06/why-same-sex-marriage-is-important-for-good-health/>, truy cập ngày 06/02/2014; *Gay Marriage Is Good For Society*, <https://theantiochvoice.wordpress.com/2012/05/23/gay-marriage-is-good-for-society/>, truy cập ngày 23/5/2012;...

giới tính và sử dụng học-môn liên tục ít nhất 12 tháng là có thể thay đổi giới tính trên giấy tờ cá nhân¹².

(2) Tình trạng hôn nhân của người muốn chuyển đổi giới tính như thế nào (chưa từng kết hôn/đang độc thân/đã kết hôn nhưng đã ly hôn)? Pháp luật các nước trên thế giới có cách xử lý khác nhau về quan hệ này khi thừa nhận quyền của người chuyển giới. Có nước đặt ra yêu cầu người đó phải đang độc thân, không có quan hệ hôn nhân thì mới được chuyển giới¹³ (nếu đúng là người chuyển giới thực sự). Có nước không yêu cầu chưa kết hôn nhưng sau đó quan hệ giữa hai người họ sẽ chuyển thành hôn nhân cùng giới (nếu luật đã công nhận hôn nhân cùng giới) hoặc kết hợp dân sự (một hình thức kết đôi khác bên cạnh hôn nhân - nếu luật đã ghi nhận hình thức này)¹⁴. Pháp luật Việt Nam chỉ thừa nhận quyền kết hôn dị tính, nếu thừa nhận quyền chuyển đổi giới tính thì có thể đặt ra yêu cầu là người đó đang độc thân, hiện tại không có quan hệ hôn nhân hoặc nếu

không đặt ra yêu cầu này thì sau khi chuyển giới bắt buộc phải hủy quan hệ hôn nhân trước đó do không phù hợp với pháp luật hiện hành.

(3) Để đảm bảo “phong trào chuyển giới” không diễn ra như e ngại của nhiều người (dù trên thực tế không ai lại bỏ ra hàng trăm triệu và chịu đau đớn do phẫu thuật chỉ vì theo phong trào), chúng ta có thể tham khảo kinh nghiệm của các nước về xây dựng một quy trình tư vấn tâm lý và pháp lý giúp người chuyển giới hiểu bản thân và chuẩn bị cho cuộc sống với giới tính mới của họ. Ví dụ, người chuyển giới cần được tư vấn về tâm lý để họ thực sự xác định đúng nhu cầu chuyển giới của mình, có thời gian sống thử với giới tính mong muốn trước khi được kê đơn sử dụng học-môn. Hầu hết các bác sĩ phẫu thuật chuyển đổi giới tính đều có yêu cầu rất nghiêm khắc trước khi đồng ý phẫu thuật cho bệnh nhân. Việc chuyển đổi giới tính là một quá trình rất cá nhân của người chuyển giới. Phát hiện và hỗ trợ chuyên môn tâm lý giúp họ biết được quá trình chuyển giới rõ ràng, cũng như ngăn chặn chuyện chuyển giới không có cơ sở của người không phải là người chuyển giới. Sau đó, dịch vụ phẫu thuật và chăm sóc hậu phẫu mới được cung cấp và thực hiện nếu các điều kiện được thỏa mãn¹⁵.

¹² Xem: Vũ Ngân (2015), *Cần xây dựng pháp luật về chuyển đổi giới tính trước khi Bộ luật Dân sự sửa đổi năm 2015 có hiệu lực*, Công thông tin điện tử Bộ Tư pháp, ngày 18/12/2015.

¹³ Ví dụ: tại Cộng hòa Séc, việc phẫu thuật chuyển giới được quy định trong Luật về Dịch vụ y tế riêng biệt, trong đó phẫu thuật dẫn đến việc thay đổi giới tính có thể được thực hiện trên người mà: a) Bản dạng giới của họ đã được chẩn đoán và chứng minh khả năng bền vững để sống với giới tính ngược lại, và b) Chưa từng kết hôn hay chung sống có đăng ký (hoặc các chế định tương đương nước ngoài), hoặc chứng minh rằng hôn nhân hay chung sống có đăng ký của họ đã chấm dứt.

¹⁴ Ví dụ: Tại Vương quốc Bỉ, Vương quốc Hà Lan, cá nhân không cần ly hôn để được thừa nhận giới tính mong muốn vì luật cho phép hôn nhân giữa hai người cùng giới (Bỉ: 2003, Hà Lan: năm 2000), không quy định phân biệt cặp cùng giới và khác giới. Nếu việc chuyển giới làm đổ vỡ hôn nhân, hai người có quyền nộp đơn ly hôn.

¹⁵ Có thể thấy trên thế giới quy trình từ lúc kiểm tra đến khi phẫu thuật chuyển đổi giới tính là khá phức tạp, chặt chẽ. Xem thêm: Joz Motmans (2010), *Being transgender in Belgium - Mapping the social and legal situation of transgender people*, https://www.ilga-europe.org/sites/default/files/report_being_transgender_in_belgium.pdf; Ceylan Engin (2015), *LGBT in Turkey: Policies and Experiences*, Social Sciences, Soc. Sci. 2015, 4, 838-858; Sahika Yüksel (2015), *Transgender Health Care in Europe example of Turkey*, http://epath.eu/wp-content/uploads/2014/07/Yuksel_Turkey.pdf; Quy trình kiểm tra của tỉnh

(4) Quy định cụ thể về điều kiện của cơ sở y tế, bác sỹ thực hiện phẫu thuật chuyển đổi giới tính. Một số cơ sở y tế đủ điều kiện và có thẩm quyền thực hiện các thủ tục y khoa liên quan đến chuyển đổi giới tính của người chuyển giới. Các cơ sở y tế này cần có sự chuẩn bị kỹ lưỡng trong việc tiếp thu, học hỏi kinh nghiệm của các quốc gia khác, nhất là về kỹ thuật phẫu thuật (trong đó, chuyển giới từ nữ sang nam sẽ phức tạp hơn so với trường hợp từ nam sang nữ). Các cơ sở y tế này có thể kế thừa từ các cơ sở y tế đang thực hiện kỹ thuật xác định lại giới tính cho người liên giới tính hiện nay.

(5) Giải quyết những trường hợp đã phẫu thuật chuyển đổi giới tính trước khi Luật Chuyển đổi giới tính có hiệu lực thì hành (nhất là những trường hợp phẫu thuật tại các cơ sở y tế không đủ điều kiện theo quy định của Luật). Theo tác giả, đối với những trường hợp này, cần có quy trình kiểm tra lại, sau đó hoàn toàn có thể cho phép thay đổi hộ tịch, giấy tờ tùy thân nếu đủ điều kiện.

(6) Đối với chi phí để phẫu thuật chuyển đổi giới tính có được bảo hiểm y tế chi trả không? Nhà nước có hỗ trợ (một phần hoặc toàn bộ) chi phí này cho các đối tượng phẫu thuật chuyển đổi giới tính hay không? Theo tác giả, bảo hiểm y tế chỉ chi trả cho các trường hợp đã đóng bảo hiểm y tế và sau đó đi khám bệnh, chữa bệnh (Luật Bảo hiểm y tế năm 2008, sửa đổi, bổ sung năm 2014). Trong khi đó, chuyển giới không phải là bệnh. Chính vì vậy, bảo hiểm y tế không thể chi trả chi phí cho việc phẫu thuật này. Tuy nhiên, Nhà nước hoàn toàn có thể huy động một số Quỹ để tham gia hỗ

trợ chi phí cho người chuyển giới trong quá trình phẫu thuật và chăm sóc sau phẫu thuật chuyển đổi giới tính. Trên thế giới, một số nước phát triển có điều kiện về tài chính đã miễn phí toàn bộ chi phí phẫu thuật cho người chuyển giới như ở một số tỉnh của Canada¹⁶...

(7) Luật chỉ quy định về điều kiện và kỹ thuật để thực hiện chuyển đổi giới tính hay cần quy định cả các vấn đề liên quan đến người chuyển đổi giới tính sau khi được công nhận? Để quyết định vấn đề này cần đánh giá các phương án dựa trên các tác động về kinh tế, xã hội, giới, hệ thống pháp luật.

Hai là, ngoài các tác động đến pháp luật về hộ tịch, hôn nhân, gia đình (sửa đổi cho phù hợp với Luật Chuyển đổi giới tính), một số lĩnh vực pháp luật khác cũng cần được xem xét sửa đổi, bổ sung.

(1) *Pháp luật về nghĩa vụ quân sự:* Hiện nay, người chuyển giới nữ (nam giới cho rằng mình mang giới tính nữ) vẫn phải đi khám nghĩa vụ quân sự nếu có yêu cầu và vẫn phải thực hiện nghĩa vụ này nếu như đủ điều kiện (thực tế vẫn có trường hợp người chuyển giới đã và đang tham gia thực hiện nghĩa vụ này). Bản thân cơ quan xét tuyển có thể loại người chuyển giới vì nhiều lý do khác nhau như: Bề ngoài ẻo lả, mặc quần áo, trang điểm như nữ giới. Một số ý kiến cho rằng Thông tư liên tịch số 36/2011/TTLT-BYT-BQP của Bộ Y tế, Bộ Quốc phòng ngày 17/10/2011 hướng dẫn việc khám sức khỏe thực hiện nghĩa vụ quân sự đang quy định người chuyển giới là

Alberta (Canada) khi người chuyển giới muốn được phẫu thuật: <http://www.servicealberta.ca/1692.cfm;...>

¹⁶ Xem: nguồn: <http://www2.macleans.ca/2013/06/12/nova-scotia-government-to-cover-cost-of-gender-reassignment-surgeries/>.

một bệnh lý nên họ không phải thực hiện nghĩa vụ quân sự. Thực tế, theo mục số 144, Phụ lục số 1 của Thông tư liên tịch này, nếu một người không có dương vật sẽ được miễn thực hiện nghĩa vụ quân sự. Tuy nhiên, nếu áp dụng quy định này thì một người đã chuyển giới từ nam sang nữ, dù pháp luật chưa công nhận thì họ vẫn có quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ quân sự vì họ không còn dương vật. Ngược lại, nếu một người chuyển giới từ nữ sang nam, đã được pháp luật thừa nhận thì họ có phải thực hiện nghĩa vụ quân sự hay không? Điều này phụ thuộc vào pháp luật bởi không phải nước nào cũng quy định họ có quyền/phải thực hiện nghĩa vụ quân sự sau khi thực hiện chuyển giới hợp pháp.

(2) *Pháp luật về thể thao*: Trên thế giới cũng có nhiều quan điểm khác nhau. Một số quốc gia không cho phép người chuyển giới thi đấu. Tại Olympic, người chuyển giới thi đấu theo giới tính mới, nếu đã phẫu thuật và đã dùng học-môn trong 2 năm¹⁷. Một số môn/giải đấu riêng yêu cầu xét nghiệm nhiễm sắc thể và phải thi đấu theo nhiễm sắc thể XX/XY (người chuyển giới sau khi phẫu thuật thì không thay đổi nhiễm sắc thể). Gần đây, liên đoàn bóng đá thế giới (FIFA) cũng đã bắt đầu cho phép các cầu thủ chuyển giới thi đấu theo giới tính mới của mình¹⁸. Thực chất, Luật Thể dục, thể thao năm 2006 và các văn bản hướng dẫn thi hành chỉ nghiêm cấm hành vi gian lận

giới tính trong thi đấu thể thao, chưa có quy định nghiêm cấm người đã chuyển giới được thi đấu thể thao. Theo tác giả, hiện nay cần xem xét vấn đề tham gia thi đấu thể thao của người đã chuyển đổi giới tính: Thi đấu theo giới tính mới/nhiễm sắc thể/giải đấu riêng.

(3) *Pháp luật về Thi hành án hình sự*: Theo tác giả, Luật Thi hành án hình sự năm 2010 cần bổ sung quy định bố trí giam riêng người đồng tính, chuyển giới nếu có nhu cầu và cần thiết. Quy định này cũng sẽ đồng bộ với quy định về tạm giam, tạm giữ đối với người đồng tính, người chuyển giới trong Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015.

(4) *Pháp luật về xác định lại giới tính*: Bãi bỏ khoản 1 Điều 4 của Nghị định số 88/2008/NĐ-CP ngày 05/8/2008 của Chính phủ về xác định lại giới tính (“*Thực hiện việc chuyển đổi giới tính đối với những người đã hoàn thiện về giới tính*”) vì Bộ luật Dân sự năm 2015 đã ghi nhận vấn đề chuyển đổi giới tính của người chuyển giới.

(5) *Pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính*: Bãi bỏ điểm a khoản 2 Điều 35 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 65/2015/NĐ-CP ngày 07/8/2015 của Chính phủ) về phạt tiền từ 30.000.000 đồng đến 40.000.000 đồng đối với hành vi thực hiện chuyển đổi giới tính đối với những người đã hoàn thiện về giới tính vì Bộ luật Dân sự năm 2015 đã ghi nhận vấn đề chuyển đổi giới tính của người chuyển giới.

2.4. Quyền xác định lại giới tính của người liên giới tính

Trên thế giới, ước tính cứ 2000 trẻ em sinh ra, thì ít nhất có 1 trẻ có bộ phận sinh

¹⁷ Xem: The Transgender Athlete, http://www.sportsbiz.bz/womensportinternational/archives/2011/documents/The_Transgender_Athlete_2011Recommendations.pdf.

¹⁸ Xem: The Football Association (2016), *A guide to including trans people in football*, <http://cdn0.genderedintelligence.co.uk/2016/09/13/09-50-06-transpeople-in-football-guide.pdf>

dục không phù hợp với bộ nhiễm sắc thể, dẫn đến khuyết tật bẩm sinh về giới tính¹⁹.

Thực tiễn thi hành pháp luật cho thấy, còn có bất cập liên quan đến quyền xác định lại giới tính của người liên giới tính²⁰. Mặc dù quyền này đã được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2005, nhưng đến năm 2008 Chính phủ mới ban hành Nghị định hướng dẫn và đến năm 2010 thì Bộ Y tế mới ban hành Thông tư hướng dẫn Nghị định này. Đến hết tháng 4/2013 vẫn chưa có cơ sở khám bệnh, chữa bệnh nào nộp hồ sơ xin được phép can thiệp y tế để xác định giới tính và Bộ Y tế cũng chưa chỉ định cơ sở nào thực hiện nhiệm vụ này. Chính vì vậy, có nhiều người liên giới tính tại Việt Nam lúng túng không biết nên đến cơ sở nào để thực hiện phẫu thuật²¹. Có trường hợp ra nước ngoài phẫu thuật, về Việt Nam được cơ quan có thẩm quyền thay đổi hộ tịch và giấy tờ tùy thân, nhưng sau đó lại bị đề nghị hủy giấy tờ mới vì chưa thực hiện đầy đủ các quy định pháp luật. Hiện nay, mới chỉ có Bệnh viện Nhi Trung ương, Bệnh viện Hữu nghị Việt Đức Hà Nội hoặc Bệnh viện Nhi Đồng 2 Thành phố Hồ Chí Minh²² (kể

từ tháng 6/2013 đến 6/2018; sau đó Bộ Y tế sẽ quyết định thêm các bệnh viện đủ tiêu chuẩn khác) có thẩm quyền phẫu thuật xác định lại giới tính và cấp giấy chứng nhận y tế sau phẫu thuật. Bên cạnh đó, như đã nêu, đối với trẻ em liên giới tính dưới 16 tuổi thì cha, mẹ, người giám hộ có quyền nộp đơn đề nghị xác định lại giới tính cho trẻ. Như vậy, trong độ tuổi này thì cha, mẹ, người giám hộ có quyền quyết định thay cho trẻ. Điều này không phù hợp với các khuyến cáo của các tổ chức quốc tế về quyền tự do định đoạt của cá nhân. Một số trường hợp sau khi lớn lên không hài lòng với giới tính đã được xác định (do cha, mẹ, người giám hộ quyết định lúc nhỏ) nên mong muốn được chuyển đổi giới tính ngược lại. Điều này gây ra nhiều rắc rối, phức tạp (về y tế và không phải nước nào cũng ghi nhận quyền chuyển đổi giới tính). Tác giả cho rằng, cần cân nhắc quy định không phẫu thuật xác định giới tính cho đối tượng dưới 18 tuổi. Việc phẫu thuật đối với người liên giới tính chỉ nên được thực hiện khi người đó đã trưởng thành, được cung cấp đầy đủ các thông tin có liên quan để đưa ra quyết định cho bản thân²³.

(Xem tiếp trang 84)

¹⁹ Xem: Xuân Hoa (2008), *Về quyền xác định lại giới tính trong Bộ luật Dân sự 2005 và Nghị định 88/2008/NĐ-CP*, <http://moj.gov.vn>, truy cập ngày 13/8/2008.

²⁰ Xem thêm: Trương Hồng Quang (2016), "*Người liên giới tính trong đời sống xã hội và pháp luật Việt Nam*", Tạp chí Nhân lực Khoa học xã hội (Học viện Khoa học xã hội), (6), tr. 50-56.

²¹ Xem: *Phẫu thuật bộ phận sinh dục nữ thành nam*, <http://m.vtc.vn/321-363847/suc-khoe/phau-thuat-bo-phan-sinh-duc-nu-thanh-nam.htm>, ngày 19/1/2013. Trong bài viết này, nhân vật phải sang Đài Loan để thực hiện phẫu thuật.

²² Xem: Điều 1 Quyết định số 1972/QĐ-BYT ngày 07/6/2013 của Bộ trưởng Bộ Y tế về việc công nhận cơ sở đủ điều kiện can thiệp y tế để xác định lại giới tính; Điều 1 Quyết định số 2364/QĐ-BYT ngày 04/7/2013 của Bộ trưởng Bộ Y tế về việc công nhận cơ sở đủ điều kiện can thiệp y tế để xác định

lại giới tính; Điều 1 Quyết định số 871/QĐ-SYT ngày 14/6/2013 của Giám đốc Sở Y tế Thành phố Hồ Chí Minh về việc công nhận Bệnh viện Nhi Đồng 2 đủ điều kiện được phép can thiệp y tế xác định lại giới tính.

²³ Xem khuyến cáo của Hiệp hội Người liên giới tính Bắc Mỹ tại: *What does ISNA recommend for children with intersex?*, nguồn: <http://www.isna.org/faq/patient-centered> ("*Surgeries done to make the genitals look "more normal" should not be performed until a child is mature enough to make an informed decision for herself or himself. Before the patient makes a decision, she or he should be introduced to patients who have and have not had the surgery. Once she or he is fully informed, she or he should be provided access to a patient-centered surgeon*").

TẬP QUÁN QUỐC TẾ TRONG HỆ THỐNG NGUỒN CỦA TƯ PHÁP QUỐC TẾ VIỆT NAM

*Nguyễn Đức Việt**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về áp dụng tập quán quốc tế, qua đó định vị chính xác hơn vị trí của tập quán quốc tế trong hệ thống nguồn của Tư pháp quốc tế Việt Nam.

Abstract: This paper analyses and evaluates provisions in the Penal Code of 2015 on the application of international customary law. On that basis, it clarifies the role of international customary law in the sources of private international.

Theo quan quan điểm pháp lý hiện nay, tập quán quốc tế vẫn đương nhiên được coi như là một nguồn của Tư pháp quốc tế¹. Nhưng với quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 về áp dụng tập quán quốc tế với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài tại Điều 666 thì căn cứ cho việc áp dụng tập quán quốc tế chưa được rõ ràng, qua đó ảnh hưởng trực tiếp đến vị trí nguồn tư pháp quốc tế của tập quán quốc tế.

1. Tập quán quốc tế và khả năng áp dụng trong quan hệ Tư pháp quốc tế

Tập quán quốc tế được hiểu là những quy tắc xử sự được hình thành từ lâu đời, được sử dụng thường xuyên, liên tục và được các quốc gia thừa nhận rộng rãi là các quy phạm có tính chất pháp lý bắt buộc đối với các chủ thể khi tham gia vào các lĩnh vực của đời sống quốc tế². Có nghĩa rằng,

tập quán quốc tế tuy không phải là nguồn pháp luật thành văn, nhưng vẫn có giá trị pháp lý ràng buộc các bên. Tập quán quốc tế vừa là nguồn của Công pháp quốc tế vừa là nguồn của Tư pháp quốc tế. Trong lĩnh vực Tư pháp quốc tế, tập quán quốc tế có vai trò vô cùng quan trọng trong lĩnh vực thương mại và hàng hải hoặc tài chính quốc tế. Một số tập quán quốc tế tiêu biểu như FOB, CIF, EXW... đã được tập hợp thành các tuyên tập hoặc các bộ quy tắc như INCOTERMS (do Phòng thương mại quốc tế - ICC biên tập), hay UCP 600 (cũng do ICC biên soạn)...

Về mặt lý luận, tập quán quốc tế với vai trò là nguồn của Tư pháp quốc tế sẽ được áp dụng trong những trường hợp sau:

Thứ nhất, tập quán quốc tế được các điều ước quốc tế có liên quan quy định áp dụng. Ví dụ, Điều 9 Công ước Viên năm 1980 của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế quy định:

“1. Các bên bị ràng buộc bởi tập quán mà họ đã thỏa thuận và bởi các thực tiễn đã được họ thiết lập trong mối quan hệ tương hỗ.

2. Trừ phi có thỏa thuận khác thì có thể cho rằng các bên ký hợp đồng có ngụ ý áp

* ThS., Khoa Pháp luật quốc tế, Đại học Luật Hà Nội.

¹ Trường Đại học Luật Hà Nội, “*Giáo trình Tư pháp quốc tế*”, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2017, tr. 40; Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội, “*Giáo trình Tư pháp quốc tế*”, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2013, tr.66.

² Trường Đại học Luật Hà Nội, “*Giáo trình Tư pháp quốc tế*”, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2017, tr. 40-41; Viện Đại học Mở Hà Nội, “*Giáo trình Luật quốc tế*”, Nxb. Công an nhân dân, 2011, tr.21.

dụng những tập quán mà họ đã biết hoặc cần phải biết và đó là những tập quán có tính chất phổ biến trong thương mại quốc tế và được các bên áp dụng một cách thường xuyên đối với hợp đồng cùng chủng loại trong lĩnh vực buôn bán hữu quan để điều chỉnh hợp đồng của mình hoặc điều chỉnh việc ký kết hợp đồng đó”.

Như vậy, Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế đã quy định rất rõ về hai trường hợp áp dụng tập quán quốc tế là, theo sự thoả thuận của các bên và theo sự suy đoán các bên “có ngụ ý áp dụng những tập quán mà họ đã biết hoặc cần phải biết” (trừ khi các bên có thoả thuận khác).

Thứ hai, tập quán quốc tế được áp dụng khi được luật quốc gia quy định áp dụng. Ví dụ, Điều 666 BLDS 2015, Điều 5 Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam quy định tập quán quốc tế sẽ được áp dụng khi các bên được phép thoả thuận và đã thoả thuận chọn tập quán quốc tế.

Thứ ba, tập quán quốc tế được áp dụng khi các bên trong hợp đồng có thoả thuận về việc áp dụng tập quán quốc tế. Ví dụ, trong hợp đồng các bên đã thoả thuận rõ về việc sẽ áp dụng một hoặc một vài tập quán quốc tế nhất định để điều chỉnh quan hệ hợp đồng của mình. Khi đó, sự thoả thuận ý chí của các bên sẽ được tôn trọng và tập quán quốc tế sẽ được áp dụng.

Thứ tư, tập quán quốc tế được áp dụng khi cơ quan giải quyết tranh chấp (thường là trọng tài quốc tế) lựa chọn. Với mỗi phương thức giải quyết tranh chấp, tùy theo là tòa án hay trọng tài, sẽ có cách thức lựa chọn áp dụng tập quán quốc tế khác nhau³. Ví dụ:

³ Trường Đại học Luật Hà Nội, “*Giáo trình Tư pháp quốc tế*”, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2017, tr. 42.

Theo quy định của Điều 14 Luật Trọng tài thương mại năm 2010: “*Trường hợp pháp luật Việt Nam, pháp luật do các bên lựa chọn không có quy định cụ thể liên quan đến nội dung tranh chấp thì Hội đồng trọng tài được áp dụng tập quán quốc tế để giải quyết tranh chấp nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam*”. Trong thực tiễn xét xử cũng đã có những vụ án mà tòa án áp dụng thông lệ, tập quán quốc tế ngay cả khi các bên trong hợp đồng không có thoả thuận. Ví dụ như Bản án số 02/2005/KT-ST ngày 22/8/2005 của Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hoà về tranh chấp liên quan đến L/C được phát hành để thực hiện hợp đồng nhập dây chuyền và công nghệ sản xuất sứ vệ sinh cao cấp giữa Công ty Nha Trang và Công ty Sei Yuong (Hàn Quốc)⁴, hay Quyết định số 01/2002/HĐTP-KT ngày 26/12/2002 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về tranh chấp liên quan đến xác định trách nhiệm bảo hiểm của Bảo Minh và ngân hàng SCB liên quan đến một lô hàng trên tàu bị chìm tại biển Ấn Độ⁵.

Mặc dù, hiện tại lý luận về Tư pháp quốc tế Việt Nam đang chia thành 4 trường hợp áp dụng tập quán quốc tế, nhưng có thể nhận thấy, tập quán quốc tế sẽ chỉ được áp dụng khi có một quy phạm trong điều ước quốc tế hoặc pháp luật quốc gia cho phép áp dụng. Ngay cả trường hợp các bên trong hợp đồng thoả thuận chọn tập quán quốc tế thì sự thoả thuận đó cũng phải được điều ước quốc tế hoặc pháp luật quốc gia quy

⁴ Xem thêm: Đỗ Văn Đại, Mai Hồng Quỳ, “*Tư pháp quốc tế Việt Nam*”, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010, tr.43-46.

⁵ Đỗ Văn Đại, Mai Hồng Quỳ, “*Tư pháp quốc tế Việt Nam*”, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010, tr.47.

định cho phép sự thoả thuận đó. Hoặc trường hợp cơ quan giải quyết tranh chấp áp dụng tập quán quốc tế khi không xác định được luật áp dụng cũng phải được sự thừa nhận bằng quy định của điều ước quốc tế hoặc pháp luật trong nước. Sự xác định, hay suy đoán này là quy tắc hỗ trợ để xác định luật áp dụng khi các bên không có thoả thuận về pháp luật điều chỉnh quan hệ của mình.

Có thể thấy, những quy định trong các điều ước quốc tế, hoặc pháp luật trong nước nêu trên là dạng quy phạm xung đột, mà trong đó phần hệ thuộc thường là luật lựa chọn (*Lex Voluntatis*). Khi không có sự lựa chọn này thì hệ thuộc luật do cơ quan giải quyết tranh chấp xác định (suy đoán) sẽ được áp dụng như một nguyên tắc hỗ trợ để có thể xác định khả năng áp dụng tập quán quốc tế. Như vậy, so với tính chất của tập quán quốc tế trong công pháp quốc tế là các quy phạm có tính chất bắt buộc và có giá trị ngang bằng với điều ước quốc tế⁶, tập quán quốc tế trong tư pháp quốc tế cần sự thoả thuận rõ ràng hơn, hoặc quy định trong điều ước quốc tế hoặc pháp luật trong nước để có thể được áp dụng. Và như vậy, cả 4 trường hợp nêu trên đều xuất phát từ một cơ sở duy nhất để tập quán quốc tế có thể được áp dụng trong quan hệ tư pháp quốc tế là khi có sự dẫn chiếu của quy phạm xung đột (quy phạm xung đột thống nhất hoặc quy phạm xung đột thông thường). Khi giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài, cơ quan giải quyết tranh chấp cần căn cứ vào các quy phạm có tính chất dẫn chiếu, mà điển hình chính là quy phạm xung đột (trừ trường hợp đã có quy phạm thực chất)

⁶ Viện Đại học Mở Hà Nội, “*Giáo trình Luật quốc tế*”, Nxb. Công an nhân dân, 2011, tr.21-22.

để xác định luật áp dụng. Và nếu sự dẫn chiếu này dẫn tới tập quán quốc tế thì tập quán quốc tế sẽ được áp dụng⁷.

2. Áp dụng tập quán quốc tế theo Bộ luật Dân sự năm 2015

Quy định về áp dụng tập quán quốc tế trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được quy định ngay từ BLDS 1995 đến BLDS 2005 và tiếp tục được kế tục trong Điều 666 BLDS 2015. Theo đó, “*Các bên được lựa chọn tập quán quốc tế trong trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 664 của Bộ luật này. Nếu hậu quả của việc áp dụng tập quán quốc tế đó trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam thì pháp luật Việt Nam được áp dụng*”. Đây là một quy định mới của BLDS 2015 so với các BLDS trước đó. Ngoài việc tách quy định về áp dụng tập quán quốc tế thành một điều luật độc lập⁸ thì Điều 666 còn có những nội dung mới như sau:

Một là, quy định này khẳng định rõ quyền thoả thuận lựa chọn tập quán quốc tế với tư cách luật áp dụng của các bên. Quyền thoả thuận lựa chọn luật áp dụng của các

⁷ Ở đây, có thể thấy Điều 9 Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hoá quốc tế hay Điều 666 BLDS 2015 không hoàn toàn có tính chất như một quy phạm xung đột bình thường mà còn có cả tính chất quy tắc chung của Tư pháp quốc tế. Những quy tắc chung này sẽ được cụ thể hoá bằng một quy phạm xung đột bình thường khác, ví dụ như Điều 683 BLDS 2015, Điều 5 Luật Thương mại năm 2005... Nhưng cũng không thể phủ nhận tính chất dẫn chiếu (vốn là đặc thù của quy phạm xung đột) trong các quy định này nên xét cho cùng tập quán quốc tế không thể đương nhiên được áp dụng ngay từ đầu khi giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài.

⁸ Trước đây, ở BLDS 2005 thì việc áp dụng tập quán quốc tế được quy định tại một khoản của điều luật về áp dụng pháp luật dân sự Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, điều ước quốc tế, pháp luật nước ngoài và tập quán quốc tế (khoản 4 Điều 759).

bên không phải là nội dung mới của BLDS 2015 mà đã được quy định rõ tại khoản 3 Điều 759, Điều 769 của BLDS 2005. Tuy nhiên, đây chỉ là những quy phạm gián tiếp thừa nhận sự lựa chọn pháp luật áp dụng của các bên, chứ không đề cập trực tiếp cơ sở, phạm vi của pháp luật áp dụng được lựa chọn. Bất cập này đã được khắc phục tại khoản 2 Điều 664 BLDS 2015: “*Trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc luật Việt Nam có quy định các bên có quyền lựa chọn thì pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được xác định theo lựa chọn của các bên*”. Thông thường, pháp luật do các bên lựa chọn sẽ được hiểu là pháp luật quốc gia (pháp luật Việt Nam hoặc pháp luật nước ngoài). Chính khoản 3 Điều 759 BLDS 2005 cũng chỉ đề cập đến pháp luật nước ngoài do các bên lựa chọn. Và khoản 4 Điều 759 chỉ giới hạn ở “*trường hợp quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không được Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc hợp đồng dân sự giữa các bên điều chỉnh*” thì tập quán quốc tế mới được áp dụng. Trong khi BLDS 2005 không quy định rõ về quyền lựa chọn áp dụng tập quán quốc tế làm luật áp dụng thì các luật chuyên ngành như Luật Thương mại năm 2005 (khoản 2 Điều 5), Bộ luật Hàng hải năm 2015 (Điều 5) lại cho phép lựa chọn áp dụng tập quán quốc tế⁹. Chính vì thế với quy định của Điều 666 các quy định chuyên ngành đã mở rộng và thể hiện rõ ràng hơn phạm vi lựa

chọn luật áp dụng của các bên trong văn bản pháp lý có giá trị chung nhất là BLDS¹⁰. Vậy, tập quán quốc tế có thể được chọn làm nguồn luật để điều chỉnh quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Đây là quy định của BLDS nói chung nên các tập quán quốc tế có thể điều chỉnh các lĩnh vực quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài khác. Quy định này khắc phục được nhược điểm tồn tại trong BLDS 2005.

Ở đây cũng cần phải lưu ý về giới hạn sự lựa chọn luật áp dụng của các bên tại khoản 2 Điều 664 là chỉ khi điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc luật Việt Nam quy định các bên có quyền lựa chọn. Có nghĩa, đối với những quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài mà điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và luật Việt Nam đều không cho phép các bên lựa chọn pháp luật áp dụng thì các bên không thể lựa chọn, kể cả là tập quán quốc tế.

Hai là, Điều 666 cũng đưa ra điều kiện cho việc áp dụng tập quán quốc tế và hướng giải quyết khi điều kiện không được đáp ứng. BLDS 2005 chỉ đưa ra điều kiện cho việc áp dụng tập quán quốc tế là “*việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*”. BLDS 2005 sử dụng cụm từ “*việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng*” khiến cho cách thức xác định áp dụng tập quán quốc tế

⁹ Đỗ Văn Đại (Chủ biên), “*Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*”, Nxb. Hồng Đức, Tp. Hồ Chí Minh, 2016, tr.597.

¹⁰ Đỗ Văn Đại (Chủ biên), “*Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*”, Nxb. Hồng Đức, Tp. Hồ Chí Minh, 2016, tr.597; Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ (chủ biên), “*Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*”, Vũ Thị Phương Lan, *Phần thứ năm Pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2017, tr.1042.

trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam gặp không ít khó khăn. Nhận thức về bất cập đó, BLDS 2015 đã sửa đổi cụm từ này ở các quy định có liên quan như Điều 666, Điều 670 thành cụm từ “*hậu quả của việc áp dụng*”. Sửa đổi này hợp lý cả về lý luận và thực tiễn, giúp cho quy định của Điều 666, Điều 670 trở nên rõ ràng và dễ áp dụng hơn. Nhưng ở đây cũng có lưu ý rằng, Điều 666 không trực tiếp quy định điều kiện này, mà gián tiếp thừa nhận nó. Điều này phù hợp với quy định tại các văn bản pháp luật khác như Luật Thương mại năm 2005 (Điều 5), Luật Trọng tài thương mại năm 2010 (Điều 14)...

Ngoài ra, Điều 666 đã quy định rõ phương hướng giải quyết khi hậu quả của việc áp dụng tập quán quốc tế trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. BLDS 2005 chỉ quy định việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng tập quán quốc tế không trái nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, mà không nói rõ nếu trái thì áp dụng pháp luật nào. Để khắc phục điều đó, Điều 666 đã chỉ rõ pháp luật Việt Nam sẽ được áp dụng trong trường hợp này. Quy định này đảm bảo tính thống nhất với Điều 672 BLDS 2015.

Ba là, Điều 666 bỏ quy định về trường hợp áp dụng tập quán quốc tế khi “*quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không được Bộ luật này, các văn bản pháp luật khác của Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc hợp đồng dân sự giữa các bên điều chỉnh*”. Trước đây, theo quy định của BLDS 2005 thì cơ quan giải quyết tranh chấp vẫn có thể áp dụng tập quán quốc tế ngay cả khi các bên không lựa chọn tập quán quốc tế nếu không còn quy định nào khác của điều ước quốc tế, pháp

luật quốc gia hoặc thoả thuận cụ thể của các bên trong hợp đồng điều chỉnh. Trong thực tế, việc áp dụng tập quán quốc tế khi không có quy định xảy ra khá phổ biến tại Tòa án¹¹. Vậy Điều 666 bỏ quy định về áp dụng tập quán quốc tế khi không có quy định chỉ dẫn đồng nghĩa với việc nếu điều ước quốc tế, pháp luật trong nước và hợp đồng của các bên không điều chỉnh thì cũng không thể ngay lập tức áp dụng tập quán quốc tế cho quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Khoản 2 Điều 5 BLDS 2015 quy định: “*Trường hợp các bên không có thoả thuận và pháp luật không quy định thì có thể áp dụng tập quán...*”¹² nhưng cũng không hoàn toàn chắc chắn về việc áp dụng tập quán cho cả phần về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Trong khoản 2 Điều 5 cũng chỉ nói đến “tập quán” chứ không phải “tập quán quốc tế” vì tiền đề của Điều luật này chính là điều chỉnh các quan hệ dân sự trong nước thuần túy. Và nếu đặt trong mối tương quan với Điều 664 thì cơ sở để khẳng định có thể áp dụng tập quán quốc tế khi không có quy định của pháp luật như khoản 2 Điều 5 là chưa chắc chắn. Bởi lẽ theo Điều 664, về nguyên tắc pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài là điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, hoặc luật Việt Nam (khoản 1); nếu điều ước quốc tế hoặc luật Việt Nam quy định cho phép các bên được lựa chọn luật áp dụng thì các bên có thể lựa chọn luật áp dụng là pháp luật nước ngoài, pháp luật Việt Nam, tập quán quốc tế hoặc cả điều ước quốc tế mà Việt Nam chưa là thành viên

¹¹ Đỗ Văn Đại (Chủ biên), “*Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*”, Nxb. Hồng Đức, Tp. Hồ Chí Minh, 2016, tr.598.

¹² Đỗ Văn Đại (Chủ biên), “*Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*”, Nxb. Hồng Đức, Tp. Hồ Chí Minh, 2016, tr.599.

(khoản 2); còn nếu không có điều ước quốc tế và luật Việt Nam quy định, các bên cũng không lựa chọn luật áp dụng thì pháp luật áp dụng sẽ là “*pháp luật của nước có mối liên hệ gần bó nhất với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài đó*” (khoản 3). Như vậy, cơ sở pháp lý để áp dụng tập quán quốc tế là rất hạn chế, và chỉ có thể trong trường hợp các bên được phép thoả thuận và đã thoả thuận chọn tập quán quốc tế là luật áp dụng (Điều này hoàn toàn phù hợp với Điều 666). Còn khi không có điều ước quốc tế, luật Việt Nam và các bên không có thoả thuận chọn luật áp dụng thì pháp luật được áp dụng là pháp luật của nước có mối liên hệ gần bó nhất với quan hệ đó chứ không thể ngay lập tức áp dụng một tập quán quốc tế. Do đó, việc cho rằng Tòa án vẫn có thể áp dụng tập quán quốc tế khi không có quy định theo khoản 2 Điều 5 BLDS 2015 là chưa thoả đáng.

Nhưng nói như vậy không có nghĩa là tập quán quốc tế chỉ được áp dụng khi các bên có thoả thuận lựa chọn. Theo logic của khoản 3 Điều 664, khi không có điều ước quốc tế, luật Việt Nam quy định và các bên không lựa chọn thì sẽ áp dụng luật của một nước nào đó có mối quan hệ mật thiết nhất với vụ việc. Trong hệ thống pháp luật của một nước luôn tồn tại Luật quốc tế và Luật quốc gia. Luật quốc tế và Luật quốc gia là hai hệ thống pháp luật riêng biệt, độc lập với nhau, nhưng giữa chúng có mối quan hệ biện chứng, tác động qua lại, ảnh hưởng lẫn nhau trong quá trình xây dựng và áp dụng. Luật quốc tế với bản chất của mình có thể được áp dụng trong phạm vi quốc gia¹³. Trong Luật quốc tế có một bộ phận không

thể thiếu chính là tập quán quốc tế. Và theo logic này, khi dẫn chiếu đến pháp luật một nước cụ thể được cho là có mối liên hệ chặt chẽ nhất thì cơ quan giải quyết tranh chấp có thể áp dụng tập quán (bao gồm cả tập quán trong nước, tập quán khu vực, và tập quán quốc tế chung) với tư cách là một bộ phận trong hệ thống pháp luật quốc gia đó.

3. Tập quán quốc tế là nguồn của Tư pháp quốc tế Việt Nam hay được pháp luật được dẫn chiếu đến?

Ngoài khả năng áp dụng tập quán quốc tế như đã trình bày, Điều 666 còn vấn đề cũng cần được bàn luận là tập quán quốc tế có được coi là nguồn của tư pháp quốc tế, hay chỉ là một loại luật được dẫn chiếu đến sau khi đã áp dụng một quy phạm của tư pháp quốc tế? Ở đây, cần phân biệt quy phạm pháp luật là nguồn của tư pháp quốc tế và quy phạm pháp luật là luật được dẫn chiếu tới sau khi đã áp dụng quy phạm của tư pháp quốc tế. Nguồn của tư pháp quốc tế là hình thức chứa đựng các quy phạm của tư pháp quốc tế. Trong các quy phạm của tư pháp quốc tế, ngoài một số quy phạm mang tính chất nguyên tắc chung thì chỉ gồm hai loại là quy phạm thực chất và quy phạm xung đột. Luật được dẫn chiếu tới là kết quả được chỉ ra sau khi áp dụng quy phạm xung đột của tư pháp quốc tế. Ví dụ: Trong quan hệ hợp đồng các bên thoả thuận chọn luật nước A là luật áp dụng. Khi đó luật nước A là kết quả được dẫn chiếu tới sau khi đã áp dụng một quy phạm xung đột của tư pháp quốc tế (quy phạm quy định hệ thuộc luật lựa chọn “*lex voluntatis*”). Quy phạm luật của nước A được coi là quy phạm luật nội dung cụ thể, không phải nguồn của tư pháp quốc tế vì nó không phải quy phạm thực chất, cũng không phải quy phạm xung đột

¹³ Viện Đại học Mở Hà Nội, “*Giáo trình Luật quốc tế*”, Nxb. Công an nhân dân, 2011, tr.27.

được áp dụng¹⁴. Đối với quan hệ hợp đồng các bên có thể chọn điều ước quốc tế, tập quán quốc tế, thậm chí là các luật mềm (*soft law*) để điều chỉnh quan hệ của mình. Và tất cả những luật do các bên lựa chọn đó đều chỉ là kết quả sau khi đã áp dụng một quy phạm quy định hệ thuộc luật lựa chọn chứ không phải là quy phạm của tư pháp quốc tế. Ở một khía cạnh khác, điều ước quốc tế và pháp luật quốc gia sẽ trở thành nguồn của tư pháp quốc tế nếu nó chứa đựng các quy phạm thực chất, quy phạm xung đột và sẽ được áp dụng ngay khi có một quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài liên quan.

Vậy tập quán quốc tế thì sao? Để được coi là nguồn của tư pháp quốc tế thì tập quán quốc tế phải chứa đựng quy phạm thực chất và/hoặc quy phạm xung đột. Nhưng hiện nay, trong các giáo trình tư pháp quốc tế, chưa có giáo trình nào chỉ ra được có tập quán quốc tế nào chứa quy phạm xung đột hay không? Có học giả còn cho rằng “*chưa thấy tồn tại tập quán quốc tế về chọn luật áp dụng*”¹⁵. Do đó, có thể coi ít nhất tại thời điểm này chưa có tập quán quốc tế nào chứa đựng quy phạm xung đột.

Vậy đã có tập quán quốc tế nào chứa đựng quy phạm thực chất hay chưa? Chúng ta có thể kể ra rất nhiều tập quán thương mại, hàng hải, tài chính như FOB, CIF, UCP... Vậy đây có phải là các tập quán chứa đựng quy phạm thực chất? Giả sử nếu đúng thì có nghĩa tập quán quốc tế sẽ được

áp dụng mà không cần quan tâm tới quy phạm xung đột nữa. Vì theo thứ tự áp dụng quy phạm tư pháp quốc tế thì phải áp dụng quy phạm thực chất trước và khi không có quy phạm thực chất thì mới áp dụng quy phạm xung đột để chọn luật áp dụng¹⁶. Nhưng theo quy định của Điều 666 và Điều 664, tập quán quốc tế sẽ chỉ được áp dụng khi các bên có thoả thuận chọn để điều chỉnh khi điều ước quốc tế hoặc luật Việt Nam cho phép sự lựa chọn đó; hoặc khi không có điều ước quốc tế, luật trong nước và không có sự thoả thuận của các bên. Quy định này đã làm mất đi tính chất của một quy phạm thực chất, theo đó, cơ quan giải quyết tranh chấp không thể đương nhiên áp dụng tập quán quốc tế với tư cách một quy phạm thực chất mà chỉ áp dụng khi có sự lựa chọn của các bên hoặc khi không còn quy định nào khác. Mặt khác, quy phạm quy định sự lựa chọn của các bên trong điều ước quốc tế, hoặc trong luật Việt Nam là một quy phạm xung đột, như Điều 683, Điều 687 BLDS 2015. Nếu như không thể đương nhiên được áp dụng dù có quy phạm xung đột thì tập quán quốc tế không thể được coi là quy phạm thực chất. Khi đó, chỉ các quy phạm xung đột này mới là nguồn của tư pháp quốc tế, còn tập quán quốc tế sẽ chỉ là kết quả của sự dẫn chiếu của một quy phạm xung đột, là pháp luật được dẫn chiếu tới, chứ bản thân nó không phải là nguồn của tư pháp quốc tế.

Quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam khiến tập quán quốc tế khó thể coi là một nguồn của Tư pháp quốc tế. Trong bối cảnh Việt Nam đã gia nhập Công ước Viên

¹⁴ Theo Điều 668 BLDS 2015 thì phạm vi pháp luật nước ngoài được dẫn chiếu đến có thể bao gồm cả phần luật xung đột. Nhưng phần quy phạm xung đột này là của nước ngoài, không phải là nguồn của Tư pháp quốc tế Việt Nam.

¹⁵ Đỗ Văn Đại, Mai Hồng Quỳnh, “*Tư pháp quốc tế Việt Nam*”, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010, tr.49.

¹⁶ Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội, “*Giáo trình tư pháp quốc tế*”, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2017, tr. 87.

năm 1980, chúng ta cần hiểu như thế nào về quy định tại khoản 2 Điều 9 Công ước Viên: “*Có thể cho rằng các bên ký hợp đồng có ngụ ý áp dụng những tập quán mà họ đã biết hoặc cần phải biết và đó là những tập quán có tính chất phổ biến trong thương mại quốc tế và được các bên áp dụng một cách thường xuyên đối với hợp đồng cùng chủng loại trong lĩnh vực buôn bán hữu quan để điều chỉnh hợp đồng của mình hoặc điều chỉnh việc ký kết hợp đồng đó*”. Có thể coi đây là một chỉ dẫn để có thể đương nhiên áp dụng tập quán quốc tế với tư cách một quy phạm thực chất thống nhất hay không? Trong trường hợp này tập quán quốc tế cũng không thể được coi là quy phạm thực chất thống nhất, bởi chỉ cần có sự thoả thuận chọn luật áp dụng của các bên thì đương nhiên tập quán quốc tế sẽ không được áp dụng, có nghĩa, có một quy phạm xung đột (thậm chí là quy phạm xung đột thông thường) đã được áp dụng trước. Do đó ta có thể hiểu quy định tại khoản 2 Điều 9 Công ước Viên có tính chất diễn giải tương tự như khoản 2 Điều 683 BLDS 2015

chứ không hề khẳng định giá trị áp dụng tuyệt đối của tập quán quốc tế như một quy phạm thực chất thống nhất.

Qua phân tích trên, chúng ta đều nhận thấy vai trò quan trọng và khả năng áp dụng thường xuyên của tập quán quốc tế trong điều chỉnh các mối quan hệ dân sự theo nghĩa rộng có yếu tố nước ngoài. Pháp luật Việt Nam cũng đã có quy định rõ ràng tại nhiều văn bản pháp luật, mà trước hết là BLDS 2015 về áp dụng tập quán quốc tế với những vụ việc thuộc đối tượng điều chỉnh của tư pháp quốc tế. Nhưng với khả năng áp dụng tập quán quốc tế theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành, thì tập quán quốc tế chiếm vị trí của một loại pháp luật được dẫn chiếu đến hơn là một nguồn của tư pháp quốc tế. Bởi lẽ, lý luận tư pháp quốc tế và pháp luật thực định hiện nay đều chưa chỉ ra được một quy phạm xung đột nào trong tập quán quốc tế, và cách thức áp dụng tập quán quốc tế cũng khiến nó không hội đủ tính chất của một quy phạm thực chất.

(Tiếp theo trang 76 – Một số vấn đề đặt ra...)

3. Kết luận

Có thể thấy, vẫn có nhiều khoảng trống trong hệ thống pháp luật cũng như quá trình thi hành pháp luật về quyền của người LGBTI tại Việt Nam. Việc pháp luật ghi nhận quyền là cần thiết nhưng các biện pháp bảo đảm thi hành pháp luật về quyền trong thực tế còn quan trọng hơn. Hơn nữa, các yếu tố về quan niệm truyền thống, bình đẳng giới, nhận thức của các chủ thể

trong xã hội về quyền của người LGBTI chưa thực sự đầy đủ. Chính vì vậy, cần tiếp tục thúc đẩy các biện pháp tuyên truyền pháp luật, nâng cao nhận thức của các chủ thể có liên quan (đặc biệt là các cơ quan nhà nước, tổ chức, cá nhân trong xã hội) cũng như nâng cao năng lực thực hiện quyền của chính bản thân người LGBTI (tham gia xây dựng pháp luật, tự bảo vệ quyền khi bị xâm phạm...).