

TH, NG RA Mė T Kú
5(361)
2018
N" M THø 47
TỔNG BIÊN TẬP
Lª MAI THANH
PHÓ TỔNG BIÊN TẬP
TRÇN Vĩ N BIÊN
HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP
GS.TSKH. § ÅO TRỖ C
PGS.TS. Bĩ I XUÂN @øC
PGS.TS. PHª M HẮNG H¶ I
PGS.TS. TRÇN @NH H¶ O
PGS.TS. HÀ THĐMAI HIª N
PGS.TS. PHª M H÷U NGHĐ
PGS.TS. NGUYỄN NH- PH, T
PGS.TS. Lª MINH THẮNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TỶN
GS.TS. Vª KH, NH VINH
PGS.TS. §INH Ngã C V- ĩ NG
Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội
Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn
GiẤy phĐp hoª t @ếng
b, o chỖ sè 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013
In tại Công ty in Thủy lợi
Gi. : 20.000®

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LÝ LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT	
❖ VÕ KHÁNH VINH: Tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và đào tạo luật học ở Việt Nam hiện nay	3
❖ TRẦN VANG PHỦ: Vấn đề lựa chọn và áp dụng pháp luật tại Việt Nam – Bất cập và kiến nghị	12
LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH	
❖ NGUYỄN MINH ĐOAN: Phân công, phối hợp, kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước theo nguyên tắc pháp quyền ở Việt Nam hiện nay	18
❖ NGUYỄN MINH PHƯƠNG – VŨ THỊ THU HẰNG: Quyền tiếp cận công lý trong hoạt động công vụ ở Việt Nam	25
❖ NGUYỄN NHẬT KHANH – NGUYỄN THỊ KIM DUYÊN: Hoàn thiện pháp luật xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng	31
LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ	
❖ NGUYỄN PHƯƠNG THẢO: Điều tra vụ án hình sự đối với người chưa thành niên bị buộc tội theo pháp luật Thái Lan và kinh nghiệm cho Việt Nam	36
LUẬT TÀI CHÍNH, LUẬT ĐẤT ĐAI, LUẬT MÔI TRƯỜNG	
❖ NGUYỄN TRUNG DƯƠNG: Quyền được hưởng chế độ ưu đãi và miễn, giảm của người nộp thuế theo quy định của pháp luật Việt Nam	44
❖ CHÂU HOÀNG THÂN: Thực trạng pháp luật về thẩm định phương án giá đất cụ thể	51
❖ LÊ HỒNG HẠNH: Vấn đề bảo vệ môi trường trong Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP)	58
GÓP Ý DỰ ÁN LUẬT	
❖ VÕ NGỌC DUY – TÔ HỒNG DUNG: Góp ý dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi) về chính sách khoan hồng	67
❖ VÕ THỊ THANH LINH: Góp ý hoàn thiện các quy định về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền trong dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi)	78

MONTHLY ISSUE

5(361)

2018

47TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

**Office of the Editorial
Board:**

**27 Tran Xuan Soan
Ha Noi**

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

STATE AND LAW THEORY

❖ VO KHANH VINH: Multi-, inter-, trans-disciplinary approaches in current legal research and training in Vietnam 3

❖ TRAN VANG PHU: Choice and application of laws in Vietnam: Shortcomings and Recommendations 12

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

❖ NGUYEN MINH DOAN: Delegation, coordination and control in the exercise of state powers in accordance with the principle of rule of law in Vietnam 18

❖ NGUYEN MINH PHUONG – VU THI THU HANG: Right to access to justice in public mission in Vietnam 25

❖ NGUYEN NHAT KHANH – NGUYEN THI KIM DUYEN: Improving the law on handling administrative violations on placement of Vietnamese workers for overseas employment under the contract 31

CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ NGUYEN PHUONG THAO: Criminal investigation against juvenile offenders under Thailand's law and lessons for Vietnam 36

FINANCIAL LAW, LAND LAW, ENVIRONMENTAL LAW

❖ NGUYEN TRUNG DUONG: Right to enjoy tax incentives, exemption and reduction of taxpayers under Vietnam's law 44

❖ CHAU HOANG THAN: Current situation of the law on appraisal of plans for specific land price 51

❖ LE HONG HANH: Environmental protection issue under the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership (CPTPP) 58

SUGGESTIONS FOR DRAFT LAW

❖ VO NGOC DUY – TO HONG DUNG: Suggestion for the Draft Competition Law (amended) on leniency policy 67

❖ VO THI THANH LINH: Suggestion for improvement of regulations on acts of abusing of dominant position on the market, abusing monopoly position under the Draft Competition Law (amended) 78

TIẾP CẬN ĐA NGÀNH, LIÊN NGÀNH, XUYÊN NGÀNH TRONG NGHIÊN CỨU VÀ ĐÀO TẠO LUẬT HỌC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Võ Khánh Vinh*

Tóm tắt: *Tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành là cách tiếp cận mới, hiện đại trong nghiên cứu khoa học và đào tạo hiện nay trên thế giới, trong đó có lĩnh vực luật học. Bài viết này bước đầu tìm hiểu về tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và đào tạo luật học; cụ thể là luận giải tính tất yếu, phân tích nội dung và làm rõ việc triển khai tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học ở nước ta hiện nay.*

Abstract: *Multi-, inter-, trans-disciplinary approaches are novel and innovative in scientific research and training in the world, particularly in legal field. The paper explores such approaches in legal research and training. Specifically, it clarifies the inevitability, analyzes content, and elucidates the deployment of such approaches in current legal research and training in our country.*

1. Khái quát chung về các cách tiếp cận nghiên cứu và đào tạo luật học ở nước ta hiện nay

Trong một thời gian dài cách tiếp cận chuyên ngành luật học thực chứng (thực định) là cách tiếp cận thống trị, chi phối trong nghiên cứu và giảng dạy luật học ở nước ta. Cách tiếp cận đó phần lớn triển khai nghiên cứu pháp luật dưới phương diện thực định, cụ thể là: Xây dựng quan niệm quy phạm, phân tích quy phạm, đánh giá quy phạm, phân tích tính hình thức, logic pháp lý và những vấn đề pháp lý khác về nhà nước và pháp luật. Kết quả của cách tiếp cận này thể hiện ở chỗ hình thành nên lý luận thực chứng có hệ thống về nhà nước và pháp luật. Lý luận đó đã và đang góp phần nhận thức về Nhà nước và pháp luật, tạo ra cơ sở lý luận cho các hoạt động pháp

luật, trong đó có hoạt động nghiên cứu và đào tạo pháp luật.

Nghiên cứu quá trình phát triển của khoa học pháp lý thời gian gần đây cho thấy, đang hình thành nên cách tiếp cận so sánh luật học, cách tiếp cận xã hội học pháp luật và từng bước đang hình thành nên cách tiếp cận chính sách học pháp luật, triết học pháp luật, tiếp cận dựa trên quyền, tâm lý học pháp luật, kinh tế học pháp luật trong nghiên cứu và giảng dạy pháp luật ở nước ta. Một số cách tiếp cận trong số đó bước đầu đã hình thành nên hệ thống những vấn đề lý luận nhất định, chẳng hạn như: Luật học so sánh, xã hội học pháp luật, còn các cách tiếp cận khác thì mới được triển khai nghiên cứu.

2. Tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành là tất yếu trong nghiên cứu và giảng dạy luật học ở Việt Nam hiện nay

Tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật

* GS.TS., Võ Khánh Vinh, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

học ở nước ta hiện nay là tất yếu và xuất phát để đáp ứng các nhu cầu cơ bản sau đây:

Nhà nước và pháp luật là những hiện tượng, quá trình xã hội phong phú, đa dạng, đa phương diện, đa chiều cạnh, là các hiện thực xã hội phức tạp. Do vậy, cần có các cách tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy về các hiện tượng đó.

Nhu cầu hiểu biết hiện nay về Nhà nước và pháp luật đã và đang diễn ra theo chiều hướng: Cần hiểu biết sâu hơn, tổng thể hơn, toàn diện hơn, hệ thống hơn, khám phá bản chất, các thuộc tính cơ bản, các quy luật vận động của Nhà nước và pháp luật, sự tương tác của Nhà nước với pháp luật, và ngược lại, sự tương tác của Nhà nước và pháp luật với các hiện tượng, quá trình khác trong xã hội... Thực tiễn cho thấy, trong giai đoạn phát triển hiện nay, nếu việc nghiên cứu và giảng dạy chỉ dựa vào tiếp cận chuyên ngành luật học thực định thì không thể đáp ứng được các nhu cầu nói trên.

Hiện nay, có nhiều nhiệm vụ được đặt ra đối với khoa học pháp lý Việt Nam. Các nhiệm vụ đó xuất phát từ quá trình đổi mới sâu sắc, toàn diện xã hội Việt Nam trong giai đoạn mới: Giai đoạn đẩy mạnh công nghiệp hoá, hiện đại hoá đất nước và hội nhập quốc tế sâu rộng. Đó là những nhiệm vụ mang tính chiến lược như: Xây dựng và phát triển toàn diện con người Việt Nam, nhận thức mới về quyền con người, xây dựng và phát triển Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, xây dựng và phát triển kinh tế thị trường, phát huy dân chủ, hoàn thiện và hiện đại hoá hệ thống pháp luật. Để giải quyết những nhiệm vụ đó cần phải xây dựng và hoàn thiện các thể chế tương ứng, trong đó có thể chế pháp luật. Những hiểu biết đa ngành, liên ngành, xuyên ngành ở

cấp độ lý luận và thực tiễn về pháp luật là những tiền đề, điều kiện cần thiết để xây dựng và hoàn thiện thể chế pháp luật.

Ở các nước trên thế giới, tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học đã được hình thành, triển khai thực hiện và đem đến những kết quả tích cực, chất lượng¹. Đó là: Tiếp cận thực chứng pháp luật, tiếp cận xã hội học pháp luật, tiếp cận triết học pháp luật, tiếp cận dựa trên quyền, tiếp cận chính sách học pháp luật, tiếp cận so sánh luật học, tiếp cận tâm lý học pháp luật, tiếp cận kinh tế học pháp luật... Trong các cách tiếp cận đó, tiếp cận thực chứng pháp luật, tiếp cận triết học pháp luật, tiếp cận xã hội học pháp luật có lịch sử hình thành và phát triển lâu dài, còn các cách tiếp cận khác có lịch sử hình thành và phát triển ngắn hơn. Nói cách khác, tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học mang tính quy luật, phổ biến hiện nay trên thế giới.

3. Quan niệm về tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học

Cần phải đổi mới tư duy nghiên cứu và đào tạo luật học ở nước ta hiện nay, trước hết là *đổi mới tư duy tiếp cận* nghiên cứu và đào tạo luật học. Đổi mới tư duy đó cần được tiến hành theo hướng: *Chuyển từ tư duy đơn ngành sang tư duy kết hợp tiếp cận đơn ngành, đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và đào tạo luật học.*

Vậy, *tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy*

¹ Raymond C. Miller, *Interdisciplinarity: Its Meaning and Consequences*, Oxford research Encyclopedia, Print Publication Date: Mar 2010, Subject: International Relations Theory.

luật học là gì? Giá trị của các cách tiếp cận đó là như thế nào?

Dưới dạng khái quát nhất, đối tượng nghiên cứu của khoa học luật học là Nhà nước và pháp luật phản ánh hiện thực xã hội. Do vậy, cần có tiếp cận đa phương diện, đa chiều cạnh đến các hiện thực xã hội phức tạp đó, cần có sự kết nối, liên kết các cách tiếp cận đó trong một chỉnh thể thống nhất, hệ thống trên cơ sở lấy một cách tiếp cận làm định hướng chủ đạo, làm trục chính.

Tiếp cận đa ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học có thể được hiểu là triển khai các hướng nghiên cứu và giảng dạy khác nhau về Nhà nước và pháp luật mà mỗi hướng trong đó trở thành một lĩnh vực khoa học, một môn học tương ứng. Đến giai đoạn phát triển hiện nay, các hướng nghiên cứu và giảng dạy đó có thể là: Tiếp cận thực chứng pháp luật, tiếp cận xã hội học pháp luật, tiếp cận triết học pháp luật, tiếp cận dựa trên quyền, tiếp cận chính sách học pháp luật, tiếp cận luật học so sánh, tiếp cận tâm lý học pháp luật, tiếp cận kinh tế học pháp luật. Mỗi hướng nghiên cứu và giảng dạy đó có thể được triển khai ở các cấp độ khác nhau như: Cấp độ khái quát chung về Nhà nước và pháp luật, cấp độ ngành pháp luật, cấp độ chế định pháp luật. Chẳng hạn, đối với Luật Hình sự hiện nay đã, đang và cần phải triển khai nghiên cứu và giảng dạy: Luật Hình sự (Luật Hình sự thực chứng - có thể coi như vậy); xã hội học Luật Hình sự; Luật Hình sự so sánh; triết học Luật Hình sự.

Tiếp cận liên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học có thể được hiểu là sự kết nối hay là tiếp cận kết nối tri thức do các cách tiếp cận khác nhau tạo nên vào một chỉnh thể thống nhất để hình thành nên một hệ thống tri thức mới về chất liên quan đến

Nhà nước và pháp luật. Nhận thức liên ngành về Nhà nước và pháp luật được hình thành dựa vào hệ thống tri thức mới đó về Nhà nước và pháp luật. Đó là nhận thức ở tầng cao hơn, khái quát hơn, trong một không gian rộng hơn về Nhà nước và pháp luật.

Tiếp cận xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học có thể được hiểu là cách tiếp cận dựa trên việc sử dụng kiến thức luật học và kiến thức của các ngành khoa học khác để khám phá Nhà nước và pháp luật, hình thành nên hệ thống tri thức sâu sắc hơn về Nhà nước và pháp luật. Nói cách khác, Nhà nước và pháp luật được nhận thức xuyên qua các ngành khoa học khác nhau. Chẳng hạn, có thể dựa trên cách tiếp cận xuyên ngành để nhận thức về bản chất của pháp luật trên ba phương diện: Phương diện giai cấp, phương diện xã hội, phương diện người. Có thể nói nhận thức xuyên ngành là nhận thức sâu sắc hơn về Nhà nước và pháp luật.

4. Nội dung các cách tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học

Tiếp cận luật học thực chứng (thực định) là định hướng nghiên cứu độc lập có lịch sử hình thành và phát triển lâu dài ở phạm vi toàn cầu và ở nước ta. Định hướng nghiên cứu này có đối tượng nghiên cứu là pháp luật tồn tại dưới hình thức thực định, có phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu của mình, đã hình thành nên một hệ thống lý luận luật học thực chứng toàn diện về pháp luật, bao gồm những vấn đề: Đối tượng nghiên cứu, phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu pháp luật, khái niệm, nguồn gốc, bản chất, chức năng của pháp luật, lịch sử pháp luật, điều chỉnh pháp luật và cơ chế điều chỉnh pháp luật, xây dựng pháp luật, hệ thống hoá pháp luật, quy phạm pháp luật,

quan hệ pháp luật, sự kiện pháp lý, ý thức pháp luật, văn hoá pháp luật, giáo dục pháp luật, thực hiện pháp luật, áp dụng pháp luật, giải thích pháp luật, trách nhiệm pháp lý, pháp chế, trật tự pháp luật và những vấn đề khác. Hệ thống lý luận đó là hệ thống lý luận mang tính phương pháp luận để giải quyết, xây dựng và hình thành các lý luận pháp lý chuyên ngành, liên ngành.

Trong giai đoạn phát triển hiện nay, cần phải đẩy mạnh hướng nghiên cứu này để phát triển sâu sắc và toàn diện hơn hệ thống lý luận đó để góp phần giải quyết hiệu quả các nhiệm vụ do thực tiễn đặt ra. Chẳng hạn, đẩy mạnh nghiên cứu lý luận về đối tượng, phạm vi điều chỉnh của pháp luật, các nguyên tắc của pháp luật, các nguồn (hình thức) của pháp luật, hiệu lực của pháp luật, các chức năng của pháp luật, chủ thể của pháp luật, cơ chế thực hiện pháp luật... Định hướng này cần được đẩy mạnh trên tất cả các cấp độ: Cấp độ lý luận chung về pháp luật, cấp độ lý luận pháp luật chuyên ngành, cấp độ chế định pháp luật.

Tiếp cận luật học so sánh là định hướng nghiên cứu đã được hình thành và phát triển ở các nước trên thế giới và đang được hình thành ở nước ta². Bước chuyển lớn nhất của cách tiếp cận này thể hiện ở việc chuyển nhận thức so sánh pháp luật với tư cách là một phương pháp nghiên cứu của luật học sang nhận thức luật học so sánh với tư cách một định hướng nghiên cứu của luật học, một lĩnh vực khoa học. Đến nay, định hướng nghiên cứu này có đối tượng nghiên cứu, phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu của mình. Kết quả nghiên cứu của định hướng này đã hình thành nên một

hệ thống tri thức về luật học so sánh. Đó là hệ thống tri thức về lịch sử luật học so sánh, đối tượng nghiên cứu của luật học so sánh, khoa học luật học so sánh, phương pháp luận của luật học so sánh, mục đích và việc sử dụng kết quả nghiên cứu của luật học so sánh, các chức năng của luật học so sánh, khách thể của luật học so sánh, phân loại các hệ thống pháp luật hiện nay, các đặc điểm khái quát của pháp luật trên thế giới, luật học so sánh và luật quốc tế, pháp luật châu Âu và luật học so sánh, các họ pháp luật cơ bản hiện nay và những vấn đề khác. Hệ thống lý luận luật học so sánh trở thành vừa là phương pháp luận, vừa là phương pháp để nhận thức về pháp luật. Hiện nay, cần tiếp tục đẩy mạnh nghiên cứu luật học so sánh ở các cấp độ khác nhau: Nghiên cứu ở cấp độ lý luận chung về luật học so sánh, ở cấp độ lý luận luật học so sánh chuyên ngành, ở cấp độ so sánh chế định... Cách tiếp cận luật học so sánh có thể kết hợp với cách tiếp cận xã hội học pháp luật để hình thành nên xã hội học luật học so sánh.

Tiếp cận xã hội học pháp luật là định hướng nghiên cứu được hình thành cùng hoặc muộn hơn so với tiếp cận luật học so sánh³. Định hướng nghiên cứu này có đối tượng nghiên cứu, phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu riêng, hình thành nên hệ thống tri thức về xã hội học pháp luật ở cấp độ lý luận lẫn ở cấp độ ứng dụng. Tương tự cách tiếp cận luật học so sánh, kết quả nghiên cứu của cách tiếp cận này thể hiện khái quát ở chỗ quan niệm xã hội học pháp luật từ một phương pháp nghiên cứu sang một định hướng nghiên cứu, một lĩnh vực khoa học. Đến nay, định hướng nghiên

² Xem: Võ Khánh Vinh, *Luật học so sánh*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2014.

³ Xem: Võ Khánh Vinh, *Xã hội học pháp luật: Những vấn đề cơ bản*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2015.

cứu này có đối tượng nghiên cứu, phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu của mình. Kết quả nghiên cứu của định hướng này là đã hình thành nên một hệ thống tri thức lý luận và thực tiễn về xã hội học pháp luật. Đó là hệ thống tri thức về xã hội học pháp luật với tư cách là một ngành khoa học, phương pháp luận và phương pháp nghiên cứu xã hội học pháp luật, lịch sử xã hội học pháp luật, vai trò và chức năng xã hội của pháp luật, cơ chế xã hội của điều chỉnh pháp luật, xã hội hoá pháp luật của cá nhân, hoạt động pháp luật, sự hình thành quyết định xây dựng pháp luật, xã hội học xây dựng pháp luật, xã hội học áp dụng pháp luật, thông tin pháp luật, xã hội học ý thức pháp luật, xã hội học tổ chức pháp lý, hiệu quả pháp luật, xung đột pháp luật và những vấn đề khác. Hệ thống lý luận xã hội học pháp luật đã trở thành phương pháp luận, cách tiếp cận để nhận thức những vấn đề pháp luật ở những cấp độ khác nhau.

Hiện nay, cần đẩy mạnh cách tiếp cận xã hội học trong nghiên cứu và giảng dạy luật học ở nước ta, xây dựng và phát triển lý luận chung về xã hội học pháp luật, lý luận xã hội học pháp luật chuyên ngành. Hướng nghiên cứu này cần tập trung nghiên cứu các nhóm vấn đề sau: Nghiên cứu chiều đi ra từ xã hội và chiều đi vào xã hội của pháp luật, kết quả tác động xã hội của pháp luật và những vấn đề khác. Điều đó có nghĩa rằng cần tập trung nghiên cứu: Xã hội học xây dựng pháp luật, tác động xã hội của pháp luật, xã hội học thực hiện pháp luật, trong đó chú trọng xã hội học áp dụng pháp luật, hiệu quả của pháp luật ở các cấp độ khác nhau: Cấp độ lý luận chung về xã hội học pháp luật, cấp độ lý luận xã hội học pháp luật chuyên ngành, cấp độ chế định pháp luật.

Tiếp cận triết học pháp luật là định hướng nghiên cứu độc lập có lịch sử hình thành và phát triển lâu dài ở các nước có truyền thống pháp luật, các nước phát triển trên thế giới và từng bước đang được hình thành ở nước ta⁴. Định hướng này có đối tượng nghiên cứu là pháp luật dưới phương diện triết học, có phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu của mình, đã hình thành nên một hệ thống lý luận triết học pháp luật.

Phương pháp luận của triết học pháp luật là tư duy pháp luật tự nhiên, là phương thức luận giải pháp luật dựa vào chủ nghĩa khách quan, chủ nghĩa chủ quan, cái khách quan – chủ quan. Các phương pháp triết học cụ thể của triết học pháp luật là: Phản ánh và phản ánh vượt trước; cái lịch sử và cái logic; cái cụ thể và cái trừu tượng; hiện tượng và bản chất; nội dung và hình thức; cấu trúc và các yếu tố; cái riêng và cái chung; hiện thực và khả năng...

Hệ thống lý luận triết học pháp luật là hệ thống tri thức về lịch sử triết học pháp luật; bản thể luận pháp luật bao gồm: Bản chất bản thể luận pháp luật; hiện thực pháp luật; pháp luật tự nhiên và pháp luật thực định; các hình thức tồn tại của pháp luật (tư tưởng pháp luật, các văn bản quy phạm pháp luật, đời sống pháp luật); nhân học pháp luật bao gồm bản chất người của pháp luật; ý nghĩa triết học của quyền con người;

⁴ Xem cùng tác giả Võ Khánh Vinh: *Triết học pháp luật: Đối tượng nghiên cứu, vị trí và chức năng*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 4/2013, tr. 3-16; *Về bản thể luận pháp luật*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 1/2014, tr. 3-15; *Về nhân học pháp luật*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 2/2014, tr. 3-18; *Về giá trị học pháp luật*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 7/2014, tr. 3-16; *Về phương pháp luận của triết học pháp luật*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 8/2014, tr. 3-13.

cá nhân và pháp luật (bản chất nhân đạo của pháp luật); giá trị học pháp luật bao gồm các giá trị và pháp luật; các giá trị trong pháp luật; pháp luật là một giá trị tổng hợp; các giá trị pháp luật; tự do là một giá trị và pháp luật là một hình thức của tự do; công bằng là một giá trị pháp luật cơ bản và những vấn đề khác.

Phương pháp luận, các phương pháp nghiên cứu của triết học pháp luật và hệ thống lý luận triết học pháp luật đó hình thành nên một hệ thống lý luận mang tính chất phương pháp luận để nhận thức và giải quyết những vấn đề của luật học ở những cấp độ khác nhau.

Tiếp cận dựa trên quyền là hướng nghiên cứu mới được hình thành trong thời gian gần đây, có đối tượng nghiên cứu, phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu của mình, đã hình thành nên một hệ thống tri thức về tiếp cận dựa trên quyền⁵. Phương pháp luận, các phương pháp nghiên cứu và hệ thống tri thức đó tạo thành một cách tiếp cận mới để nhận thức và luận giải sâu sắc hơn những vấn đề của luật học.

Tiếp cận chính sách học pháp luật là hướng nghiên cứu pháp luật dưới phương

diện chính sách, đã trở thành hướng nghiên cứu độc lập, có đối tượng nghiên cứu, phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu của mình, đang từng bước hình thành nên một hệ thống lý luận về chính sách pháp luật⁶. So với các cách tiếp cận khác, cách tiếp cận này có lịch sử hình thành và phát triển muộn hơn.

Hệ thống lý luận về chính sách pháp luật bao gồm hệ thống tri thức về lịch sử hình thành và phát triển của chính sách pháp luật; quan niệm về chính sách pháp luật; khách thể của chính sách pháp luật; các mục tiêu, các ưu tiên và các nguyên tắc của chính sách pháp luật; các phương tiện (công cụ) của chính sách pháp luật; chủ thể của chính sách pháp luật; các hình thức thực hiện chính sách pháp luật; cơ chế thực hiện chính sách pháp luật; các loại chính sách pháp luật; các cấp độ chính sách pháp luật; chính sách pháp luật so sánh. Hệ thống lý luận đó trở thành vừa là cách tiếp cận, vừa là phương pháp luận để nhận thức và giải quyết những vấn đề lý luận và thực tiễn của luật học.

⁵ Xem: Võ Khánh Vinh (Chủ biên), *Quyền con người: Tiếp cận đa ngành, liên ngành khoa học xã hội*, Nxb. Khoa học xã hội, 2009; Võ Khánh Vinh (Chủ biên), *Quyền con người: Tiếp cận đa ngành và liên ngành luật học*, Tập 1, Nxb. Khoa học xã hội, 2010; Võ Khánh Vinh (Chủ biên), *Quyền con người: Tiếp cận đa ngành và liên ngành luật học*, Tập 2, Nxb. Khoa học xã hội, 2010; Võ Khánh Vinh (Chủ biên), *Quyền con người* (Giáo trình sau đại học), Nxb. Khoa học xã hội, 2015; Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao, Lê Khánh Tùng (Đồng chủ biên), *Giáo trình Lý luận và pháp luật về quyền con người*, Nxb. Chính trị quốc gia, 2009; Vũ Công Giao, Ngô Minh Hương (Đồng chủ biên), *Tiếp cận dựa trên quyền con người: Lý luận và thực tiễn*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2016.

⁶ Xem cùng tác giả Võ Khánh Vinh: *Về môn học: Chính sách pháp luật*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 9/2015, tr. 3-15; *Đời sống pháp luật – khách thể của chính sách pháp luật*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 10/2015, tr. 3-16; *Chính sách pháp luật: Khái niệm và các dấu hiệu*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 11/2015, tr. 3-13; *Các mục tiêu, các ưu tiên và các nguyên tắc của chính sách pháp luật Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 12/2015; *Các phương tiện của chính sách pháp luật*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 3/2016, tr. 3-15; *Các phương tiện của chính sách pháp luật (tiếp theo)*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 4/2016, tr. 3-15; *Học thuyết pháp luật – hình thức thực hiện chính sách pháp luật*, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 6/2016, tr. 9-15; *Chính sách xây dựng pháp luật – một loại chính sách pháp luật và một hình thức thực hiện chính sách pháp luật*, Tạp chí nhân lực khoa học xã hội, số 7/2016, tr. 3-11.

Tiếp cận tâm lý học pháp luật là hướng nghiên cứu pháp luật dưới phương diện tâm lý học, có đối tượng nghiên cứu, phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu của mình, hình thành nên một hệ thống lý luận về tâm lý học pháp luật.

Hệ thống lý luận tâm lý học pháp luật làm sáng tỏ các quy luật biểu hiện của tâm lý trong lĩnh vực luật học, bao gồm hệ thống tri thức về lịch sử hình thành và phát triển của tâm lý học pháp luật; về phát triển ý thức và phát triển cá nhân trong lĩnh vực pháp luật; về sự chuẩn bị tâm lý đối với hoạt động pháp luật; các đặc điểm tâm lý - xã hội của cá nhân và hoạt động pháp luật; tâm lý của nhà luật học; tâm lý của người phạm tội; tâm lý của người bị hại; tâm lý của người chưa thành niên phạm tội; tâm lý trong điều tra, truy tố; tâm lý trong xét xử; tâm lý trong thi hành án và những vấn đề khác. Hệ thống tri thức đó hình thành hệ thống hiểu biết mang tính chất phương pháp luận để nhận thức pháp luật dưới phương diện tâm lý.

Tiếp cận kinh tế học pháp luật là hướng nghiên cứu mới của khoa học luật học về pháp luật⁷. Hướng nghiên cứu này được hình thành và phát triển từ giữa thế kỷ XX, đến nay, là hướng nghiên cứu độc lập, có đối tượng nghiên cứu, phương pháp luận và các phương pháp nghiên cứu của mình và một hệ thống lý luận từng bước được hoàn thiện. Hướng nghiên cứu này sử dụng, kết hợp tư duy pháp lý và tư duy kinh tế, tri thức, các phương pháp của khoa học kinh tế kết hợp với tri thức, các phương pháp của khoa học luật học để nhận thức và luận giải những vấn đề của luật học.

Hệ thống lý luận về kinh tế học pháp luật bao gồm các tri thức về kinh tế học với tư cách một lĩnh vực khoa học, một môn học; lịch sử hình thành và phát triển kinh tế học pháp luật; về mối quan hệ giữa kinh tế và pháp luật; pháp luật và phân bổ nguồn lực; phân tích kinh tế về pháp luật; về bản chất hành vi pháp luật; kinh tế học về quyền sở hữu và tài sản; Kinh tế học về quyền sở hữu trí tuệ; kinh tế học về hợp đồng; kinh tế học về bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng; kinh tế học và vấn đề bảo vệ môi trường; kinh tế học xây dựng pháp luật; kinh tế học áp dụng pháp luật; kinh tế học giáo dục và đào tạo pháp luật và những vấn đề khác. Những tri thức đó hình thành nên những hiểu biết mang tính chất phương pháp luận để nhận thức và luận giải pháp luật dưới phương diện kinh tế.

5. Triển khai tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học ở nước ta hiện nay

Tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học là tư duy nghiên cứu và giảng dạy mới về luật học, đòi hỏi phải được triển khai thực hiện một cách tổng thể, toàn diện, hệ thống, có những bước đi phù hợp để tạo ra sự tác động gia tăng tư duy này trong thực tiễn. Hiện nay, theo tác giả, cần triển khai tổng thể, đồng bộ các nội dung cơ bản sau đây.

Hình thành đội ngũ cán bộ nghiên cứu và giảng dạy

Đội ngũ cán bộ này cần phải có tư duy, cách tiếp cận, kiến thức chuyên ngành, đa ngành, liên ngành, xuyên ngành. Trước hết, trong tổng thể hoặc theo mỗi cách tiếp cận cụ thể cần “xã hội học hoá” các nhà luật học; “triết học hoá” các nhà luật học; “chính sách hoá” các nhà luật học; “nhân học hoá” các nhà luật học; “tâm lý học hoá” các nhà

⁷ Xem: Dương Thị Thanh Mai, Nguyễn Văn Cường (Đồng chủ biên), *Về trường phái kinh tế học pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia - sự thật, Hà Nội, 2012.

luật học; “kinh tế học hoá” các nhà luật học. Điều này có nghĩa rằng, các cán bộ nghiên cứu và giảng dạy luật học, ngoài kiến thức lý luận và thực tiễn chuyên ngành về nhà nước và pháp luật cần phải có kiến thức về lĩnh vực tương ứng mà mình quan tâm: Hoặc là kiến thức triết học, hoặc là kiến thức xã hội học, hoặc là kiến thức chính sách học, hoặc là kiến thức tâm lý học, hoặc là kiến thức kinh tế học, hoặc là các kiến thức khác, hoặc là tổng thể các khối kiến thức nói trên. Muốn vậy, cần phải đào tạo và đào tạo lại đội ngũ cán bộ nghiên cứu và giảng dạy theo hướng kết hợp chuyên ngành với đa ngành, liên ngành, xuyên ngành khoa học xã hội, khoa học luật học. Tiếp đến, cần có những hình thức, giải pháp phù hợp để liên kết các nhà luật học với các nhà xã hội học, triết học, chính sách học, tâm lý học, kinh tế học, nhân học... trong nghiên cứu và giảng dạy luật học. Cần hiểu rằng, đây là một quá trình lâu dài, khó khăn, phức tạp, đòi hỏi phải đổi mới tư duy, có những nỗ lực lớn, quyết tâm nghề nghiệp cao.

Hình thành các bộ phận nghiên cứu và giảng dạy tương ứng trong các tổ chức nghiên cứu và đào tạo pháp luật

Triển khai tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và giảng dạy luật học, ngoài nhân tố nhân lực nghiên cứu và giảng dạy, đòi hỏi phải có cơ cấu tổ chức nghiên cứu và giảng dạy tương ứng. Các tổ chức nghiên cứu và đào tạo pháp luật cần thành lập các bộ phận nghiên cứu và đào tạo tương ứng để triển khai nghiên cứu và giảng dạy những kiến thức đa ngành, liên ngành, xuyên ngành. Chẳng hạn, thành lập Trung tâm nghiên cứu triết học pháp luật, Trung tâm nghiên cứu xã hội học pháp luật, Trung tâm nghiên cứu luật học so sánh, Trung tâm nghiên cứu chính sách

pháp luật, Trung tâm nghiên cứu quyền con người, Trung tâm nghiên cứu tâm lý học pháp luật, Trung tâm nghiên cứu kinh tế học pháp luật... Các cơ cấu tổ chức đó xây dựng các chương trình nghiên cứu, tập hợp lực lượng nghiên cứu, triển khai nghiên cứu, là các diễn đàn sinh hoạt khoa học về những vấn đề đa ngành, liên ngành, xuyên ngành luật học, đồng thời thông qua đó đào tạo đội ngũ chuyên gia nghiên cứu và giảng dạy về những lĩnh vực tương ứng.

Xây dựng các chương trình đào tạo có nội dung độc lập, lồng ghép, tích hợp các kiến thức chuyên ngành, đa ngành, liên ngành, xuyên ngành luật học

Nhìn một cách tổng quan, nội dung các chương trình đào tạo luật học hiện nay ở nước ta phần lớn mang đậm tính chất luật học thực chứng, đặc biệt nội dung chương trình đào tạo cử nhân. Trước hết, nội dung chương trình đào tạo tiến sỹ luật học phải được xây dựng và thực hiện dựa trên tư duy tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành luật học. Các môn học thuộc chương trình đào tạo ở cấp học này phải là các môn học mang tính đa ngành, liên ngành, xuyên ngành. Tiếp đến, nội dung các chương trình đào tạo thạc sỹ luật học cần phải bao gồm các kiến thức chuyên ngành và đa ngành, liên ngành, xuyên ngành luật học. Trong các môn học thuộc chương trình đào tạo ở cấp học này cần phải có một số môn học mang tính chất đa ngành, liên ngành, xuyên ngành luật học. Nội dung các chương trình đào tạo cử nhân luật học cần phải bao quát cả các kiến thức chuyên ngành lẫn các kiến thức đa ngành, liên ngành ở mức độ phù hợp. Kiến thức đa ngành, liên ngành luật học được lồng ghép, tích hợp tương ứng vào hoặc cùng với kiến thức chuyên ngành luật học. Tôi cho rằng, các cơ sở nghiên cứu và đào

tạo cần xây dựng một số chương trình đào tạo chuyên sâu sau tiến sỹ về nghiên cứu dựa trên tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành luật học nói chung, hoặc trong các chuyên ngành luật học cụ thể nói riêng.

Xây dựng hệ thống các đề tài nghiên cứu mang tính chất đa ngành, liên ngành, xuyên ngành về Nhà nước và pháp luật

Các cơ quan, tổ chức đặt hàng nghiên cứu tăng cường đưa ra các chủ đề nghiên cứu mang tính chất đa ngành, liên ngành, xuyên ngành về Nhà nước và pháp luật để luận giải những vấn đề hoàn thiện và phát triển Nhà nước và pháp luật hiện nay ở nước ta. Tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành phải là yêu cầu bắt buộc để giải quyết các nhiệm vụ của chủ đề nghiên cứu được đặt hàng. Các chủ đề nghiên cứu đó có thể là các chương trình nghiên cứu cấp nhà nước, các đề tài nghiên cứu thuộc các chương trình nghiên cứu cấp nhà nước, các chương trình nghiên cứu cấp bộ, các đề tài nghiên cứu thuộc chương trình nghiên cứu cấp bộ, các đề án nghiên cứu để giải quyết các nhiệm vụ cấp bách của thực tiễn. Các cơ sở nghiên cứu và đào tạo khi xác định hệ đề tài nghiên cứu cần phải dựa vào và quán triệt tư duy, cách tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành.

Xây dựng hệ thống các đề tài luận án, luận văn mang tính đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong đào tạo luật học

Các cơ sở đào tạo luật học cần chủ động xây dựng hệ chủ đề luận án tiến sỹ, hệ chủ đề luận văn thạc sỹ mang tính chất đa ngành, liên ngành, xuyên ngành để nghiên cứu sinh, học viên cao học lựa chọn làm đề tài luận án tiến sỹ, đề tài luận văn thạc sỹ. Các giảng viên nên khuyến khích, động viên các nghiên cứu sinh, học viên cao học thực hiện các đề tài luận án, luận văn mang tính chất đa ngành, liên ngành, xuyên ngành.

Tổng kết thực tiễn nghiên cứu và giảng dạy dựa trên cách tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong lĩnh vực luật học

Các tổ chức nghiên cứu và đào tạo luật học cần thường xuyên tiến hành tổng kết thực tiễn nghiên cứu và giảng dạy dựa trên cách tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong lĩnh vực luật học. Việc tổng kết thực tiễn nghiên cứu đa ngành, liên ngành, xuyên ngành về luật học có thể được tiến hành bằng cách tập hợp hoá, hệ thống hoá các công trình nghiên cứu mang tính chất đa ngành, liên ngành, xuyên ngành đã được công bố theo các chủ đề nhất định, đánh giá các thành tựu đã đạt được, trên cơ sở đó đưa ra các định hướng tiếp tục triển khai nghiên cứu theo cách tiếp cận đó. Việc tổng kết thực tiễn giảng dạy dựa trên cách tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành có thể được tiến hành bằng việc đánh giá tổng quan nội dung các chương trình đào tạo luật học thuộc các trình độ khác nhau hoặc theo các môn học mang tính chất đa ngành, liên ngành, xuyên ngành đã được giảng dạy, tổng kết các tài liệu đã được biên soạn phục vụ cho giảng dạy, từ đó hoàn thiện nội dung các chương trình đào tạo, nội dung các môn học đó.

Đẩy mạnh hợp tác quốc tế trong nghiên cứu và đào tạo luật học

Các nước trên thế giới, đặc biệt các nước phát triển đã tích lũy được những kinh nghiệm nhất định về nghiên cứu và giảng dạy dựa trên cách tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành nói chung và trong lĩnh vực luật học nói riêng. Các cơ sở nghiên cứu và đào tạo luật học nước ta cần đẩy mạnh hợp tác trao đổi kinh nghiệm nghiên cứu và giảng dạy đa ngành, liên ngành, xuyên ngành về luật học.

VẤN ĐỀ LỰA CHỌN VÀ ÁP DỤNG PHÁP LUẬT TẠI VIỆT NAM - BẤT CẬP VÀ KIẾN NGHỊ

*Trần Vang Phử**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những bất cập trong quy định pháp luật hiện hành về nguyên tắc lựa chọn và áp dụng văn bản quy phạm pháp luật; qua đó, đưa ra các giải pháp hoàn thiện.

Abstract: The paper analyzes shortcomings of current legal regulations on the principle of choice and application of legal documents, thereby making proposals for improvement.

Việc lựa chọn quy phạm pháp luật phù hợp, chính xác để giải quyết một vấn đề cụ thể phát sinh trong quá trình quản lý nhà nước đóng vai trò hết sức quan trọng, bảo đảm việc áp dụng pháp luật được đúng đắn, khách quan, minh bạch và đảm bảo quyền cũng như lợi ích hợp pháp của công dân. Vì vậy, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật qua các thời kỳ đều quy định những nguyên tắc cơ bản để các chủ thể có liên quan lựa chọn văn bản phù hợp áp dụng vào giải quyết một vấn đề cụ thể đang phát sinh. Tuy nhiên, những nguyên tắc này đã bộc lộ một số điểm chưa hợp lý và gây khó khăn cho công tác áp dụng pháp luật trong thực tiễn.

1. Nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật

Khoản 2 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 quy định: “Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn” và khoản 3 Điều 156 của Luật này đồng thời quy định: “Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản quy phạm

pháp luật ban hành sau”. Từ hai nguyên tắc trên có thể rút ra một số kết luận về nguyên tắc chọn văn bản áp dụng theo thứ tự sau: (i) Nếu có từ hai văn bản quy phạm pháp luật trở lên cùng điều chỉnh một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn; (ii) Nếu có từ hai văn bản quy phạm pháp luật trở lên cùng điều chỉnh một vấn đề, cùng hiệu lực pháp lý và cùng một cơ quan ban hành thì văn bản nào ban hành sau, văn bản đó sẽ được áp dụng.

Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng pháp luật tại Việt Nam trong một số trường hợp không tuân thủ theo những quy định cơ bản này. Ví dụ, theo quy định tại các điểm b và c khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013¹ thì “giá đất cụ thể không được sử dụng để làm căn cứ tính tiền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất có thu tiền thông qua hình thức đấu giá quyền sử dụng đất (QSDĐ) hoặc cho thuê đất thông qua hình thức đấu giá QSDĐ”. Tuy nhiên, tại khoản 2 Điều 15

¹ Các điểm b và c khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013 giá đất cụ thể chỉ áp dụng:

“b) Tính tiền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất không thông qua hình thức đấu giá QSDĐ; công nhận QSDĐ, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất đối với tổ chức mà phải nộp tiền sử dụng đất;

c) Tính tiền thuê đất đối với trường hợp Nhà nước cho thuê đất không thông qua hình thức đấu giá QSDĐ”.

* Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

Nghị định số 44/2014/NĐ-CP của Chính phủ lại quy định giá đất cụ thể là căn cứ để xác định giá khởi điểm đấu giá QSDĐ khi Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền một lần đối với cả thời gian thuê. Quy định này sau đó được hướng dẫn cụ thể tại Thông tư số 02/2015/TT-BTC của Bộ Tài chính². Tiếp đó, theo quy định tại Thông tư số 02/2015/TT-BTC thì thẩm quyền phê duyệt giá khởi điểm tại Điều 5 Thông tư số 48/2012/TT-BTC của Bộ Tài chính được quy định như sau: *Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh quyết định giá khởi điểm đấu giá QSDĐ để giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê đất*. Theo quy định trên thì cơ quan tài chính sẽ có trách nhiệm xác định giá khởi điểm trình UBND cấp có thẩm quyền quyết định.

Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 9 Thông tư liên tịch số 14/2015/TTLT-BTNMT-BTP của Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ Tư pháp thì: “Căn cứ quyết định đấu giá QSDĐ, Sở Tài nguyên và Môi trường tổ chức thực hiện việc xác định giá khởi điểm của thửa đất đấu giá (gồm giá đất, hạ tầng kỹ thuật, tài sản gắn liền với đất nếu có) theo quy định của pháp luật và trình UBND cấp tỉnh phê duyệt... Căn cứ hồ sơ trình của Sở Tài nguyên và Môi trường, UBND cấp tỉnh thực hiện phê duyệt giá khởi điểm của thửa đất đấu giá”³.

Mặc dù sau đó Bộ Tài chính đã ban hành văn bản số 7519/BTC-QLCS về việc xác định giá khởi điểm để đấu giá QSDĐ đã nêu rõ: *Việc xác định giá khởi điểm để đấu giá QSDĐ khi Nhà nước giao đất theo quy*

định của Luật Đất đai năm 2013 thực hiện thống nhất theo Thông tư số 02/2015/TT-BTC, nhưng khó có thể khẳng định rằng một đơn vị nào đó thực hiện việc xác định giá khởi điểm để đấu giá QSDĐ sẽ áp dụng quy định của Luật Đất đai năm 2013, Nghị định số 44/2014/NĐ-CP, Thông tư số 02/2015/TT-BTC hay Thông tư liên tịch số 14/2015/TTLT-BTNMT-BTP. Từ trường hợp này, có thể thấy, việc áp dụng pháp luật ở Việt Nam đôi khi chưa đúng theo quy định về nguyên tắc áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất (trường hợp luật và nghị định), hoặc ngang nhau sẽ áp dụng văn bản ban hành sau (như trường hợp hai thông tư nêu trên). Cần nhấn mạnh rằng, khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 mới điều chỉnh trường hợp hai văn bản có giá trị ngang nhau thì ưu tiên áp dụng văn bản ban hành sau nếu các văn bản đó do cùng một cơ quan ban hành. Trường hợp do các cơ quan khác nhau ban hành (ví dụ như thông tư của hai bộ cùng điều chỉnh một vấn đề như trên) thì chưa được quy định.

Bên cạnh hai nguyên tắc trên, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 cũng quy định thêm một số nguyên tắc áp dụng pháp luật như:

(i) Văn bản quy phạm pháp luật được áp dụng từ thời điểm bắt đầu có hiệu lực. Văn bản quy phạm pháp luật được áp dụng đối với hành vi xảy ra tại thời điểm mà văn bản đó đang có hiệu lực. Trong trường hợp quy định của văn bản quy phạm pháp luật có hiệu lực trở về trước thì áp dụng theo quy định đó⁴. Từ nguyên tắc này, có thể hiểu, mặc dù hành vi vi phạm đã chấm dứt và một thời gian sau mới bị phát hiện (còn thời hiệu xử lý), khi giải quyết vụ việc, cơ

² Khoản 2 Điều 15 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP và khoản 2 Điều 1 Thông tư số 02/2015/TT-BTC.

³ Trần Thụy Quốc Thái, Trần Vang Phú, *Vấn đề xác định giá khởi điểm trong đấu giá quyền sử dụng đất*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 08 (336)/Kỳ 2 – tháng 4/2017, tr. 42-45.

⁴ Khoản 1 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

quan có thẩm quyền phải áp dụng văn bản có hiệu lực tại thời điểm xảy ra hành vi vi phạm, trừ trường hợp áp dụng nguyên tắc hồi tố được quy định tại khoản 4 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

(ii) Trong trường hợp văn bản quy phạm pháp luật mới không quy định trách nhiệm pháp lý hoặc quy định trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn đối với hành vi xảy ra trước ngày văn bản có hiệu lực thì áp dụng văn bản mới⁵. Nguyên tắc này chỉ áp dụng trong trường hợp thật cần thiết để bảo đảm lợi ích chung của xã hội, thực hiện các quyền, lợi ích của tổ chức, cá nhân được quy định trong luật, nghị quyết của Quốc hội. Chỉ có văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan có thẩm quyền ở trung ương mới được quy định hiệu lực trở về trước⁶ còn văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân các cấp, chính quyền địa phương ở đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt không được quy định⁷.

(iii) Việc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật trong nước không được cản trở việc thực hiện điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên. Trong trường hợp văn bản quy phạm pháp luật trong nước và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó, trừ Hiến pháp⁸. Nguyên tắc này thể hiện trách nhiệm pháp lý và sự cam

kết mạnh mẽ của Việt Nam đối với các thỏa thuận quốc tế song phương và đa phương, nguyên tắc này cũng được áp dụng rộng rãi ở các nước trên thế giới⁹.

(iv) Văn bản quy phạm pháp luật hết hiệu lực thì văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết thi hành, văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực¹⁰.

Trong bốn nguyên tắc nêu trên thì nguyên tắc thứ tư trong một số trường hợp đã không được nghiêm túc áp dụng. Ví dụ như Luật Xây dựng năm 2014 có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2015, nghĩa là Luật Xây dựng năm 2003 sẽ hết hiệu lực vào ngày này. Nhưng, hai nghị định hướng dẫn thi hành cho Luật Xây dựng năm 2003 là Nghị định số 180/2007/NĐ-CP và Nghị định số 121/2013/NĐ-CP lại được tiếp tục áp dụng đến ngày 15/01/2018, trong khi theo quy định tại khoản 4 Điều 154 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 thì hai Nghị định nêu trên phải đồng thời hết hiệu lực pháp lý cùng với Luật Xây dựng năm 2003.

Với lý do là để đảm bảo tính ổn định, liên tục của hoạt động quản lý nhà nước, Chính phủ đã ban hành Nghị quyết số 33/NQ-CP ngày 09/5/2016 về Phiên họp Chính phủ thường kỳ tháng 4 năm 2016, trong đó Mục 10 của Nghị quyết nêu rõ: *“Đối với các văn bản quy định chi tiết của các luật, pháp lệnh đã hết hiệu lực nhưng chưa ban hành kịp thời văn bản thay thế, Chính phủ thống nhất tiếp tục áp dụng nếu*

⁵ Khoản 4 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

⁶ Khoản 1 Điều 152 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

⁷ Khoản 3 Điều 152 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

⁸ Khoản 5 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

⁹ International Foundation for Electoral Systems, *The Hierarchy of Laws: Understanding and Implementing the Legal Frameworks that Govern Elections*, <http://www.ifes.org/publications/hierarchy-laws-understanding-and-implementing-legal-frameworks-govern-elections>, truy cập ngày 15/3/2018.

¹⁰ Khoản 4 Điều 154 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

không trái với tinh thần của luật, pháp lệnh mới ban hành”¹¹.

Tuy nhiên, có một số điểm cần phân tích thêm liên quan đến Mục 10 Nghị quyết số 33/NQ-CP nêu trên: *Một là*, cơ quan có thẩm quyền ban hành Luật, Pháp lệnh đều có thẩm quyền cao hơn Chính phủ và đương nhiên văn bản do Quốc hội và Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành cũng có giá trị pháp lý cao hơn so với văn bản do Chính phủ ban hành. Vì vậy, trong trường hợp này, việc Chính phủ cho phép tiếp tục áp dụng các văn bản hướng dẫn cho các văn bản quy phạm pháp luật đã hết hiệu lực là không phù hợp và trái với quy định tại khoản 4 Điều 154 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015. *Hai là*, do Luật Xây dựng năm 2014 không dành ra bất kỳ quy định nào để quy định về vấn đề xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực xây dựng, vì vậy, khó có thể xác định rằng các quy định tại Nghị định số 180/2007/NĐ-CP và Nghị định số 121/2013/NĐ-CP có trái với “tinh thần” của Luật Xây dựng năm 2014 hay không.

2. Vấn đề áp dụng luật chung – luật riêng

Một vấn đề đang tồn tại nhiều ý kiến khác nhau liên quan đến việc chọn luật áp dụng ở Việt Nam hiện nay là nguyên tắc áp dụng “luật chung – luật riêng”. Nghĩa là, nếu có từ hai văn bản pháp luật trở lên cùng đều chỉnh một vấn đề và các văn bản này có giá trị pháp lý ngang nhau thì văn bản nào được xem là quy định chuyên ngành (luật riêng) sẽ được ưu tiên áp dụng để giải quyết tình huống đặt ra. Vấn đề gây tranh cãi ở đây là nguyên tắc này không được quy định

trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật, và ở Việt Nam, các văn bản luật một cách chính thức không được chia thành luật chung hay riêng. Ngoài ra, nguyên tắc áp dụng “luật chung – luật riêng” lại xuất phát từ một học thuyết pháp lý được áp dụng rộng rãi ở nhiều nước trên thế giới là học thuyết “Lex Specialis”¹². Điểm đáng lưu ý ở đây là Việt Nam không xem quan điểm hay học thuyết pháp lý là nguồn của luật và các văn bản pháp luật của Việt Nam cũng không chính thức ghi nhận nguyên tắc này. Chính thực tế này dẫn đến một số tình huống sau:

Tình huống thứ nhất: Mâu thuẫn giữa Bộ luật Dân sự năm 2015 và Luật Nhà ở năm 2014.

Điều 218 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Trường hợp một chủ sở hữu chung theo phần bán phần quyền sở hữu của mình thì chủ sở hữu chung khác được quyền ưu tiên mua. Trong thời hạn 03 tháng đối với tài sản chung là bất động sản [...] kể từ ngày các chủ sở hữu chung khác nhận được thông báo về việc bán và các điều kiện bán mà không có chủ sở hữu chung nào mua thì chủ sở hữu đó được quyền bán cho người khác. Việc thông báo phải được thể hiện bằng văn bản và các điều kiện bán cho chủ sở hữu chung khác phải giống như điều kiện bán cho người không phải là chủ sở hữu chung.

Trường hợp bán phần quyền sở hữu mà có sự vi phạm về quyền ưu tiên mua thì trong thời hạn 03 tháng, kể từ ngày phát hiện có sự vi phạm về quyền ưu tiên mua, chủ sở hữu chung theo phần trong số các chủ sở hữu chung có quyền yêu cầu Tòa án chuyển sang cho mình quyền và nghĩa vụ

¹¹ Công văn số 05/BXD-TTr ngày 12/8/2016 của Bộ Xây dựng về việc hướng dẫn áp dụng Nghị định số 180/2007/NĐ-CP (gửi Sở Xây dựng thành phố Hà Nội).

¹² Silvia Zorzetto, *The Lex Specialis Principle and its Uses in Legal Argumentation. An Analytical Inquire*, <https://erevistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/File/2093/1027>, truy cập ngày 15/3/2018.

của người mua; bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường thiệt hại”.

Tuy nhiên, khoản 2 Điều 126 Luật Nhà ở năm 2014 quy định: “Trường hợp chủ sở hữu chung bán phần quyền sở hữu của mình thì các chủ sở hữu chung khác được quyền ưu tiên mua; *trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo về việc bán phần quyền sở hữu nhà ở* và điều kiện bán mà không có chủ sở hữu chung nào mua thì phần quyền đó được bán cho người khác; trường hợp vi phạm quyền ưu tiên mua thì xử lý theo quy định của pháp luật về dân sự”.

Có thể rút ra một số vấn đề từ hai quy định trên: Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định thời hạn ưu tiên mua của các chủ sở hữu chung là 03 tháng và việc thông báo phải được thể hiện bằng văn bản, nhưng Luật Nhà ở năm 2014 quy định các chủ sở hữu chung của căn nhà chỉ có quyền ưu tiên mua là 30 ngày và việc thông báo không bắt buộc phải thể hiện bằng văn bản. Như vậy, giả sử có một căn nhà thuộc sở hữu chung của cả ba người là A, B và C. A muốn bán đi phần tài sản thuộc phần sở hữu của mình và thông báo cho B và C biết. B, C có nhu cầu mua, nhưng trong thời gian 30 ngày lại chưa xoay sở đủ tiền, phải đến ngày thứ 45, B và C mới có đủ tiền để mua lại phần của A. Vào ngày thứ 35 kể từ ngày thông báo, A đã bán phần sở hữu của mình cho E. Vậy hợp đồng mua bán nhà giữa A và E có giá trị pháp lý hay không? B và C có thể khởi kiện để yêu cầu toà án cho phép họ thực hiện quyền ưu tiên mua hay không? Kết quả giải quyết có thể rơi vào một trong hai trường hợp sau:

(i) Cả hai cấp xét xử đều áp dụng duy nhất một văn bản là Bộ luật Dân sự năm 2015 hoặc Luật Nhà ở năm 2014. Hội đồng xét xử sơ thẩm nhận thấy đây là giao dịch về nhà ở và Luật Nhà ở năm 2014 có quy định (30 ngày) nên áp dụng Luật Nhà ở năm

2014 để công nhận hợp đồng mua bán nhà giữa A và E đồng thời bác đơn khởi kiện của B và C. Sau đó, B và C kháng cáo bản án sơ thẩm, Hội đồng xét xử phúc thẩm cũng nhận định giống như Hội đồng xét xử sơ thẩm và tuyên y án sơ thẩm. Như vậy, trường hợp này B và C không thể yêu cầu tuyên huỷ hợp đồng mua bán nhà giữa A và E. Hoặc nếu cả hai cấp xét xử đều áp dụng Bộ luật Dân sự năm 2015 thì hợp đồng giữa A và E sẽ bị huỷ do chưa hết thời hạn ưu tiên mua của B và C.

(ii) Hai cấp xét xử áp dụng hai văn bản luật khác nhau. Hội đồng xét xử sơ thẩm nhận thấy đây là giao dịch về nhà ở nên áp dụng Luật Nhà ở năm 2014 để công nhận hợp đồng mua bán nhà giữa A và E, đồng thời bác đơn khởi kiện của B và C. Sau đó, B và C kháng cáo bản án sơ thẩm. Hội đồng xét xử phúc thẩm lại nhận định, mặc dù đây là giao dịch mua bán nhà, nhưng nhà là bất động sản và trong Bộ luật Dân sự có điều chỉnh rõ về việc thực hiện quyền ưu tiên mua khi có người muốn bán phần tài sản thuộc sở hữu chung. Hội đồng xét xử phúc thẩm áp dụng Điều 218 Bộ luật Dân sự năm 2015 tuyên huỷ hợp đồng mua bán nhà giữa A và E, đồng thời cho phép B và C thực hiện quyền ưu tiên mua của mình. Hoặc kết quả cũng sẽ khác nếu Hội đồng xét xử sơ thẩm áp dụng Bộ luật Dân sự năm 2015, nhưng Hội đồng xét xử phúc thẩm lại áp dụng Luật Nhà ở năm 2014.

Tình huống thứ 2: Mâu thuẫn giữa Luật Đấu thầu năm 2013 và Bộ luật Dân sự năm 2015 về nguyên tắc xác định năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài

Điều a khoản 2 Điều 5 Luật Đấu thầu năm 2013 quy định: “Nhà thầu, nhà đầu tư là cá nhân có tư cách hợp lệ khi [...] có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định pháp luật của nước mà cá nhân đó là công dân”. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 674 Bộ

luật Dân sự năm 2015 lại quy định: “Trường hợp người nước ngoài xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự tại Việt Nam, năng lực hành vi dân sự của người nước ngoài đó được xác định theo pháp luật Việt Nam”. Như vậy, nếu có một cá nhân X nào đó mang quốc tịch Y, đến Việt Nam để tham gia đấu thầu, thực hiện dự án tại Việt Nam, thì theo Luật Đấu thầu năm 2013, năng lực hành vi dân sự của cá nhân đó sẽ được xác định theo pháp luật của quốc gia Y, nhưng nếu theo Bộ luật Dân sự năm 2015 thì năng lực hành vi dân sự của X lại được xác định theo pháp luật Việt Nam.

Một điểm cần lưu ý là khoản 1 Điều 663 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định khi có sự khác nhau giữa Bộ luật Dân sự và luật khác về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài thì chỉ áp dụng Bộ luật Dân sự trong trường hợp quy định của các luật khác trái với quy định từ Điều 664 đến Điều 671 của Bộ luật Dân sự. Trong khi đó, sự mâu thuẫn nêu trên lại thuộc Điều 674 Bộ luật Dân sự năm 2015. Ngoài ra, tại khoản 2 và 3 Điều 4 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định trong trường hợp có sự mâu thuẫn giữa Bộ luật Dân sự và các luật khác về cùng một vấn đề thì chỉ áp dụng Bộ luật Dân sự trong trường hợp quy định của luật khác trái với Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015 về các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự.

Bên cạnh đó, Điều 3 Luật Đấu thầu năm 2013 quy định nguyên tắc chọn luật áp dụng: “Hoạt động đấu thầu thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật này phải tuân thủ quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan”. Vì quy định này dùng từ “và” nên có thể hiểu phải áp dụng song song cả Luật Đấu thầu và các quy định có liên quan. Nếu một vấn đề nào đó Luật Đấu thầu không quy định nhưng được quy định bởi văn bản khác thì kết quả hiển nhiên sẽ áp dụng quy định tại văn bản đó (đây

không phải nguyên tắc “luật chung – luật riêng”). Tuy nhiên, nếu cả Luật Đấu thầu và một văn bản khác lại quy định trái nhau mà cùng áp dụng cả hai thì không thể giải quyết được vấn đề.

Tóm lại, từ hai tình huống nêu trên, mặc dù các vấn đề Luật Nhà ở năm 2014 và Luật Đấu thầu năm 2013 quy định là không thống nhất với Bộ luật Dân sự năm 2015, nhưng những quy định này lại không trái với Điều 3 và không thuộc phạm vi áp dụng của Điều 4 Bộ luật Dân sự năm 2015. Bên cạnh đó, căn cứ vào quy định tại khoản 1, 2, 3 Điều 4 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì Bộ luật Dân sự là luật chung, các luật khác có liên quan trong lĩnh vực cụ thể không được quy định trái với *nguyên tắc* quy định tại Điều 3 của Bộ luật này. Khi nào luật khác trong lĩnh vực cụ thể quy định trái với *nguyên tắc* của Bộ luật Dân sự thì mới áp dụng Bộ luật Dân sự. Vậy có thể hiểu, nếu các luật khác chỉ trái quy định cụ thể và không trái nguyên tắc thì áp dụng theo quy định của luật khác.

3. Kiến nghị

Để việc áp dụng pháp luật ở Việt Nam được minh bạch, hạn chế sự chông chéo, mâu thuẫn, tác giả đề xuất một số giải pháp sau:

Một là, Hiến pháp nên có những quy định cụ thể về thẩm quyền giải thích pháp luật, đồng thời, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật nên quy định rõ các nguyên tắc giải thích và giới hạn của việc áp dụng các nguyên tắc này. Theo đó, Hiến pháp và Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật nên quy định rõ thẩm quyền của toà án nhân dân, đặc biệt là của Toà án nhân dân tối cao trong việc “giải thích – hướng dẫn” cách hiểu và áp dụng thống nhất các quy phạm pháp luật còn chưa rõ nghĩa. Đồng thời, quy định trình tự, nguyên tắc giải thích luật mà toà án phải tuân thủ. Về vấn đề này, theo Thẩm

(Xem tiếp trang 24)

PHÂN CÔNG, PHỐI HỢP, KIỂM SOÁT VIỆC THỰC HIỆN QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC THEO NGUYÊN TẮC PHÁP QUYỀN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Nguyễn Minh Đoàn*

Tóm tắt: Việc phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp ở Việt Nam là một trong những yêu cầu của nguyên tắc pháp quyền, được quy định trong Hiến pháp năm 2013, các văn bản pháp luật khác của Việt Nam. Tuy vậy, một số vấn đề vẫn cần tiếp tục nghiên cứu hoàn thiện cho phù hợp và hiệu quả hơn. Bài viết đưa ra 8 nội dung tổng thể để tiến hành việc phân công, phối hợp, kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước theo nguyên tắc pháp quyền.

Abstract: Delegation, coordination and control of state bodies in the exercise of legislative, executive and judiciary powers are one of requirements of the rule of law principle provided under the 2013 Constitution of Vietnam and other legal documents. However, certain issues are in need of further research to improve the compatibility and effectiveness. The paper sets out 8 overarching issues for delegation, coordination and control in the exercise of state powers in accordance with the rule of law principle.

Theo quy định của Hiến pháp và pháp luật Việt Nam hiện hành, Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước. Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp, là cơ quan chấp hành của Quốc hội. Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước. Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp. Tòa án nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân. Viện kiểm sát

nhân dân thực hành quyền công tố, kiểm sát hoạt động tư pháp. Viện kiểm sát nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ pháp luật, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, góp phần bảo đảm pháp luật được chấp hành nghiêm chỉnh và thống nhất. Chủ tịch nước là người đứng đầu Nhà nước, thay mặt nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam về đối nội và đối ngoại... Như vậy, việc phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp đã ngày một rõ ràng hơn và đang được triển khai thực hiện với những kết quả khá tích cực. Tuy vậy, Văn kiện Hội nghị lần thứ VI Ban chấp hành Trung ương khóa XII Đảng Cộng sản Việt Nam đã nhận định: “*Tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị vẫn còn công kênh, nhiều tầng nấc, nhiều đầu mối; hiệu lực, hiệu quả hoạt động chưa đáp ứng yêu cầu, nhiệm vụ. Chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, tổ chức bộ máy, mối quan hệ của một số cơ quan, tổ chức chưa thật rõ,*

* GS.TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

*còn chồng chéo, trùng lặp...*¹. Điều đó cho thấy việc phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp vẫn cần được tiếp tục nghiên cứu, triển khai sao cho phù hợp và có hiệu quả cao hơn trong tương lai.

Để việc phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp ở Việt Nam ngày một hiệu quả hơn, theo tôi, giai đoạn hiện nay cần chú trọng những vấn đề cơ bản sau đây:

1. Tiếp tục nghiên cứu lý luận và thực tiễn đối với việc phân công, phối hợp, kiểm soát quyền lực nhà nước

Việc phân công, phối hợp, kiểm soát quyền lực nhà nước được thể hiện thông qua các quy định của Hiến pháp, pháp luật về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, tổ chức bộ máy, mối quan hệ giữa các cơ quan một cách khoa học và hợp lý. Qua nghiên cứu, trên tinh thần nhìn thẳng vào sự thật, nói thẳng, nói đúng sự thật về thực trạng tổ chức bộ máy của các tổ chức trong hệ thống chính trị đất nước, có thể khẳng định là còn nhiều vướng mắc, bất cập. Song, việc sắp xếp, đổi mới tổ chức bộ máy, phân công, phối hợp, kiểm soát như thế nào cho có hiệu lực, hiệu quả là vấn đề cần được tiếp tục nghiên cứu, nhận thức trong giai đoạn hiện nay. Điều này đòi hỏi phải có sự nghiên cứu kỹ càng đối với nội bộ mỗi tổ chức, mặt khác cần có sự phối hợp nghiên cứu giữa các cơ quan thuộc hệ thống chính trị một cách tổng thể đối với tất cả các bộ máy trong mối quan hệ thống nhất vì mục tiêu chung của đất nước. Bởi, hệ thống chính trị Việt Nam là một chỉnh thể thống nhất dưới

sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam, vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh. Do vậy, việc tổ chức, hoạt động của bộ máy mỗi tổ chức trong hệ thống chính trị Việt Nam cần phải có sự phối hợp thống nhất xuất phát từ nhu cầu của cả xã hội để tránh hiện tượng chồng chéo, mâu thuẫn trong tổ chức và hoạt động của mỗi bộ máy nói riêng, cũng như của tất cả các bộ máy nói chung. Làm được như vậy thì khi “*cả hệ thống chính trị vào cuộc*” sẽ không còn hiện tượng chồng chéo, hiệu lực và hiệu quả thấp. Cần phải nghiên cứu để nguyên tắc phân công, phối hợp, kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước không chỉ đối với các cơ quan trong bộ máy nhà nước, mà còn đối với các cơ quan của tất cả các tổ chức trong hệ thống chính trị Việt Nam. Bởi ở Việt Nam, tất cả các tổ chức trong hệ thống chính trị đều trực tiếp hoặc gián tiếp tham gia thực hiện quyền lực nhà nước. Những năm qua ở nước ta, trong quá trình thực hiện quyền lực chính trị nói chung, quyền lực nhà nước nói riêng, bên cạnh những thành tựu to lớn thu được thì cũng xuất hiện “*lợi ích nhóm*”. Theo tôi, lợi ích nhóm không chỉ hình thành trong mỗi cơ quan, bộ máy của Nhà nước, mà còn có thể ở quy mô lớn hơn là nhiều cơ quan hoặc liên minh giữa cơ quan của tổ chức này với cơ quan của tổ chức khác. Điều này đòi hỏi tổ chức Đảng Cộng sản Việt Nam với vai trò là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội Việt Nam phải quan tâm nghiên cứu để có những giải pháp trong tổng thể cho phù hợp với từng bộ máy nói riêng và cả hệ thống chính trị nói chung.

Thời gian qua, khi quy định nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan nhà nước, chúng ta đã mắc phải tình trạng một việc được cắt khúc thành nhiều công đoạn và mỗi công đoạn lại phân công cho một cơ quan khác nhau đảm nhiệm, dẫn đến không cơ quan

¹ Văn phòng Trung ương, Văn kiện Hội nghị lần thứ VI Ban chấp hành Trung ương khóa XII Đảng Cộng sản Việt Nam, Hà Nội, 2017, tr. 38.

nào thực hiện tốt và các cơ quan đùn đẩy trách nhiệm cho nhau. Chẳng hạn, vấn đề vệ sinh, an toàn thực phẩm đã được phân công cho nhiều ngành, nhiều cơ quan đảm nhiệm nhưng hiện tượng mất vệ sinh an toàn thực phẩm vẫn diễn ra mà không cơ quan nào phải chịu trách nhiệm. Để khắc phục, hiện nay đang có chủ trương: *“Một cơ quan có thể làm nhiều việc khác nhau, nhưng một việc chỉ giao cho một cơ quan thực hiện”*. Theo tôi, phân công như vậy cũng chưa phù hợp, bởi một cơ quan rất khó thực hiện trọn vẹn một công việc nếu không có sự phối hợp của các cơ quan khác. Do vậy, cần có sự phân công chính xác hơn, theo đó, một việc sẽ giao cho một cơ quan chịu trách nhiệm chính, cơ quan này sẽ thực hiện chủ yếu công việc đó, còn các cơ quan khác phải phối hợp thực hiện những phần việc thứ yếu, có tính chất hỗ trợ. Như vậy, sẽ không còn hiện tượng chồng chéo, đổ trách nhiệm cho nhau giữa các cơ quan, đồng thời các cơ quan cũng có cơ hội kiểm soát lẫn nhau. Nguyên tắc này cần được áp dụng không chỉ đối với bộ máy nhà nước, mà cả bộ máy của tất cả các tổ chức trong hệ thống chính trị. Điều này cần đặc biệt nhấn mạnh trong mối quan hệ giữa các cơ quan của Đảng và các cơ quan của Nhà nước.

2. Tiếp tục hoàn thiện các quy định của Hiến pháp, pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước liên quan đến nguyên tắc “quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”

Một trong những đòi hỏi hàng đầu của nguyên tắc pháp quyền là tinh thần thượng tôn Hiến pháp và pháp luật. Theo tinh thần này thì: Các tổ chức của Đảng và đảng viên Đảng Cộng sản Việt Nam hoạt động trong khuôn khổ Hiến pháp và pháp luật (khoản 3 Điều 4 Hiến pháp năm 2013); Nhà nước

được tổ chức và hoạt động theo Hiến pháp và pháp luật, quản lý xã hội bằng Hiến pháp và pháp luật, thực hiện nguyên tắc tập trung dân chủ (khoản 1 Điều 8 Hiến pháp năm 2013); Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các tổ chức thành viên của Mặt trận và các tổ chức xã hội khác hoạt động trong khuôn khổ Hiến pháp và pháp luật (khoản 3 Điều 8 Hiến pháp năm 2013). Do vậy, nguyên tắc hiến định “quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp” cần phải được nhận thức và quy định đầy đủ trong các văn bản quy phạm pháp luật quan trọng khác của Nhà nước bằng việc xác định chính xác chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mỗi cơ quan nhà nước và mối quan hệ phối hợp, kiểm soát giữa chúng trong việc thực hiện quyền lực nhà nước. Hiện nay, các quy định về nguyên tắc này theo tôi chưa đầy đủ, chưa phù hợp. Do vậy, cần tiếp tục chi tiết và cụ thể hoá nguyên tắc này trong Hiến pháp, các luật tổ chức bộ máy nhà nước và các văn bản luật khác.

3. Ghi nhận quyền lập hiến thuộc về nhân dân

Lời nói đầu của Hiến pháp năm 2013 đã ghi nhận: *“Thế chế hóa Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội, kế thừa Hiến pháp năm 1946, Hiến pháp năm 1959, Hiến pháp năm 1980 và Hiến pháp năm 1992, Nhân dân Việt Nam xây dựng, thi hành và bảo vệ Hiến pháp này vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh”*. Nhưng Điều 69, Điều 120 lại chưa thể hiện được tinh thần này. Theo tôi, Hiến pháp của một đất nước phải được hiểu là sự thỏa thuận của nhân dân bằng văn bản trong việc thiết lập và thực hiện quyền lực công vì lợi ích chung của cả xã hội. Nhiều người ví Hiến pháp như “Bản khế ước xã hội” để nhân dân

thỏa thuận với nhau về việc tổ chức đời sống xã hội, thực hiện việc trao quyền (ủy quyền) và giới hạn quyền lực cho Nhà nước, cũng như của các thiết chế khác trong xã hội như Đảng, Công đoàn...; quy định quyền con người, quy định quy chế pháp lý của công dân và của các cá nhân khác; quy định sự tham gia của các tổ chức phi nhà nước, của công dân vào việc thực hiện công việc Nhà nước và xã hội; quy định chế độ chính trị, chế độ kinh tế, văn hoá, xã hội... của đất nước. Quyền ban hành Hiến pháp phải là của nhân dân, do vậy, Hiến pháp cần ghi nhận quyền lập hiến thuộc về nhân dân và việc sửa đổi hay làm Hiến pháp mới cũng phải do nhân dân quyết định. Ngoài ra, Hiến pháp cũng nên quy định là trong những trường hợp nhân dân không có điều kiện để thực hiện quyền lập hiến của mình thì có thể ủy quyền cho Quốc hội. Chẳng hạn, do điều kiện chiến tranh..., nhân dân có thể ủy quyền để Quốc hội tổ chức việc soạn thảo Hiến pháp mới hoặc sửa đổi và thông qua Hiến pháp. Việc quy định như vậy vừa đề cao được chủ quyền nhân dân, vừa linh hoạt trong việc thực hiện quyền lập hiến.

4. Phân công cho tòa án giải thích Hiến pháp, luật và thực hiện sự phán quyết về tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản pháp luật, cũng như hành vi của các tổ chức, cá nhân

Việc thực hiện các quy định của Hiến pháp không tránh khỏi những mâu thuẫn, tranh chấp giữa các cơ quan nhà nước, nhất là giữa cơ quan thực hiện quyền lập pháp và cơ quan thực hiện quyền hành pháp, do vậy, cần phải có sự giải thích Hiến pháp, bảo vệ Hiến pháp từ phía quyền tư pháp. Nguyên tắc pháp quyền đòi hỏi quyền tư pháp (vai trò của tòa án) phải được đề cao. Việc quy định cho tòa án giải thích Hiến pháp, luật và ra phán quyết về tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản pháp luật, cũng như hành vi

pháp luật của các tổ chức, cá nhân là vì những lý do sau:

- *Thứ nhất*, tòa án là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp (Điều 102 Hiến pháp năm 2013). Tòa án luôn nhân danh Nhà nước (tức nhân dân) để phán quyết, thì tòa án (Tòa án hiến pháp) giải thích và bảo vệ Hiến pháp là hợp lý.

- *Thứ hai*, việc giải thích Hiến pháp và phán quyết về tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản pháp luật, cũng như hành vi của các tổ chức, cá nhân (nhất là của những cá nhân đảm nhiệm những chức vụ cao trong Nhà nước và xã hội) cần có sự khách quan, độc lập mà cơ quan có tính độc lập cao nhất trong các cơ quan thực hiện quyền lực nhà nước khi hoạt động (xét xử) luôn là tòa án.

Điều 119 Hiến pháp năm 2013 đã quy định: “Cơ chế bảo vệ Hiến pháp do luật định”, do vậy, Quốc hội cần nhanh chóng xây dựng Luật về bảo vệ Hiến pháp. Luật này có thể quy định Quốc hội thiết lập một thiết chế bảo vệ Hiến pháp, cơ cấu tổ chức, nhiệm vụ quyền hạn của thiết chế đó do Quốc hội quy định. Thành viên của thiết chế đó có thể gồm Tổng bí thư Đảng Cộng sản Việt Nam, Chủ tịch nước, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao và một số chuyên gia pháp luật khác. Việc thiết lập cơ chế bảo vệ Hiến pháp trong luật không chỉ để giải quyết tranh chấp giữa quyền lập pháp với quyền hành pháp, bảo đảm cho Hiến pháp được tôn trọng, được thực hiện nghiêm minh, mà còn có tác dụng rất lớn trong việc bảo vệ lợi ích của các tổ chức, quyền con người và quyền công dân.

5. Quy định vai trò Chủ tịch nước phối hợp và giải quyết những mâu thuẫn (nếu có) giữa các cơ quan thực hiện quyền lực nhà nước (Quốc hội, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao)

Chủ tịch nước là người đứng đầu Nhà nước, thay mặt nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam về đối nội và đối ngoại, do vậy, phải có trách nhiệm liên kết, thống nhất các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp và cũng là người có trách nhiệm đứng ra tổ chức giải quyết những mâu thuẫn (nếu có) hoặc sự phối hợp chưa được tốt, chưa phù hợp giữa các cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp. Khi đó Chủ tịch nước sẽ là biểu tượng không chỉ cho sự đoàn kết thống nhất của đất nước, mà còn của quyền lực nhà nước thống nhất.

6. Thiết lập cơ chế kiểm soát lẫn nhau của các cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp

Kinh nghiệm cho thấy, kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước bởi các cơ quan nhà nước sẽ hiệu quả hơn cả (quyền lực nhà nước phải được kiểm soát bởi quyền lực nhà nước). Trong cơ chế kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay, cơ quan thực hiện quyền lập pháp (Quốc hội) chủ yếu là tự kiểm soát mình mà chưa có sự kiểm soát đúng mức từ phía các cơ quan thực hiện quyền hành pháp và tư pháp. Điều này dễ dẫn đến sự lạm quyền, lấn sân của Quốc hội trong việc thực hiện quyền lực của mình. Do tính chất đặc thù ở Việt Nam hiện nay chỉ tồn tại một đảng duy nhất – Đảng Cộng sản Việt Nam thì cần thiết lập cơ chế kiểm soát lẫn nhau giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp. Có như vậy, việc kiểm soát mới thực sự hiệu quả.

7. Nhất thể hóa chức danh Tổng bí thư Đảng với chức danh Chủ tịch nước, thiết lập cơ chế kiểm soát chặt chẽ đối với nhân vật này

Kinh nghiệm cho thấy, trong mỗi quốc gia phải có một và chỉ nên có một nhân vật trung tâm của quyền lực để tập hợp, thu hút tất cả các cơ quan nhà nước, các tổ chức xã

hội và tất cả người dân trong đất nước, cũng như trong quan hệ quốc tế. Ở các nước quân chủ là Vua, ở các nước cộng hòa là Chủ tịch nước, Tổng thống hoặc Thủ tướng. Ở Việt Nam “lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội” là Đảng Cộng sản Việt Nam. Do vậy, theo tôi người đứng đầu Đảng Cộng sản Việt Nam (Tổng bí thư) phải là Chủ tịch nước. Nếu nhất thể hóa chức danh Tổng bí thư Đảng với chức danh Chủ tịch nước thì trung tâm quyền lực của quốc gia sẽ tập trung vào một người. Người này là nhân vật trung tâm của quyền lực nhà nước và quyền lực xã hội, vừa nắm giữ quyền lực cứng (quyền lực nhà nước với phương pháp đặc thù là mệnh lệnh, cưỡng chế) vừa nắm giữ quyền lực mềm (quyền lực của Đảng chính trị với phương pháp đặc thù là thuyết phục, giáo dục)². Người này ở phương diện đảng cầm quyền là Tổng bí thư Đảng; ở phương diện Nhà nước là Chủ tịch nước; ở phương diện quốc gia là người đứng đầu Nhà nước; ở phương diện lực lượng vũ trang của đất nước là Chủ tịch Hội đồng quốc phòng và an ninh, thống lĩnh các lực lượng vũ trang. Điều này vừa đề cao được vai trò của Tổng bí thư trong thực hiện quyền lực nhà nước vừa đề cao được vai trò của Chủ tịch nước với tư cách là người đứng đầu Nhà nước, thay mặt nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam về đối nội và đối ngoại. Thiết nghĩ nếu việc nhất thể hóa này được thực hiện thì sự thống nhất của quốc gia sẽ cao hơn, Tổng bí thư - Chủ tịch nước sẽ là biểu tượng thống nhất của đất nước.

Việc nhất thể hóa Tổng bí thư - Chủ tịch nước sẽ làm cho quyền lực tập trung rất lớn vào một cá nhân, việc giải quyết các vấn

² Nguyễn Minh Đoan, *Vấn đề nhất thể hóa người lãnh đạo và người quản lý, thiết lập cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước hiệu quả ở nước ta hiện nay*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11 năm 2016, tr. 7-11.

đề của đất nước sẽ nhanh và thuận lợi hơn, song vấn đề kiểm soát quyền lực đối với người này cũng cần phải chặt chẽ hơn từ nhiều phương diện khác nhau, bao gồm:

- Kiểm soát của tổ chức Đảng cầm quyền đối với Tổng bí thư thông qua Bộ Chính trị. Tập thể Bộ Chính trị phải kiểm soát để Tổng bí thư thực hiện đúng, đầy đủ nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm của mình trước Đảng.

- Kiểm soát của nhân dân, từ các tổ chức xã hội với Chủ tịch nước thông qua Quốc hội, thông qua Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các thành viên của Mặt trận để Chủ tịch nước thay mặt nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam làm tròn công tác đối nội và đối ngoại.

- Kiểm soát của Nhà nước thông qua các cơ quan nhà nước mà quan trọng nhất là kiểm soát của Quốc hội, của Chính phủ, của tòa án, của viện kiểm sát đối với người đứng đầu Nhà nước, thay mặt Nhà nước thực hiện những nhiệm vụ, quyền hạn được Hiến pháp, pháp luật quy định.

- Kiểm soát của lực lượng vũ trang đất nước thông qua Hội đồng quốc phòng và an ninh đối với Chủ tịch Hội đồng quốc phòng và an ninh.

Trong tất cả các cơ chế kiểm soát nói trên đều phải quy định chặt chẽ những gì cần quyết định tập thể, cá nhân chỉ thay mặt thực hiện; những gì cá nhân được quyền quyết định; những gì cá nhân phải tham khảo ý kiến của tập thể trước khi quyết định... Trong mọi trường hợp, các vấn đề quan trọng đều phải do tập thể quyết định.

8. Quy định trách nhiệm chính trị và trách nhiệm pháp lý một cách chặt chẽ, đầy đủ đối với các tổ chức và cá nhân trong thực hiện quyền lực nhà nước

Ở nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, tất cả quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân. Nhân dân ủy quyền cho Nhà

nước, để Nhà nước đưa ra những quyết sách, quyết định, triển khai những hoạt động quan trọng nhằm mục tiêu ổn định và phát triển của xã hội. Trách nhiệm của Nhà nước là phải đưa ra và thực hiện được những chính sách, quyết định đúng đắn vì lợi ích của các cộng đồng xã hội mà họ là đại diện. Nếu chính sách, quyết định và hoạt động của Nhà nước không đúng, chúng có thể kìm hãm sự phát triển của cộng đồng, xã hội, đưa xã hội phát triển không đúng hướng, không đúng quy luật, gây thiệt hại lớn cho cá nhân, cộng đồng, địa phương hoặc cả nước... Trong trường hợp cơ quan, công chức nhà nước không thực hiện tốt trách nhiệm của mình, họ có thể bị thay thế. Để cơ quan và công chức nhà nước có trách nhiệm cao hơn đối với quyền lực được giao, cần phải quy định chặt chẽ, đầy đủ cả trách nhiệm chính trị và trách nhiệm pháp lý đối với các cơ quan và cá nhân trong thực hiện quyền lực nhà nước.

Đối với trách nhiệm pháp lý, cần quy định theo cả nghĩa tích cực (phải thực hiện những nghĩa vụ, yêu cầu nhất định theo quy định của pháp luật để duy trì sự tồn tại và phát triển của Nhà nước, xã hội, những việc được làm hoặc không được làm trong quá trình thực hiện công vụ vì lợi ích của Nhà nước, của nhân dân, của xã hội và rộng hơn là đối với quốc tế và nhân loại nói chung) và cả nghĩa tiêu cực (phải gánh chịu những hậu quả bất lợi do pháp luật quy định khi vi phạm pháp luật, thực hiện không đúng những quy định của pháp luật). Nguyên tắc pháp quyền đòi hỏi trách nhiệm pháp lý của cơ quan, công chức nhà nước phải được hình thành trên cơ sở pháp luật, được bảo đảm thực hiện bằng các biện pháp hợp pháp.

Theo tinh thần đó, khoản 2 Điều 4 Hiến pháp năm 2013 đã quy định: Đảng Cộng sản Việt Nam gắn bó mật thiết với nhân dân, phục vụ nhân dân, chịu sự giám sát của nhân dân, chịu trách nhiệm trước nhân dân

về những quyết định của mình. Khoản 1 Điều 113 quy định: Hội đồng nhân dân là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương, đại diện cho ý chí, nguyện vọng và quyền làm chủ của nhân dân địa phương, do nhân dân địa phương bầu ra, chịu trách nhiệm trước nhân dân địa phương và cơ quan nhà nước cấp trên. Các cơ quan khác như Chính phủ, tòa án, viện kiểm sát, Chủ tịch nước phải chịu trách nhiệm trước Quốc hội, còn Ủy ban nhân dân phải chịu trách nhiệm trước Hội đồng nhân dân. Tuy vậy, trong Hiến pháp năm 2013 lại không quy định: *Quốc hội là cơ quan đại diện cho ý chí và nguyện vọng của nhân dân, do nhân dân bầu ra và*

chịu trách nhiệm trước nhân dân. Điều này đã được các Hiến pháp trước đây quy định, song Hiến pháp năm 2013 lại không quy định nữa. Do vậy, theo tôi, cần bổ sung quy định này để đề cao trách nhiệm của Quốc hội trước nhân dân, và như vậy thì khi các cơ quan khác chịu trách nhiệm trước Quốc hội tức là gián tiếp chịu trách nhiệm trước nhân dân.

Ngoài việc quy định trách nhiệm đối với các cơ quan nhà nước, thiết nghĩ Hiến pháp và pháp luật cũng phải quy định rõ hơn, chi tiết, đầy đủ hơn trách nhiệm pháp lý của cán bộ, công chức, viên chức khi họ thi hành công vụ.

(Tiếp theo trang 17 – Vấn đề lựa chọn...)

phán Tòa án Tối cao Liên bang Hoa Kỳ Stephen Gerald Breyer, có sáu bước để xác định, giải thích ý nghĩa của một quy định nào đó vào giải quyết một vụ việc cụ thể, các bước được áp dụng lần lượt theo trình tự sau¹³: (i) Xem xét câu chữ, ngôn ngữ của chính văn bản đang được áp dụng - language; (ii) Xem xét cấu trúc của toàn văn bản - structure; (iii) Xem xét lịch sử xây dựng và ban hành quy định đó - history; (iv) Xem xét tiền lệ pháp (gồm cả án lệ) - precedent; (v) Xem xét mục đích ban hành quy định đó là gì - purpose; và (vi) Xem xét kết quả giải quyết sẽ tác động như thế nào đến chủ thể đang bị áp dụng pháp luật, đến xã hội, đến nhà nước nói chung - consequences.

Hai là, xác định rõ giá trị pháp lý cũng như thứ tự ưu tiên áp dụng pháp luật trong trường hợp cùng một vấn đề, nhưng lại được điều chỉnh bởi nhiều văn bản (có hiệu

lực pháp lý ngang nhau) thuộc các cơ quan ban hành khác nhau. Theo đó, nên quy định theo hướng ưu tiên áp dụng văn bản của cơ quan (bộ, ngành) nào có phạm vi quản lý nhà nước gần nhất với lĩnh vực đó. Ví dụ, trong trường hợp mâu thuẫn giữa Thông tư số 02/2015/TT-BTC và Thông tư liên tịch số 14/2015/TTLT-BTNMT-BTP thì nên ưu tiên áp dụng Thông tư liên tịch do Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ Tư pháp ban hành, vì liên quan đến lĩnh vực đất đai, Bộ Tài nguyên và Môi trường là bộ chủ quản¹⁴.

Ba là, để tránh tình trạng chồng chéo, mâu thuẫn trong áp dụng pháp luật, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật nên ghi nhận quy tắc áp dụng “luật chung – luật riêng” và từng luật, văn bản quy phạm pháp luật nên bổ sung quy định “nếu có sự khác nhau giữa quy định trong văn bản này và các quy định pháp luật có liên quan thì áp dụng quy định tại văn bản này”.

¹³ Stephen G. Breyer, *Judicial review: A Practicing Judge's Perspective*, It is constitution we are expounding - American Constitution Society for Law and Policy, 2009, tr.189-195.

¹⁴ Điều 1 và 2 Nghị định 36/2017/NĐ-CP ngày 04/4/2017 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Tài nguyên và Môi trường.

QUYỀN TIẾP CẬN CÔNG LÝ TRONG HOẠT ĐỘNG CÔNG VỤ Ở VIỆT NAM

*Nguyễn Minh Phương**
*Vũ Thị Thu Hằng***

Tóm tắt: Bài viết tìm hiểu quan niệm, phân tích nội dung quyền tiếp cận công lý của cán bộ, công chức và đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật bảo đảm quyền tiếp cận công lý của cán bộ, công chức trong thực thi công vụ.

Abstract: The paper explores the concept of, analyzes the content of the right to access to justice of public officials and cadres, and makes proposals for improvement of the law to ensure such right of public officials and cadres in serving public mission.

1. Quan niệm về quyền tiếp cận công lý trong hoạt động công vụ Việt Nam

Trong lịch sử nhà nước và pháp luật thế giới, quan điểm về công lý và quyền tiếp cận công lý ở các giai đoạn khác nhau thể hiện những giá trị khác nhau. Theo quan điểm truyền thống, công lý được hiểu là “Lẽ phải, lẽ công bằng, phù hợp với pháp luật đương thời, không thiên lệch, không tư vị. Chế độ nào cũng coi tòa án là tượng trưng cho công lý, là cơ quan công lý của chế độ ấy”¹; là “Sự công bằng hay chính nghĩa, sự đúng đắn, lẽ phải. Thường được dùng trong đời sống pháp lý và đặc biệt là trong hoạt động tư pháp”².

Ở Việt Nam, công lý và bảo vệ công lý được ghi nhận gắn liền với những mục tiêu của cải cách tư pháp. Hiến pháp năm 2013 chính thức ghi nhận tòa án nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân.

Tuy nhiên, những năm gần đây, theo quan điểm hiện đại, trong mối tương quan với xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền, quyền tiếp cận công lý được hiểu theo nghĩa rộng với rất nhiều giá trị bổ sung. Quyền tiếp cận công lý không chỉ là một quyền con người cơ bản mà là một công cụ hỗ trợ để bảo vệ các quyền khác. Quyền tiếp cận công lý không chỉ dừng lại ở việc yêu cầu tòa án hay hệ thống tư pháp giải quyết, mà còn là quá trình đàm phán để tạo ra những thay đổi hiệu quả trong quy định pháp luật, gây ảnh hưởng đến vai trò, chức năng của các thiết chế công và là quá trình trao quyền cho các nhóm yếu thế để họ có đủ khả năng đấu tranh chống lại sự bất bình đẳng³. Theo đó, quyền tiếp cận công lý, theo nghĩa rộng với những giá trị bổ sung không chỉ yêu cầu về công bằng, bình đẳng trong hoạt động tư pháp mà đó là quyền của chủ thể với những khả năng có thể tìm kiếm và đạt được sự bình đẳng trong các mối quan hệ giữa các chủ thể có cùng địa vị pháp lý. Điều đó có nghĩa là không chỉ xem xét quyền tiếp cận công lý trong các vụ việc cụ

* PGS.TS., Trường Đại học Nội vụ Hà Nội.

** TS., Trường Đại học Nội vụ Hà Nội.

¹ *Từ điển Tiếng Việt* (1999), Nxb. Từ điển Bách khoa, tr. 210.

² Bộ Tư pháp (2006), *Từ điển Luật học*, Nxb. Từ điển Bách khoa và Nxb. Tư pháp, tr. 217.

³ Viện Xã hội học (2015), *Báo cáo nghiên cứu Tiếp cận công lý trong hệ thống đa kênh: Nghiên cứu điển hình về bạo lực gia đình đối với phụ nữ ở Việt Nam*, tr. 18.

thể vi phạm pháp luật, xâm phạm quyền của chủ thể, mà cần xem xét quyền tiếp cận công lý trong cả hoạt động ban hành pháp luật, tổ chức thực hiện pháp luật.

Ở Việt Nam, công vụ không chỉ thuộc khu vực Nhà nước với các cơ quan thuộc hệ thống bộ máy nhà nước (lập pháp, hành pháp, tư pháp), trong đó cán bộ, công chức là chủ thể trực tiếp thực thi chức năng, nhiệm vụ do pháp luật qui định, mà còn thuộc khu vực công với các tổ chức trong hệ thống chính trị được thực thi bởi đội ngũ cán bộ, công chức. Do đó, hoạt động công vụ được hiểu là việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của cán bộ, công chức theo quy định của Luật Cán bộ, công chức và các quy định khác có liên quan⁴.

Quyền tiếp cận công lý trong hoạt động công vụ được hiểu là khả năng tìm kiếm và đạt được những yêu cầu về sự bình đẳng của các chủ thể trong quan hệ công vụ, bao gồm cả chủ thể của hoạt động công vụ (quyền tiếp cận công lý của cán bộ, công chức) và đối tượng của hoạt động công vụ (quyền tiếp cận công lý của nhân dân – đối tượng phục vụ của nền công vụ). Tuy nhiên, bài viết này tập trung nghiên cứu nội dung quyền tiếp cận công lý theo nghĩa rộng của cán bộ, công chức khi thực thi công vụ.

2. Nội dung quyền tiếp cận công lý của cán bộ, công chức trong thực thi công vụ

Trước hết, quyền tiếp cận công lý của cán bộ, công chức khi thi hành công vụ sẽ được xem xét trên cơ sở cách tiếp cận bảo đảm pháp lý hiệu quả của hoạt động công vụ và sự bình đẳng về quyền, nghĩa vụ của cán bộ, công chức trên cơ sở hệ thống pháp luật nhà nước (văn bản pháp luật, chính sách pháp luật).

Một nền công vụ hiệu quả luôn đòi hỏi cán bộ, công chức phải có trách nhiệm công

vụ; phải được Nhà nước trao quyền và ấn định nghĩa vụ một cách tương xứng với những yêu cầu đặt ra. Để có được quyền tiếp cận công lý dưới góc độ chủ thể thực thi công vụ, cán bộ, công chức phải có khả năng tìm kiếm và tiếp cận được những cơ chế bảo đảm cho trách nhiệm công vụ được thực hiện.

Quyền tiếp cận công lý của cán bộ, công chức trong thực thi công vụ có nghĩa, cán bộ, công chức phải tiếp cận được hệ thống chính sách, pháp luật có hiệu quả; quy trình, thủ tục hợp hiến, khoa học. Yêu cầu về hiệu quả của thực thi công vụ phụ thuộc rất nhiều vào chất lượng của pháp luật, phụ thuộc vào sự đúng đắn và sự phù hợp của pháp luật trong cơ chế điều chỉnh của nó. Một hệ thống pháp luật công bằng, minh bạch và đầy đủ là một trong những thành tố cơ bản để có thể bảo đảm được quyền tiếp cận được công lý⁵.

Qua gần 10 năm tổ chức thực hiện, tác giả cho rằng, Luật Cán bộ, công chức đã mang lại những giá trị pháp lý cơ bản cho sự nghiệp cải cách nền hành chính nhà nước; định hướng điều chỉnh riêng cho hai nhóm: Cán bộ, công chức trên cơ sở bảo đảm nguyên tắc “được giao quyền tương xứng với nhiệm vụ”⁶; tạo cơ sở đánh giá cán bộ, công chức dựa trên kết quả, hiệu quả của hoạt động thực thi công vụ, cùng những giá trị tích cực của chế độ công vụ việc làm tạo bình đẳng, cạnh tranh trong tuyển dụng, khen thưởng, kỷ luật đối với cán bộ, công chức.

Luật Cán bộ, công chức quy định các nguyên tắc mà cán bộ, công chức phải tuân thủ trong thực thi công vụ: (1) Tuân thủ Hiến pháp và pháp luật; (2) Bảo vệ lợi ích

⁵ Tạ Minh Lý (2014), *Tiếp cận công lý từ góc nhìn trợ giúp pháp lý (Cải cách tư pháp vì một nền tư pháp liêm chính)*, Nxb. Đại học Quốc gia, Hà Nội, tr. 308.

⁶ Điều 11 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

⁴ Điều 2 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, công dân; (3) Công khai, minh bạch, đúng thẩm quyền và có sự kiểm tra, giám sát; (4) Bảo đảm tính hệ thống, thống nhất, liên tục, thông suốt và có hiệu quả; (5) Bảo đảm thứ bậc hành chính và sự phối hợp chặt chẽ⁷.

Tuy nhiên, dưới góc độ tiếp cận công lý, trên cơ sở bảo đảm sự bình đẳng giữa các chủ thể trong cùng một quan hệ pháp lý thực thi công vụ, vẫn còn những khía cạnh cần phải được tiếp tục bàn luận.

Thứ nhất, so với Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998, mặc dù phạm vi điều chỉnh của Luật Cán bộ, công chức đã bao gồm đội ngũ công chức cấp xã, nhưng chưa đạt được yêu cầu của sự bình đẳng về địa vị pháp lý đối với công chức. Ví dụ: Khoản 2 Điều 62 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 quy định: “Cán bộ, công chức cấp xã khi thôi giữ chức vụ, nếu đủ điều kiện, tiêu chuẩn theo quy định của pháp luật được xem xét chuyển thành công chức” vô hình trung đã ngầm định về sự khác biệt trong địa vị pháp lý của công chức và công chức cấp xã. Điều đó thể hiện rõ trong Nghị định 06/2010/NĐ-CP ngày 25/01/2010 quy định những người là công chức không bao gồm đội ngũ công chức cấp xã (việc quản lý, sử dụng đội ngũ công chức xã, phường, thị trấn được điều chỉnh bằng Nghị định số 112/2011/NĐ-CP). Điều đó phá vỡ tính công bằng trong logic hình thức của văn bản và mục tiêu bảo đảm sự bình đẳng về địa vị pháp lý trong thi hành công vụ của cán bộ, công chức cấp xã.

Thứ hai, tiếp cận công lý trong thi hành công vụ đòi hỏi sự tương xứng trong kết quả hoạt động công vụ và chế độ đãi ngộ, tiền lương của công chức.

Để đạt được công lý về nội dung này, cơ chế đánh giá cán bộ, công chức trong thực thi công vụ phải thực sự chính xác và minh bạch, khách quan. Đánh giá cán bộ, công chức phải theo những tiêu chuẩn cụ thể, yêu cầu cụ thể của công việc, xác định được sản phẩm đầu ra của cán bộ, công chức. Hiện nay, trong hệ thống pháp luật công vụ, mục đích đánh giá cán bộ, công chức là để làm rõ phẩm chất chính trị, đạo đức, năng lực, trình độ chuyên môn, nghiệp vụ, kết quả thực hiện nhiệm vụ được giao. Kết quả đánh giá là căn cứ để bố trí, sử dụng, bổ nhiệm, đào tạo, bồi dưỡng, khen thưởng, kỷ luật và thực hiện chính sách đối với cán bộ, công chức⁸. Tuy nhiên, trong thực tế, các quy định của pháp luật chưa tạo ra được mối liên kết chặt chẽ giữa kết quả đánh giá cán bộ, công chức với các chính sách đãi ngộ về bổ nhiệm, đào tạo, bồi dưỡng, khen thưởng, đặc biệt là chính sách tiền lương. Kết quả đánh giá công chức chỉ là một trong những tiêu chí để bổ nhiệm, khen thưởng và thực hiện chính sách nâng bậc lương trước thời hạn, nhưng không phải là yếu tố quyết định đến cơ chế trả lương thường xuyên của đội ngũ cán bộ, công chức (mức lương vẫn theo chế độ ngạch, bậc của mô hình công vụ chức nghiệp) hay chế độ nâng ngạch (những quy định về nâng ngạch công chức chủ yếu dựa trên tiêu chuẩn về trình độ đào tạo, bồi dưỡng; tiêu chuẩn về số lượng nhiệm vụ được giao mà không tính đến kết quả thực thi công vụ)⁹.

⁸ Điều 27 Điều 55 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

⁹ Xem Thông tư số 05/2017/TT-BNV ngày 15/8/2017 của Bộ trưởng Bộ Nội vụ về tiêu chuẩn nghiệp vụ chuyên môn, bổ nhiệm ngạch và xếp lương đối với ngạch công chức chuyên ngành hành chính và việc tổ chức thi nâng ngạch công chức (sửa đổi, bổ sung Thông tư 11/2014/TT-BNV).

⁷ Điều 3 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

Thứ ba, về nguyên tắc áp dụng trách nhiệm pháp lý. Tiếp cận công lý không chỉ đòi hỏi sự bình đẳng về quyền mà còn là sự bình đẳng trong chịu trách nhiệm. Trước hết, đó là trách nhiệm kỷ luật. Trong thi hành công vụ, cán bộ, công chức có thành tích thì được khen thưởng, vi phạm quy định của pháp luật thì bị xử lý kỷ luật theo tính chất, mức độ vi phạm.

Những nguyên tắc mà pháp luật đặt ra luôn phải là cơ sở của quyền tiếp cận công lý. Chính vì vậy, trong kỷ luật công chức, việc ấn định các nguyên tắc xử lý kỷ luật bảo đảm tính khách quan, công bằng, nghiêm minh, đúng pháp luật là yêu cầu quan trọng trong cơ chế bảo đảm quyền. Trước yêu cầu đó, nguyên tắc thứ hai trong sáu nguyên tắc xử lý kỷ luật công chức theo Điều 2 Nghị định 34/2011/NĐ-CP ngày 17/5/2011 quy định rằng, nếu công chức có nhiều hành vi vi phạm pháp luật thì bị xử lý kỷ luật về từng hành vi vi phạm và chịu hình thức kỷ luật nặng hơn một mức so với hình thức kỷ luật áp dụng đối với hành vi vi phạm nặng nhất, trừ trường hợp có hành vi vi phạm phải xử lý kỷ luật bằng hình thức buộc thôi việc cần được nghiên cứu, chỉnh sửa¹⁰.

Đây là nguyên tắc áp dụng chung cho công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý và công chức không giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý. Nguyên tắc này sẽ bảo đảm công bằng nếu các hình thức xử lý kỷ luật đối với hai đối tượng nêu trên là như nhau. Tuy nhiên, đối với công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý có thể bị áp dụng thêm hình thức kỷ luật giáng chức, cách chức. Do vậy, một trường hợp được đặt ra: Ông A (công chức giữ chức vụ quản lý) và ông B (công chức không giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý)

cùng thực hiện hai hành vi: Hành vi 1: Cấp giấy tờ pháp lý cho người không đủ điều kiện (áp dụng hình thức cảnh cáo); hành vi 2: Lợi dụng vị trí công tác, cố ý làm trái pháp luật với mục đích vụ lợi (áp dụng hình thức hạ bậc). Áp dụng nguyên tắc 2 nêu trên có thể thấy: Ông A và ông B bình đẳng khi bị xử lý kỷ luật về từng hành vi vi phạm, nhưng lại bất bình đẳng khi chịu hình thức kỷ luật nặng hơn một mức so với hình thức kỷ luật áp dụng đối với hành vi vi phạm nặng nhất (ông A sẽ bị giáng chức còn ông B bị buộc thôi việc). Ngoài ra, nguyên tắc 2 khi xem xét quy định tại Điều 13 Nghị định 34/2011/NĐ-CP ngày 17/5/2011 quy định về xử lý kỷ luật đối với công chức, các trường hợp áp dụng hình thức kỷ luật buộc thôi việc đối với công chức lại không có quy định về trường hợp nêu trên.

Quyền tiếp cận công lý của cán bộ, công chức trong thực thi công vụ còn là sự bình đẳng trong trách nhiệm công vụ của Nhà nước (trách nhiệm bồi thường của Nhà nước) và trách nhiệm công vụ của người thi hành công vụ; sự bình đẳng về trách nhiệm của Nhà nước trong cả hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp. Do vậy, khi áp dụng Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước, cần phân biệt trách nhiệm của nền hành chính và trách nhiệm của người thi hành công vụ trong nền hành chính. Nếu không quy định rõ sẽ dẫn đến tình trạng không công bằng trong thi hành công vụ, đồng thời phải phân biệt, xác định rõ đâu là “lỗi của nền hành chính” và đâu là lỗi của người thực thi công vụ¹¹. Luật Cán bộ, công chức năm 2008 đã có quy định việc miễn trách nhiệm đối với cán bộ, công chức trong

¹⁰ Khoản 2 Điều 2 Nghị định 34/2011/NĐ-CP ngày 17/5/2011 quy định về xử lý kỷ luật đối với công chức.

¹¹ Phạm Hồng Thái (2014), *Trách nhiệm bồi thường của nhà nước trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước*, Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà Nội, Tập 30, số 3, tr. 24 – 32.

trường hợp cán bộ, công chức phải chấp hành quyết định trái pháp luật của cấp trên, nhưng đã báo cáo người ra quyết định trước khi chấp hành¹².

Tuy nhiên, phạm vi điều chỉnh của Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước hiện nay chỉ quy định trách nhiệm bồi thường của Nhà nước đối với cá nhân, tổ chức bị thiệt hại do người thi hành công vụ gây ra trong hoạt động quản lý hành chính, tố tụng và thi hành án¹³ mà không quy định trách nhiệm bồi thường của Nhà nước đối với cá nhân, tổ chức bị thiệt hại do chính sách lập pháp. Cần lưu ý rằng, các quyết định lập pháp chứa đựng nhiều chính sách cụ thể ảnh hưởng to lớn (tích cực hoặc tiêu cực) đối với sự nghiệp phát triển kinh tế - xã hội của đất nước; ảnh hưởng trực tiếp đến đời sống vật chất và tinh thần của người dân. Chính sách bảo hiểm xã hội một lần trong Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 là một minh chứng điển hình cho việc vi phạm nghiêm trọng quyền lợi của người tham gia bảo hiểm xã hội. Người lao động không được nhận trợ cấp nếu sau một năm nghỉ việc không tiếp tục đóng bảo hiểm xã hội và có yêu cầu nhận bảo hiểm xã hội một lần mà chưa đủ hai mươi năm đóng bảo hiểm xã hội. Mặc dù hiện nay chính sách này đã được sửa đổi, tuy nhiên nguồn lực đã bị tiêu tốn rất nhiều cho quy trình lập pháp, đây chính là thiệt hại mà chính sách lập pháp đã gây ra.

Không chỉ đối với văn bản luật, nhiều dự án, công trình trọng điểm của quốc gia cũng cần phải được tính toán, đánh giá tác động kỹ càng hơn khi quyết định đầu tư. Việc Quốc hội quyết định thực hiện chủ

trương đầu tư dự án Cảng hàng không quốc tế Long Thành, 15.000 người dân sẽ phải chuyển đổi nghề nghiệp, chưa kể đến nhiều chi phí cho việc bảo đảm các vấn đề an sinh xã hội. Việc Quốc hội dừng thực hiện chủ trương đầu tư Dự án điện hạt nhân Ninh Thuận có thể phù hợp với sự thay đổi về kinh tế vĩ mô của đất nước, hạn chế tình trạng tăng nợ công, nhưng thiệt hại về vật chất và tinh thần cho người dân thuộc phạm vi dự án là bao nhiêu? Do vậy, sự cân đối về lợi ích của Nhà nước, lợi ích của xã hội, lợi ích của nhân dân cần phải được tính toán và đánh giá trước, trong và sau khi ban hành, tổ chức thực hiện một chính sách.

Một trong những nguyên nhân chính của những vấn đề này là do quy trình lập pháp của chúng ta còn thiếu tranh luận, thiếu những quy định về trách nhiệm của các chủ thể trong đề xuất, xây dựng và thực thi chính sách. Nhiều chính sách pháp luật được thiết kế theo mong muốn chủ quan mà chưa thực sự xuất phát từ những vấn đề của cuộc sống¹⁴.

Công bằng và minh bạch là hai vấn đề luôn song hành với nhau. Yêu cầu về tính minh bạch đòi hỏi những quy định của pháp luật phải cụ thể, rõ ràng, rành mạch và quan trọng hơn cả là không tước đoạt quyền của những nhóm lợi ích riêng nào đó. Lễ công bằng sẽ không bao giờ cán đích nếu những quy định của pháp luật trở thành công cụ để che đậy sự không minh bạch về lợi ích.

Pháp luật và công lý không phải là hai hiện tượng đồng nhất, tuy nhiên trong Nhà nước pháp quyền, pháp luật chỉ được chấp nhận và khẳng định được vai trò khi trở thành công cụ tạo ra cơ hội bình đẳng cho tất cả các chủ thể và bảo vệ những chủ thể,

¹² Khoản 1 Điều 77 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

¹³ Điều 1 Luật Trách nhiệm bồi thường thiệt hại của Nhà nước năm 2017.

¹⁴ Nguyễn Sĩ Dũng (2017), *Bàn về Quốc hội và những thách thức của khái niệm*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, tr. 72.

có những địa vị pháp lý thấp hơn để họ có thể tự bảo vệ mình. Tuy nhiên, sự đúng đắn, tính phù hợp của pháp luật mới chỉ là tiền đề, điều kiện để pháp luật có hiệu quả chứ chưa phải là hiệu quả thực tế của pháp luật. Hoạt động thực hiện và áp dụng pháp luật cũng có vai trò hết sức quan trọng bảo đảm hiệu quả của pháp luật¹⁵.

3. Hoàn thiện pháp luật bảo đảm quyền tiếp cận công lý của cán bộ, công chức trong thực thi công vụ

Trong Nhà nước pháp quyền, pháp luật và công lý có mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Công lý phải trở thành mục tiêu trong xây dựng pháp luật. Nếu luật pháp được chấp nhận và được hiểu là một công cụ nhằm bảo vệ và tạo ra các cơ hội bình đẳng, đồng thời bảo đảm sự tiếp cận với quá trình công bằng và vô tư, thì luật pháp sẽ được tôn vinh là nền tảng của công lý¹⁶. Chính vì vậy, việc hoàn thiện hệ thống pháp luật luôn là một yêu cầu tự nhiên nhằm bảo đảm công lý và quyền tiếp cận công lý.

Thứ nhất, pháp luật điều chỉnh hoạt động công vụ của cán bộ, công chức cần phải tạo ra những bình đẳng về địa vị pháp lý của chủ thể trong thi hành công vụ. Về hình thức, cần tiến hành rà soát lại những văn bản vi phạm tính chặt chẽ về hình thức như Nghị định 06/2011/NĐ-CP đã đề cập ở trên. Về nội dung, những nguyên lý về phân cấp, phân quyền, uỷ quyền cho chính quyền địa phương cần được thực hiện có hiệu quả; bởi đây chính là một trong những bảo đảm pháp lý cho quyền tiếp cận công lý dưới góc độ bình đẳng về quyền và nghĩa vụ của các

chủ thể trong hoạt động công vụ. Một nguyên lý giản đơn trong mối quan hệ công vụ giữa các cấp chính quyền là cơ quan, tổ chức, cá nhân có khả năng thực hiện hiệu quả nhiệm vụ nào thì sẽ có khả năng được trao quyền và cơ chế để bảo đảm thực hiện nhiệm vụ đó. Theo quy định của Luật Tổ chức chính quyền địa phương, cơ quan nhà nước cấp trên có thể phân cấp nhiệm vụ, quyền hạn cho cơ quan nhà nước cấp dưới hoặc chính quyền địa phương và có trách nhiệm bảo đảm các nguồn lực và điều kiện cần thiết khác để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn mà mình phân cấp¹⁷. Việc thực hiện triệt để nguyên tắc phân cấp, phân quyền, uỷ quyền trong hoạt động của chính quyền địa phương sẽ góp phần gia tăng quyền tiếp cận công lý giữa các cấp chính quyền trong hoạt động công vụ.

Thứ hai, áp dụng những ưu điểm của mô hình công vụ việc làm để gắn kết chặt chẽ giữa kết quả thực thi công vụ của công chức với các chế độ đãi ngộ công chức về bổ nhiệm; đào tạo, bồi dưỡng; về trả lương là những yêu cầu chính đáng trong bảo đảm quyền tiếp cận công lý của một nền công vụ coi trọng chế độ thực tài. Tuy nhiên, yêu cầu về công lý chỉ có thể được bảo đảm khi nền công vụ xây dựng được một hệ thống tiêu chuẩn công việc đáp ứng mục tiêu của nền công vụ, một cơ chế đánh giá khách quan, minh bạch; không chỉ đánh giá về thành tích công tác (kết quả đạt được), mà quan trọng hơn là đánh giá được hành vi công vụ của cán bộ, công chức (kết quả đạt được đó bảo đảm các yêu cầu về mức độ phù hợp, mức độ hợp tác, tuân thủ kỷ luật, tuân thủ quy trình, thủ tục và tính sáng tạo).

(Xem tiếp trang 43)

¹⁵ Nguyễn Minh Đoan (2012), *Hiệu quả của pháp luật – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 15, 17.

¹⁶ Tạ Minh Lý (2014), *Tiếp cận công lý từ góc nhìn trợ giúp pháp lý (Cải cách tư pháp vì một nền tư pháp liêm chính)*, Nxb. Đại học Quốc gia, Hà Nội, tr. 311.

¹⁷ Khoản 3 Điều 13 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH TRONG LĨNH VỰC ĐƯA NGƯỜI LAO ĐỘNG VIỆT NAM ĐI LÀM VIỆC Ở NƯỚC NGOÀI THEO HỢP ĐỒNG

*Nguyễn Nhật Khanh**
*Nguyễn Thị Kim Duyên***

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số bất cập của các quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng, đồng thời đề xuất phương hướng hoàn thiện.

Abstract: The paper analyzes certain shortcomings of regulations on handling administrative violations on placement of Vietnamese workers for overseas employment under the contract, and makes proposals for improvement.

Hiện nay, việc xử phạt vi phạm hành chính đối với hoạt động đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng được quy định tại Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 và Nghị định số 95/2013/NĐ-CP ngày 22/8/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội và đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 88/2015/NĐ-CP ngày 07/10/2015 của Chính phủ) (sau đây gọi tắt là Nghị định số 95/2013/NĐ-CP). Tuy nhiên, các quy định này vẫn còn tồn tại một số bất cập, gây khó khăn cho công tác xử phạt vi phạm hành chính trong thực tiễn.

1. Một số bất cập trong các quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng

Thứ nhất, về các hình thức xử phạt

Khoản 2 và khoản 3 Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 quy định:

“2. Đối với mỗi hành vi vi phạm hành chính, doanh nghiệp, tổ chức sự nghiệp đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân có liên quan đến hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài phải chịu một trong các hình thức xử phạt chính sau đây:

a) Cảnh cáo;

b) Phạt tiền.

3. Ngoài hình thức xử phạt chính, doanh nghiệp, tổ chức sự nghiệp đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân có liên quan đến hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài còn có thể bị áp dụng một hoặc các hình thức xử phạt bổ sung sau đây:

a) Thu hồi giấy phép;

b) Tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính”.

Bên cạnh đó, khoản 5 và khoản 6 Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 lại quy định: Đối với mỗi hành vi vi phạm

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

** Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

hành chính, người lao động đi làm việc ở nước ngoài phải chịu một trong các hình thức xử phạt chính là cảnh cáo hoặc phạt tiền. Ngoài hình thức xử phạt chính, tùy theo tính chất, mức độ vi phạm, người lao động đi làm việc ở nước ngoài còn có thể bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung buộc về nước.

Như vậy, theo Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 thì “*Thu hồi giấy phép*”, “*Buộc về nước*” là hình thức xử phạt bổ sung. Trong khi đó, đối chiếu với Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì không hề có quy định về hình thức xử phạt bổ sung “*Thu hồi giấy phép*”, “*Buộc về nước*” mà chỉ quy định 3 hình thức xử phạt sau đây “*có thể được áp dụng với tư cách là hình thức xử phạt bổ sung trong xử phạt vi phạm hành chính*”: (i) Tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn; (ii) Tịch thu tang vật vi phạm hành chính, phương tiện được sử dụng để vi phạm hành chính; (iii) Trục xuất¹.

Ngoài ra, tại Nghị định số 95/2013/NĐ-CP, cũng không có bất cứ quy định nào áp dụng hình thức xử phạt bổ sung “*thu hồi giấy phép*” và “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” đối với các chủ thể này, thay vào đó Nghị định này lại quy định hình thức xử phạt bổ sung là “*đình chỉ hoạt động đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài có thời hạn*” (khoản 6 Điều 29, khoản 4 Điều 30, khoản 4 Điều 33, khoản 4 Điều 34) và “*đình chỉ việc thực hiện Hợp đồng cung ứng lao động có thời hạn*” (khoản 3 Điều 31, khoản 4 Điều 32). Như vậy, có thể thấy rằng, Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006, Luật Xử lý vi

phạm hành chính năm 2012, và Nghị định số 95/2013/NĐ-CP đã không có sự thống nhất trong quy định về việc áp dụng hình thức xử phạt bổ sung đối với doanh nghiệp hoạt động dịch vụ đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng.

Ngoài ra, điểm a khoản 4 Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 quy định doanh nghiệp, tổ chức sự nghiệp đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài, tổ chức có liên quan đến hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài vi phạm hành chính có thể bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Đình chỉ có thời hạn hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài*”. Tuy nhiên, các quy định xử phạt vi phạm hành chính đối với các chủ thể đó trong Nghị định số 95/2013/NĐ-CP không quy định biện pháp cưỡng chế này là biện pháp khắc phục hậu quả mà áp dụng như hình thức xử phạt bổ sung (khoản 6 Điều 29, khoản 4 Điều 30, khoản 4 Điều 33, khoản 4 Điều 34).

Đối chiếu với quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, có thể thấy rằng “*Đình chỉ có thời hạn hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài*” là một hình thức xử phạt bổ sung (tại Điều 21), trong khi đó quy định về các biện pháp khắc phục hậu quả (tại Điều 28) lại không quy định về biện pháp cưỡng chế này². Rõ ràng giữa Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 với Nghị định số 95/2013/NĐ-CP và

¹ Điều 21 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

² Điểm k khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 có quy định về các biện pháp khắc phục hậu quả khác nhưng các biện pháp này được giao cho Chính phủ quy định, chứ không phải do Quốc hội ban hành như Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006.

Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 có sự mâu thuẫn trong quy định về biện pháp cưỡng chế “*Đình chỉ có thời hạn hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài*”.

Khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 quy định: “*Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau*”. Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 và Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đều được ban hành bởi cùng một chủ thể là Quốc hội, trong khi đó Luật Xử lý vi phạm hành chính được ban hành sau nên văn bản được áp dụng để điều chỉnh sẽ là Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Do đó, cần xem xét sửa đổi các quy định về hình thức xử phạt trong Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 để tránh sự mâu thuẫn với Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và đảm bảo sự thống nhất trong hệ thống pháp luật.

Thứ hai, về các biện pháp khắc phục hậu quả

Biện pháp khắc phục hậu quả được hiểu là hình thức cưỡng chế do Nhà nước tiến hành, buộc người có hành vi vi phạm hành chính phải thực hiện những nghĩa vụ pháp lý nhất định nhằm hạn chế hoặc khôi phục lại tình trạng ban đầu do vi phạm hành chính gây ra. Biện pháp này có các đặc điểm cơ bản sau: (i) Là một hình thức cưỡng chế hành chính; (ii) Do chủ thể có thẩm quyền áp dụng; (iii) Nhằm mục đích hạn chế hoặc khôi phục lại tình trạng ban đầu do vi phạm hành chính gây ra; (iv) Áp

*dụng theo thủ tục hành chính*³.

Khoản 4 Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 quy định ngoài hình thức xử phạt chính và bổ sung thì doanh nghiệp, tổ chức sự nghiệp đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân có liên quan đến hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài còn có thể bị áp dụng một hoặc nhiều biện pháp khắc phục hậu quả sau đây: (i) Đình chỉ có thời hạn hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài; (ii) Tạm đình chỉ, đình chỉ thực hiện Hợp đồng cung ứng lao động; (iii) Đưa người lao động về nước theo yêu cầu của nước tiếp nhận người lao động hoặc của cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam; (iv) Bồi thường thiệt hại và chịu mọi chi phí phát sinh do hành vi vi phạm hành chính gây ra; (v) Các biện pháp khác do Chính phủ quy định.

Liên quan đến trách nhiệm hành chính, cần làm rõ đây là trách nhiệm pháp lý của cá nhân, tổ chức trước Nhà nước. Do vậy, việc phải thực hiện biện pháp chế tài của cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính là trách nhiệm của họ trước Nhà nước chứ không phải trước một tổ chức hay cá nhân cụ thể nào trong xã hội. Đây là điểm khác biệt giữa trách nhiệm hành chính với trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Trong trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, việc phải thực hiện các biện pháp chế tài của tổ chức, cá nhân bị truy cứu trách nhiệm dân sự là nghĩa vụ của họ trước một cá nhân, tổ chức cụ thể có các quyền và lợi

³ Cao Vũ Minh - Nguyễn Nhật Khanh, “Về biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt vi phạm hành chính”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6 (350), 2017, tr. 10-11.

ích dân sự bị xâm hại⁴.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 13 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012: “*Người vi phạm hành chính nếu gây ra thiệt hại thì phải bồi thường. Việc bồi thường thiệt hại được thực hiện theo quy định của pháp luật về dân sự*”. Như vậy, theo chúng tôi quy định “*Bồi thường thiệt hại do hành vi vi phạm hành chính gây ra*” tại điểm d khoản 4 Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 là một biện pháp khắc phục hậu quả không phù hợp với các đặc điểm của biện pháp cưỡng chế này cũng như mâu thuẫn với các quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

Điều đáng mừng là Nghị định số 95/2013/NĐ-CP không có điều khoản nào quy định biện pháp khắc phục hậu quả “*Bồi thường thiệt hại do hành vi vi phạm hành chính gây ra*” đối với các vi phạm hành chính cụ thể trong lĩnh vực đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng. Tuy nhiên, để “*bảo đảm tính hợp hiến, tính hợp pháp và tính thống nhất của văn bản quy phạm pháp luật trong hệ thống pháp luật*”⁵, cần phải loại bỏ quy định về biện pháp khắc phục hậu quả “*Bồi thường thiệt hại do hành vi vi phạm hành chính gây ra*” tại điểm d khoản 4 Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 cho phù hợp với quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

Thứ ba, về kỹ thuật lập quy trong Nghị định số 95/2013/NĐ-CP

Theo quy định tại Điều 75 Luật Người

lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006, đối với mỗi hành vi vi phạm hành chính, doanh nghiệp, tổ chức sự nghiệp đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân có liên quan đến hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài; người lao động đi làm việc ở nước ngoài phải chịu một trong các hình thức xử phạt chính là cảnh cáo hoặc phạt tiền. Tuy nhiên, trong Nghị định số 95/2013/NĐ-CP, không thấy có bất cứ quy định nào áp dụng hình thức xử phạt chính là “*cảnh cáo*” mà chỉ có quy định về hình thức xử phạt chính là “*phạt tiền*”.

Ngoài ra, điểm b khoản 3 Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 quy định doanh nghiệp, tổ chức sự nghiệp đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài, tổ chức, cá nhân có liên quan đến hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài có thể bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*”. Thế nhưng, Nghị định số 95/2013/NĐ-CP không quy định áp dụng hình thức xử phạt bổ sung “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” đối với bất cứ vi phạm hành chính nào liên quan đến hoạt động đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài”.

Theo quan điểm của nhóm tác giả, việc Nghị định số 95/2013/NĐ-CP “*khước từ*” hình thức xử phạt chính “*cảnh cáo*” và hình thức xử phạt bổ sung “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” đã làm giảm hiệu quả điều chỉnh của Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006. Bởi lẽ, trên thực tế việc xử phạt các vi phạm hành chính trong lĩnh vực này sẽ phải dựa vào các quy định cụ thể trong Nghị định số 95/2013/NĐ-CP. Vậy hình thức xử phạt chính “*cảnh*

⁴ Trường đại học Luật Hà Nội, Trần Minh Hương (chủ biên), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2012, tr. 328.

⁵ Khoản 1 Điều 5 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

cáo” và hình thức xử phạt bổ sung “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” trong Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 trở nên “vô giá trị” khi không thể áp dụng trong thực tiễn.

2. Kiến nghị hoàn thiện

Xử phạt vi phạm hành chính là một hoạt động áp dụng quy phạm pháp luật cụ thể, tức là một hoạt động thực thi quyền lực nhà nước. Với đặc thù là một biện pháp cưỡng chế hành chính, xử phạt vi phạm hành chính có khả năng gây ra thiệt hại nhất định cho các đối tượng bị áp dụng. Vì lẽ đó, các quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng cần phải được hoàn thiện để tạo ra khung pháp lý vững chắc cho hoạt động xử phạt trên thực tế. Để khắc phục các bất cập vừa nêu, chúng tôi đề xuất một số giải pháp cụ thể như sau:

Một là, để bảo đảm sự thống nhất với Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 cần bãi bỏ các quy định về hình thức xử phạt bổ sung “*Thu hồi giấy phép*”, “*Buộc về nước*” tại điểm a khoản 3 và khoản 6 Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006.

Đối với chế tài “*buộc về nước*”, theo chúng tôi không nên áp dụng với tư cách là một hình thức xử phạt mà phải là biện pháp khắc phục hậu quả vì biện pháp này khi áp dụng có khả năng khôi phục lại tình trạng ban đầu, như vậy sẽ phù hợp hơn về tính chất và mục đích. Vấn đề này đã được ghi nhận tại điểm a khoản 3 Điều 35 Nghị định số 95/2013/NĐ-CP khi quy định đối với người lao động đi làm việc ở nước ngoài và một số đối tượng liên quan khác: (i) Ở lại nước ngoài trái phép sau khi hết hạn Hợp đồng lao động, hết hạn cư trú; (ii) Bỏ trốn khỏi nơi đang làm việc theo hợp đồng; (iii)

Sau khi nhập cảnh nước tiếp nhận lao động mà không đến nơi làm việc theo hợp đồng sẽ bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc về nước*”.

Hai là, cần bãi bỏ chế tài “*Bồi thường thiệt hại do hành vi vi phạm hành chính gây ra*” tại điểm d khoản 4 Điều 75 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 vì chế tài này không phù hợp với bản chất, đặc điểm của biện pháp khắc phục hậu quả. Thay vào đó, việc bồi thường thiệt hại do vi phạm hành chính gây ra sẽ được thực hiện theo quy định của pháp luật dân sự (Điều 13 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012).

Ba là, khắc phục những điểm chưa thống nhất giữa Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 và Nghị định số 95/2013/NĐ-CP về các hình thức xử phạt bổ sung: “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*”, “*đình chỉ hoạt động đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài có thời hạn*” và “*đình chỉ việc thực hiện Hợp đồng cung ứng lao động có thời hạn*”.

Theo đó, cần loại bỏ quy định về hình thức xử phạt bổ sung “*tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính*” trong Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006, và cần bổ sung vào Luật các hình thức xử phạt bổ sung “*đình chỉ hoạt động đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài có thời hạn*”, “*đình chỉ việc thực hiện Hợp đồng cung ứng lao động có thời hạn*” để bảo đảm thống nhất với Nghị định số 95/2013/NĐ-CP cũng như thể hiện giá trị pháp lý của Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006.

(Xem tiếp trang 43)

ĐIỀU TRA VỤ ÁN HÌNH SỰ ĐỐI VỚI NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN BỊ BUỘC TỘI THEO PHÁP LUẬT THÁI LAN VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Nguyễn Phương Thảo*

Tóm tắt: Trên cơ sở phân tích, đánh giá thủ tục điều tra vụ án hình sự của Thái Lan đối với người bị buộc tội chưa thành niên, bài viết đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam.

Abstract: Basing on analysis and assessment of criminal investigation procedure under Thailand's law against juvenile offenders, the paper offers certain recommendations for improvement of Vietnam's law.

1. Mô hình tư pháp hình sự người chưa thành niên của Thái Lan

1.1. Khái niệm người chưa thành niên theo pháp luật Thái Lan

Thái Lan không có khái niệm chính thức về người chưa thành niên (CTN) (Juvenile), chỉ có thể tìm thấy trong pháp luật Thái Lan một số khái niệm liên quan đến trẻ em (Child) và thanh thiếu niên (Youth). Theo đó, các văn bản pháp luật có đề cập đến hai khái niệm này bao gồm:

- Luật Thúc đẩy sự phát triển của thanh thiếu niên và trẻ em quốc gia năm 2007 định nghĩa trẻ em (child) là người dưới 18 tuổi, và thanh thiếu niên (youth) là người nhỏ hơn 25 tuổi¹. Theo quy định này thì định nghĩa về thanh thiếu niên đã bao hàm luôn định nghĩa về trẻ em.

- Luật về Toà án gia đình và người CTN và thủ tục tố tụng liên quan đến gia đình và

người CTN năm 2010² (sau đây gọi là Luật TAGĐ và người CTN 2010), sửa đổi, bổ sung năm 2016 định nghĩa trẻ em là người trên độ tuổi quy định tại Điều 73 Bộ luật Hình sự (BLHS) nhưng chưa đủ 15 tuổi. Điều 73 BLHS Thái Lan năm 1956 (sửa đổi, bổ sung năm 2007)³ lại quy định trẻ em dưới 10 tuổi vi phạm pháp luật thì không phải chịu hình phạt. Do đó, có thể hiểu trẻ em theo quy định của Luật TAGĐ và người CTN 2010 là người từ đủ 10 tuổi đến dưới 15 tuổi. Luật này cũng quy định thanh thiếu niên là người trên 15 tuổi đến dưới 18 tuổi. Như vậy, có thể thấy pháp luật Thái Lan vẫn chưa có sự quy định rõ người đủ 15 tuổi thì được xem là trẻ em hay thanh thiếu niên.

Tuy nhiên, căn cứ vào quy định của Luật TAGĐ và người CTN 2010 thì ba trong số các trường hợp thuộc thẩm quyền

* Khoa Luật hình sự, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Điều 4 Luật Thúc đẩy sự phát triển của thanh thiếu niên và trẻ em quốc gia năm 2007 [National Child and Youth Development Promotion Act B.E. 2550 (2007)], thông qua ngày 30/12/2007, đăng trên Công báo của Chính phủ hoàng gia Thái Lan vào tháng 6/2008, số 6.

² Điều 3 Luật về Toà án gia đình và người CTN và thủ tục tố tụng liên quan đến gia đình và người CTN năm 2010, được đăng trên Công báo của Chính phủ hoàng gia Thái Lan vào tháng 4/2011, số 3.

³ Điều 73 BLHS Thái Lan năm 1956 (sửa đổi, bổ sung năm 2007) [Penal Code Amendment Act (No.18)], được đăng trên Công báo của Chính phủ hoàng gia Thái Lan vào tháng 9/2007, số 9. Nguồn: http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=82844, truy cập ngày 21/3/2018.

xét xử của Toà án gia đình và người CTN bao gồm⁴: Những vụ án hình sự mà trẻ em hay thanh thiếu niên phạm lỗi; vụ án liên quan đến những vấn đề về gia đình và những vụ án liên quan đến phúc lợi trẻ em. Bên cạnh đó, tên gọi của luật này có sử dụng từ “chưa thành niên” (juvenile) nên có thể hiểu đối tượng xét xử của toà án gia đình và người CTN không chỉ bao gồm trẻ em (child – từ đủ 10 tuổi đến dưới 15 tuổi) và thanh thiếu niên (youth – trên 15 tuổi đến dưới 18 tuổi) mà còn bao hàm cả người dưới 10 tuổi. Hay nói cách khác, người CTN (juvenile) có thể được hiểu là người dưới 18 tuổi. Cách hiểu này cũng phù hợp với những quy định và hướng dẫn của Liên hợp quốc (LHQ) mà Thái Lan là thành viên.

1.2. Khung pháp lý về tư pháp hình sự người chưa thành niên của Thái Lan

Tại Thái Lan, có nhiều văn bản pháp lý liên quan tạo nên một khung pháp lý đa dạng dành riêng cho người CTN phạm tội trong hệ thống tư pháp người CTN, từ việc bắt giữ, điều tra, giam giữ, bảo lãnh, truy tố, xét xử đến các vấn đề khác liên quan đến quá trình tạm giữ, chữa trị và phục hồi.

Văn bản pháp lý đầu tiên và quan trọng nhất cần được đề cập ở đây là Luật TAGĐ và người CTN 2010. Với tính chất là một loại thủ tục đặc biệt dành riêng cho người CTN được tách ra từ thủ tục tố tụng chung đối với người đã thành niên và được ban hành sau nên Luật TAGĐ và người CTN 2010 cần được sử dụng kết hợp với các Bộ luật áp dụng chung như Bộ luật Dân sự và Thương mại, BLHS và Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS). Do đó, những vấn đề nào không được quy định trong Bộ luật này

thì sẽ áp dụng những quy định trong các Bộ luật chung. Các cơ quan và người tiến hành tố tụng như cảnh sát, người bào chữa, Toà án, cơ quan quản chế cũng phải xem những quy định của Luật này như một khung pháp lý cơ bản và vận dụng vào quá trình xử lý người CTN vi phạm pháp luật.

Những cơ sở pháp lý khác liên quan đến người bị buộc tội CTN có thể bao gồm Luật Bảo vệ trẻ em năm 2003, những nguyên tắc và quy định của Bộ Tư pháp, Trung tâm Bảo vệ và giám sát trẻ em, Trung tâm quản chế, Ủy ban Bảo vệ trẻ em, Bộ Phát triển xã hội và an ninh nhân loại. Mặc dù những văn bản này đến từ các cơ quan khác nhau của Chính phủ nhưng đều có một ý nghĩa tương tự là cung cấp những dịch vụ hỗ trợ dành cho trẻ em phạm tội hướng đến mục tiêu bảo vệ trẻ em, phù hợp với những tiêu chuẩn quốc tế của LHQ liên quan đến quyền trẻ em và phúc lợi dành cho trẻ em.

1.3. Người tiến hành tố tụng chuyên trách theo pháp luật Thái Lan

Bên cạnh những cơ quan tiến hành tố tụng chuyên trách thì người tiến hành tố tụng chuyên trách đóng vai trò quan trọng trong việc xây dựng mô hình tư pháp hình sự người CTN của Thái Lan. Thẩm phán, công tố viên, điều tra viên là những người tiến hành tố tụng được đào tạo đặc biệt để tham gia vào quy trình tố tụng chuyên biệt dành riêng cho người CTN. Ở Thái Lan có những khoá huấn luyện chuyên sâu trong và ngoài nước liên quan đến người CTN bao gồm những kỹ năng và những phương pháp đặc biệt hỗ trợ tối đa cho quá trình điều tra, công tố hay xét xử tại phòng xử án dành riêng cho người CTN. Ngoài ra, bác sĩ, bác sĩ tâm thần, nhân viên quản chế và những người khác theo yêu cầu của Bộ Tư pháp⁵

⁴ Khoản 1, 3, 4 Điều 10 Luật TAGĐ và người CTN 2010. Nguồn: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=89334&p_country=T HA&p_count=441, truy cập ngày 21/3/2018.

⁵ Điều 39, 43 Luật TAGĐ và người CTN 2010.

cũng là những chủ thể hỗ trợ tích cực cho người CTN bị buộc tội trong suốt quá trình tố tụng.

1.4. Thủ tục tố tụng hình sự Thái Lan đối với người chưa thành niên bị buộc tội trong giai đoạn điều tra

1.4.1. Những quyền tố tụng đặc thù của người chưa thành niên bị buộc tội trong giai đoạn điều tra

Thứ nhất, là quyền có người bào chữa, cha mẹ, nhân viên xã hội, chuyên gia tâm lý. Ngay từ khi tiếp xúc lần đầu với cơ quan điều tra, người bị buộc tội CTN đã được đặt câu hỏi đã có luật sư bào chữa hay chưa, nếu không có thì sẽ được chỉ định một luật sư bào chữa hay một người tư vấn pháp lý trong suốt quá trình điều tra, đặc biệt là quá trình đặt câu hỏi và thẩm vấn. Trường hợp luật sư bào chữa không đến gặp người bị buộc tội mà không thông báo cho cơ quan điều tra (CQĐT) hay có thông báo đến nhưng không đến trong thời hạn luật định thì CQĐT vẫn tiếp tục tiến hành tố tụng và không cần sự có mặt của người bào chữa. Tuy nhiên, vấn đề này phải được ghi nhận lại trong hồ sơ vụ án⁶. Thêm vào đó, sự có mặt của công tố viên, chuyên gia tâm lý hay nhân viên xã hội và cha mẹ của người CTN hay một người khác mà đưa trẻ yêu cầu để có mặt là bắt buộc trong suốt quá trình thẩm vấn và là một nhân tố cần thiết để bảo vệ người CTN⁷.

Thứ hai, quyền được bảo vệ thông tin cá nhân. Trong trường hợp phải lộ diện người bị buộc tội dưới 18 tuổi, cơ quan điều

tra cần sắp xếp cho người bị buộc tội ở một nơi thích hợp để bảo vệ họ khỏi sự chú ý của những người khác⁸. Đặc biệt, trong suốt quá trình điều tra, nhân viên điều tra không được chụp ảnh hay tiến hành ghi hình người bị buộc tội CTN, trừ trường hợp cần thiết để phục vụ cho việc điều tra⁹. Một vấn đề quan trọng khác liên quan đến việc bảo vệ quyền riêng tư của người CTN cũng được đề cập trong luật này là cơ quan điều tra không được tiết lộ hay sử dụng hồ sơ liên quan đến những tội phạm do người CTN thực hiện dưới bất kỳ hình thức nào ngoại trừ trường hợp để giải quyết yêu cầu của Tòa án¹⁰.

1.4.2. Mô hình điều tra thân thiện theo pháp luật Thái Lan

Trong quá trình tố tụng, người CTN chỉ được thẩm vấn hai lần, một lần trong giai đoạn điều tra và một lần trong giai đoạn xét xử. Việc điều tra được tiến hành ở nơi riêng tư, phù hợp với trẻ em và không được ghi âm ghi hình đối với những trường hợp vụ án có nạn nhân và nhân chứng là người CTN. Tuy nhiên nếu cần thiết để phục vụ quá trình điều tra, tránh việc bức cung, dùng nhục hình đối với người bị buộc tội CTN thì có thể tiến hành ghi âm, ghi hình. Đặc biệt, Thái Lan có hệ thống lấy lời khai thân thiện đối với người CTN đáng để nghiên cứu và học hỏi. Thứ nhất, việc lấy lời khai sẽ được tiến hành ở một nơi riêng tư, có sự tham gia của một nhà tâm lý hoặc cán bộ phúc lợi xã hội, người bào chữa hay một cố vấn pháp lý, cha mẹ hoặc một người khác mà đưa trẻ tin tưởng lựa chọn. Thứ hai, công tố viên và cảnh sát sẽ theo dõi cuộc lấy lời khai từ một phòng liên kế qua hệ thống gương một chiều và hệ thống loa. Công tố viên sẽ tư

⁶ Điều 134/2 BLTTHS Thái Lan năm 1934, (sửa đổi, bổ sung năm 2004), Nguồn: http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=93536&p_country=THA&p_count=441&p_classification=01.04&p_classcount=17, truy cập ngày 21/3/2018.

⁷ Điều 84 BLTTHS Thái Lan năm 1934 (sửa đổi, bổ sung năm 2004).

⁸ Điều 133 BLTTHS Thái Lan năm 1934 (sửa đổi, bổ sung năm 2007).

⁹ Điều 76 Luật TAGĐ và người CTN năm 2010.

¹⁰ Điều 84 Luật TAGĐ và người CTN năm 2010.

vấn cho cán bộ xã hội về các câu hỏi cần đặt trong quá trình lấy lời khai thông qua hệ thống truyền âm thanh vào tai nghe mà người cán bộ xã hội này đeo. Cuộc lấy lời khai được ghi lại vào đĩa CD để công tố viên có thể nghe lại sau này nếu cần¹¹. Có thể nói những biện pháp điều tra thân thiện với người CTN này đã rất thành công trong việc làm giảm những chấn thương về tâm lý của trẻ em được lấy lời khai; giảm nguy cơ dùng bức cung nhục hình và tạo thuận lợi cho quá trình xét xử vụ án.

1.4.3. *Họp gia đình và cộng đồng ở Thái Lan*

Sau chương trình hợp tác và được tham gia huấn luyện ở New Zealand về thủ tục tố tụng thân thiện đối với người CTN năm 2000, Cục Giám sát và bảo vệ người CTN (Department of Juvenile Observation and Protection) đã lên kế hoạch đào tạo nhân viên để mở phiên Họp gia đình và cộng đồng (HGĐCĐ – tiếng Anh: Family and community group conference) đầu tiên vào 1/6/2003 và sau đó nhanh chóng áp dụng trong các trung tâm bảo vệ, phát triển người CTN trong phạm vi cả nước và rất thành công. Điều này có nguồn gốc sâu xa từ việc phần lớn người dân Thái Lan sống chủ yếu trong các gia đình có đông thành viên và có văn hoá làng xã nên luôn có xu hướng sử dụng các cuộc đàm phán để giải quyết tranh chấp trong nội bộ. Nạn nhân chỉ thường tìm đến thủ tục tố tụng hình sự truyền thống khi hành vi xâm phạm đến họ là tội phạm nghiêm trọng như tội giết người, tội cướp...¹² Ngoài ra, sự thành công của mô

hình này trên thực tiễn là dựa trên nền tảng những quy định của Luật TAGĐ và người CTN 2010. Tuy không quy định một cách chính thức trong luật về cách thức tổ chức và thủ tục tiến hành cuộc họp, nhưng những nội dung của văn bản này đã góp phần thúc đẩy mô hình họp gia đình và cộng đồng được triển khai hiệu quả trên thực tế. Cụ thể:

- Điều 82, 86 Luật TAGĐ và người CTN 2010 đã quy định rằng khi một đứa trẻ bị bắt giữ thì cảnh sát phải gửi chúng đến Trung tâm Giám sát và bảo vệ người CTN trong vòng 24 giờ. Giám đốc Trung tâm trong thẩm quyền của mình sẽ xem xét các yếu tố liên quan đến tuổi tác, hồ sơ cá nhân, hành vi, trình độ học vấn, tình trạng thể chất và tinh thần, nghề nghiệp, tình trạng tài chính và nguyên nhân của hành vi phạm tội để đề nghị công tố viên ra quyết định không truy tố. Tuy nhiên, trên thực tiễn thì nội dung của đề nghị này phải thoả mãn 3 điều kiện: Một là, hành vi bị cáo buộc có khung hình phạt dưới 5 năm tù, đây phải là vi phạm lần đầu và người bị buộc tội đã thừa nhận hành vi phạm tội của mình cũng như đồng ý để chịu sự giám sát của Trung tâm; hai là, bản thân người giám đốc tin rằng người CTN đó có thể sửa chữa và phục hồi được; ba là, nạn nhân đồng ý áp dụng biện pháp HGĐCĐ như một biện pháp thay thế quá trình xử lý chính thức¹³.

Những người tham gia vào cuộc họp này bao gồm nạn nhân, người CTN phạm pháp, cha mẹ hoặc người giám hộ, một nhà tâm lý hoặc cán bộ xã hội, đại diện cộng đồng, điều tra viên, công tố viên và người điều hành cuộc họp. Trong cuộc họp, nạn nhân và người CTN vi phạm giải thích về các tình tiết dẫn đến việc người vi phạm bị bắt. Những người khác sẽ được mời phát

¹¹ Điều 87/1, Điều 230/1 BLTTHS Thái Lan năm 1934 (sửa đổi, bổ sung năm 2004).

¹² Wanchai Roujanavong, “*Tư pháp phục hồi: Cuộc họp cộng đồng và gia đình (FCGC) ở Thái Lan*”, trích từ tài liệu Hội thảo quốc tế “Bước tiếp theo: Xây dựng cộng đồng phục hồi”, được tổ chức ở thành phố Manchester, Anh, năm 2006, tr.127.

¹³ Tlđđ, chú thích số 12, tr.129.

biểu ý kiến. Sau đó mọi người sẽ thống nhất về việc người CTN đó phải làm gì để khắc phục những hậu quả gây ra. Các phương án lựa chọn bao gồm xin lỗi nạn nhân, lao động phục vụ cộng đồng, và/hoặc bồi thường thiệt hại. HGĐCĐ của Thái Lan đã đạt được những thành công nhất định khi đã chuyển một số lượng lớn người CTN phạm tội ra khỏi quy trình tố tụng truyền thống. Quá trình này đã đạt được những thành công rất lớn. Từ khi biện pháp HGĐCĐ bắt đầu được áp dụng từ đầu tháng 6 năm 2003 đến tháng 5 năm 2007, gần 15.000 vụ việc đã được chuyển hướng ra khỏi hệ thống Tòa án. Và chỉ có 3% số trẻ em được xử lý bằng HGĐCĐ tái phạm¹⁴.

2. Một số vấn đề về điều tra vụ án hình sự đối với người bị buộc tội dưới 18 tuổi theo pháp luật Việt Nam và những kiến nghị hoàn thiện

2.1. Khung pháp lý chuyên biệt về tư pháp hình sự người chưa thành niên

Thái Lan đã có Luật TAGĐ và người CTN và thủ tục tố tụng cho người CTN năm 2010, đáp ứng khuyến nghị của LHQ đối với các quốc gia thành viên. Do đó, Việt Nam cũng nên xây dựng cho hệ thống pháp luật quốc gia một đạo luật riêng mang tính chuyên biệt và chuyên trách như thế. Bởi nếu chúng ta chỉ cố gắng hoàn thiện các bộ luật chung (BLHS, BLTTHS, Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự...) với các quy định đối với người CTN thì sẽ vô tình tạo nên sự đồ sộ và tính chuyên biệt không cần thiết đối với các bộ luật chung. Hơn nữa, việc có một đạo luật riêng về người CTN sẽ hạn chế tối đa những quy định mâu thuẫn, chồng chéo nằm rải rác trong các văn bản pháp luật liên quan và thuận tiện cho việc sửa đổi, bổ sung do những quy định này đã

được tụ về một mối. Tuy nhiên, việc xây dựng được một đạo luật riêng về người CTN cần một quá trình dài nghiên cứu, học hỏi từ pháp luật của các quốc gia có nền tư pháp phát triển cũng như tổng hợp, đúc kết kinh nghiệm từ thực tiễn áp dụng. Trong thời gian chưa xây dựng được đạo luật riêng này, chúng ta cũng cần tiếp tục hoàn thiện những quy định pháp luật về tư pháp hình sự người CTN, đặc biệt trong BLTTHS năm 2015 và những văn bản pháp luật liên quan.

2.2. Người tiến hành tố tụng chuyên trách

Theo quy định của BLTTHS năm 2015 và Thông tư liên tịch (TTLT) số 01/2011¹⁵ hướng dẫn về thủ tục tố tụng hình sự đối với người CTN thì người tiến hành tố tụng trong vụ án có người CTN là “Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán đã được đào tạo hoặc có kinh nghiệm về điều tra, truy tố, xét xử đối với người CTN hoặc người có hiểu biết cần thiết về tâm lý học, khoa học giáo dục cũng như về hoạt động đấu tranh phòng chống tội phạm liên quan đến người CTN”¹⁶. Tuy nhiên, cả hai văn bản này vẫn chưa giải thích rõ về “kinh nghiệm” và “hiểu biết cần thiết” được hiểu như thế nào. Khắc phục những thiếu sót này, Dự thảo TTLT thay thế TTLT số 01/2011 ngày 25/09/2017 đã quy định người có kinh nghiệm điều tra, truy tố, xét xử người CTN là người đã có kinh nghiệm điều tra, truy tố, xét xử các vụ án liên quan đến người dưới 18 tuổi từ 02 năm trở lên hoặc từ 05 vụ án

¹⁴ Tlđđ, chú thích số 12, tr.132.

¹⁵ Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH của Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Tư pháp, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội ngày 12/07/2011 hướng dẫn thi hành một số quy định của BLTTHS đối với người tham gia tố tụng là người CTN.

¹⁶ Điều 415 BLTTHS năm 2015. Điều 4 TTLT số 01/2011.

trở lên hoặc đã có chứng chỉ đào tạo, bồi dưỡng về kỹ năng giải quyết các vụ án có người tham gia tố tụng là người dưới 18 tuổi, về tâm lý học, khoa học giáo dục đối với người dưới 18 tuổi. Đồng thời, dự thảo này cũng mở rộng đối tượng người tiến hành tố tụng được phân công giải quyết những vụ án liên quan đến người CTN không chỉ bao gồm điều tra viên, kiểm sát viên, thẩm phán mà còn cán bộ điều tra, kiểm tra viên, nhưng ở đây lại thiếu chức danh thẩm tra viên¹⁷.

Do đó, thiết nghĩ cần sớm thông qua dự thảo sửa đổi, bổ sung TTLT số 01/2011 theo hướng giải thích rõ điều kiện “kinh nghiệm” và “hiểu biết cần thiết” của người tiến hành tố tụng được hiểu như thế nào; đồng thời bổ sung thêm chức danh “thẩm tra viên” vào diện người có thẩm quyền tiến hành tố tụng đối với người dưới 18 tuổi. Ngoài ra, học hỏi từ pháp luật Thái Lan, cần quy định điều tra viên, kiểm tra viên và hội thẩm nhân dân phải có ít nhất một người là nữ để đảm bảo quá trình tố tụng hình sự thân thiện trong những vụ án hình sự có người CTN, đặc biệt là những hoạt động tố tụng mang lại cảm giác sợ hãi và sự kích động về tâm lý cho người CTN như hỏi cung, lấy lời khai, hay các biện pháp điều tra khác như khám người, xem xét dấu vết trên thân thể và hoạt động xét hỏi tại phiên tòa.

2.3. Những quyền tố tụng đặc thù của người dưới 18 tuổi trong giai đoạn điều tra

2.3.1. Quyền bào chữa

Điều 421 BLTTHS năm 2015 quy định việc lấy lời khai người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, bị tạm giữ, hỏi cung bị can phải có mặt người bào chữa hoặc người đại diện của họ. Như phân tích ở

trên, việc sử dụng từ “hoặc” chứ không phải từ “và” là không đảm bảo quyền bào chữa của người bị buộc tội dưới 18 tuổi. Điều luật cũng không quy định khi tiến hành đối chất phải có mặt người bào chữa và người đại diện cũng là một thiếu sót. Do đó, cần sửa đổi quy định tại khoản 2 Điều 421 BLTTHS năm 2015 theo xu hướng của pháp luật Thái Lan, nghĩa là quá trình lấy lời khai, hỏi cung, đối chất phải có mặt của người bào chữa và cả người đại diện của người bị buộc tội dưới 18 tuổi chứ không phải chỉ có một trong hai như quy định hiện hành.

2.3.2. Quyền được bảo vệ thông tin cá nhân

Đối với nguyên tắc đảm bảo giữ bí mật cá nhân của người dưới 18 tuổi. So với hướng dẫn của LHQ và kinh nghiệm từ pháp luật Thái Lan thì Việt Nam vẫn chưa có hướng dẫn cụ thể nào về cách thức giữ bí mật cá nhân đối với người dưới 18 tuổi, chỉ đề cập đến việc cần tiến hành tố tụng trong môi trường thuận tiện để đảm bảo giữ bí mật đời tư và danh dự, nhân phẩm của người CTN¹⁸. Do đó, trong quá trình tố tụng, cần quy định hồ sơ vụ án liên quan đến người CTN phạm tội phải được giữ kín và bí mật đối với bên thứ ba. Nghĩa là quyền xem xét các hồ sơ này chỉ giới hạn trong những người có liên quan trực tiếp tới việc điều tra, xét xử và đưa ra phán quyết về vụ án hay những nhà chức trách có liên quan, trong đó bao gồm cả những nhà nghiên cứu. Ngoài ra, đối với các vụ án xét xử kín người dưới 18 tuổi, cần có quy định cấm sử dụng các thiết bị ghi âm, ghi hình phiên tòa xét xử hoặc nếu có thì chỉ do tòa án thực hiện và bảo vệ dưới chế độ tuyệt mật, tối mật để phục vụ cho công tác lưu trữ, đồng thời để đảm bảo tính khách quan

¹⁷ Điều 5 Dự thảo TTLT thay thế TTLT số 01/2011 hướng dẫn thi hành một số quy định của BLTTHS đối với người tham gia tố tụng là người CTN.

¹⁸ Khoản 3 Điều 3 TTLT số 01/2011.

khi có sự xem xét trở lại của người có thẩm quyền theo đúng quy trình¹⁹. Cấm xuất bản và có chế tài cụ thể đối với những người nắm được hồ sơ vụ án mà làm lộ thông tin nhận dạng của người dưới 18 tuổi²⁰.

2.4. Mô hình điều tra thân thiện

“Điều tra thân thiện” là một khái niệm khá mới mẻ ở Việt Nam. Tuy nhiên xét về khía cạnh quốc tế thì đây là một mô hình điều tra gắn liền với những nguyên tắc, chuẩn mực quốc tế, có sự cân bằng giữa quyền lợi của trẻ em với luật pháp quốc gia và nhu cầu của cộng đồng. Đây cũng là khái niệm khá phổ biến trong khoa học pháp lý quốc tế, đặc biệt là các quốc gia có nền tư pháp hình sự người CTN phát triển, là một trong những chỉ số đánh giá mức độ đảm bảo việc thực hiện quyền của người CTN. Mô hình điều tra thân thiện bao gồm nhiều yếu tố hợp thành, trong đó, mô hình “phòng điều tra thân thiện” lại là một trong những công cụ hữu hiệu, hỗ trợ đắc lực cho quá trình điều tra mang tính chất thân thiện đối với người dưới 18 tuổi.

Tại Việt Nam, mô hình phòng điều tra thân thiện đang trong quá trình xây dựng và hoàn thiện. Mô hình này là một trong những cách thức để đảm bảo việc thực hiện các nguyên tắc tiến hành tố tụng hình sự thân thiện dành riêng cho người CTN và được thể hiện thông qua những quy định liên quan đến sự có mặt của người bào chữa, người đại diện trong quá trình lấy lời khai và hỏi cung; về việc rút ngắn thời gian lấy lời khai và hỏi cung; về việc hạn chế tiếp xúc giữa người bị buộc tội với nhân chứng

và nạn nhân là người dưới 18 tuổi trong quá trình lấy lời khai, hỏi cung... Tuy nhiên, những nội dung này vẫn còn chưa thật sự rõ ràng nên khó khăn trong việc xây dựng các cơ chế áp dụng. Dự thảo TTLT thay thế TTLT số 01/2011 đã có một số quy định liên quan đến việc lấy lời khai, hỏi cung người dưới 18 tuổi mang tính chất thân thiện khá rõ ràng, cụ thể²¹:

- Trường hợp lấy lời khai, hỏi cung tại nơi tiến hành điều tra thì phải được sắp xếp, bố trí đảm bảo thân thiện, phù hợp với tâm lý người dưới 18 tuổi.

- Khi tiến hành lấy lời khai, hỏi cung, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải có thái độ thân thiện, nhẹ nhàng, sử dụng ngôn ngữ phù hợp với độ tuổi, giới tính, khả năng nhận thức của họ; xem xét áp dụng các biện pháp phù hợp nhằm giảm đến mức thấp nhất thời gian, số lượng lần lấy lời khai, hỏi cung và phải tạm dừng ngay việc lấy lời khai, hỏi cung khi người dưới 18 tuổi có biểu hiện mệt mỏi, ảnh hưởng đến khả năng khai báo chính xác, đầy đủ.

Ngoài ra, ngày 20/8/2008, Tổng cục Cảnh sát nhân dân thuộc Bộ Công an đã phối hợp với Quỹ Nhi đồng LHQ (Unicef) tổ chức tập huấn về công tác điều tra theo hướng thân thiện với trẻ em, vạch ra lộ trình tổ chức phòng điều tra thân thiện và đã thí điểm ở một số nơi như Hà Nội, Hải Phòng, Lào Cai, Đồng Tháp, thành phố Hồ Chí Minh. Trong đó, có một số nội dung cần nghiên cứu trong quá trình hoàn thiện pháp luật liên quan đến mô hình phòng điều tra thân thiện như²²:

¹⁹ Viện khoa học kiểm sát Viện kiểm sát nhân dân tối cao, *Mô hình tố tụng hình sự một số nước trên thế giới*, Thông tin khoa học kiểm sát, (1 và 2), năm 2011, tr.5.

²⁰ Điều 22 Luật mẫu về tư pháp người CTN năm 2013.

²¹ Khoản 1 và 4 Điều 13 Dự thảo TTLT thay thế TTLT số 01/2011.

²² Thông tấn xã Việt Nam, “Phòng điều tra thân thiện với tội phạm vị thành niên”, <https://www.tienphong.vn/phap-luat/phong-dieu-tra-than-thien-voi-toi-pham-vi-thanh-nien-134870.tpo>, truy cập ngày 21/3/2018.

- “Phòng điều tra thân thiện” được xây dựng như tên gọi, thân thiện từ màu sơn, bố cục gian phòng; có một số đồ chơi dành cho nhân chứng, bị hại là trẻ em.

- Các điều tra viên sẽ không trực tiếp ngồi đối diện với các em như trước đây, mà sẽ ngồi sau những tấm kính một chiều để ghi lời khai. Các em sẽ không nhìn thấy cán bộ công an nên sẽ thoải mái hơn khi trả lời câu hỏi.

Ngoài ra, học hỏi từ mô hình phòng điều tra thân thiện của Thái Lan, có thể đưa ra một số đề xuất như sau:

- Việc lấy lời khai, hỏi cung chỉ được tiến hành khi có sự tham gia của người đại

diện hoặc một người khác mà đưa trẻ tin tưởng lựa chọn, người bào chữa, một nhà tâm lý hoặc nhân viên phúc lợi xã hội.

- Kiểm sát viên và cảnh sát sẽ theo dõi cuộc lấy lời khai từ một phòng liền kề qua hệ thống gương một chiều và hệ thống loa. Người tiến hành lấy lời khai và hỏi cung là cán bộ xã hội. Kiểm sát viên sẽ tư vấn cho cán bộ xã hội này về các câu hỏi cần đặt trong quá trình lấy lời khai thông qua hệ thống truyền âm thanh vào tai nghe mà người cán bộ xã hội này đeo. Cuộc lấy lời khai được ghi lại vào đĩa CD để người tiến hành tố tụng có thể nghe lại sau này nếu cần.

(Tiếp theo trang 30 – Quyền tiếp cận công lý...)

Thứ ba, bình đẳng về địa vị pháp lý còn đòi hỏi sự bình đẳng về trách nhiệm trong hoạt động công vụ. Điều chỉnh nguyên tắc xử lý kỷ luật để bảo đảm công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý và công chức không giữ chức vụ lãnh đạo quản lý sẽ bị áp dụng trách nhiệm pháp lý như nhau đối với cùng một hành vi vi phạm pháp luật công vụ là việc làm cần thiết. Trên thực tế, quy định của pháp luật đối với hai hình thức:

Giáng chức, cách chức đã được xây dựng theo hướng đặc thù, chủ yếu áp dụng đối với những hành vi vi phạm liên quan đến chức vụ lãnh đạo, quản lý. Do vậy, nguyên tắc xử lý kỷ luật tại khoản 3 Điều 2 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP như đã phân tích chỉ có thể áp dụng theo hướng loại trừ hai hình thức giáng chức, cách chức. Bình đẳng trong trách nhiệm pháp lý giúp chủ thể hoạt động công vụ có niềm tin vào công lý.

(Tiếp theo trang 35 – Hoàn thiện pháp luật...)

Đồng thời, để hạn chế tình trạng Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 bị “vô hiệu hóa” bởi Nghị định số 95/2013/NĐ-CP, theo chúng tôi, khi sửa đổi, bổ sung các quy định của Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 cần xem xét loại bỏ hình thức xử phạt chính là “*cảnh cáo*” ra khỏi hệ thống các hình thức xử phạt chính đối với vi phạm hành chính trong hoạt động đưa người

lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài. Ngoài ra, để tăng cường hiệu quả xử phạt, các nhà làm luật có thể cân nhắc đưa vào Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 các hình thức xử phạt vi phạm hành chính được quy định tại Điều 21 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 như “*Tước quyền sử dụng Giấy phép hoạt động dịch vụ đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài có thời hạn*”.

QUYỀN ĐƯỢC HƯỞNG CHẾ ĐỘ ƯU ĐÃI VÀ MIỄN, GIẢM CỦA NGƯỜI NỘP THUẾ THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM

*Nguyễn Trung Dương**

Tóm tắt: Bài viết phân tích thực trạng pháp luật Việt Nam hiện hành về quyền được hưởng chế độ ưu đãi, miễn, giảm của người nộp thuế, từ đó đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: The paper analyzes current situation of Vietnam's law on the right to enjoy tax incentives, exemption and reduction of taxpayers, thereby making proposals for improvement.

1. Đặt vấn đề

Ưu đãi thuế được định nghĩa theo nhiều cách khác nhau. Trong đó, có thể định nghĩa ưu đãi thuế là các quy định pháp luật cho phép giảm gánh nặng thuế của nhà đầu tư để khuyến khích họ thực hiện hoạt động đầu tư theo những cách thức mong muốn nhất định¹. Có những nghiên cứu định nghĩa ưu đãi thuế là việc áp dụng các chính sách thuế khác với các quy định chung nhằm tạo ra sự ưu đãi cho một số đối tượng người nộp thuế cụ thể. Theo đó, các quy định chính sách thuế khi được áp dụng chung cho mọi đối tượng người nộp thuế thì không được coi là ưu đãi thuế².

Miễn, giảm thuế “là những trường hợp mà người nộp thuế có nghĩa vụ nộp thuế cho Nhà nước nhưng vì những lý do nhất định pháp luật cho phép người nộp thuế

được miễn thuế hoặc giảm số tiền thuế này”³ hay nói cách khác là việc các cá nhân và tổ chức nộp thuế có những dấu hiệu và sự kiện dự liệu trong luật được giảm một phần số thuế phải nộp hoặc được giảm nghĩa vụ nộp thuế trong một thời hạn nhất định. Thực chất miễn, giảm thuế là các trường hợp do pháp luật dự liệu nhằm thực hiện chính sách ưu đãi thuế, chính sách khuyến khích của nhà nước dành cho người nộp thuế hoặc sự chia sẻ khó khăn của nhà nước cùng người nộp thuế. Tùy từng loại thuế mà Nhà nước có thể đưa ra, dự liệu trước những trường hợp sẽ được phép miễn, giảm thuế khác nhau.

Ưu đãi thuế có nhiều hình thức khác nhau và có thể khái quát thành các nhóm chủ yếu như sau:

- (i) Ưu đãi về thuế suất;
- (ii) Ưu đãi về thời gian miễn thuế, giảm thuế (miễn, giảm thuế có thời hạn);
- (iii) Giảm trừ thu nhập chịu thuế trong đầu tư (investment allowances);

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

¹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2000), “Tax incentives and foreign direct investment: A global survey”, ASIT Advisory Studies No. 16, UNCTAD, Geneva.

² Keen, M. (2015), “Tax incentives”, Proceedings of the Sixth IMF-Japan High Level Tax Conference for Asian Countries.

³ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình luật thuế*, Nxb. Hồng Đức, Tp. Hồ Chí Minh, 2016, tr. 475.

(iv) Giảm trừ nghĩa vụ thuế phải nộp (tax credits);

(v) Miễn, giảm thuế nhập khẩu hay thuế gián thu;

(vi) Khấu hao nhanh;

(vii) Ưu đãi cho các đặc khu như khu kinh tế, khu chế xuất.

Quyền được hưởng chế độ ưu đãi và miễn, giảm thuế không nên hiểu đơn thuần là một quyền của người nộp thuế mà cần phải được nhìn nhận dưới góc độ là một quyền con người. Cơ sở lý luận của việc được thụ hưởng quyền này của người nộp thuế thể hiện thông qua bản chất của việc điều tiết thuế.

Thứ nhất, về mặt lý luận thì thuế được điều tiết dựa trên cơ sở hành vi chịu thuế của các tổ chức, cá nhân trong xã hội. Tuy nhiên, trong một số trường hợp nhất định thì hành vi của các chủ thể này có thể bị ảnh hưởng bởi những yếu tố xảy ra xung quanh nó dẫn tới hệ quả là giảm sút khả năng nộp thuế. Điều này đặt ra yêu cầu là Nhà nước phải thực hiện việc miễn, giảm thuế nhằm tạo ra sự bình đẳng cho những hành vi chịu thuế bị ảnh hưởng bởi sự tác động của các yếu tố xung quanh đó so với các hành vi khác.

Thứ hai, việc điều tiết thuế để tạo lập ngân sách đồng nghĩa với việc Nhà nước đã buộc các chủ thể trong xã hội phải hy sinh một phần lợi ích của mình để đóng góp cho nhà nước. Do đó, thuế có mối liên hệ trực tiếp đến lợi ích tài chính, đến túi tiền và quyền sở hữu của các chủ thể này. Như vậy, trong thực tế nếu như các chủ thể gặp khó khăn về tài chính hay những sự kiện bất ngờ ảnh hưởng tới quyền lợi tài chính của họ thì việc Nhà nước xem xét miễn, giảm thuế cho họ là hoàn toàn hợp lý.

2. Thực trạng quy định về quyền được hưởng ưu đãi, miễn, giảm của người nộp thuế

Thứ nhất, diện được hưởng ưu đãi, miễn, giảm thuế rộng

Các trường hợp được hưởng ưu đãi, miễn, giảm thuế theo quy định của pháp luật Việt Nam nhìn chung còn khá lớn và dàn trải (bao gồm cả ưu đãi, miễn, giảm theo lĩnh vực và ưu đãi, miễn, giảm theo địa bàn)⁴ nhưng lại chưa thực sự đem lại hiệu quả. Thậm chí trong nhiều trường hợp, các quy định này còn bị các tổ chức, cá nhân trong xã hội lợi dụng để trốn thuế, gây thất thoát cho ngân sách nhà nước⁵, đặc biệt là đối với các sắc thuế trực thu như thuế thu nhập doanh nghiệp (TNDN) và thuế thu nhập cá nhân (TNCN). Có thể đơn cử một số ví dụ cụ thể sau để thấy được rằng chính cách quy định dàn trải, thiếu kiểm soát này đã gây ra sự méo mó về chính sách và nhiều trường hợp tạo nên sự không công bằng trong việc hưởng ưu đãi, miễn, giảm thuế của các tổ chức, cá nhân trong xã hội.

⁴ Theo thống kê của tổ chức Oxfam thì trên cả nước hiện nay có khoảng 30 lĩnh vực khuyến khích đầu tư, 27 lĩnh vực thuộc diện đặc biệt khuyến khích đầu tư; có 53/63 tỉnh thành phố có huyện, xã thuộc địa bàn khuyến khích đầu tư, trong đó có áp dụng quy định về miễn, giảm thuế. Ngoài ra, có 300 khu kinh tế, khu công nghiệp đang áp dụng chính sách miễn, giảm thuế. Xem: Oxfam (2016), *Báo cáo nghiên cứu đánh giá chính sách ưu đãi thuế tại Việt Nam*, tr. 5. Tại kỳ họp thứ 3 và 4, Quốc hội khóa XIV đã xem xét thông qua và chuẩn bị thông qua nhiều đạo luật, trong đó có quy định chính sách miễn, giảm thuế như dự án Luật Chuyển giao công nghệ, Luật Đường sắt (sửa đổi), Luật Các tổ chức tín dụng (sửa đổi), Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa, Luật Thủy lợi, Luật Du lịch, Luật Thủy sản, Luật Bảo vệ và phát triển rừng... tất cả những đạo luật này đều chứa đựng quy định miễn, giảm thuế và cơ chế tài chính đặc thù.

⁵ Xem: Trung Kiên, *Nhiều ưu đãi làm méo mó chính sách thuế và dễ bị lợi dụng*, Tạp chí Thuế nhà nước, số 21 (640), năm 2017, tr. 8.

Về cơ bản trên thế giới có hai quan điểm đối với chính sách ưu đãi thuế TNDN: (i) Các nước phát triển phương Tây thường ít áp dụng chính sách ưu đãi thuế vì cho rằng ưu đãi thuế gây méo mó chính sách và dễ dẫn đến lợi dụng; (ii) Các nước đang phát triển, trong đó bao gồm hầu hết các nước châu Á và ASEAN sử dụng nhiều biện pháp ưu đãi thuế TNDN vì cho rằng chính sách ưu đãi thuế có tác dụng thu hút, khuyến khích đầu tư, phát triển kinh tế-xã hội theo chiến lược phát triển kinh tế-xã hội của quốc gia⁶. Ở Việt Nam, để thu hút đầu tư, các chính sách ưu đãi thuế ở mức cao đang được áp dụng đối với doanh nghiệp trong khu kinh tế cũng như tại địa bàn kém phát triển. Tuy nhiên, đến nay cũng có rất ít bằng chứng chứng minh ưu đãi thuế theo địa bàn có hiệu quả thu hút đầu tư vào các khu vực này. Thực tế thời gian qua đã cho thấy, Việt Nam đã áp dụng chính sách ưu đãi thuế khá cao đối với các dự án đầu tư vào địa bàn kém phát triển song các vùng này vẫn gặp nhiều khó khăn trong thu hút đầu tư do những hạn chế về vị trí địa lý cũng như kết cấu hạ tầng⁷. Tương tự như vậy, pháp luật thuế Việt Nam cũng áp dụng chính sách ưu đãi về thuế cao đối với các dự án đầu tư vào một số lĩnh vực nông nghiệp,

tuy nhiên tỷ trọng thu hút đầu tư vào lĩnh vực này cũng còn khá thấp⁸.

Một đặc thù khác của Việt Nam là chính sách ưu đãi thuế TNDN chủ yếu là các loại hình ưu đãi dựa trên lợi nhuận của doanh nghiệp, trong đó hình thức ưu đãi về giảm mức thuế suất, áp dụng thời gian miễn thuế, giảm thuế là phổ biến nhất. Do đó, khi hết kỳ ưu đãi thuế, các doanh nghiệp sẽ có xu hướng thay đổi dự án đầu tư để được hưởng kỳ ưu đãi mới, từ đó tối đa hóa được lợi nhuận của doanh nghiệp mình. Điều này trên thực tế đã gây ra sự không công bằng giữa các doanh nghiệp.

Như vậy, có thể thấy rằng, việc pháp luật thuế quy định các trường hợp được hưởng ưu đãi, miễn, giảm quá rộng và thiếu tập trung không những không mang lại hiệu quả như mong muốn, mà ngược lại trong nhiều trường hợp còn tạo nên sự bất bình đẳng không đáng có giữa các chủ thể trong việc hưởng ưu đãi, miễn, giảm thuế. Bên cạnh đó, việc triển khai các ưu đãi thuế một cách tràn lan còn làm giảm thu ngân sách nhà nước. Theo dự toán năm 2018, tỷ lệ huy động ngân sách nhà nước từ thuế, phí là 19,7% GDP, giảm so với năm 2017 (20,1% GDP) và không đạt mục tiêu đề ra cho giai đoạn 2016 - 2020 là tỷ lệ huy động từ thuế, phí khoảng 21% - 22% GDP⁹. Một trong những nguyên nhân dẫn đến sự sụt giảm này đến từ các chính sách ưu đãi, miễn, giảm thuế. Các chuyên gia ước tính nếu tiếp tục giảm 1% thuế TNDN thì sẽ làm giảm thu ngân sách khoảng 6.000 tỷ đồng/năm,

⁶ Lê Quang Thuận - Viện Chiến lược và chính sách tài chính, *Xu hướng cải cách thuế thu nhập doanh nghiệp trên thế giới*, Tạp chí Tài chính, số 4, năm 2013.

⁷ Tỷ lệ vốn đầu tư trực tiếp nước ngoài (FDI) đăng ký theo vùng: Đồng bằng sông Cửu Long (4%), Trung du và miền núi phía Bắc (0,5%), Bắc Trung Bộ và Duyên hải miền Trung (21%), Đông Nam Bộ (44%) Tây Nguyên (0%), Đồng bằng sông Hồng (25%). Xem: Oxfam (2016), *Báo cáo nghiên cứu đánh giá chính sách ưu đãi thuế tại Việt Nam*, tr. 32.

⁸ Tỷ trọng vốn đầu tư cho nông nghiệp chỉ chiếm gần 7% tổng vốn đầu tư toàn xã hội và khoảng 1% số vốn FDI đăng ký vào Việt Nam.

⁹ Dự toán ngân sách nhà nước năm 2017, 2018. Nguồn: Cổng thông tin điện tử Bộ Tài chính.

trong khi đó tỷ lệ bội chi ngân sách nhà nước đang có xu hướng tăng¹⁰.

Thứ hai, lồng ghép nhiều chính sách xã hội vào chính sách thuế

Không thể phủ nhận rằng, các quy định về ưu đãi, miễn, giảm thuế trong nhiều trường hợp là thực sự cần thiết và hiệu quả để đảm bảo sự công bằng xã hội hay thu hút đầu tư. Tuy nhiên, cùng với xu thế vận động và phát triển của thuế hiện đại, hệ thống pháp luật thuế Việt Nam cần phải được rà soát lại một cách tổng thể để chính sách miễn, giảm thực sự phát huy được hiệu quả đích thực của nó. Bởi lẽ, hiện nay, tình trạng lồng ghép các chính sách xã hội vào chính sách thuế là khá phổ biến. Hiệu quả của các chính sách này trên thực tế chưa được nghiên cứu, đánh giá một cách thỏa đáng, nhưng có thể dễ dàng nhận thấy việc thuế được sử dụng như một công cụ hữu hiệu để giải quyết những vấn đề mang tính xã hội đã làm mất đi tính trung lập của thuế đồng thời chưa thực sự phù hợp với thông lệ quốc tế¹¹.

Chính sách miễn thuế TNDN hiện đang được áp dụng đối với thu nhập từ hoạt động sản xuất - kinh doanh hàng hóa, dịch vụ của doanh nghiệp dành riêng cho lao động là người tàn tật; thu nhập từ hoạt động dạy nghề dành riêng cho người dân tộc thiểu số, người tàn tật, trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt khó khăn. Theo quy định hiện hành, doanh

ngiệp sản xuất, xây dựng, vận tải sử dụng nhiều lao động nữ cũng được hưởng các chính sách ưu đãi về thuế TNDN. Chính sách ưu đãi thuế TNDN đối với doanh nghiệp sử dụng nhiều lao động nữ có mục tiêu là tạo nhiều việc làm cho phụ nữ, nhưng việc đánh giá hiệu quả thực tế của chính sách này hiện cũng đang là vấn đề gây tranh cãi, mặc dù việc sử dụng nhiều lao động nữ có thể tạo ra những gánh nặng cho doanh nghiệp. Theo báo cáo của Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội về tình hình thực hiện ưu đãi thuế đối với doanh nghiệp sử dụng nhiều lao động nữ, trong số 48 tỉnh thành phố, 4 bộ, 3 khu công nghiệp và 1 doanh nghiệp được khảo sát thì chỉ có tỉnh Nghệ An và tỉnh Ninh Bình có doanh nghiệp sử dụng lao động nữ được hưởng ưu đãi thuế TNDN¹². Ngoài ra, khái niệm “doanh nghiệp sử dụng nhiều lao động nữ” theo Luật Thuế TNDN không bao gồm doanh nghiệp sử dụng dưới 10 lao động, trong khi loại hình doanh nghiệp này chủ yếu lại do phụ nữ làm chủ. Loại doanh nghiệp nhỏ này không được hưởng lợi từ chính sách ưu đãi thuế cho dù toàn bộ người lao động là nữ. Pháp luật thuế TNDN hiện hành¹³ áp dụng ưu đãi thuế đối với doanh nghiệp sử dụng lao động nữ không thực sự phù hợp làm cho cơ cấu nữ tại nhiều doanh nghiệp bất hợp lý, không chỉ gây khó khăn cho doanh nghiệp khi có những vấn đề liên quan đến ốm đau, thai sản mà còn phá vỡ cân bằng sinh thái¹⁴.

Bên cạnh đó, trong chính sách thuế giá trị gia tăng (GTGT) hiện hành có 25 nhóm

¹⁰ Trung Kiên, *Nhiều ưu đãi làm méo mó chính sách thuế và dễ bị lợi dụng*, Tạp chí Thuế nhà nước, số 21 (640), năm 2017, tr. 8.

¹¹ Trương Bá Tuấn, “*Chính sách ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp của Việt Nam: Những vấn đề đặt ra và định hướng cải cách*”, http://www.mof.gov.vn/webcenter/portal/vclvcstc/r/m/ncvtd/ncvtd_chitiet;jsessionid=zHj3hp0CBLWLQv3QvjNz7wTGNjFLJs8C3fyZzy7STJt1ylGCFhcxl-1366485526!, truy cập ngày 08/12/2017.

¹² Oxfam (2016), *Báo cáo nghiên cứu đánh giá chính sách ưu đãi thuế tại Việt Nam*, tr. 34.

¹³ Điều 15 Luật Thuế TNDN 2008; Điều 17 Nghị định 218/2013/NĐ-CP.

¹⁴ Phạm Thị Giang Thu, *Phát triển bền vững và một số vấn đề đặt ra cho hệ thống thuế Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 4, năm 2009, tr. 59.

hàng hóa, dịch vụ thuộc diện không chịu thuế GTGT và một số loại hàng hóa chịu mức thuế suất 5%. Trong đó, một số hàng hóa, dịch vụ không thuộc diện chịu thuế GTGT vì mục tiêu xã hội như dịch vụ y tế, dạy học. Tuy nhiên, vẫn chưa có những nghiên cứu về tác động của chính sách này. Đơn cử như việc Luật Sửa đổi, bổ sung một số điều của các luật về thuế quy định mặt hàng phân bón thuộc đối tượng không chịu thuế GTGT, có hiệu lực từ ngày 1/1/2015. Nhưng do được miễn thuế GTGT chứ không phải giảm thuế xuống 0%, nên doanh nghiệp phân bón trong nước vẫn phải đóng thuế GTGT đầu vào mà lại không được khấu trừ thuế. Việc đưa phân bón vào danh mục các mặt hàng không chịu thuế GTGT tưởng chừng giúp nông dân có thể tiếp cận được nguồn phân bón giá rẻ, chất lượng, nhưng khi đi vào thực tế thì cả nông dân lẫn doanh nghiệp đều chịu thiệt. Không những thế, việc miễn thuế này còn tạo ra làn sóng nhập khẩu phân bón ồ ạt, khó kiểm soát chất lượng, gây ra nhiều hệ lụy trong ngành phân bón.

Ngân hàng Thế giới và một số tổ chức quốc tế khác khuyến nghị Việt Nam nên thu hẹp nhóm hàng hóa, dịch vụ không chịu thuế GTGT và chịu thuế GTGT ở mức ưu đãi 5% để đảm bảo chính sách thuế GTGT không méo mó, thay vào đó, nên sử dụng ngân sách để hỗ trợ cho các đối tượng này một cách phù hợp hơn. Như vậy, đôi khi việc lồng ghép chính sách xã hội trong chính sách thuế đã vô hình trung làm giảm hoặc mất đi hiệu lực của các biện pháp ưu đãi, miễn, giảm thuế trong việc khuyến khích thu hút vốn đầu tư vào các ngành, lĩnh vực, vùng kinh tế mà nhà nước mong muốn nhằm chuyển dịch cơ cấu kinh tế¹⁵.

Thứ ba, các quy định về miễn, giảm thuế chưa mang tính hệ thống

Hiện nay, ngoài các đạo luật về thuế thì vấn đề miễn, giảm thuế còn được rất nhiều đạo luật khác quy định như Luật Đất đai, Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, Luật Bảo vệ môi trường. Điều này không chỉ làm ảnh hưởng đến tính hệ thống của các quy định về ưu đãi, miễn, giảm thuế, mà còn gây khó khăn cho các chủ thể trong việc tìm kiếm và áp dụng các quy định trên thực tế. Ví dụ như việc xác định các trường hợp hay thủ tục được hưởng ưu đãi, miễn, giảm...

3. Một số kiến nghị

Từ những phân tích nêu trên, tác giả đề xuất một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, không nên duy trì chính sách ưu đãi thuế dàn trải về cả lĩnh vực lẫn địa bàn như hiện nay, mà cần tập trung vào các lĩnh vực khi thực hiện ưu đãi, miễn, giảm thuế sẽ tạo ra những sự thay đổi lớn, tích cực như phát triển khoa học, công nghệ thông tin... Do đó, để có được những quy định phù hợp thì khi xây dựng chính sách ưu đãi, miễn, giảm thuế cơ quan có thẩm quyền cần trả lời được những câu hỏi sau:

Một là, ai (chủ thể nào) và khi thỏa mãn các điều kiện nào thì được ưu đãi, miễn, giảm thuế. Điều này tùy thuộc vào đặc thù của từng sắc thuế cụ thể, từng giai đoạn và đối tượng mà Nhà nước muốn ưu đãi, hỗ trợ, tạo sự công bằng, bình đẳng sẽ đưa ra những điều kiện phù hợp. Tuy nhiên, các nội dung này cần phải được quy định một cách rõ ràng, cụ thể nhằm bảo đảm cho người nộp thuế có thể tiếp cận và áp dụng một cách dễ dàng trên thực tế khi thỏa mãn các điều kiện luật định. Đồng thời, quy định

¹⁵ Tào Thị Hoàng Anh (2007), “Đổi mới và hoàn thiện các chính sách thuế nhằm góp phần thúc đẩy chuyển dịch cơ cấu kinh tế ở Việt Nam theo hướng

công nghiệp hóa, hiện đại hóa”, Luận án tiến sĩ, Học viện Tài chính, tr. 15.

pháp luật cũng phải cân nhắc giữa bản chất thuế trực thu và thuế gián thu để có các quy định về miễn, giảm cho phù hợp; bảo đảm được mục tiêu miễn, giảm của nhà nước là giảm gánh nặng về thuế cho người chịu thuế - tức người thực tế phải trả tiền thuế.

Hai là, quy định về miễn, giảm thuế cũng cần quan tâm tới vấn đề ưu đãi như thế nào, thời gian bao lâu, xây dựng mức độ miễn, giảm, khi nào miễn, khi nào giảm thuế.

Ba là, xây dựng thủ tục hưởng ưu đãi, miễn, giảm thuế một cách minh thị. Ví dụ, khi thỏa mãn các điều kiện luật định thì các chủ thể đương nhiên được hưởng ưu đãi, miễn, giảm hay phải được một cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét, quyết định?

Ngoài ra cũng nên tham khảo một số tiêu chí đánh giá chính sách ưu đãi thuế khác như¹⁶:

Đánh giá trước	Đánh giá sau
Mục tiêu của chính sách ưu đãi thuế là gì?	Chính sách ưu đãi thuế đó có phù hợp không?
Chính sách ưu đãi thuế nhằm giải quyết vấn đề gì mà thị trường không giải quyết được (thất bại của thị trường)?	Chi phí thực hiện chính sách ưu đãi thuế này là bao nhiêu?
Việc áp dụng chính sách ưu đãi thuế có phải là giải pháp tốt nhất để giải quyết thất bại của thị trường?	Tác động của chính sách ưu đãi thuế là gì?
Chính sách ưu đãi thuế sẽ tác động thế nào đối với kinh tế?	Chính sách ưu đãi thuế đó có hiệu quả không?
Chi phí thực hiện chính sách ưu đãi thuế có thể là bao nhiêu?	

Tham khảo quy định về chính sách ưu đãi, miễn, giảm thuế TNDN của Pháp và Tây Ban Nha có thể nhận thấy rằng, pháp luật hai quốc gia này quy định hướng tới sự cụ thể, rõ ràng và dễ áp dụng trên thực tế. Thuế TNDN của Pháp và Tây Ban Nha cũng có nhiều ưu đãi dành cho doanh nghiệp. Tuy nhiên, thay vì quy định các trường hợp ưu đãi, miễn, giảm theo cả lĩnh vực và địa bàn như pháp luật Việt Nam, hai quốc gia này đã lựa chọn việc ưu đãi miễn, giảm thông qua hình thức giảm thuế tương ứng theo tỷ lệ nhất định đối với từng loại chi phí của doanh nghiệp. Việc ưu đãi, miễn, giảm chủ yếu tập trung vào các lĩnh

vực như: Đầu tư cho khoa học công nghệ; môi trường, xử lý ô nhiễm; sử dụng lao động là người khuyết tật... Theo đó, khi một doanh nghiệp phát sinh các chi phí liên quan tới những lĩnh vực được hưởng ưu đãi, miễn, giảm thì doanh nghiệp đó sẽ được giảm số thuế TNDN với một tỷ lệ cụ thể do Nhà nước quy định tương ứng với từng lĩnh vực. Ví dụ, khi đầu tư cho phát triển khoa học công nghệ thì doanh nghiệp ở Pháp sẽ được giảm thuế tương ứng với 30% số tiền

¹⁶ Nguồn: Bộ Tài chính Ai-len (2015), "Report on Tax Expenditures", http://www.budget.gov.ie/Budgets/2015/Documents/Tax_Expenditures_Oct14.pdf, truy cập ngày 08/12/2017.

chi cho lĩnh vực này; tương tự như vậy ở Tây Ban Nha, doanh nghiệp sẽ được giảm thuế tương ứng với 25% số chi cho khoa học công nghệ¹⁷.

Việc quy định hệ thống chính sách thuế TNDN có ưu đãi thuế theo diện hẹp, rõ ràng đối với từng lĩnh vực cụ thể đã làm tăng tính minh bạch, rõ ràng và bảo đảm sự công bằng cho người nộp thuế trong việc thực hiện quyền được hưởng ưu đãi, miễn giảm thuế. Đây cũng là một xu thế chung mà nhiều quốc gia đang lựa chọn hiện nay và cũng là một mô hình để Việt Nam có thể tham khảo.

Thứ hai, hạn chế việc lồng ghép các chính sách xã hội vào quy định của pháp luật thuế để đảm bảo tính trung lập của thuế. Trong khi chưa có một nghiên cứu hay báo cáo nào chứng minh cụ thể về hiệu quả khi các quy định ưu đãi, miễn, giảm thuế thực hiện các sứ mệnh xã hội thì việc lồng ghép này không nên sử dụng một cách tràn lan. Thay vào đó, Nhà nước có thể thực hiện hỗ trợ cho các nhóm đối tượng cần hỗ trợ thông qua các chương trình chi ngân sách nhà nước phù hợp thay vì thực hiện hỗ trợ “gián tiếp” thông qua chính sách ưu đãi thuế cho các doanh nghiệp. Khi thực hiện hỗ trợ trực tiếp cho các đối tượng thụ hưởng, tính minh bạch cũng sẽ cao hơn và việc quản lý, giám sát các chính sách này cũng dễ dàng hơn¹⁸.

¹⁷ Xem thêm “Thấy gì từ chính sách thuế GTGT và thuế TNDN của Pháp và Tây Ban Nha?”, nhóm nghiên cứu chính sách thuế - Bộ Tài chính, Tạp chí Tài chính, số 03, năm 2014.

¹⁸ Trương Bá Tuấn, “Chính sách ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp của Việt Nam: Những vấn đề đặt ra và định hướng cải cách”, http://www.mof.gov.vn/webcenter/portal/vclvcstc/r/m/ncvtd/ncvtd_chitiet;jsessionid=zHj3hp0CBLWLQv3QvjNz7wTGNjFLJs8C3fyZzy7STJt1y1GCFhcxl-1366485526!, truy cập ngày 08/12/2017.

Nhận thức rõ được vấn đề này, ngày 18/11/2016, Bộ Chính trị đã ban hành Nghị quyết số 07-NQ/TW về chủ trương, giải pháp cơ cấu lại ngân sách nhà nước, quản lý nợ công để bảo đảm nền tài chính quốc gia an toàn, bền vững. Trong đó, đã khẳng định: “Hạn chế tối đa việc lồng ghép chính sách xã hội trong các sắc thuế và chính sách miễn, giảm, giãn thuế, bảo đảm tính trung lập của thuế, góp phần tạo môi trường đầu tư kinh doanh thuận lợi, công bằng, khuyến khích đầu tư, điều tiết thu nhập hợp lý”¹⁹. Điều này cũng được khẳng định lại trong Nghị quyết 25/2016/QH14 ngày 09/11/2016 của Quốc hội về kế hoạch tài chính 5 năm quốc gia giai đoạn 2016-2020²⁰.

Thứ ba, xây dựng các quy định về ưu đãi, miễn, giảm thuế một cách rõ ràng, có hệ thống. Theo đó, pháp luật thuế chỉ nên quy định các trình tự, thủ tục, còn các lĩnh vực, trường hợp ưu đãi, miễn, giảm cụ thể sẽ do các luật chuyên ngành quy định. Như vậy, sẽ dễ dàng hơn cho người nộp thuế trong việc xác định và thụ hưởng quyền này trên thực tế.

Kết luận

Quyền của người nộp thuế trong việc hưởng ưu đãi, miễn, giảm thuế cần phải được pháp luật quy định một cách rõ ràng, cụ thể, phù hợp hơn với thông lệ chung của quốc tế. Điều này không chỉ tạo điều kiện thuận lợi cho người nộp thuế trong việc tự bảo vệ quyền lợi của mình mà còn giúp cho cơ quan thuế dễ dàng hơn trong việc quản lý, tránh thất thu ngân sách.

¹⁹ Xem thêm phần 3, mục III, Nghị quyết số 07-NQ/TW ngày 18/11/2016 của Bộ Chính trị về chủ trương, giải pháp cơ cấu lại ngân sách nhà nước, quản lý nợ công để bảo đảm nền tài chính quốc gia an toàn, bền vững.

²⁰ Xem thêm khoản 2 Điều 4 Nghị quyết 25/2016/QH14.

THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ THẨM ĐỊNH PHƯƠNG ÁN GIÁ ĐẤT CỤ THỂ

*Châu Hoàng Thân**

Tóm tắt: Thẩm định phương án giá đất cụ thể là giai đoạn quan trọng nhằm đảm bảo tính hợp pháp và sự phù hợp của giá đất cụ thể với giá đất trên thị trường. Trong phạm vi bài viết, tác giả phân tích quy định pháp luật hiện hành, thực tiễn thẩm định phương án giá đất cụ thể tại một số địa phương và đưa ra kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: Appraisal of plans for specific land price is the important stage to ensure the legality and compatibility of specific land price with market-based land price. Within the scope of the paper, the author analyzes current legal regulations and practice of appraisal of plans for specific land price in certain provinces, and makes proposals for improvement.

1. Khái quát về thẩm định phương án giá đất cụ thể

Thẩm định phương án giá đất cụ thể là việc xem xét, đánh giá kết quả dự kiến về giá đất cụ thể đối với từng trường hợp thông qua Hội đồng thẩm định giá đất. Thẩm định phương án giá đất cụ thể khác biệt với công tác thẩm định giá đất¹. Bởi, thẩm định giá đất là việc xác định giá đất tại một thời điểm, địa điểm phù hợp với giá thị trường, còn thẩm định phương án giá đất cụ thể chính là kiểm tra, đánh giá kết quả của công tác thẩm định giá đất.

Căn cứ vào bản chất và quy định của pháp luật về thẩm định phương án giá đất thì công tác này có những đặc điểm sau:

Thứ nhất, được thực hiện bởi Hội đồng thẩm định giá đất gồm nhiều cơ quan, cá nhân chuyên môn về giá; do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh làm Chủ tịch Hội

đồng thẩm định. Sự đa dạng của thành viên Hội đồng thẩm định nhằm đảm bảo đánh giá ở nhiều góc độ. Đặc biệt, việc cơ cấu Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh tham gia Hội đồng giúp chủ thể quản lý hiểu rõ về sự hình thành và các căn cứ để quyết định giá đất cụ thể.

Thứ hai, các bước thẩm định được tiến hành theo quy định với vai trò chính yếu của thường trực Hội đồng thẩm định – Sở Tài chính. Bên cạnh đó, để chuẩn bị các nội dung phiên họp Hội đồng, đánh giá cơ bản hồ sơ trước khi tiến hành phiên họp thì Chủ tịch Hội đồng được phép thành lập tổ giúp việc cho Hội đồng.

Thứ ba, kết quả thẩm định được quyết định bởi biểu quyết của đa số thành viên Hội đồng có mặt thông qua. Thành viên Hội đồng chủ yếu làm công tác kiêm nhiệm nên hoạt động và quyết định của Hội đồng được thông qua tại phiên họp thẩm định. Nguyên tắc này thể hiện sự khách quan, công bằng giữa các thành viên của Hội đồng.

Thứ tư, Hội đồng thẩm định cả về tính hợp pháp và tính hợp lý của giá đất cụ thể. Hội đồng sẽ đánh giá việc áp dụng nguyên tắc định giá đất, phương pháp định giá và

* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

¹ Khoản 15 Điều 4 Luật Giá năm 2012 quy định: Thẩm định giá là việc cơ quan, tổ chức có chức năng thẩm định giá xác định giá trị bằng tiền của các loại tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự phù hợp với giá thị trường tại một địa điểm, thời điểm xác định, phục vụ cho mục đích nhất định theo tiêu chuẩn thẩm định giá.

quy trình định giá theo quy định về định giá đất và tiêu chuẩn định giá Việt Nam để khẳng định tính hợp pháp của giá đất cụ thể. Bên cạnh đó, để xác định tính hợp lý của giá đất cụ thể, Hội đồng sẽ kết luận sự phù hợp của giá đất cụ thể với giá đất phổ biến trên thị trường. Việc xác định mức độ phù hợp của giá đất cụ thể thông qua cơ sở dữ liệu về giá và sự tham gia của Ủy ban nhân dân cấp huyện nơi có đất.

Thứ năm, kết quả thẩm định là căn cứ trực tiếp quyết định giá đất cụ thể. Trên cơ sở kết luận của Hội đồng thẩm định, có sự tham gia của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh sẽ ban hành quyết định phê duyệt phương án giá đất đã được hoàn chỉnh theo kết quả thẩm định để công bố giá đất cụ thể. Hay nói cách khác, nếu Hội đồng thẩm định không thông qua thì phải xây dựng lại phương án giá đất. Vì vậy, kết quả thẩm định ảnh hưởng trực tiếp và quyết định đến việc ban hành giá đất cụ thể.

Thẩm định phương án giá đất cụ thể có những đặc điểm rất riêng biệt từ chủ thể tiến hành đến trình tự thẩm định và tính chất quan trọng của kết quả thẩm định. Với các trường hợp áp dụng giá đất cụ thể ngày càng phổ biến và thẩm quyền quyết định giá đất cụ thể chỉ trao cho Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (không thông qua hay báo cáo với Hội đồng nhân dân cấp tỉnh) thì bước thẩm định phương án giá đất càng trở nên rất quan trọng trong quá trình quyết định giá đất cụ thể.

2. Về chủ thể thẩm định phương án giá đất cụ thể

Căn cứ khoản 3 Điều 16 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP thì chủ thể thẩm định phương án giá đất cụ thể là Hội đồng thẩm định giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định thành lập với các thành phần như sau: (i) Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh làm Chủ tịch Hội đồng; (ii) Đại diện lãnh

đạo Sở Tài chính làm thường trực Hội đồng; (iii) Đại diện lãnh đạo Sở Tài nguyên và Môi trường và Ủy ban nhân dân cấp huyện nơi có đất; (iv) Tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất hoặc chuyên gia về giá đất và các thành viên khác do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định. Quy định thành lập Hội đồng thẩm định giá đất nói trên đã thể chế hóa và phù hợp với tinh thần của Nghị quyết số 19-NQ/TW, theo đó cơ quan tham mưu xây dựng giá đất và cơ quan thẩm định giá đất là hai cơ quan độc lập. Tuy nhiên, sự độc lập đó vẫn chưa được tuyệt đối, bởi theo quy định tại khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013 thì chủ thể tham mưu xây dựng phương án giá đất cụ thể là Sở Tài nguyên và Môi trường hoặc Sở được quyền thuê tổ chức tư vấn xác định giá đất thực hiện. Trường hợp phương án giá đất cụ thể do Sở Tài nguyên và Môi trường xây dựng thì khi thẩm định ít nhiều sẽ ảnh hưởng đến tính khách quan và kết quả thẩm định bởi: (i) Đại diện Sở sẽ là một trong những thành viên quan trọng của Hội đồng; (ii) Đa số thành viên Hội đồng là đại diện các cơ quan nhà nước, đây cũng là chủ thể đề xuất phương án giá đất. Quy định hiện hành chỉ quy định Sở Tài nguyên và Môi trường “được thuê” tổ chức tư vấn xác định giá đất mà không xác định rõ điều kiện thực hiện việc thuê, dẫn đến sự tùy tiện trong việc thuê hay không thuê tổ chức tư vấn xác định giá đất cụ thể.

Chủ tịch Hội đồng thẩm định theo quy định phải là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, nhưng đa số các địa phương đều quyết định thành lập Hội đồng thẩm định do Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh làm Chủ tịch Hội đồng²; thậm chí, có địa phương ủy

² Một số địa phương được minh chứng như: Tỉnh Sóc Trăng theo Quyết định số 2003/QĐ-UBND ngày 29/8/2016; tỉnh Quảng Ngãi theo Quyết định số

quyền cho Giám đốc Sở Tài chính là ủy viên Ủy ban nhân dân làm Chủ tịch Hội đồng thẩm định giá đất³. Nguyên nhân là do lĩnh vực về đất đai nói chung và giá đất nói riêng được giao cho Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trực tiếp quản lý nên họ đồng thời làm Chủ tịch Hội đồng thẩm định nhằm đảm bảo chuyên môn và theo sát nội dung phụ trách. Tuy nhiên, dù vì lý do gì thì việc các địa phương thành lập Hội đồng thẩm định như thực tiễn vừa qua là chưa phù hợp tinh thần Nghị định số 44/2014/NĐ-CP⁴.

Ngoài ra, điểm b khoản 3 Điều 16 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP quy định thành phần Hội đồng thẩm định còn có “tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất hoặc chuyên gia về giá đất”; cách quy định liệt kê như vậy đã thể hiện các chủ thể trên là thành phần bắt buộc. Việc quy định có sự tham gia của các chủ thể này nhằm nâng cao tính phản biện đối với phương án giá đất, đảm bảo tính chuyên môn, kỹ thuật trong quá trình thẩm định. Tuy nhiên, thực tế thành phần Hội đồng thẩm định của các

địa phương không đảm bảo điều này⁵ hoặc nếu có thì chỉ là thành phần không bắt buộc và chỉ được mời tham gia thẩm định khi cần thiết⁶. Việc áp dụng thiếu thống nhất không chỉ ảnh hưởng đến tính khoa học, chuyên môn của phương án giá đất cụ thể trong quá trình thẩm định mà còn ảnh hưởng đến kết quả biểu quyết thông qua phương án giá đất. Vì Hội đồng sẽ thông qua phương án giá đất dựa trên kết quả biểu quyết của đa số thành viên Hội đồng thẩm định mà thành phần chủ yếu là đại diện các cơ quan nhà nước. Thực tiễn ở các địa phương cho thấy, đa phần không có các thành viên độc lập tham gia nên kết quả biểu quyết không thể hiện được tính khách quan.

Để giúp việc cho Hội đồng thẩm định, Điều 4 Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT quy định Chủ tịch Hội đồng được quyền thành lập tổ giúp việc, chịu trách nhiệm chuẩn bị các nội dung theo phân công đề đề xuất, báo cáo Hội đồng thẩm định giá đất xem xét tại phiên họp thẩm định phương án giá đất (nếu cần thiết)⁷. Tuy nhiên, quy chế hoạt động của tổ giúp việc này lại chưa được quy định cụ thể. Với vai trò chuẩn bị nội dung cần thiết để đề xuất Hội đồng thẩm định xem xét tại phiên họp thì phương án giá đất và các tài liệu về phương án giá đất sẽ được tổ

14/QĐ-UBND ngày 07/1/2016; tỉnh Bình Định theo Quyết định số 2590/QĐ-UBND ngày 27/7/2015; tỉnh Lâm Đồng theo Quyết định số 183/QĐ-UBND ngày 24/1/2017.

³ Quyết định số 89/QĐ-UBND ngày 13/01/2015 của Chủ tịch Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh về ủy quyền Chủ tịch Hội đồng thẩm định giá đất thành phố.

⁴ Bởi Nghị định số 44/2014/NĐ-CP quy định có hai Hội đồng thẩm định: Một là, Hội đồng thẩm định bảng giá đất theo khoản 4 Điều 12 thì Chủ tịch Hội đồng là “đại diện Lãnh đạo Ủy ban nhân dân cấp tỉnh”; hai là, Hội đồng thẩm định giá đất cụ thể theo điểm a khoản 3 Điều 16 thì “Chủ tịch Hội đồng là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh”. Nghị định thể hiện rất rõ sự khác biệt của hai Hội đồng, nhưng thực tiễn lại chủ yếu là Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh làm Chủ tịch Hội đồng thẩm định giá đất cụ thể và thậm chí ủy quyền cho Giám đốc Sở Tài chính làm Chủ tịch Hội đồng.

⁵ Quyết định số 14/QĐ-UBND ngày 07/1/2016 về việc kiện toàn Hội đồng thẩm định giá đất cụ thể trên địa bàn tỉnh Quảng Ngãi.

⁶ Quyết định số 183/QĐ-UBND ngày 24/1/2017 về việc thành lập Hội đồng thẩm định giá đất tỉnh Lâm Đồng quy định trong trường hợp cần thiết thì Chủ tịch Hội đồng mời tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất hoặc chuyên gia về giá đất tham gia Hội đồng.

⁷ Theo khoản 3 Điều 12 Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT thì thành phần tổ giúp việc bao gồm: Lãnh đạo cấp Phòng và chuyên viên của Sở Tài chính, Sở Tài nguyên và Môi trường, Cục thuế, các cơ quan có liên quan và do đại diện của Sở Tài chính làm Tổ trưởng.

giúp việc xem xét, thẩm định sơ bộ và thông qua. Mặc dù có vai trò quan trọng như vậy, nhưng quy trình xem xét hồ sơ, chuẩn bị các báo cáo đề xuất Hội đồng của tổ giúp việc còn đang bị bỏ ngỏ.

Trên cơ sở những phân tích ở trên, tác giả đưa ra một số kiến nghị như sau:

Một là, đảm bảo hơn nữa tính độc lập giữa cơ quan tham mưu xây dựng giá đất và cơ quan thẩm định giá đất thông qua việc quy định cụ thể về trường hợp thuê tổ chức tư vấn xác định giá đất cụ thể như sau:

Trường hợp thứ nhất, giá đất của thửa đất hoặc khu đất có giá trị (tính theo giá đất trong bảng giá đất) dưới 30 tỷ đồng đối với các thành phố trực thuộc trung ương; dưới 10 tỷ đồng đối với các tỉnh miền núi, vùng cao; dưới 20 tỷ đồng đối với các tỉnh còn lại thì Sở Tài nguyên và Môi trường tiến hành xây dựng phương án giá đất hoặc thuê tổ chức tư vấn xác định giá đất thực hiện. Nếu Sở Tài nguyên và Môi trường thực hiện xây dựng phương án giá đất cụ thể thì không tham gia Hội đồng thẩm định giá đất.

Trường hợp hai, giá đất của thửa đất hoặc khu đất có giá trị (tính theo giá đất trong bảng giá đất) từ 30 tỷ đồng trở lên đối với các thành phố trực thuộc trung ương; từ 10 tỷ đồng trở lên đối với các tỉnh miền núi, vùng cao; từ 20 tỷ đồng trở lên đối với các tỉnh còn lại thì Sở Tài nguyên và Môi trường phải thuê tổ chức tư vấn xác định giá đất cụ thể xây dựng phương án giá đất; việc lựa chọn tổ chức tư vấn theo quy định pháp luật về đấu thầu.

Hai là, nghiêm chỉnh tuân thủ quy định về thành lập Hội đồng thẩm định giá phải bao gồm thành viên là “tổ chức tư vấn xác định giá đất hoặc chuyên gia về giá đất”, đặc biệt đối với trường hợp phương án giá đất do Sở Tài nguyên và Môi trường xây

dựng cần tăng thêm số lượng thành viên này. Bên cạnh đó, huy động sự tham gia của các thành viên từ Hội thẩm định giá Việt Nam và các Hiệp hội bất động sản ở địa phương. Về đại diện các Sở, ngành, cần xem xét bổ sung thành phần là đại diện Sở Xây dựng, bởi đây là cơ quan có chức năng quản lý nhà nước đối với thị trường bất động sản. Để đảm bảo tính công khai, minh bạch trong quá trình thẩm định giá đất và xóa bỏ tư tưởng bị áp đặt đối với người được áp dụng giá đất cụ thể thì thành phần Hội đồng thẩm định cần bổ sung đại diện người sử dụng đất⁸. Hơn thế nữa, việc tham gia của đại diện người sử dụng đất nhằm đảm bảo tính hợp lý của giá đất cụ thể và kiểm chứng xác thực các thông tin thị trường được dùng làm căn cứ do tổ chức xây dựng phương án giá đất cung cấp. Đối với Chủ tịch Hội đồng, tác giả cho rằng, chỉ cần quy định là lãnh đạo Ủy ban nhân dân cấp tỉnh chứ không nhất thiết là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh như hiện nay, nhưng Chủ tịch Hội đồng phải tham gia và điều hành phiên họp thẩm định mà không được phép ủy quyền cho thường trực Hội đồng.

Ba là, tổ giúp việc của Hội đồng thẩm định là thành phần quan trọng, ảnh hưởng trực tiếp đến kết quả thẩm định. Vì vậy, cần quy định cụ thể về nguyên tắc làm việc và vai trò của tổ giúp việc trong từng giai đoạn (chuẩn bị thẩm định, tại phiên họp Hội đồng, kết thúc phiên họp Hội đồng), những nội dung này cần được bổ sung trong Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT

⁸ Cụ thể trường hợp thu hồi đất, bồi thường hỗ trợ, tái định cư thì phải có từ 01 đến 02 người đại diện người có đất thu hồi đất tham gia Hội đồng thẩm định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường; trường hợp giao đất, cho thuê đất thì có đại diện người được giao đất, cho thuê đất tham gia Hội đồng, trừ trường hợp xác định giá khởi điểm trong đấu giá quyền sử dụng đất.

nhằm đảm bảo tính thống nhất trong thực tiễn áp dụng ở các địa phương.

3. Về nội dung thẩm định phương án giá đất cụ thể

Điều 14 Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT quy định nội dung thẩm định đối với phương án giá đất cụ thể như sau:

(i) *Thẩm định việc áp dụng nguyên tắc định giá đất theo quy định tại khoản 1 Điều 112 của Luật Đất đai*⁹ trong xây dựng phương án giá đất. Nội dung thẩm định này gặp phải những khó khăn nhất định:

Thứ nhất, thẩm định sự phù hợp của giá đất trong phương án giá đất với giá đất phổ biến trên thị trường. Sự phù hợp này là yếu tố quan trọng ảnh hưởng đến mức độ hài lòng của người sử dụng đất, nhưng thế nào là phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường vẫn chưa có quy định định lượng cụ thể. Vì vậy, việc Hội đồng đánh giá giá đất cao hay thấp, phù hợp hay không phù hợp vẫn mang nặng tính chủ quan; thực tế kết luận của Hội đồng thẩm định cũng không thể hiện giá đất phù hợp thị trường hay không.

Thứ hai, việc xác định tiêu chí “khả năng sinh lợi” và “thu nhập từ việc sử dụng đất tương tự nhau” để định giá đất các thửa đất liền kề nhau gặp nhiều khó khăn. Bởi khả năng sinh lợi của thửa đất phụ thuộc vào nhiều yếu tố và đánh giá chủ quan của từng chủ thể. Đồng thời, xác định

thế nào là thu nhập tương tự nhau cũng không được quy định cụ thể.

(ii) *Thẩm định việc áp dụng các phương pháp định giá đất theo quy định tại các khoản 1, 2, 3 và 4 Điều 4 của Nghị định số 44/2014/NĐ-CP trong phương án giá đất; thẩm định việc áp dụng phương pháp định giá đất theo quy định tại khoản 5 Điều 4 của Nghị định số 44/2014/NĐ-CP trong phương án hệ số điều chỉnh giá đất để xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất.* Bên cạnh việc thẩm định điều kiện áp dụng các phương pháp định giá đất, cách tính toán các công thức trong từng phương pháp thì Hội đồng thẩm định còn dựa vào các quy định về tiêu chuẩn định giá Việt Nam để thẩm định báo cáo thuyết minh kết quả định giá. Hiện nay, khi tổ chức tư vấn thực hiện xây dựng phương án giá đất thì toàn bộ quá trình định giá phải tuân thủ các quy định về tiêu chuẩn thẩm định giá do Bộ Tài chính ban hành¹⁰. Điều này gây không ít khó khăn cho chủ thể xây dựng phương án giá đất và Hội đồng thẩm định giá đất, cũng như cơ quan tham mưu quản lý về giá đất và hướng dẫn cách áp dụng các phương pháp định giá là Bộ Tài nguyên và Môi trường.

(iii) *Thẩm định sự phù hợp của các thông tin thu thập về thửa đất khảo sát; của phương án giá đất đề xuất so với giá đất thị trường và thông tin về giá đất trong cơ sở dữ liệu đất đai.* Các thông tin được cung cấp bởi tổ chức tư vấn định giá đất về giá đất thị trường là căn cứ để so sánh, nhưng tính xác

⁹ Các nguyên tắc định giá đất bao gồm: (i) Theo mục đích sử dụng đất hợp pháp tại thời điểm định giá; (ii) Theo thời hạn sử dụng đất; (iii) Phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường của loại đất có cùng mục đích sử dụng đã chuyển nhượng, giá trúng đấu giá quyền sử dụng đất đối với những nơi có đấu giá quyền sử dụng đất hoặc thu nhập từ việc sử dụng đất; (iv) Cùng một thời điểm, các thửa đất liền kề nhau có cùng mục đích sử dụng, khả năng sinh lợi, thu nhập từ việc sử dụng đất tương tự nhau thì có mức giá như nhau.

¹⁰ Các quy định về tiêu chuẩn định giá Việt Nam gồm: Thông tư số 158/2014/TT-BTC ngày 27/10/2014; Thông tư số 28/2015/TT-BTC ngày 06/3/2015; Thông tư số 126/2015/TT-BTC ngày 20/8/2015; Thông tư số 145/2016/TT-BTC ngày 06/10/2016.

thực của thông tin đó lại không cao, khó kiểm chứng. Giá đất trong cơ sở dữ liệu đất đai được cập nhật trên cơ sở các hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa người dân với nhau, nhưng giá đất này thường được các bên ghi thấp hơn giá giao dịch thực tế nên cũng không thể xem là giá thị trường tin cậy để đối chiếu¹¹. Khi cơ sở dữ liệu về giá đất chưa đảm bảo yêu cầu và thị trường bất động sản có những biến động mạnh, thường xuyên thì việc xác định sự phù hợp của các thông tin khi định giá đất gặp nhiều khó khăn và nặng tính chủ quan.

Như vậy, nội dung thẩm định phương án giá đất có thể nói gồm hai phương diện: a) Tính hợp pháp của giá đất cụ thể được thẩm định thông qua việc đánh giá và lựa chọn phương pháp định giá đất. Cách tính toán áp dụng phương pháp định giá đất đối với thửa đất/khu đất cần định giá và trình tự tiến hành định giá; b) Tính hợp lý của giá đất cụ thể được thể hiện thông qua thẩm định việc tuân thủ nguyên tắc phù hợp giá đất phổ biến trên thị trường. Giá đất cụ thể có được sự đồng thuận cao từ người dân hay không phụ thuộc rất lớn vào đánh giá sự phù hợp của giá đất cụ thể so với giá thị trường.

Những nội dung cần thẩm định đối với phương án giá đất cơ bản được ghi nhận trong các quy định hiện hành, nhưng để thực hiện cần một số giải pháp cụ thể sau:

Một là, sửa đổi quy định về phương thức giao dịch đất đai và tài chính đất đai để biết được giá đất giao dịch thực tế trên thị trường; xây dựng, cập nhật thường xuyên dữ liệu giá đất thị trường để làm căn cứ đánh giá nội dung thẩm định về thông tin thị

trường, thông tin thửa đất định giá và đặc biệt là sự phù hợp của phương án giá đất với giá đất thị trường.

Hai là, quy định cụ thể về trách nhiệm cung cấp minh chứng để đối chiếu thông tin của đại diện Ủy ban nhân dân cấp huyện – thành viên Hội đồng thẩm định giá đất. Các thông tin trong quá trình thẩm định phương án giá đất đều được cung cấp bởi tổ chức xây dựng phương án giá đất nên cần quy định thành viên là đại diện Ủy ban nhân dân cấp huyện nơi có đất thẩm định giá phải cung cấp các thông tin về thửa đất/khu đất cần định giá, thông tin giá đất thị trường để đối chiếu với các thông tin do tổ chức xây dựng phương án giá đất cung cấp.

Ba là, cần quy định cụ thể về nội dung báo cáo của tổ giúp việc với Hội đồng thẩm định tại phiên họp Hội đồng thẩm định; trong đó, nêu rõ những đánh giá chuyên môn của tổ giúp việc về phương án giá đất và những nội dung còn nhiều quan điểm khác nhau giữa các thành viên hoặc giữa tổ giúp việc và tổ chức xây dựng phương án giá đất để Hội đồng xem xét.

Bốn là, thông báo kết quả thẩm định của Hội đồng cần được xây dựng mẫu thống nhất; trong đó đưa ra đánh giá, nhận xét và kiến nghị hoàn chỉnh (nếu có) đối với từng nội dung thẩm định. Từ việc xem xét các thông tin làm căn cứ định giá đến việc lựa chọn, áp dụng các phương pháp định giá và đánh giá sự phù hợp của phương án giá đất cần được đánh giá cụ thể của Hội đồng.

4. Về trình tự thẩm định phương án giá đất cụ thể

Quy trình thẩm định được tiến hành trên cơ sở đề nghị của Sở Tài nguyên và Môi trường. Hồ sơ đề nghị thẩm định phương án giá đất được gửi đến thường

¹¹ Xem thêm Châu Hoàng Thân – Phan Trung Hiền (2017), *Hoàn thiện các quy định về định giá đất ở Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 3 (347), tr.66.

trực Hội đồng thẩm định (Sở Tài chính) gồm các tài liệu sau¹²:

(i) Văn bản đề nghị thẩm định phương án giá đất;

(ii) Tờ trình về phương án giá đất; dự thảo phương án giá đất và báo cáo thuyết minh xây dựng phương án giá đất theo quy định tại khoản 3 Điều 30 của Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT;

(iii) Văn bản tổng hợp ý kiến tham gia của các Sở, ngành, cơ quan liên quan (nếu có);

(iv) Các tài liệu khác có liên quan (nếu có).

Hiện nay, quy trình thẩm định chưa được quy định chi tiết. Trên cơ sở tham khảo quy chế hoạt động của Hội đồng thẩm định giá đất của một số địa phương, tác giả cho rằng, quy trình thẩm định phương án giá đất được khái quát qua các bước sau: (i) Thường trực Hội đồng thẩm định (Sở Tài chính) tiếp nhận hồ sơ đề nghị thẩm định phương án giá đất cụ thể; (ii) Tổ giúp việc của Hội đồng (nếu có) xem xét sơ bộ hồ sơ và đề xuất những nội dung cần thảo luận tại phiên họp Hội đồng thẩm định hoặc nếu không thành lập tổ giúp việc thì thường trực Hội đồng sẽ xem xét đánh giá sơ bộ hồ sơ và đề xuất các ý kiến tại phiên họp Hội đồng; (iii) Tổ chức phiên họp Hội đồng thẩm định; (iv) Ban hành thông báo kết quả thẩm định phương án giá đất. Như vậy, trong quy trình thẩm định phương án giá đất từ khâu chuẩn bị đến khi ra thông báo kết quả thẩm định thì phiên họp Hội đồng thẩm định là quan trọng và mang tính quyết định nhất¹³. Thời hạn thẩm định và ban hành văn

bản thẩm định phương án giá đất tối đa không quá 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận đủ hồ sơ đề nghị thẩm định phương án giá đất; trường hợp hồ sơ phức tạp thì thời gian có thể kéo dài thêm, nhưng tối đa không quá 05 ngày làm việc.

Kết quả thẩm định sau khi thông báo đến Sở Tài nguyên và Môi trường để hoàn chỉnh và trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định phê duyệt giá đất cụ thể. Điều này là chưa thật hợp lý, bởi khi trình phê duyệt giá đất cụ thể mặc dù có kèm theo hồ sơ là thông báo kết quả thẩm định, nhưng nếu không thông qua chủ thể đã thẩm định sẽ rất khó để kiểm chứng việc hoàn chỉnh phương án có phù hợp ý kiến Hội đồng hay không. Hơn thế nữa, trường hợp Sở Tài nguyên và Môi trường xây dựng phương án giá đất thì sau khi thẩm định, tự hoàn chỉnh và trình phương án sẽ ít nhiều ảnh hưởng tính minh bạch trong quá trình thực hiện.

Trình tự thẩm định ảnh hưởng trực tiếp đến kết quả thẩm định, phản ánh sự công khai, minh bạch của quá trình thẩm định. Quy trình thẩm định chặt chẽ là điều kiện cơ bản đảm bảo tính chính xác, khách quan của kết quả thẩm định. Do đó, quy định về trình tự thẩm định phương án giá đất cần hoàn thiện các vấn đề sau:

Một là, quy định cụ thể hơn về thời gian trong quá trình thẩm định phương án giá đất: Quy định chi tiết thời gian Sở Tài nguyên và Môi trường phải trình hồ sơ yêu cầu thẩm định phương án giá đất; quy định cụ thể thời gian xem xét hồ sơ và hoàn tất

(Xem tiếp trang 84)

¹² Điều 13 Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT.

¹³ Điều 5 Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT quy định: Phiên họp Hội đồng chỉ được tiến hành khi có ít nhất 2/3 thành viên của Hội đồng tham dự. Hội đồng kết luận theo ý kiến của đa số thành

viên Hội đồng có mặt đã biểu quyết và thông qua tại phiên họp. Trong trường hợp có ý kiến ngang nhau thì bên có biểu quyết của Chủ tịch Hội đồng hoặc thường trực Hội đồng (trong trường hợp Chủ tịch Hội đồng ủy quyền cho thường trực Hội đồng Điều hành phiên họp) là ý kiến quyết định.

VẤN ĐỀ BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG TRONG HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC TOÀN DIỆN VÀ TIẾN BỘ XUYÊN THÁI BÌNH DƯƠNG (CPTPP)

*Lê Hồng Hạnh**

Tóm tắt: Bài viết đề cập và phân tích những thách thức về môi trường và các giải pháp pháp lý mà các quốc gia thành viên đã cam kết trong Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương.

Abstract: The paper makes mention of and analyzes environmental challenges and measures pledged by States Parties to the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership.

Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP - Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership) được 11 quốc gia ký vào ngày 8/3/2018 tại Chile. Hiệp định CPTPP được đánh giá là thắng lợi lớn của xu thế toàn cầu hóa trước chủ nghĩa bảo hộ thương mại. CPTPP cũng được kỳ vọng sẽ mang lại cơ hội phát triển cũng như thách thức cho các quốc gia thành viên trong đó có Việt Nam. Trong số những thách thức, đáng lo ngại nhất chính là vấn đề ô nhiễm môi trường do các hoạt động đầu tư, sản xuất, kinh doanh gia tăng.

1. Hiệp định CPTPP và những thách thức đối với môi trường

Với CPTPP, một thị trường rất lớn bao gồm nền kinh tế của 11 quốc gia được hình thành. CPTPP sẽ giúp doanh nghiệp các quốc gia thành viên tiếp cận thị trường một cách dễ dàng và thuận lợi do việc cắt giảm thuế quan theo các cam kết trong khuôn khổ

CPTPP. Gần như mức thuế đối với 100% các sản phẩm hàng hóa sẽ được xóa bỏ ngay hoặc theo lộ trình. Luân chuyển và tiêu thụ hàng hóa giữa các quốc gia thành viên sẽ trở nên nhanh chóng và có qui mô lớn so với trước đây. Các thành viên CPTPP sẽ cam kết mạnh mẽ trong việc mở cửa dịch vụ, bảo hộ đầu tư. Điều này tạo nên những dòng vốn đầu tư mạnh từ các thành viên có nguồn vốn lớn đến các quốc gia thiếu vốn đầu tư như Việt Nam. Thúc đẩy đầu tư giữa các quốc gia thành viên, đặc biệt là từ các nước phát triển vào các nước đang phát triển sẽ trở thành xu thế mạnh mẽ sau khi CPTPP có hiệu lực thi hành.

Trong nhiều thập kỷ vừa qua, các nước đang phát triển trong đó có Việt Nam tiếp nhận những nguồn vốn đầu tư lớn. Cuối năm 2017, khi CPTPP chưa được ký lại, lượng vốn đầu tư đăng ký vào Việt Nam đã đạt 35,88 tỷ USD, tăng 44,4% so với năm 2016¹. Con số này chắc chắn tăng sau khi CPTPP có hiệu lực. Chile cũng là một quốc gia thành viên của CPTPP có sức hút đối

* GS.TS., Viện trưởng Viện Pháp luật và Kinh tế ASEAN, Hội Luật gia Việt Nam.

Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ Đề tài cấp bộ của Bộ Tư pháp: “Những vấn đề pháp lý trong việc xác định trách nhiệm bồi thường thiệt hại do làm ô nhiễm môi trường trong sản xuất, kinh doanh ở Việt Nam”.

¹ Viet Nam News, 2017, “FDI in VN rose 44% to hit new record in 2017”, <http://vietnamnews.vn/economy/420011/fdi-in-vn-rose-44-to-hit-new-record-in-2017.html#OyjZq20d3wxgDml7.97>, truy cập ngày 30/3/2018.

với đầu tư nước ngoài cao nhất trong số các quốc gia Mỹ Latinh. Tuy có sụt giảm trong vài năm gần đây, song năm 2016, Chile cũng đã thu hút được 11,3 tỷ USD đầu tư nước ngoài². Peru là quốc gia xếp thứ tư ở khu vực Mỹ Latinh, sau Brazil, Columbia và Chile. Trong năm 2016, Peru thu hút được 6.86 tỷ USD đầu tư nước ngoài³. Cơ quan quản lý đầu tư của Peru dự kiến năm 2018, đầu tư trực tiếp nước ngoài (FDI) vào Peru sẽ tăng cao hơn nhiều so với năm 2017. Đối với Mexico, số liệu về đầu tư nước ngoài trong quý 3 năm 2017 cho thấy, nước này đã thu hút 5.72 tỷ USD⁴. Những thông tin nêu trên về đầu tư nước ngoài ở một số nước thành viên CPTPP cho thấy, các quốc gia này đang có nhu cầu vốn lớn và họ đang tìm cách cải tổ chính sách, pháp luật để thu hút được nhiều FDI hơn nữa. Một trong những mục tiêu chính sách mà các quốc gia thành viên CPTPP, ít nhất là các quốc gia đang phát triển như Việt Nam, Mexico, Peru, Chile, Malaysia khi ký CPTPP là thúc đẩy việc thu hút đầu tư nước ngoài.

Đầu tư nước ngoài có vai trò vô cùng quan trọng trong việc thúc đẩy sự phát triển kinh tế của các nước đang phát triển. Điều này có thể nhận thấy rõ trong những thành tựu phát triển của các quốc gia như Trung Quốc, Việt Nam, Indonesia và nhiều nước khác. Thiếu vốn, thiếu công nghệ, quản trị kém thúc đẩy các quốc gia đang phát triển tìm mọi cách thu hút, thậm chí cạnh tranh khốc liệt nhằm thu hút đầu tư nước ngoài.

Chỉ số thu hút đầu tư nước ngoài được nhiều quốc gia coi là một trong những chỉ số phát triển cơ bản. Tuy nhiên, cần thấy rằng, đầu tư nước ngoài cũng kèm theo nhiều tác động tiêu cực, nhất là sự ô nhiễm, suy thoái môi trường. Với nhiều quốc gia đang phát triển, đầu tư nước ngoài cũng đồng nghĩa với sự suy thoái môi trường nghiêm trọng. Nhiều quốc gia đang phát triển trở thành “thiên đường” xả thải (pollution havens) của các doanh nghiệp, các nhà đầu tư từ các nước phát triển. Một vấn đề được bàn luận nhiều và trở thành một giả định khoa học là tác động của FDI đến môi trường. Giả định này gắn với thực tế là nhiều công ty chuyển hoạt động đầu tư, sản xuất kinh doanh của mình vào các nước kém phát triển, nơi có lao động rẻ và đặc biệt là các nước này dễ chấp nhận đánh đổi môi trường để phát triển kinh tế. Việt Nam trong ba thập kỷ vừa qua cũng đã ở trong tình trạng như vậy. Hậu quả của đầu tư nước ngoài cũng như đầu tư trong nước đối với môi trường khó có thể xác định ngay tại thời điểm đầu tư. Điều này khiến nhiều nước coi thường giá trị của môi trường cho đến khi xảy ra các sự cố môi trường. Việc Formosa gây ô nhiễm nghiêm trọng môi trường biển ở các tỉnh miền Trung Việt Nam, Nhà máy giấy LeeMan gây ô nhiễm nguồn nước ở Nam Bộ, việc triển khai dự án khai thác Bôxít ở Tây Nguyên bất chấp những cảnh báo và phản đối của cộng đồng, đặc biệt là các nhà hoạt động môi trường là những ví dụ điển hình cho thấy sự đánh đổi môi trường lấy các dự án phát triển công nghiệp ở Việt Nam. Tình trạng tương tự cũng xảy ra ở nhiều nước đang phát triển trong khu vực Đông Nam Á và nhiều nơi khác trên thế giới. Một báo cáo nghiên cứu về tình trạng ô nhiễm gắn với đầu tư nước ngoài cho thấy, ở nhiều quốc gia Đông Nam Á, việc tăng chỉ số về tỷ trọng FDI so với

² UNCTAD, 2017, World Investments Reportd http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf, truy cập ngày 30/3/2018.

³ UNCTAD, 2017, World Investments Reportd http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2017_en.pdf, truy cập ngày 30/3/2018.

⁴ Statista, 2018, “Foreign direct investment (FDI) in Mexico from 1st quarter 2016 to 3rd quarter 2017”, <https://www.statista.com/statistics/709861/fdi-mexico>, truy cập ngày 30/3/2018.

tổng sản phẩm quốc nội (GDP) gắn với việc tăng các chỉ số phát thải khí CO₂. Ví dụ ở Malaysia, năm 1970 FDI chiếm chỉ 0,09% GDP thì chỉ số phát thải CO₂ là 1,33. Năm 1975, 1980, 1985, 1990, 1995 và 2000, tỷ lệ FDI trong GDP tăng tương ứng là 0,35; 0,9; 0,7; 2,61; 5,82; 3,79 thì chỉ số phát thải khí CO₂ là 1,33; 1,57; 2,03; 2,29; 3,04; 5,57; 5,9. Năm 2001, tỷ lệ FDI so với ngân sách tut xuống chỉ còn 0,55 song chỉ số phát thải CO₂ vẫn cao ở mức 6.0⁵. Điều này cho thấy khi đã bị ô nhiễm thì ngay cả việc giảm FDI cũng khó có thể phục hồi được môi trường.

Tuy những tác động tiêu cực của hoạt động đầu tư nước ngoài nói riêng và hoạt động đầu tư nói chung đối với môi trường là rất đáng lo ngại, song các quốc gia không thể dừng hoạt động đầu tư vì cần đến sự tăng trưởng. Nhiều quan điểm cho rằng, sự tăng trưởng kinh tế, mở rộng đầu tư sẽ làm trầm trọng hơn môi trường sống của con người và cần thiết phải giới hạn sự tăng trưởng vì môi trường. Để giải quyết xung đột giữa tăng trưởng kinh tế và bảo vệ môi trường, nguyên tắc phát triển bền vững đã được hình thành và thể chế hóa trong pháp luật của nhiều quốc gia và các công ước quốc tế về môi trường. Một trong những đòi hỏi của nguyên tắc phát triển bền vững là việc đầu tư, tăng trưởng kinh tế phải được thực hiện trong những giới hạn bền vững tuyệt đối. Các quốc gia cần thể hiện cách tiếp cận thận trọng tối đa khi đưa ra các quyết định đầu tư, bởi vì nếu các dự án đầu tư được triển khai mà gây hại cho môi trường thì rất khó khắc phục. Nếu không áp đặt những giới hạn tuyệt đối đối với hoạt động đầu tư thì khó đạt được sự phát triển

bền vững. Những giới hạn này cần được áp đặt ngay cả khi nguồn tài nguyên thiên nhiên được sử dụng hiệu quả và kinh tế, bởi ngay cả trong trường hợp đó môi trường vẫn dễ bị ô nhiễm. Vì vậy, quan điểm phát triển bền vững không đồng nhất với quan điểm sử dụng hợp lý và kinh tế các nguồn tài nguyên thiên nhiên. Trong mọi hoàn cảnh, cần áp đặt giới hạn môi trường tuyệt đối trong các hoạt động đầu tư, tăng trưởng kinh tế nhằm chống lại sự khai thác quá mức tài nguyên thiên nhiên và gắn với nó là tình trạng ô nhiễm. Rất nhiều cố gắng thúc đẩy trách nhiệm của doanh nghiệp trong đầu tư, kinh doanh thương mại được hình thành. Việc kết hợp các vấn đề môi trường, xã hội và quản lý trong các hoạt động đầu tư được quan tâm. Một trong những chỉ số được biết đến rộng rãi là danh sách những quốc gia ký “Các nguyên tắc của đầu tư có trách nhiệm PRI”⁶. Đây là khuôn khổ pháp lý mà Liên hợp quốc dành cho các quốc gia khi tiến hành các hoạt động đầu tư⁷.

CPTTP cũng như bất cứ hiệp định thương mại tự do thế hệ mới nào đều bao gồm nội dung đầu tư. CPTTP dành Chương IX qui định các biện pháp đảm bảo và thúc đẩy đầu tư trong khu vực thuộc phạm vi tác động của CPTTP. Những biện pháp qui định trong CPTTP rất đa dạng và hướng tới việc thuận lợi hóa hoạt động đầu tư; các chế độ đối xử quốc gia (NT), tối huệ quốc (MFN). Một trong những qui định mới của CPTTP liên quan đến đầu tư là về việc áp dụng các tiêu chuẩn tối thiểu⁸ với các nguyên tắc như “đối xử công bằng và bình đẳng”, “bảo vệ, bảo đảm an ninh toàn diện”⁹. Những đảm bảo đầu tư dưới dạng quyền chuyển nhượng

⁵ Yasmine Merican, Zulkornain Yusop, Zaleha Mohd Noor and Law Siong Hook, 2007, “Foreign Direct Investment and the Pollution in Five ASEAN Nations”, International Journal of Economics and Management 1(2): 245 – 261.

⁶ Principles of Responsible Investment.

⁷ CFA Insstitute, 2016, Environmental, Social and Governance Issues in Investing.

⁸ Minimum standards.

⁹ CPTTP, Annex, Chapter 9, Art 9.6.

dự án đầu tư, thu hồi và bồi thường các dự án đầu tư... được qui định khá cụ thể trong CPTPP. Cần khẳng định rằng, với CPTPP, các quốc gia thành viên đều chờ đợi những làn sóng đầu tư. Với nhu cầu tăng trưởng thì điều này là triển vọng lạc quan và đáng được kỳ vọng. Tuy nhiên, đối với bảo vệ môi trường thì làn sóng đầu tư mới mà CPTPP khơi nguồn, như phân tích ở trên, là một thách thức to lớn đối với các thành viên là các nước đang phát triển như Việt Nam.

2. Bảo vệ môi trường trong các qui định của CPTPP

2.1. Các cam kết chung trong khuôn khổ CPTPP

Các quốc gia thành viên khi ký CPTPP đều nhận thức được đầy đủ tác động của thương mại, đầu tư đối với môi trường. Những người soạn thảo CPTPP cũng ý thức được mối liên hệ quan trọng giữa pháp luật, tăng trưởng kinh tế và môi trường: Nhà nước có vai trò điều tiết sự tiếp cận của khu vực tư đối với tài nguyên thiên nhiên ở cấp độ quốc gia, luật quốc tế có vai trò đảm bảo cách tiếp cận toàn cầu mới đối với sở hữu và khai thác tài nguyên¹⁰.

Vì vậy, CPTPP đã dành rất nhiều sự quan tâm cho việc bảo vệ môi trường. Chương 20 của Hiệp định với 23 điều đã qui định rất cụ thể nghĩa vụ của mỗi quốc gia thành viên trong việc bảo vệ môi trường. Nghĩa vụ bảo vệ môi trường của các thành viên CPTPP được thể hiện rất rõ trong mục tiêu của chương 20. Tại mục 20.2, Hiệp định khẳng định: Các quốc gia thành viên sẽ thúc đẩy thương mại và chính sách môi trường hỗ trợ lẫn nhau; thúc đẩy bảo vệ môi trường mức độ cao và thực thi hiệu quả pháp luật về môi trường; tăng cường năng lực của các

thành viên trong giải quyết các vấn đề môi trường liên quan đến thương mại. Các thành viên sẽ hợp tác tăng cường để bảo vệ, bảo tồn môi trường và quản lý bền vững nguồn tài nguyên thiên nhiên của mình, mang lại những lợi ích, đóng góp vào sự phát triển bền vững, tăng cường quản trị môi trường và bổ sung cho các mục tiêu của Hiệp định này. Bên cạnh khẳng định cam kết thúc đẩy bảo vệ môi trường, Hiệp định cũng yêu cầu các thành viên không dùng những rào cản môi trường trá hình để hạn chế thương mại và đầu tư. Cụ thể, các thành viên khẳng định sẽ không thiết lập hoặc sử dụng luật môi trường của mình hoặc các biện pháp khác để tạo thành bất cứ hạn chế trá hình nào đối với thương mại hoặc đầu tư giữa các thành viên. Qui định này của CPTPP kế thừa những cam kết trong khuôn khổ Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) về bảo vệ môi trường trong các hoạt động thương mại. Quyết định mà Hội nghị bộ trưởng về thương mại và môi trường của WTO thông qua vào năm 1994 có khá nhiều qui định ràng buộc giữa thương mại và môi trường tương tự như qui định nêu trên trong CPTPP¹¹. Với mục tiêu như vậy, CPTPP ràng buộc các thành viên bằng một số cam kết chung về thương mại, đầu tư và môi trường.

Thứ nhất, các quốc gia thành viên thừa nhận tầm quan trọng của thương mại, chính sách và thực tiễn môi trường có tính hỗ trợ lẫn nhau để cải thiện việc bảo vệ môi trường, thúc đẩy phát triển bền vững. Cam kết nhấn mạnh đến khía cạnh hỗ trợ lẫn nhau giữa thương mại và chính sách, thực tiễn môi trường trong mỗi quốc gia thành viên và giữa các quốc gia thành viên với nhau. Cam kết này được hiểu là phát triển thương mại phải giúp cải thiện việc bảo vệ

¹⁰ The New Zealand Medical Journal, 2018, *Climate change, human health and the CPTPP*, volume 131, No 147, 9 March.

¹¹ WTO, the Ministerial Decision on Trade and Environment.

môi trường và việc bảo vệ môi trường không trở thành rào cản trá hình cho hoạt động thương mại, đầu tư.

Thứ hai, các bên thừa nhận chủ quyền của mỗi thành viên trong việc thiết lập mức độ riêng và những ưu tiên riêng cho việc bảo vệ môi trường trong nước cũng như trong việc thiết lập, thông qua hoặc sửa đổi các luật và chính sách môi trường của mình. Qui định này trong CPTPP về cơ bản cũng giống như các cam kết trong khuôn khổ WTO. Điều kiện phát triển kinh tế, xã hội và môi trường ở mỗi quốc gia thành viên rất khác nhau và nguy cơ môi trường do hoạt động đầu tư gây ra có thể rất khác nhau. Chính vì vậy, CPTPP đã chấp nhận việc mỗi thành viên có những cấp độ và ưu tiên riêng trong bảo vệ môi trường mà không áp đặt những cấp độ chung. Đây là yếu tố quan trọng để duy trì sự cân bằng nhất định giữa thương mại, đầu tư và bảo vệ môi trường ở mỗi quốc gia. Trong thực tiễn thương mại và đầu tư quốc tế, việc các nhà đầu tư ép chính quyền sở tại giảm nhẹ các đòi hỏi về bảo vệ môi trường cũng đã diễn ra nhiều nơi. Có nghiên cứu đã chỉ ra rằng: Tồn tại một cơ năng khác giữa doanh nghiệp đầu tư nước ngoài với các cơ quan điều tiết sở tại có ảnh hưởng rất lớn đến môi trường của quốc gia tiếp nhận đầu tư. Các nhà đầu tư nước ngoài có đòn bẩy mạnh hơn các công ty trong nước vì có thể sử dụng chiến thuật rút đầu tư một cách hiệu quả và tin cậy nhờ có cơ cấu quốc tế của họ. Họ có khả năng gây áp lực lên quốc gia sở tại tiềm năng. Trong nhiều trường hợp, các công ty nước ngoài nhằm đến những khu vực đầu tư chỉ khi một số cản trở môi trường được gỡ bỏ¹².

Rõ ràng, qui định này của CPTPP hướng tới việc tôn trọng chủ quyền của mỗi

thành viên trong hoạt động xây dựng và thực thi pháp luật về bảo vệ môi trường, tạo cơ hội cho các quốc gia, nhất là các quốc gia thành viên là nước đang phát triển tránh được những áp lực của nhà đầu tư. Theo hướng này, CPTPP còn qui định mỗi thành viên cần cố gắng đảm bảo rằng pháp luật và chính sách môi trường của mình quy định và khuyến khích công tác bảo vệ môi trường mức độ cao và tiếp tục cải thiện mức độ bảo vệ môi trường của mình.

Thứ ba, CPTPP không cho phép bất cứ thành viên nào lãng tránh hay kéo dài việc thực thi hiệu quả pháp luật môi trường hay tái diễn tình trạng này bằng hành động hoặc không hành động làm ảnh hưởng đến thương mại và đầu tư giữa các bên. Qui định này của CPTPP khác với các qui định của WTO về thương mại và môi trường. CPTPP hướng nhiều đến các tác động của thương mại đối với môi trường, còn WTO đưa ra các nguyên tắc nhằm hạn chế việc sử dụng các biện pháp bảo vệ môi trường để tạo các rào cản thương mại. Các qui tắc của WTO liên quan đến khía cạnh thương mại trong môi trường có mặt gần như trong hầu hết các hiệp định nền tảng như: Hiệp định chung về thuế quan và thương mại (GATT), Hiệp định chung về thương mại dịch vụ (GATS), Hiệp định về các hàng rào kỹ thuật đối với thương mại (TBT), Hiệp định các biện pháp kiểm dịch động thực vật (SPS), Hiệp định các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS), Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng (ASCM), Hiệp định nông nghiệp (AoA). Cụ thể và trực tiếp hơn, các qui tắc của WTO về khía cạnh môi trường trong thương mại được thể hiện trong Quyết định của Hội nghị bộ trưởng về thương mại và môi trường¹³, Quyết định về thương mại

¹² WWF, 1999, *Foreign Direct Investment and the Environment: From Pollution Havens to Sustainable Development*.

¹³ Ministerial Decision on Trade and Environment.

dịch vụ và môi trường¹⁴. CPTTP nhấn rất mạnh đến nghĩa vụ của các thành viên trong việc xây dựng và thực thi pháp luật bảo vệ môi trường ở mức độ cao. Điều này cho thấy CPTTP quan tâm đặc biệt đến khía cạnh môi trường trong thương mại. Cũng nhằm mục đích này, CPTTP qui định các thành viên thừa nhận rằng không thích hợp để khuyến khích thương mại hoặc đầu tư bằng việc làm suy yếu hoặc làm giảm sự bảo vệ mà luật môi trường của mình qui định. Các thành viên của CPTTP không được khước từ hoặc có hành động làm giảm hiệu lực của pháp luật môi trường nhằm khuyến khích thương mại và đầu tư giữa các thành viên. Để tạo cơ sở pháp lý cho các thành viên thực hiện cam kết này, CPTTP cho phép mỗi thành viên quyền định đoạt và quyết định các biện pháp điều tra, truy tố và cưỡng chế cũng như dành các nguồn lực cho việc thực hiện pháp luật môi trường với mức độ bảo vệ môi trường cao hơn. Đây là qui định có ý nghĩa đối với các thành viên khi CPTTP không thể quy định đầy đủ; luật môi trường của mỗi quốc gia được viện dẫn như nguồn luật môi trường theo Hiệp định.

Thứ tư, CPTTP cho phép các thành viên bảo lưu quyền tự định đoạt và đưa ra quyết định liên quan đến việc điều tra, truy tố, quản lý và tuân thủ pháp luật môi trường; phân bổ nguồn lực thực thi các văn bản pháp luật môi trường khác nếu có các ưu tiên môi trường cao hơn. Cam kết này cho thấy, mức độ quan tâm rất cao của CPTTP đến bảo vệ môi trường. So với các cam kết của WTO về các khía cạnh môi trường của thương mại thì CPTTP có những cam kết chung thể hiện mong muốn cao hơn của các bên trong việc thúc đẩy tính tương hỗ giữa phát triển thương mại và bảo vệ môi trường.

2.2. Các giải pháp cụ thể

CPTTP có khá nhiều các qui định cụ thể nhằm đạt được mục tiêu bảo vệ môi trường trong quá trình mở rộng thương mại và đầu tư giữa 11 quốc gia thành viên. CPTTP định nghĩa rất rõ các biện pháp cụ thể được gắn với việc thực thi pháp luật môi trường. CPTTP đồng thời cũng chỉ rõ đạo luật nào của mỗi thành viên được coi là luật môi trường theo Hiệp định này. Theo CPTTP, luật môi trường là một đạo luật hay quy chế của một thành viên hoặc những qui định trong đó, hoặc điều khoản trong đó, bao gồm bất kỳ qui định nào về việc thực hiện nghĩa vụ của mình theo thỏa thuận môi trường đa phương, với mục đích chính là bảo vệ môi trường, hoặc ngăn ngừa nguy hiểm cho đời sống hoặc sức khỏe con người thông qua: (a) Ngăn ngừa, giảm thiểu hay kiểm soát việc xả thải hoặc phát thải chất gây ô nhiễm hay các chất hủy hoại môi trường; (b) Kiểm soát hóa chất, các chất, vật liệu và chất thải nguy hiểm hay độc hại đối với môi trường cũng như việc phổ biến thông tin liên quan đến chúng; hoặc bảo vệ, bảo tồn động thực vật hoang dã có nguy cơ tuyệt chủng, bao gồm các loài, quần thể của chúng, đặc biệt là các khu bảo tồn thiên nhiên. CPTTP không coi bất cứ luật, qui chế hay qui định nào trong đó liên quan trực tiếp đến sức khỏe và an toàn của người lao động hoặc mục đích cơ bản của chúng là quản lý hay khai thác tài nguyên thiên nhiên truyền thống là luật môi trường. Đối với Việt Nam, CPTTP coi luật môi trường là luật của Quốc hội, Pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về môi trường, các nghị định của Chính phủ hướng dẫn thực hiện luật của Quốc hội, về môi trường. Trong số các biện pháp cụ thể về bảo vệ môi trường mà CPTTP dành cho các quốc gia thành viên, cần lưu ý các biện pháp sau đây:

Thứ nhất, CPTTP yêu cầu các quốc gia thành viên nâng cao nhận thức trong công

¹⁴ Decision on Trade Services and Environment.

chúng về luật, chính sách môi trường của mình bao gồm cả những thủ tục thực thi và đảm bảo khả năng tiếp cận dễ dàng cho công chúng đối với các thông tin đó. Cũng nhằm nâng cao nhận thức của người dân, CPTPP yêu cầu các quốc gia thành viên tìm mọi cách đáp ứng yêu cầu thông tin liên quan đến việc thực hiện các quy định trong chương 20 của Hiệp định về môi trường. Tổ chức tham vấn cộng đồng cũng được CPTPP coi là một giải pháp mà các thành viên cần thực hiện. Cụ thể, các thành viên sử dụng các cơ chế tham vấn hiện có hoặc thiết lập cơ chế tham vấn mới để thực hiện các quy định của CPTPP về bảo vệ môi trường. Các ủy ban tư vấn quốc gia cũng là một trong số các ủy ban tham vấn như vậy. Những ủy ban tham vấn này có thể bao gồm những người có kinh nghiệm liên quan đến kinh doanh, bảo tồn và quản lý tài nguyên thiên nhiên, hoặc các vấn đề môi trường khác.

Thứ hai, CPTPP quy định các biện pháp mà các quốc gia có thể tiến hành để thực thi nghĩa vụ bảo vệ môi trường theo chương 20 Hiệp định. Trước hết, cần kể đến nghĩa vụ công khai các báo cáo do các thiết chế của mình xác lập liên quan đến việc thực hiện các quy định của chương 20 về bảo vệ môi trường. Cụ thể, mỗi thành viên sẽ phải qui định thủ tục tiếp nhận, xem xét báo cáo do các thiết chế của mình đệ trình, phản hồi kịp thời bằng văn bản các báo cáo đó, giúp dân chúng tiếp cận với báo cáo thông qua các phương tiện thích hợp. Các trang thông tin điện tử được liệt kê đầu tiên như là một trong số các phương tiện đó.

CPTPP yêu cầu mỗi thành viên chỉ định một cơ quan đầu mối để thông tin cho các thành viên khác về việc thực hiện các quy định của chương 20 về môi trường. Trong vòng 90 ngày kể từ ngày Hiệp định có hiệu lực, các thành viên thông báo cho nhau về cơ quan đầu mối này. Trường hợp nếu một

thành viên thay đổi cơ quan đầu mối thì phải thông báo cho các thành viên còn lại về sự thay đổi đó. Bên cạnh cơ quan đầu mối, mỗi thành viên của CPTPP thành lập Ủy ban môi trường bao gồm đại diện cấp cao của Chính phủ, của các cơ quan thương mại và môi trường. Ủy ban này có nhiệm vụ thực hiện các quy định về bảo vệ môi trường trong Hiệp định.

Nhận thức được tầm quan trọng của doanh nghiệp và các thể chế tự nguyện trong bảo vệ môi trường, CPTPP yêu cầu các thành viên khuyến khích các doanh nghiệp hoạt động trong phạm vi lãnh thổ và quyền tài phán của mình tự nguyện áp dụng vào các chính sách và thực tiễn hoạt động của mình những nguyên tắc về trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp có liên quan đến môi trường, phù hợp với các tiêu chuẩn và các hướng dẫn được quốc tế công nhận và được quốc gia thành viên ủng hộ.

Các cơ chế tự nguyện cũng được CPTPP đưa ra để nâng cao hiệu suất môi trường. Hiệp định khuyến khích các thành viên sử dụng các cơ chế linh hoạt và tự nguyện để bảo vệ tài nguyên thiên nhiên và môi trường trong lãnh thổ của mình. Các cơ chế tự nguyện như tự kiểm toán, tự báo cáo, tự nguyện chia sẻ thông tin và giám định, đối tác công tư... cần được các thành viên sử dụng để đạt được và duy trì cấp độ cao trong hoạt động bảo vệ môi trường và thực thi pháp luật môi trường. Để đạt được mục đích này, các thành viên của CPTPP khuyến khích và tạo điều kiện cho các doanh nghiệp, các tổ chức kinh doanh, các tổ chức phi chính phủ và những người khác có quan tâm tham gia phát triển các tiêu chí được sử dụng để đánh giá hiệu suất môi trường, tiếp tục hoàn thiện các tiêu chí hiện có. Các thành viên được CPTPP khuyến khích, cho phép có cơ chế tự nguyện quảng bá các sản phẩm dựa trên chất lượng môi trường của

mình, song phải đảm bảo để những quảng cáo này đáp ứng các yêu cầu như: (a) Trung thực, không gây hiểu lầm và có xem xét qua các thông tin khoa học và kỹ thuật; (b) Được dựa trên các tiêu chuẩn quốc tế và các kiến nghị có liên quan hoặc các hướng dẫn và thông lệ tốt nhất có thể; (c) Thúc đẩy cạnh tranh và đổi mới; và (d) Không áp dụng các quy định kém thuận lợi hơn đối với một sản phẩm trên cơ sở xuất xứ. Bên cạnh đó, CPTPP còn khuyến cáo các thành viên không để các cơ chế tự nguyện được sử dụng để tạo ra những rào cản không cần thiết đối với thương mại.

CPTPP qui định nghĩa vụ của các thành viên trong việc bảo vệ môi trường theo nhiều lĩnh vực cụ thể là điều khó tìm thấy trong các hiệp định thương mại tự do (FTA) khác mà Việt Nam đã ký. Ví dụ, trong lĩnh vực bảo tồn đa dạng sinh học, CPTPP yêu cầu các thành viên thúc đẩy và kêu gọi bảo tồn và sử dụng bền vững hệ sinh thái phù hợp với pháp luật và chính sách của mình¹⁵. Các giải pháp về chia sẻ thông tin, thực thi pháp luật và chính sách liên quan đến bảo tồn đa dạng sinh học được qui định cụ thể. Đặc biệt, CPTPP qui định cơ chế hợp tác giữa các thành viên trong lĩnh vực này. Phù hợp với qui định về cơ chế hợp tác chung trong Điều 20.12 về “Khuôn khổ hợp tác”, các thành viên sẽ thúc đẩy hợp tác trong lĩnh vực đa dạng sinh học không chỉ dừng lại ở việc chia sẻ và trao đổi thông tin, mà còn nhằm giải quyết các vấn đề quan tâm chung. Việc trao đổi và chia sẻ thông tin liên quan đến các vấn đề cụ thể như bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học; bảo vệ và duy trì các hệ sinh thái và dịch vụ sinh thái; tiếp cận nguồn gen và chia sẻ lợi ích từ việc sử dụng chúng. Những giải pháp tương

tự cũng được đề cập trong lĩnh vực chống các loài ngoại lai xâm nhập¹⁶.

CPTPP đặc biệt chú trọng đến lĩnh vực đánh bắt hải sản. Đây là một nội dung đặc biệt của Hiệp định¹⁷. Với nhận thức cao về tầm quan trọng của đánh bắt hải sản đối với cuộc sống của cộng đồng và tính bức thiết của việc đảm bảo tính bền vững của công nghiệp đánh bắt hải sản, CPTPP đã đưa ra nhiều giải pháp cụ thể cho việc phát triển ngành công nghiệp này ở khía cạnh bảo vệ môi trường. Đáng lưu ý, CPTPP đã yêu cầu các thành viên tổ chức điều hành ngành đánh bắt hải sản theo cách nâng cao khả năng điều tiết việc đánh bắt thủy sản hướng tới các yêu cầu như: (a) Ngăn chặn được việc đánh bắt quá mức và quá sức chịu đựng của môi trường; (b) Giảm thiểu việc tiện thể đánh bắt cả những loài thủy sản không trong dự định đánh bắt và cá con thông qua qui chế điều tiết vùng đánh bắt, nơi những hành vi này có khả năng xảy ra; (c) Thúc đẩy việc phục hồi loài cá bị đánh bắt quá mức trong các quốc gia thành viên. Trong lĩnh vực đánh bắt hải sản, CPTPP cũng lưu ý đến vấn đề trợ cấp. Ở khía cạnh này, CPTPP đã viện dẫn rất nhiều các qui định trong Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng (ASCM) của WTO.

Thứ ba, xử lý vi phạm và giải quyết tranh chấp môi trường là điểm nhấn quan trọng trong CPTPP. Cần khẳng định rằng, sự xuất hiện cơ chế giải quyết vi phạm và tranh chấp môi trường trong Hiệp định này là một thành công quan trọng bắt nguồn từ đàm phán Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) trước đây. Cơ chế xử lý vi phạm và giải quyết tranh chấp môi trường trong khuôn khổ CPTPP cho phép các thành viên thực thi tốt hơn pháp luật bảo

¹⁵ CPTPP, 2018, Chapter 20, Art 20.13.

¹⁶ CPTPP, 2018, Chapter 20, Art 20.14.

¹⁷ CPTPP, 2018, Chapter 20, Art 20.16.

vệ môi trường, hướng tới hiệu suất bảo vệ môi trường cao nhất và bền vững.

Về xử lý vi phạm, CPTPP yêu cầu các thành viên bảo đảm rằng, cá nhân, pháp nhân cư trú hoặc hoạt động trong lãnh thổ của mình được quyền yêu cầu cơ quan có thẩm quyền điều tra vi phạm pháp luật về môi trường mà họ bị cáo buộc, được quyền yêu cầu các nhà chức trách có thẩm quyền xem xét nghiêm túc, phù hợp với pháp luật hiện hành.

CPTPP qui định mỗi thành viên phải đảm bảo tính minh bạch, công bằng, công minh trong các thủ tục tư pháp, bán tư pháp hay thủ tục hành chính trong thực thi pháp luật môi trường, kể cả xử lý những vi phạm bị cáo buộc và buộc các thành viên phải thực hiện các thủ tục như vậy theo đúng pháp luật. CPTPP yêu cầu các thành viên đảm bảo các phiên tòa xử vi phạm môi trường phải công khai, dựa trên những căn cứ, thủ tục luật định. Mỗi thành viên đảm bảo để những cá nhân, pháp nhân có lợi ích hợp pháp được tiếp cận các thủ tục tư pháp, bán tư pháp hay hành chính không bị cản trở. CPTPP cho phép mỗi thành viên qui định các hình thức xử phạt hoặc biện pháp bồi thường thích hợp đối với những vi phạm pháp luật môi trường nhằm đảm bảo thực thi hiệu quả pháp luật môi trường. Những chế tài hoặc biện pháp bồi thường bao gồm quyền khởi kiện người vi phạm để đòi bồi thường hoặc quyền tìm kiếm hành động can thiệp của Chính phủ. Mỗi thành viên bảo đảm xem xét một cách thích hợp các yếu tố liên quan khi ban hành các chế tài hoặc biện pháp bồi thường này, trong đó phải kể đến trước hết là mức độ nghiêm trọng của vi phạm đối với môi trường và lợi ích kinh tế mà người vi phạm thu được từ hành vi vi phạm.

Thứ tư, cơ chế giải quyết tranh chấp môi trường trong CPTPP được qui định riêng bên cạnh cơ chế giải quyết tranh chấp

phát sinh từ Hiệp định được thiết kế trong chương 28. Cơ chế giải quyết tranh chấp môi trường trong CPTPP về cơ bản cũng có những thành tố thông thường trong các cơ chế giải quyết tranh chấp thành lập ở các thiết chế quốc tế. Cơ chế giải quyết tranh chấp môi trường gắn chặt với cơ chế giải quyết tranh chấp chung của Hiệp định.

Khi phát sinh tranh chấp môi trường giữa các thành viên, các thành viên có tranh chấp thực hiện việc tham vấn theo Điều 20.20; 20.21; 30.22, cụ thể là tham vấn thông qua đại diện cấp cao, tham vấn cấp bộ. Qui trình tham vấn được qui định rất cụ thể. Nếu các bên tham vấn không thể giải quyết trong vòng 60 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu tham vấn thì các thành viên tham vấn hoặc thành viên đề nghị tham vấn có thể yêu cầu thành lập ban hội thẩm. Việc thành lập ban hội thẩm để giải quyết các vấn đề môi trường được tiến hành theo các trình tự, thủ tục và thành phần được qui định trong cơ chế giải quyết tranh chấp chung của Hiệp định¹⁸. Các qui trình, thủ tục thành lập ban hội thẩm trong CPTPP rất cụ thể và đảm bảo thực thi tốt. Về cơ bản, các tranh chấp môi trường giữa các thành viên nếu không giải quyết được bằng cơ chế tham vấn thì sẽ được giải quyết theo cơ chế đoàn hội thẩm được thiết lập trong Hiệp định. Điều này có nghĩa, các tranh chấp môi trường, thương mại, đầu tư, lao động, sở hữu trí tuệ đều có chung cơ chế thành lập đoàn hội thẩm. Những điểm khác biệt trong cơ chế giải quyết tranh chấp môi trường so với cơ chế giải quyết tranh chấp chung nằm ở các qui định cụ thể liên quan đến luật áp dụng cho lĩnh vực môi trường. Cụ thể, khoản 2 Điều 20.23 qui định cho dù vai trò của các chuyên gia trong đoàn hội thẩm được

(Xem tiếp trang 77)

¹⁸ CPTPP, 2018, Chapter 28.

GÓP Ý DỰ THẢO LUẬT CẠNH TRANH (SỬA ĐỔI) VỀ CHÍNH SÁCH KHOAN HỒNG

Võ Ngọc Duy*
Tô Hồng Dung**

Tóm tắt: Một trong những nội dung mới, quan trọng đang thu hút được sự chú ý trong quá trình sửa đổi Luật Cạnh tranh năm 2004 là quy định về chính sách khoan hồng. Bài viết tập trung phân tích, đánh giá các quy định về chính sách khoan hồng trong dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi) và có sự so sánh với pháp luật của Anh, Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu, từ đó, đưa ra một số kiến nghị cụ thể.

Abstract: One of new and important contents that attracts attention during the amendment of the 2004 Competition Law is provisions on leniency policy. The paper focuses on analysis and assessment of regulations on leniency policy under the Draft Competition Law (amended) in comparison with the law of the United Kingdom, the United States, and European Union, thereby making concrete proposals.

1. Đặt vấn đề

Khoan hồng có thể được hiểu là việc cho phép miễn trừ hay giảm trừ mức xử phạt đối với các doanh nghiệp có hành vi vi phạm Luật Cạnh tranh, nhưng đã hợp tác với cơ quan có thẩm quyền. Nội dung cốt lõi của chính sách này là miễn trừ hoặc giảm trừ đáng kể cho các tổ chức, cá nhân được khoan hồng khỏi nguy cơ bị xử phạt hành chính hay bị áp dụng chế tài hình sự nghiêm khắc mà lẽ ra họ phải gánh chịu do thực hiện hành vi vi phạm Luật Cạnh tranh¹. Mặc dù vẫn có những quan điểm tranh cãi xung quanh quy định chính sách khoan hồng đối với các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm trong Luật Cạnh tranh, tuy nhiên, xuất phát từ những lợi ích khá rõ ràng mà chính sách này sẽ đem lại, nhóm tác giả cho rằng, trong thời điểm hiện nay

cần phải ban hành những quy định về chính sách khoan hồng.

Thứ nhất, về khía cạnh lý luận: Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh có mức độ nguy hiểm cao, diễn ra thường xuyên và phổ biến ở một số quốc gia trên thế giới nhưng thường khó bị phát hiện vì phần lớn là những thỏa thuận ngầm. Việc phát hiện, thu thập chứng cứ để tiến hành xử lý các vụ việc liên quan đến thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thường gặp rất nhiều khó khăn. Vậy, giải pháp hữu hiệu cho tình trạng này chính là các quy định về chính sách khoan hồng và cơ chế vận dụng chính sách này. Chính sách khoan hồng sẽ tạo sự bấp bênh và mất lòng tin nội bộ giữa các thành viên tham gia thỏa thuận và qua đó làm tăng khả năng phá vỡ thỏa thuận bằng cách tạo cơ hội được miễn hoặc giảm trừ chế tài cho bất kỳ thành viên nào của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh hợp tác với cơ quan có thẩm quyền. Đồng thời, chính các cơ hội được hưởng miễn trừ chế tài cũng khuyến khích người có chức vụ trong doanh nghiệp, là người nắm giữ đầy đủ và chi tiết các bằng chứng ngay từ đầu, cung cấp thông tin về thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, giúp cho việc thu thập các

* Học viên cao học Luật Kinh tế, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

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

¹ Nguyễn Anh Tuấn, *Cơ sở lý luận và thực tiễn áp dụng chính sách khoan hồng theo Luật Cạnh tranh của một số nước trên thế giới và đề xuất bổ sung cho Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 1, năm 2013, tr. 45.

chứng cứ này của các cơ quan quản lý cạnh tranh trở nên dễ dàng hơn². Trong khi đó, nếu không có chính sách khoan hồng, các chủ thể tham gia thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thường cố gắng tiêu hủy bằng chứng khiến việc phát hiện, điều tra và xử lý các vụ việc trở nên khó khăn hơn rất nhiều.

Thứ hai, về khía cạnh thực tiễn: Thực tế áp dụng chính sách khoan hồng tại một số quốc gia đã cho thấy những tác động tích cực mà chính sách này đem lại. Tại Liên minh châu Âu, nếu ở giai đoạn 1986 – 1995, số vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị Ủy ban châu Âu ra quyết định xử phạt chỉ là 17 vụ (xấp xỉ 2 vụ/năm), thì kể từ năm 1996 khi chính sách khoan hồng lần đầu tiên được ban hành đến năm 2015, số vụ việc bị xử phạt đã tăng lên 97 vụ (tương đương hơn 5 vụ/năm), trong đó có 67 vụ việc liên quan đến chính sách khoan hồng³. Tại Hoa Kỳ - nước đầu tiên đưa ra chính sách khoan hồng năm 1978 với những sửa đổi, bổ sung để phù hợp với tình hình thực tiễn đã trực tiếp mang lại thành công trong quá trình xử lý các vụ việc nghiêm trọng. Dù không công bố chính thức số lượng nộp đơn xin hưởng khoan hồng hằng năm, nhưng theo khảo sát của Global Competition Review thì Bộ Tư pháp Hoa Kỳ - một trong mười cơ quan cạnh tranh hàng đầu thế giới, tiếp nhận trung bình khoảng 45 đơn xin khoan hồng mỗi năm⁴. Đặt trong sự so sánh với quá trình thi hành Luật Cạnh tranh năm 2004 ở nước ta, mặc dù trải qua 12 năm triển khai

các quy định vào thực tiễn cuộc sống nhưng cho đến nay, Hội đồng Cạnh tranh mới xử lý năm vụ việc hạn chế cạnh tranh, trong đó chỉ có hai vụ việc liên quan đến thỏa thuận hạn chế cạnh tranh⁵. Con số này thật sự quá khiêm tốn, qua đó, đặt ra câu hỏi về tính hiệu quả của các quy định Luật Cạnh tranh năm 2004 trong việc phát hiện, xử lý các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Vì vậy, thiết nghĩ, trong quá trình sửa đổi Luật Cạnh tranh, Việt Nam cần tham khảo và tiếp nhận một cách có chọn lọc các quy định của một số quốc gia về chính sách khoan hồng phù hợp với tình hình thực tế của nước ta.

2. Đối tượng áp dụng chính sách khoan hồng

Hiện nay, trên trang duthaoonline.quochoi.vn đã đăng tải ba bản dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi). Trong đó, nếu ở bản dự thảo đăng tải đầu tiên, quy định về chính sách khoan hồng được liệt kê mang tính chất khá sơ lược và còn nhiều điểm chưa hợp lý, thì ở bản dự thảo trình phiên họp thứ 14 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017 và dự thảo xin ý kiến tại kỳ họp thứ 4, Quốc hội khóa XIV (dự thảo 5) đã có sự sửa đổi, bổ sung mang tính cụ thể, chi tiết hơn.

Về đối tượng có thể được áp dụng chính sách khoan hồng cũng có sự khác biệt giữa các bản dự thảo. Cụ thể, trong khi dự thảo đầu tiên giới hạn chủ thể có thể được miễn hoặc giảm nhẹ mức xử phạt theo chính sách khoan hồng chỉ là doanh nghiệp, thì các dự thảo sau đó đã mở rộng phạm vi đối tượng có thể được hưởng chính sách khoan hồng bao gồm cả các cá nhân tự nguyện khai báo, giúp cơ quan cạnh tranh quốc gia phát hiện, điều tra và xử lý hành vi thỏa thuận hạn chế

² Nguyễn Anh Tuấn, tldđ (1), tr. 46.

³ Wouter P.J.Wils, “The Use of Leniency in EU Cartel Enforcement: An Assessment after Twenty Years”, World Competition: Law and Economics Review, Vol. 39, No. 3, 2016, King's College London Law School Research Paper No. 29, 2016, tr.9.

⁴ The American Antitrust Institute, *American Cartel Enforcement in Our Global Era*, năm 2017, tr.33; xem thêm tại www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/Cartels.pdf, truy cập ngày 25/02/2018.

⁵ Xem thêm tại http://www.hoidongcanhtranh.gov.vn/?page=news&do=list&category_id=1, truy cập ngày 25/02/2018.

cạnh tranh bị cấm theo quy định của Luật Cạnh tranh.

Theo nhóm tác giả, sự mở rộng này là hoàn toàn hợp lý. Bởi lẽ, chế tài áp dụng đối với các chủ thể tham gia các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm không chỉ áp dụng cho doanh nghiệp mà còn áp dụng cho cá nhân, bao gồm các chế tài hành chính và hình sự⁶. Đặc biệt, nếu chính sách khoan hồng không mở rộng phạm vi áp dụng cho cá nhân có thể sẽ làm hạn chế khả năng nộp đơn của chủ thể vi phạm. Chẳng hạn như trong trường hợp doanh nghiệp vi phạm có quy mô lớn, có nhiều người quản lý thì việc bất đồng ý kiến trong nộp đơn xin khoan hồng có thể xảy ra. Khi đó, nếu số thành viên quản lý muốn nộp đơn xin khoan hồng chỉ là thiểu số thì họ không thể nộp đơn dưới danh nghĩa của doanh nghiệp được. Như vậy, dù rất muốn nộp đơn và hợp tác với cơ quan cạnh tranh để hưởng khoan hồng, nhưng những người quản lý thiểu số này sẽ không thể thực hiện được. Việc cho phép nộp đơn dưới danh nghĩa cá nhân sẽ giải quyết được tình trạng này. Khi đó, các cá nhân nộp đơn sẽ được hưởng miễn giảm theo chính sách khoan hồng, còn doanh nghiệp và các cá nhân không hợp tác với cơ quan cạnh tranh còn lại sẽ phải chịu chế tài theo luật định.

Hiệu quả tích cực của việc mở rộng đối tượng áp dụng chính sách khoan hồng bao gồm cả doanh nghiệp và cá nhân có thể được minh chứng phần nào qua thực tiễn áp dụng và triển khai các quy định này tại Hoa Kỳ. Tuy nhiên, ban đầu, chính sách khoan hồng chỉ áp dụng cho các tổ chức và chưa thực sự thành công cho đến khi được thay thế bằng chính sách khoan hồng cho tổ chức 1993 và chính sách khoan hồng cho cá nhân

1994⁷. Vì vậy, việc trao cơ hội được miễn, giảm mức xử phạt cho cả cá nhân có thể được coi là một động lực quan trọng thúc đẩy những người quản lý doanh nghiệp nộp đơn xin hưởng khoan hồng.

3. Điều kiện miễn, giảm mức xử phạt theo chính sách khoan hồng

Theo quy định tại Điều 115 dự thảo 5 Luật Cạnh tranh, để được hưởng miễn giảm theo chính sách khoan hồng, chủ thể nộp đơn phải đáp ứng được năm điều kiện sau đây:

Thứ nhất, đã hoặc đang tham gia với vai trò là một bên của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo Điều 11 của Luật Cạnh tranh

Như đã phân tích ở phần đối tượng áp dụng, dự thảo 5 đã mở rộng phạm vi chủ thể được hưởng khoan hồng bao gồm cả doanh nghiệp và các cá nhân có hành vi vi phạm. Tuy nhiên, điểm a khoản 3 Điều 115 của dự thảo lại đặt ra điều kiện để được hưởng khoan hồng phải là một bên trong các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, trong khi đó, theo điều khoản giải thích từ ngữ thì một bên trong thỏa thuận hạn chế cạnh tranh chỉ có thể là doanh nghiệp⁸. Nói cách khác, một người với tư cách cá nhân không thể thỏa mãn được điều kiện là một bên của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Do đó, để thống nhất với chủ trương áp dụng chính sách khoan hồng cho cả cá nhân và doanh nghiệp, nên sửa đổi điều kiện này từ “đã hoặc đang tham gia với vai trò là một bên của thỏa thuận hạn chế cạnh tranh quy định tại Điều 11 của Luật này” thành “có hành vi vi phạm liên quan đến thỏa thuận hạn chế cạnh tranh quy định tại Điều 11 của Luật này”.

Thứ hai, tự nguyện khai báo hành vi vi phạm trước khi cơ quan có thẩm quyền ra quyết định điều tra

⁷ Nguyễn Anh Tuấn, tldd (1), tr. 49.

⁸ Khoản 2 Điều 3 dự thảo 5 giải thích “hành vi hạn chế cạnh tranh” là hành vi của doanh nghiệp, bao gồm hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

⁶ Điều 113 dự thảo 5, Điều 217 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

Điều kiện này đã đặt ra giới hạn về thời điểm nộp đơn để có thể được hưởng chính sách khoan hồng, đó là trước khi cơ quan có thẩm quyền ra quyết định điều tra, cụ thể là trước khi Cơ quan cạnh tranh quốc gia ra quyết định điều tra vụ việc cạnh tranh theo quy định tại Điều 81 của dự thảo 5.

Theo quan điểm của nhóm tác giả, việc giới hạn thời điểm nộp đơn như trên sẽ làm giảm hiệu quả của chính sách khoan hồng. Bởi lẽ, chính sách khoan hồng được đặt ra không chỉ để giúp cơ quan cạnh tranh phát hiện hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm, mà còn phải giúp cơ quan cạnh tranh có đủ căn cứ cần thiết để xử lý các hành vi vi phạm này. Do đó, nếu chỉ giới hạn ở thời điểm “trước khi cơ quan có thẩm quyền ra quyết định điều tra” thì đối với các vụ việc do cơ quan cạnh tranh tự phát hiện và ra quyết định điều tra, chính sách khoan hồng sẽ không được áp dụng. Khi đó, các bên vi phạm không được miễn, giảm theo chính sách khoan hồng, tức không bên nào có động lực để “tự nguyện hợp tác” nên cơ quan cạnh tranh sẽ gặp khó khăn trong việc thu thập chứng cứ, từ đó có thể dẫn đến hệ quả là không chứng minh được hành vi vi phạm và phải đình chỉ điều tra⁹. Ngược lại, nếu chính sách khoan hồng vẫn có thể được áp dụng sau khi cơ quan cạnh tranh đã bắt đầu điều tra sẽ tạo động lực để các bên tham gia thỏa thuận nộp đơn xin hưởng miễn trừ, miễn giảm mức xử phạt. Khi đó, cơ quan cạnh tranh sẽ có được nguồn “thông tin nội bộ”, nhanh chóng thu thập đủ chứng cứ để xử lý các bên vi phạm, tiết kiệm thời gian, nguồn lực của cơ quan cạnh tranh.

Theo pháp luật Hoa Kỳ, chính sách khoan hồng có thể được áp dụng cả trước và sau khi cơ quan cạnh tranh phát hiện ra hành vi vi phạm. Cụ thể, theo Corporate

Leniency Policy 1993¹⁰ (tạm gọi là chính sách khoan hồng cho tổ chức) thì khoan hồng bao gồm 2 loại là loại A và loại B. Trong đó, điều kiện để được hưởng khoan hồng theo loại A là khi bên nộp đơn báo cáo hành vi vi phạm, cơ quan cạnh tranh (The Antitrust Division) chưa có thông tin về vi phạm từ bất kỳ nguồn nào; điều kiện được hưởng khoan hồng theo loại B là tại thời điểm nộp đơn, cơ quan cạnh tranh chưa có đủ bằng chứng kết tội các bên vi phạm. Như vậy, chính sách khoan hồng của Hoa Kỳ vẫn được áp dụng cho đến thời điểm trước khi cơ quan cạnh tranh có đủ chứng cứ để buộc tội các bên, nghĩa là bên vi phạm vẫn có thể nộp đơn xin khoan hồng sau khi cơ quan cạnh tranh đã phát hiện ra vi phạm và bắt đầu điều tra.

Pháp luật về chính sách khoan hồng của Liên minh châu Âu (EU) cũng có quy định tương tự như Hoa Kỳ. Cụ thể, để được hưởng miễn trừ, bên vi phạm phải là bên đầu tiên nộp đơn cho cơ quan cạnh tranh (The European Commission) và phải cung cấp các chứng cứ cần thiết đủ để cơ quan cạnh tranh có cơ sở bắt đầu điều tra các doanh nghiệp có hành vi vi phạm¹¹. Trong trường hợp cơ quan cạnh tranh đã bắt đầu cuộc điều tra thì bên nộp đơn phải cung cấp chứng cứ cần thiết đủ để cơ quan cạnh tranh chứng minh có hành vi vi phạm về hạn chế cạnh tranh¹². Như vậy, chính sách khoan

⁹ Khoản 1 Điều 87 dự thảo 5.

¹⁰ Chính sách khoan hồng cho tổ chức (Corporate Leniency Policy 1993); xem thêm tại <https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>, truy cập ngày 25/02/2018.

¹¹ Khoản 8(a) mục II.A của Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, ban hành ngày 08/12/2006; xem thêm tại [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)), truy cập ngày 25/02/2018.

¹² Khoản 8(b) mục II.A của Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases; xem thêm tại <http://eur-lex.europa.eu/legal->

hồng của EU cũng có thể được áp dụng sau thời điểm cơ quan cạnh tranh đã phát hiện hành vi vi phạm và tiến hành hoạt động điều tra, dù điều kiện đặt ra về giá trị chứng cứ của bên nộp đơn trong trường hợp này có phần cao hơn so với trường hợp cơ quan cạnh tranh chưa phát hiện hành vi vi phạm.

Pháp luật của Vương quốc Anh cũng quy định nhiều loại miễn trừ trong chính sách khoan hồng¹³. Trong đó, loại A dành cho bên nộp đơn đầu tiên khi cơ quan cạnh tranh của Anh (Competition and Markets Authority) chưa tiến hành hoạt động điều tra nào liên quan đến hành vi vi phạm. Còn trong trường hợp cơ quan cạnh tranh đã có hoạt động điều tra thì bên nộp đơn vẫn có thể được hưởng miễn trừ theo loại B hoặc loại C.

Có thể thấy, ở các quốc gia kể trên, chính sách khoan hồng đều có thể được áp dụng sau khi cơ quan cạnh tranh đã bắt đầu điều tra hành vi vi phạm. Thời điểm bên vi phạm có thể “nộp mình” cho cơ quan cạnh tranh để đổi lấy sự miễn trừ, miễn giảm mức xử phạt chỉ nên giới hạn trước lúc cơ quan cạnh tranh có đủ chứng cứ để kết thúc điều tra và xử phạt, truy tố các chủ thể vi phạm. Bởi đây mới là kết quả sau cùng mà pháp luật cạnh tranh hướng tới, đảm bảo các chủ thể vi phạm phải chịu sự trừng phạt thích đáng của pháp luật, đồng thời răn đe các chủ thể khác đang hoặc dự định có hành vi vi phạm.

Vì vậy, để giá trị của chính sách khoan hồng được phát huy tối đa và đảm bảo ý nghĩa của pháp luật cạnh tranh, nhóm tác

giả đề nghị sửa đổi điều khoản này trong dự thảo thành: “Tự nguyện khai báo hành vi vi phạm trước khi cơ quan có thẩm quyền kết thúc cuộc điều tra”.

Thứ ba, khai báo trung thực và cung cấp toàn bộ các thông tin, chứng cứ có được về hành vi vi phạm, có giá trị đáng kể cho việc phát hiện, điều tra và xử lý hành vi vi phạm

Việc khai báo trung thực và cung cấp toàn bộ thông tin về hành vi vi phạm thể hiện sự thiện chí, hợp tác của bên nộp đơn với cơ quan cạnh tranh để đổi lấy sự miễn trừ, miễn giảm hình phạt. Tuy nhiên, việc quy định điều kiện “*chứng cứ phải có giá trị đáng kể cho việc phát hiện, điều tra và xử lý hành vi vi phạm*” có thể sẽ làm giảm hiệu quả của chính sách khoan hồng. Chẳng hạn, trong trường hợp một bên vi phạm nộp đơn đầu tiên, nhưng lại không nắm giữ các chứng cứ quan trọng, có giá trị đáng kể, khi đó bên nộp đơn có thể bị từ chối do không đáp ứng được điều kiện để hưởng chính sách khoan hồng, dù họ là bên nộp đơn đầu tiên cho cơ quan cạnh tranh. Hơn nữa, việc đánh giá chứng cứ như thế nào là có giá trị đáng kể lại không đơn giản.

Pháp luật về chính sách khoan hồng của Hoa Kỳ không đặt ra yêu cầu cụ thể về giá trị của chứng cứ mà bên nộp đơn cung cấp cho cơ quan cạnh tranh¹⁴, chỉ cần khi nộp đơn chính thức cho cơ quan cạnh tranh, bên nộp đơn có thông tin đủ để xác định có sự vi phạm Đạo luật cạnh tranh của Hoa Kỳ (The Sherman Act) và thừa nhận rằng mình đã tham gia vào hành vi vi phạm đó¹⁵. Trong

content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04), truy cập ngày 25/02/2018.

¹³ OFT1495: Applications for leniency and no-action in cartel cases, ban hành ngày 01/7/2013, cập nhật ngày 03/11/2017; xem thêm tại <https://www.gov.uk/government/publications/leniency-and-no-action-applications-in-cartel-cases>, truy cập ngày 25/02/2018.

¹⁴ Mục A (khoan hồng loại A) và mục B (khoan hồng loại B) của Corporate Leniency Policy 1993, xem thêm tại <https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>, truy cập ngày 25/02/2018.

¹⁵ Điều 1 Model Corporate Conditional Leniency Letter; xem thêm tại <https://www.justice.gov/atr/model-corporate-conditional-leniency-letter>, truy cập ngày 25/02/2018.

trường hợp chưa có đủ thông tin cần thiết để chứng minh có sự vi phạm Đạo luật cạnh tranh, bên nộp đơn vẫn có thể liên hệ với cơ quan cạnh tranh để lấy “marker” trước. Sau đó, trong thời gian 30 ngày, bên nộp đơn phải tiến hành thu thập chứng cứ cần thiết cho việc nộp đơn chính thức (có thể thông qua hoạt động bí mật điều tra nội bộ giữa các doanh nghiệp tham gia vi phạm)¹⁶.

Pháp luật về chính sách khoan hồng của EU cũng không đặt ra yêu cầu cao đối với giá trị của chứng cứ mà bên nộp đơn đầu tiên cung cấp. Cụ thể, nếu cơ quan cạnh tranh chưa phát hiện ra hành vi vi phạm thì bên nộp đơn chỉ cần cung cấp các chứng cứ cần thiết đủ để cơ quan cạnh tranh có cơ sở bắt đầu điều tra các doanh nghiệp có hành vi vi phạm. Trong trường hợp cơ quan cạnh tranh đã bắt đầu cuộc điều tra thì bên nộp đơn cần cung cấp chứng cứ đủ để cơ quan cạnh tranh chứng minh có hành vi vi phạm về hạn chế cạnh tranh¹⁷.

Như vậy, ở cả Hoa Kỳ và EU, giá trị chứng cứ mà bên nộp đơn đầu tiên cung cấp chỉ cần đủ để chứng minh có hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trái pháp luật, làm cơ sở cho cơ quan cạnh tranh tiến hành điều tra. Việc không đưa ra điều kiện cụ thể hoặc đưa ra tiêu chuẩn nhưng ở mức độ thấp đối với chứng cứ mà bên nộp đơn đầu tiên phải cung cấp cho cơ quan cạnh tranh để được hưởng miễn trừ sẽ tạo ra cơ hội cho tất cả các bên vi phạm. Dù nắm giữ ít chứng cứ, nhưng bên nộp đơn đầu tiên đã “phá vỡ sự

im lặng”, tự “nộp mình” cho cơ quan cạnh tranh, do đó, họ nên được hưởng miễn trừ theo chính sách khoan hồng. Còn đối với các bên vi phạm nộp đơn sau, do cơ quan cạnh tranh đã có được sự hợp tác từ “bên trong”, nên yêu cầu đặt ra để được hưởng miễn trừ, giảm sẽ phải cao hơn. Kinh nghiệm từ pháp luật của EU và Anh cũng cho thấy, việc xem xét mức độ miễn trừ, giảm mức xử phạt đối với các bên vi phạm nộp đơn sau sẽ phụ thuộc nhiều vào giá trị chứng cứ mà họ cung cấp, cùng với thứ tự nộp đơn¹⁸.

Vì vậy, theo quan điểm của nhóm tác giả, không nên đặt ra yêu cầu cao đối với giá trị của chứng cứ mà bên nộp đơn đầu tiên cần phải cung cấp cho cơ quan cạnh tranh để được hưởng sự miễn trừ. Điều kiện này chỉ nên dừng lại ở mức: “Khai báo trung thực và cung cấp toàn bộ các thông tin, chứng cứ có được về hành vi vi phạm, có giá trị cho việc phát hiện và xác định hành vi vi phạm”.

Thứ tư, hợp tác đầy đủ với cơ quan có thẩm quyền trong suốt quá trình điều tra và xử lý hành vi vi phạm

Đây là một trong những điều kiện quan trọng để cơ quan cạnh tranh xem xét cấp miễn trừ cho bên nộp đơn. Điều kiện này là cơ sở để đảm bảo cơ quan cạnh tranh có được sự hợp tác từ “những người trong cuộc”. Trên thực tế, cơ quan cạnh tranh chỉ chính thức cấp miễn trừ cho bên nộp đơn sau khi đã kết thúc điều tra và xử lý các bên có hành vi vi phạm. Khi nộp đơn, bên nộp

¹⁶ Xem thêm câu hỏi 2, mục I tài liệu “*Frequently Asked Questions About the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters*” ban hành ngày 26/1/2017 tại <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>, truy cập ngày 25/02/2018.

¹⁷ Khoản 10, 11, mục II.A của Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, xem thêm tại [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)), truy cập ngày 25/02/2018.

¹⁸ Xem thêm khoản 24, 25, 26 mục III.A của Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, xem thêm tại [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)), truy cập ngày 25/02/2018; và khoản 2.25, 2.26, 2.26 của OFT1495: Applications for leniency and no-action in cartel cases, xem thêm tại <https://www.gov.uk/government/publications/leniency-and-no-action-applications-in-cartel-cases>, truy cập ngày 25/02/2018.

đơn chỉ nhận được đảm bảo từ cơ quan cạnh tranh rằng, họ là bên đầu tiên nộp đơn, và sẽ được cấp miễn trừ nếu đáp ứng đủ các điều kiện, trong đó có điều kiện hợp tác đầy đủ với cơ quan có thẩm quyền. Nếu trong quá trình điều tra hoặc sau khi kết thúc điều tra, cơ quan cạnh tranh xét thấy bên nộp đơn đã không thực hiện đầy đủ nghĩa vụ hợp tác thì cơ quan này có quyền hủy tư cách nộp đơn và không cấp miễn trừ cho bên nộp đơn.

Do tính chất quan trọng của điều kiện này, nên trong các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Cạnh tranh, cần phải quy định chi tiết, cụ thể như thế nào là hợp tác đầy đủ với cơ quan có thẩm quyền, đảm bảo nguyên tắc minh bạch, rõ ràng của chính sách khoan hồng.

Thứ năm, không áp dụng đối với doanh nghiệp có vai trò ép buộc hoặc tổ chức cho các doanh nghiệp khác tham gia thỏa thuận

Mặc dù theo quy định tại Điều 115 dự thảo 5, để được hưởng miễn giảm theo chính sách khoan hồng, chủ thể nộp đơn phải đáp ứng được đầy đủ bốn điều kiện tại các điểm a, b, c, d khoản 3 Điều này. Tuy nhiên, nhóm tác giả cho rằng, bên cạnh các điều kiện nêu trên, quy định “chính sách khoan hồng không áp dụng đối với doanh nghiệp có vai trò ép buộc hoặc tổ chức cho các doanh nghiệp khác tham gia” tại khoản 4 Điều 115 dự thảo 5 cũng cần được xem xét.

Theo đó, nếu một doanh nghiệp tham gia vào thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm với vai trò ép buộc hoặc tổ chức cho các doanh nghiệp khác tham gia thì sẽ không được hưởng chính sách khoan hồng. Qua đó, có thể thấy được sự khác biệt trong cách đối xử của pháp luật đối với các doanh nghiệp giữ vai trò khác nhau trong thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Cụ thể, các doanh nghiệp có vai trò tổ chức hoặc ép buộc sẽ

phải gánh chịu những chế tài khắt khe mà không có bất kỳ cơ hội nào để được hưởng khoan hồng như các doanh nghiệp khác. Đây thật sự là một sự trừng phạt mạnh mẽ, bởi lẽ khi bắt đầu ép buộc hoặc tổ chức cho các doanh nghiệp khác tham gia vào thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm thì doanh nghiệp đó phải hiểu rằng sẽ không còn con đường nào để rút lui trong khi khả năng bị phát hiện không phải là nhỏ và các thành viên khác có thể rút lui an toàn với chính sách khoan hồng¹⁹. Điều này sẽ làm giảm động lực lôi kéo, hình thành thỏa thuận hạn chế cạnh tranh ngay từ đầu²⁰.

Tuy nhiên, trên thực tế, đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh phức tạp, việc xác định đâu là doanh nghiệp khởi xướng hoặc đứng ra tổ chức thỏa thuận không đơn giản. Trong trường hợp nhiều doanh nghiệp thỏa thuận hoặc hai doanh nghiệp cùng có vai trò tổ chức thì sẽ phải giải quyết như thế nào? Liệu có phải các doanh nghiệp này đều không thể được hưởng khoan hồng hay không? Trong hướng dẫn của Bộ Tư pháp Hòa Kỳ đã giải thích khá rõ ràng về các trường hợp này. Cụ thể, chỉ khi nào xác định được rõ ràng chỉ có một doanh nghiệp đứng ra tổ chức hoặc khởi xướng thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thì doanh nghiệp đó mới không đủ điều kiện được hưởng khoan hồng. Trong trường hợp có từ hai doanh nghiệp trở lên cùng đứng ra tổ chức hay khởi xướng thỏa thuận thì các doanh nghiệp này vẫn đủ điều kiện để nộp đơn xin hưởng khoan hồng²¹.

¹⁹ Phan Công Thành, *Chính sách khoan hồng và tác động phá vỡ các-ten*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 2, năm 2008, tr. 60.

²⁰ Nguyễn Anh Tuấn, tldd (1), tr. 53.

²¹ Xem thêm câu hỏi 15, mục II tài liệu “*Frequently Asked Questions About the Antitrust Division's Leniency Program and Model Leniency Letters*”; xem thêm tại <https://www.justice.gov/atr/leniency-program>, truy cập ngày 25/02/2018.

Do đó, để tránh sự mập mờ khi áp dụng vào thực tiễn, các văn bản hướng dẫn Luật Cạnh tranh sau này cần phải quy định rõ trường hợp nào một doanh nghiệp bị xem là không đủ điều kiện được hưởng chính sách khoan hồng do có vai trò ép buộc hoặc tổ chức cho doanh nghiệp khác tham gia thỏa thuận hạn chế cạnh tranh.

4. Số lượng chủ thể được miễn, giảm theo chính sách khoan hồng

Nếu như ở bản dự thảo đầu tiên không có giới hạn về số lượng chủ thể được miễn, giảm trong chính sách khoan hồng, thì đến dự thảo 5, Ban soạn thảo đã ấn định cụ thể số lượng này là không quá 03 doanh nghiệp²². Việc giới hạn số lượng có thể tạo ra một “cuộc chạy đua” giữa các doanh nghiệp trong việc nộp đơn xin hưởng khoan hồng, tuy nhiên, trong một số trường hợp lại làm giảm hiệu quả của chính sách này. Chẳng hạn như trong các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh phức tạp, có sự tham gia của nhiều doanh nghiệp, sự hợp tác của 03 doanh nghiệp đầu tiên có thể không đủ để giúp cơ quan cạnh tranh có các chứng cứ cần thiết kết thúc điều tra. Nếu ràng buộc cứng nhắc 03 doanh nghiệp này khi nộp đơn phải cung cấp đầy đủ chứng cứ cần thiết để có thể kết thúc cuộc điều tra thì có phần khiên cưỡng và không hợp lý. Kinh nghiệm từ pháp luật của Anh và EU cũng cho thấy sự không cần thiết và không nên quy định giới hạn số lượng doanh nghiệp có thể được miễn giảm hình phạt theo chính sách khoan hồng²³. Do đó, theo quan điểm của nhóm

tác giả, Luật Cạnh tranh không nên giới hạn số lượng doanh nghiệp được hưởng chính sách khoan hồng, mà nên giao việc quyết định này cho cơ quan cạnh tranh xem xét trong từng vụ việc cụ thể.

Bên cạnh đó, một cách tiếp cận khác cũng cần được nghiên cứu đó là quy định của Hoa Kỳ. Ở Hoa Kỳ, miễn trừ theo chính sách khoan hồng là miễn trừ toàn bộ hình thức xử phạt, chỉ được cấp cho một doanh nghiệp duy nhất đủ điều kiện và nộp đơn đầu tiên cho cơ quan cạnh tranh (dù là loại A hay loại B). Các doanh nghiệp nộp đơn sau, nếu hợp tác với cơ quan cạnh tranh thì có thể được cơ quan này xem xét và đề nghị tòa án giảm mức phạt theo các quy định trong Hướng dẫn kết án của Hoa Kỳ (US Sentencing Guidelines)²⁴. Nói cách khác, chính sách khoan hồng của Hoa Kỳ chỉ áp dụng cho một doanh nghiệp duy nhất, các doanh nghiệp nộp đơn sau sẽ được giảm mức phạt theo các quy định chung về kết án. Nếu học hỏi theo mô hình này thì chính sách khoan hồng trong Luật Cạnh tranh chỉ được dành cho một doanh nghiệp duy nhất, còn việc giảm mức phạt cho các doanh nghiệp nộp đơn sau sẽ dựa vào các quy định về tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trong xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh.

5. Mức độ, phạm vi miễn, giảm theo chính sách khoan hồng

Vấn đề thứ tư cần phải lưu ý trong chính sách khoan hồng đó là mức độ và phạm vi miễn, giảm.

Thứ nhất, về mức độ miễn, giảm

cartel cases đưa ra mức giảm lên đến 50% cho các bên nộp đơn sau (loại C), xem thêm tại <https://www.gov.uk/government/publications/leniency-and-no-action-applications-in-cartel-cases>, truy cập ngày 25/02/2018.

²⁴ Christine A Varney và John Terzaken, *The Cartels and Leniency Review (Fifth Edition)*, Law Business Research LTD, 2017, tr. 384.

²² Khoản 5 Điều 115 dự thảo 5.

²³ Ở EU, khoản 26 mục III.A của Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases đưa ra mức giảm 0-20% cho bất kỳ bên nộp đơn nào cung cấp chứng cứ quan trọng, xem thêm tại [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)), truy cập ngày 25/02/2018; ở Anh, khoản 2.24, 2.25, của OFT1495: Applications for leniency and no-action in

Khoản 7 Điều 115 dự thảo 5 ấn định mức giảm cố định cho các chủ thể nộp đơn tương ứng với thứ tự nộp đơn lần lượt là 100%, 60% và 40%.

Theo quan điểm của nhóm tác giả, việc ấn định mức miễn giảm 100% cho bên nộp đơn đầu tiên đáp ứng các điều kiện là hoàn toàn hợp lý. Bởi đây là chủ thể “phá vỡ sự im lặng”, có vai trò quyết định trong việc cạnh tranh thứ tự nộp đơn giữa các bên vi phạm. Bên nộp đơn đầu tiên có thể kéo theo việc nộp đơn của các bên còn lại bởi đã bị phát hiện và nguy cơ chịu phạt là rất lớn. Ngoài ra, việc ấn định mức miễn giảm 100% chỉ dành cho bên nộp đơn đầu tiên đáp ứng các điều kiện và hạn chế được tình trạng các bên lợi dụng chính sách khoan hồng²⁵.

Tuy nhiên, việc cố định mức giảm cho các bên nộp đơn sau như quy định của dự thảo 5 là không hợp lý và có thể sẽ phát sinh bất cập khi thi hành. Ví dụ như trường hợp bên nộp đơn thứ ba tích cực hợp tác hơn và cung cấp nhiều chứng cứ có vai trò quyết định nhưng lại có mức giảm ít hơn so với bên nộp đơn thứ hai. Hơn nữa, như đã phân tích ở phần số lượng chủ thể được miễn, giảm, Luật Cạnh tranh không nên giới hạn số lượng doanh nghiệp được hưởng chính sách khoan hồng, mà nên giao việc quyết định này cho cơ quan cạnh tranh xem xét trong từng vụ việc cụ thể. Pháp luật các quốc gia phát triển như Hoa Kỳ, EU, Anh cũng đều không quy định cụ thể mức giảm cho các bên nộp đơn sau. Ở Hoa Kỳ, mức giảm cụ thể sẽ do tòa án quyết định dựa trên đề nghị của cơ quan cạnh tranh, và thông thường mức giảm cho bên nộp đơn thứ hai là 30-35%²⁶. Ở EU, giảm hình phạt cho các bên nộp đơn sau cũng nằm trong khuôn khổ

của chính sách khoan hồng, mức giảm cho bên nộp đơn đầu tiên (khi không đủ điều kiện được miễn trừ) là 30-50%, bên nộp đơn thứ hai là 20-30% và các bên nộp đơn còn lại là 0-20%, mức giảm cụ thể sẽ do cơ quan cạnh tranh quyết định sau khi kết thúc cuộc điều tra²⁷. Còn ở Anh, các bên nộp đơn sau chỉ có thể được hưởng khoan hồng loại C với mức giảm tối đa là 50%²⁸.

Tương tự như vậy, pháp luật Việt Nam cũng có thể quy định theo hướng cơ quan cạnh tranh sẽ xem xét trong từng vụ việc cụ thể, cân nhắc nhiều yếu tố như: Thứ tự nộp đơn, vai trò trong thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, giá trị chứng cứ cung cấp... để đưa ra quyết định các bên nộp đơn sau có được hưởng giảm, trừ mức phạt không và nếu có thì mức giảm cụ thể là bao nhiêu. Nếu cần thì Luật Cạnh tranh chỉ nên giới hạn mức giảm tối đa mà các bên nộp đơn sau có thể được hưởng, ví dụ như không quá 60% cho bên nộp đơn thứ hai và không quá 40% cho các bên nộp đơn còn lại.

Thứ hai, về phạm vi miễn, giảm

Các doanh nghiệp khi thực hiện hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm theo Luật Cạnh tranh, đương nhiên sẽ bị xử phạt vi phạm trong lĩnh vực cạnh tranh. Bên cạnh đó, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đã quy định một tội phạm mới liên quan đến hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh tại Điều 217. Như vậy, các cá nhân, pháp nhân có hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh đến mức phải truy

²⁵ Nguyễn Anh Tuấn, tldđ (1), tr. 47.

²⁶ Christine A Varney và John Terzaken, tldđ (24), tr. 385.

²⁷ Khoản 26 mục III.A của Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, xem thêm tại [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52006XC1208(04)), truy cập ngày 25/02/2018.

²⁸ Khoản 2.25 của OFT1495: Applications for leniency and no-action in cartel cases, xem thêm tại <https://www.gov.uk/government/publications/leniency-and-no-action-applications-in-cartel-cases>, truy cập ngày 25/02/2018.

cứu trách nhiệm hình sự (thuộc các trường hợp quy định tại Điều 217) thì ngoài mức xử phạt vi phạm pháp luật trong lĩnh vực cạnh tranh, còn có thể phải chịu hình phạt nghiêm khắc trong lĩnh vực hình sự.

Theo tinh thần của Điều 115 dự thảo 5, chính sách khoan hồng chỉ dừng lại ở miễn, giảm mức phạt trong lĩnh vực cạnh tranh. Trong khi đó, hình phạt trong lĩnh vực hình sự lại hết sức nghiêm khắc. Đối với cá nhân, có thể bị phạt tiền từ 200 triệu đồng đến 3 tỷ đồng hoặc bị phạt tù từ 03 tháng đến 05 năm. Đối với pháp nhân, có thể bị phạt tiền từ 1 tỷ đồng đến 5 tỷ đồng hoặc cấm hoạt động từ 6 tháng đến 2 năm, ngoài ra còn có thể bị cấm kinh doanh trong một số lĩnh vực nhất định hoặc cấm huy động vốn từ 01 đến 03 năm²⁹. Có thể thấy, trong mỗi tương quan với mức phạt hành chính thì hình phạt trong lĩnh vực hình sự nghiêm khắc hơn rất nhiều, đặc biệt là đối với cá nhân khi họ có thể bị kết án tù.

Chính sách khoan hồng đưa ra các lợi ích thiết thực cho bên vi phạm đủ để họ phải cân nhắc tự nguyện khai báo hành vi vi phạm của mình. Khi đặt lên bàn cân, có thể thấy lợi ích của bên vi phạm nếu giữ im lặng và tiếp tục thực hiện thỏa thuận hạn chế cạnh tranh sẽ lớn hơn rất nhiều so với việc “nộp mình” cho cơ quan cạnh tranh để đổi lấy sự miễn trừ mức phạt. Như vậy, có khả năng rất lớn chính sách khoan hồng sẽ “sụp đổ”.

Kinh nghiệm từ pháp luật của Hoa Kỳ và Anh cho thấy nếu bên nộp đơn đầu tiên đủ điều kiện thì sẽ được miễn trừ khỏi toàn bộ mức phạt hành chính cũng như mức phạt hình sự. Cụ thể, ở Hoa Kỳ, nếu doanh nghiệp được cấp miễn trừ loại A thì doanh nghiệp sẽ được miễn khỏi mọi cáo buộc

hình sự liên quan³⁰, còn tất cả nhân viên và người quản lý của doanh nghiệp cũng sẽ không bị buộc tội hình sự nếu họ thừa nhận hành vi vi phạm của mình và hợp tác với cơ quan cạnh tranh. Nếu doanh nghiệp được cấp miễn trừ loại B thì doanh nghiệp sẽ được miễn khỏi mọi cáo buộc hình sự liên quan; các nhân viên và người quản lý của doanh nghiệp sẽ được cân nhắc khỏi cáo buộc hình sự nếu họ thừa nhận hành vi vi phạm của mình và hợp tác với cơ quan cạnh tranh³¹. Còn ở Anh, nếu được cấp miễn trừ loại A thì doanh nghiệp sẽ được miễn trừ toàn bộ mức phạt tài chính; toàn bộ nhân viên và quản lý (kể cả những người đã nghỉ việc) sẽ được tự động miễn trừ truy tố hình sự nếu họ cũng hợp tác với cơ quan cạnh tranh³². Nếu doanh nghiệp được cấp miễn trừ loại B thì doanh nghiệp có thể được miễn trừ đến 100% mức phạt tài chính và toàn bộ nhân viên và quản lý (kể cả những người đã nghỉ việc) có thể được miễn trừ truy tố hình sự nếu họ cũng hợp tác với cơ quan cạnh tranh, việc quyết định mức độ miễn trừ loại B sẽ do cơ quan cạnh tranh quyết định³³.

³⁰ Xem đoạn mở đầu và mục C của Corporate Leniency Policy 1993, xem thêm tại <https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>, truy cập ngày 25/02/2018.

³¹ Xem đoạn mở đầu và mục C của Corporate Leniency Policy 1993, xem thêm tại <https://www.justice.gov/atr/file/810281/download>, truy cập ngày 25/02/2018.

³² Khoản 2.10 của OFT1495: Applications for leniency and no-action in cartel cases, xem thêm tại <https://www.gov.uk/government/publications/leniency-and-no-action-applications-in-cartel-cases>, truy cập ngày 25/02/2018.

³³ Khoản 2.16 của OFT1495: Applications for leniency and no-action in cartel cases, xem thêm tại <https://www.gov.uk/government/publications/leniency-and-no-action-applications-in-cartel-cases>, truy cập ngày 25/02/2018.

²⁹ Điều 217 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

Qua đó, dễ dàng nhận thấy rằng, ở Hoa Kỳ và Anh, mức miễn trừ rộng mà các nhà làm luật đưa ra như vậy là hết sức hấp dẫn và chính sách khoan hồng phát huy hiệu quả. Vì vậy, theo quan điểm của nhóm tác giả, nên mở rộng phạm vi miễn trừ của chính sách khoan hồng, không chỉ miễn mức phạt trong lĩnh vực cạnh tranh, mà còn miễn trừ khỏi trách nhiệm hình sự.

6. Kết luận

Bên cạnh một số vấn đề đã được nhóm tác giả đề cập và phân tích ở trên, để có thể phát huy được tối đa hiệu quả chính sách

khoan hồng trong thực tiễn, cần lưu ý đến một số yếu tố khác tác động chính sách khoan hồng như vấn đề bảo mật thông tin, năng lực của cơ quan quản lý cạnh tranh tại Việt Nam... Nếu được quy định một cách đầy đủ, chặt chẽ, hợp lý, chính sách khoan hồng sẽ tạo ra những hiệu quả tích cực, giúp tăng cường khả năng phát hiện, điều tra, xử lý các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thông qua sự hợp tác của chính những “người trong cuộc”, đưa thị trường trở về quỹ đạo bình thường của nó.

(Tiếp theo trang 66 – Vấn đề bảo vệ môi trường...)

qui định như thế nào thì trong một vụ tranh chấp phát sinh từ các vấn đề bảo tồn và thương mại, các đoàn hội thẩm phải tìm kiếm các hỗ trợ thích hợp từ tổ chức, cá nhân theo Công ước quốc tế về buôn bán các loài động, thực vật hoang dã nguy cấp (CITES) để giải quyết vấn đề cụ thể, đồng thời tạo điều kiện cho các bên tranh chấp được bình luận về những hỗ trợ kỹ thuật đó. Đoàn hội thẩm khi đưa ra báo cáo của mình cũng có trách nhiệm cân nhắc sử dụng những tư vấn hướng dẫn đã trưng cầu một cách cẩn trọng cao nhất phù hợp với bản chất của vụ việc đang tranh chấp.

3. Kết luận

Mối quan hệ giữa môi trường và thương mại là vấn đề được quan tâm đặc biệt trong CPTPP. Điều này cho thấy, trong thế giới hiện tại, phát triển bền vững là một qui luật sinh tồn quyết định tương lai của loài người. CPTPP đã gửi thông điệp mạnh mẽ về mối liên hệ giữa thương mại và sự cần thiết phải có những chính sách tương hỗ giữa thúc đẩy

thương mại và bảo vệ môi trường. Mối quan tâm của CPTPP về vấn đề môi trường không chỉ thể hiện ở việc thiết kế riêng chương môi trường với nhiều cam kết cụ thể của các nước thành viên, mà còn ở cả cơ chế đảm bảo thực hiện. CPTPP đã qui định nhiều giải pháp đảm bảo việc thực thi các cam kết này trong đó có cơ chế xử lý vi phạm và giải quyết tranh chấp. Đây là điểm khá mới của CPTPP so với nhiều hiệp định thương mại tự do khác trước đây.

Việc Việt Nam ký CPTPP và việc nó sẽ có hiệu lực trong thời gian tới đây đặt ra cho chúng ta những thách thức không nhỏ trong việc hoàn thiện pháp luật bảo vệ môi trường. So với những cam kết môi trường mà mỗi thành viên CPTPP phải đảm nhận thì pháp luật môi trường của Việt Nam, đặc biệt là Luật Bảo vệ môi trường vẫn còn nhiều điểm chưa tương thích. Việc nghiên cứu kỹ các cam kết môi trường trong CPTPP sẽ định hướng cho quá trình sửa đổi, bổ sung Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

GÓP Ý HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ HÀNH VI LẠM DỤNG VỊ TRÍ THỐNG LĨNH THỊ TRƯỜNG, LẠM DỤNG VỊ TRÍ ĐỘC QUYỀN TRONG DỰ THẢO LUẬT CẠNH TRANH (SỬA ĐỔI)

Võ Thị Thanh Linh*

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá một số bất cập trong các quy định của dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi) về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền, từ đó đưa ra một số ý kiến góp ý hoàn thiện.

Abstract: The paper analyzes and assesses certain shortcomings of regulations in the Draft Competition Law (amended) regarding acts of abusing a dominant position on the market, abusing monopoly position, thereby making certain suggestions for improvement.

Sau với Luật Cạnh tranh năm 2004, dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi)¹ (sau đây gọi tắt là dự thảo) đã có nhiều điểm mới, quy định chặt chẽ và cụ thể hơn về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền. Tuy nhiên, quy định của dự thảo về vấn đề này vẫn còn một số bất cập, hạn chế cần hoàn thiện.

1. Về doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường (Điều 25 dự thảo)

Vị trí thống lĩnh thị trường là khái niệm bắt nguồn từ Luật Chống hạn chế cạnh tranh của Đức, sau đó được Luật Cạnh tranh của Liên minh châu Âu và các quốc gia chịu ảnh hưởng của Liên minh châu Âu sử dụng. Vị trí này là đại diện cho sức mạnh trên thị trường, là sự kết hợp của việc cân bằng lợi ích cá nhân và lợi ích nhóm².

Dự thảo có những quy định mới về doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường như: (i) Đưa yếu tố “sức mạnh thị trường đáng kể” lên trước yếu tố thị phần, nghĩa là yếu tố thị phần không được coi là hiển nhiên và quan trọng nhất khi xác định doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh; (ii) Đối với nhóm doanh nghiệp khi có tổng thị phần (2 doanh nghiệp/50%, 3 doanh nghiệp/65%, 4 doanh nghiệp/75%) được xác định là có vị trí thống lĩnh khi “cùng hành động gây tác động hạn chế cạnh tranh và có sức mạnh thị trường đáng kể”. Bên cạnh đó, yếu tố xác định “sức mạnh thị trường đáng kể”³ được

preliminary. Nguồn: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/005.pdf>, truy cập ngày 30/3/2018.

³ Điều 27 dự thảo quy định: “Sức mạnh thị trường đáng kể của doanh nghiệp” được xác định căn cứ vào 1 trong các yếu tố sau đây: (1) Tương quan thị phần giữa các doanh nghiệp trên thị trường liên quan; (2) Sức mạnh tài chính, quy mô của doanh nghiệp; (3) Rào cản gia nhập, mở rộng thị trường đối với doanh nghiệp khác; (4) Khả năng nắm giữ, tiếp cận, kiểm soát thị trường phân phối, tiêu thụ sản phẩm hoặc nguồn cung; (5) Lợi thế về công nghệ, hạ tầng kỹ thuật; (6) Quyền sở hữu, nắm giữ, tiếp cận cơ sở hạ tầng; (7) Quyền sở hữu, quyền sử dụng đối tượng quyền sở hữu trí tuệ; (8) Khả năng chuyển sang

* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Đà Lạt.

¹ Dự thảo trình tại phiên họp thứ 22 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội khóa XIV. Xem tại: http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1346&TabIndex=1&LanID=1493, truy cập ngày 30/3/2018.

² Power in the Market: On the Dominant Position, Massimiliano Vatterio, vatterio@unisi.it, very

quy định riêng tại Điều 27 dự thảo chứ không dẫn chiếu đến Nghị định hướng dẫn như Luật Cạnh tranh năm 2004; (iii) Khẳng định rõ, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh sẽ không bao gồm doanh nghiệp có thị phần dưới 10% trên thị trường⁴.

- Về doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường:

Khoản 1 Điều 25 dự thảo quy định: *“Doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có sức mạnh thị trường đáng kể được xác định theo quy định tại Điều 27 của Luật này hoặc có thị phần từ 30% trở lên trên thị trường liên quan”*.

Theo tác giả, việc sử dụng ngưỡng thị phần 30% (bên cạnh yếu tố “sức mạnh thị trường”) để suy đoán một doanh nghiệp đương nhiên có vị trí thống lĩnh như khoản 1 Điều 25 dự thảo là không hợp lý. Trên thực tế, nhiều doanh nghiệp bán lẻ có quy mô lớn mặc dù thị phần không đạt tới 30%, nhưng lại là chủ thể có vị trí ưu thế trên thị trường. Ngược lại, nhiều doanh nghiệp có thị phần lớn hơn 30%, nhưng lại không thể thống lĩnh thị trường, do trên thị trường liên quan chỉ có rất ít doanh nghiệp và các doanh nghiệp này chiếm đến 60 – 70 thị phần.

Tham khảo Luật Cạnh tranh của Hoa Kỳ, quốc gia này không đưa ra khái niệm về vị trí thống lĩnh⁵, mà chỉ đưa ra khái niệm “lũng đoạn hoá” (monopolize) để biểu đạt hiện tượng này. Theo đó, *“Bất cứ cá nhân nào nếu thực hiện lũng đoạn hoặc có ý đồ lũng đoạn hoá thương mại giữa các tiểu bang hoặc tiến hành bất cứ hoạt động thương mại nào với người nước ngoài, hoặc*

*liên hợp hoặc cộng mưu với người khác nhằm đạt được mục đích nói trên thì bị xem là vi phạm pháp luật nghiêm trọng”*⁶. Liên minh châu Âu (EU) thì không có quy định thành văn thể nào là vị trí thống lĩnh, khái niệm vị trí thống lĩnh được tìm thấy trong nhiều án lệ tại EU⁷. Theo Luật Cạnh tranh Bồ Đào Nha, một công ty có vị trí thống lĩnh thị trường khi: a) Công ty hoạt động trong thị trường mà không phải đối mặt với bất kỳ sự cạnh tranh đáng kể nào hoặc nó chiếm ưu thế hơn so với các đối thủ cạnh tranh (vị trí thống lĩnh độc lập); hoặc b) 2 hay nhiều công ty hoạt động liên kết trên thị trường mà không đối mặt với sự cạnh tranh đáng kể nào hoặc chúng chiếm ưu thế hơn bên thứ 3 (vị trí thống lĩnh tập thể)⁸. Ở Đức, một doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường khi doanh nghiệp đó: 1. Không còn đối thủ cạnh tranh; 2. Không phải chịu sức ép cạnh tranh đáng kể; hoặc 3. Có vị thế nổi bật trên thị trường trong so sánh với các đối thủ cạnh tranh của mình⁹. Cơ quan quản lý cạnh tranh của Đức sẽ tùy vào từng vụ việc để xác định “khả năng gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể”, quốc gia này ít khi xác định vị trí thống lĩnh căn cứ vào thị phần của doanh nghiệp.

⁶ Article 2 of Sherman Act, nguồn: <https://www.antitrustcriminalattorney.com/antitrust-statutes/sherman-act/monopolization/>, truy cập ngày 30/3/2018.

⁷ EU Competition Law – Abuse of Dominance (Article 102 TFEU). Nguồn: [http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5310/h13/undervisningsmateriale/abuse-of-dominance-\(2\).pdf](http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5310/h13/undervisningsmateriale/abuse-of-dominance-(2).pdf), truy cập ngày 30/3/2018.

⁸ Portuguese Competition Law, Article 6 (2) of Law 18/2003 of 11 June. Nguồn: <https://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUS5310/h12/undervisningsmateriale/abuse-of-dominance-.pdf>, truy cập ngày 30/3/2018.

⁹ German Act against Restraints of Competition in 2013 (German Competition Act – GWB). Nguồn: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/index.html, truy cập ngày 30/3/2018.

nguồn cung hoặc cầu đối với các sản phẩm liên quan khác; (9) Các yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực mà doanh nghiệp đang hoạt động kinh doanh.

⁴ Xem Điều 25 dự thảo.

⁵ Sherman Act & Clayton Act. Nguồn: https://en.wikipedia.org/wiki/Clayton_Antitrust_Act_of_1914, truy cập ngày 30/3/2018.

Như vậy, việc xác định doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường trong pháp luật của các quốc gia phát triển được quy định rất linh hoạt và đều thừa nhận vai trò thị phần trong việc đánh giá sức mạnh thị trường của doanh nghiệp. Tuy nhiên, rất ít quốc gia đưa ra các ngưỡng thị phần cụ thể để làm cơ sở xác định sức mạnh thị trường như quy định trong dự thảo. Mặt khác, việc xác định yếu tố thị phần đặt ra nhiều vấn đề cần giải quyết. Tại khoản 1 Điều 10 dự thảo quy định về cách thức xác định thị phần là: Tỷ lệ phần trăm giữa doanh thu hoặc số đơn vị hàng hóa, dịch vụ bán ra của doanh nghiệp này với tổng doanh thu hoặc tổng số đơn vị hàng hóa, dịch vụ bán ra của tất cả các doanh nghiệp trên thị trường liên quan theo tháng, quý, năm; đồng thời, thị phần cũng là tỷ lệ phần trăm giữa doanh số hoặc số đơn vị hàng hóa, dịch vụ mua vào của doanh nghiệp này với tổng số đơn vị hàng hóa, dịch vụ mua vào của tất cả các doanh nghiệp trên thị trường liên quan theo tháng, quý, năm. Có thể nhận thấy, nếu thị phần được tính theo doanh thu bán ra hoặc doanh số mua vào trong nhiều trường hợp rất khó xác định và chưa phù hợp với những thị trường đặc thù như viễn thông, vận tải, hàng không dân dụng... Mặt khác, dự thảo bên cạnh việc đưa ra các cách xác định thị phần, còn quy định rõ thị phần kết hợp. Kèm với đó là các quy định về doanh thu, doanh số theo chuẩn mực kế toán Việt Nam, quy định thời điểm xác định thị phần (trong trường hợp doanh nghiệp hoạt động kinh doanh chưa đủ một năm tài chính, doanh thu, doanh số, số đơn vị hàng hóa, dịch vụ bán ra, mua vào để xác định thị phần của doanh nghiệp được tính từ thời điểm bắt đầu hoạt động cho tới thời điểm xác định thị phần). Tuy nhiên, trên thực tế, việc tính toán được thực hiện theo cách khác nhau và sẽ đưa ra kết quả khác nhau gây ảnh hưởng tới doanh

nh nghiệp liên quan (khi mà thị phần là căn cứ để xác định vị trí thống lĩnh thị trường; trách nhiệm phải thông báo tập trung kinh tế với Nhà nước).

Từ những phân tích ở trên, tác giả cho rằng, không nên quy định cứng ngưỡng thị phần trong dự thảo, mà tùy từng trường hợp cơ quan có thẩm quyền phải đặt doanh nghiệp trong mối tương quan với các doanh nghiệp khác trên thị trường vào một thời điểm cụ thể để xác định xem doanh nghiệp đó có vị trí thống lĩnh thị trường hay không? Vì vậy, khoản 1 Điều 25 dự thảo nên được sửa đổi như sau:

“1. Doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu có sức mạnh thị trường đáng kể được xác định theo quy định tại Điều 27 của Luật này hoặc có thị phần đáng kể trên thị trường liên quan tùy từng trường hợp”.

- Về nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường:

Khoản 2 Điều 25 dự thảo luật quy định: “Nhóm doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường nếu **cùng hành động** gây tác động hạn chế cạnh tranh và có sức mạnh thị trường đáng kể được xác định theo quy định tại Điều 27 của Luật này hoặc có tổng thị phần thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- a) Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan;
- b) Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan;
- c) Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường liên quan.

Nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường được đề cập trong khoản 2 Điều 25 dự thảo bao gồm 2 loại: (A) Nhóm doanh nghiệp không giới hạn số lượng doanh nghiệp trong nhóm; và (B) Nhóm doanh nghiệp chỉ bao gồm tối đa 4 doanh

ngành và có tổng thị phần tương ứng như sau: (i) Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan; (ii) Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan; và (iii) Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường liên quan.

Tác giả cho rằng, quy định về nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường tại khoản 2 Điều 25 dự thảo là chưa thực sự thuyết phục và có thể gây tranh luận. Nếu dựa vào câu chữ sẽ có hai cách hiểu khác nhau về tiêu chí xác định nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường:

Cách hiểu thứ nhất: Yêu cầu “cùng hành động” chỉ áp dụng đối với nhóm doanh nghiệp loại (A), mà không áp dụng đối với nhóm doanh nghiệp loại (B). Cách hiểu như thế này không ổn vì nếu không cùng hành động thì làm sao có thể tạo thành “nhóm doanh nghiệp” được.

Cách hiểu thứ hai: Yêu cầu “cùng hành động” được áp dụng cho cả hai loại nhóm doanh nghiệp loại (A) và (B). Nếu theo cách hiểu này thì sẽ không có sự cân xứng về tiêu chí xác định “nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường” giữa nhóm doanh nghiệp loại (A) và nhóm doanh nghiệp loại (B).

Quy định tại khoản 2 Điều 25 dự thảo chưa làm rõ xu hướng theo cách hiểu thứ nhất hay cách hiểu thứ hai. Bên cạnh đó, cụm từ “cùng hành động” sẽ được giải thích như thế nào? “Cùng hành động” hiểu theo nghĩa thông thường bao gồm cả “cùng hành động một cách ngẫu nhiên” và “cùng hành động trên cơ sở thống nhất ý chí” (có thỏa thuận). Theo tác giả, việc đưa ra tiêu chí “cùng hành động” để xác định nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường là thiếu tính khả thi. Nếu Luật Cạnh tranh (sửa đổi) được thông qua mà vẫn giữ quy định

này thì sẽ khó áp dụng trong thực tế. Vì thế, tác giả đồng ý với quan điểm cho rằng, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường chỉ được xác định khi có sự thống nhất ý chí, nghĩa là phải có sự thỏa thuận¹⁰.

Từ những lập luận trên, tác giả kiến nghị sửa đổi khoản 2 Điều 25 dự thảo như sau:

“2. Nhóm doanh nghiệp được coi là có vị trí thống lĩnh thị trường khi cùng thỏa thuận thực hiện các hành vi gây tác động hạn chế cạnh tranh và có tổng thị phần thuộc một trong các trường hợp sau đây:

a) Hai doanh nghiệp có tổng thị phần từ 50% trở lên trên thị trường liên quan;

b) Ba doanh nghiệp có tổng thị phần từ 65% trở lên trên thị trường liên quan;

c) Bốn doanh nghiệp có tổng thị phần từ 75% trở lên trên thị trường liên quan”.

2. Về doanh nghiệp có vị trí độc quyền (Điều 26 dự thảo)

Điều 26 dự thảo quy định: “Doanh nghiệp được coi là có vị trí độc quyền nếu không có doanh nghiệp nào cạnh tranh về hàng hoá, dịch vụ mà doanh nghiệp đó kinh doanh trên thị trường liên quan”.

Khái niệm doanh nghiệp có vị trí độc quyền theo quy định trên chưa thực sự đầy đủ. Thực tế cho thấy, độc quyền có thể hiểu theo nghĩa tương đối, nghĩa là vẫn có đối thủ cạnh tranh trên thị trường liên quan, nhưng vị trí, sức cạnh tranh của các đối thủ đó nhỏ, không đáng kể và doanh nghiệp có vị trí độc quyền vẫn giữ khả năng kiểm soát, chi phối thị trường. Điều này thể hiện rất rõ ở Việt Nam, nhiều lĩnh vực, doanh nghiệp được xác định là có vị trí độc quyền, nhưng

¹⁰ Hà Thị Thanh Bình, “Một số góp ý đối với các quy định về vai trò của thị trường liên quan và nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường trong Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi)”, Kỷ yếu Hội thảo góp ý dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi), Tp. Hồ Chí Minh, tháng 3/2018.

trên thị trường liên quan không chỉ mình doanh nghiệp đó, mà còn có các doanh nghiệp nhỏ lẻ khác cũng kinh doanh và sức cạnh tranh không đáng kể. Vì vậy, tác giả kiến nghị bổ sung quy định tại Điều 26 dự thảo như sau:

“Điều 26. Doanh nghiệp có vị trí độc quyền

Doanh nghiệp được coi là có vị trí độc quyền nếu không có doanh nghiệp nào cạnh tranh về hàng hoá, dịch vụ mà doanh nghiệp đó kinh doanh trên thị trường liên quan, hoặc có doanh nghiệp cạnh tranh nhưng sức cạnh tranh nhỏ và không đáng kể”.

3. Về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm (Điều 28 dự thảo)

So với Luật Cạnh tranh năm 2004, dự thảo có điểm tiến bộ là đã đề cập cụ thể khái niệm hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền tại khoản 5 Điều 3: *“Lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền là hành vi của doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường, vị trí độc quyền gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh”.* Đây là quy định phù hợp với thông lệ quốc tế. Theo Bộ quy tắc về cạnh tranh của Liên hợp quốc được thông qua ngày 22/4/1980: *“Hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh và vị trí độc quyền để hạn chế cạnh tranh là hành vi hạn chế cạnh tranh mà doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh hoặc vị trí độc quyền sử dụng để duy trì hay tăng cường vị trí của nó trên thị trường bằng cách hạn chế khả năng gia nhập thị trường hoặc hạn chế quá mức cạnh tranh”*¹¹.

Về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền bị cấm, Điều 28 dự thảo quy định:

“1. Cấm doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thực hiện các hành vi sau đây:

a) Bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến loại bỏ đối thủ cạnh tranh;

b) Áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây ra hoặc có khả năng gây ra thiệt hại cho khách hàng;

c) Hạn chế sản xuất, phân phối hàng hoá, dịch vụ, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây ra hoặc có khả năng gây ra thiệt hại cho khách hàng;

d) Áp dụng điều kiện thương mại khác nhau trong các giao dịch tương tự dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia, mở rộng thị trường hoặc loại bỏ doanh nghiệp khác;

đ) Áp đặt điều kiện cho doanh nghiệp khác ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ hoặc yêu cầu khách hàng chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia, mở rộng thị trường hoặc loại bỏ đối thủ cạnh tranh;

e) Ngăn cản việc tham gia hoặc mở rộng thị trường của doanh nghiệp khác;

g) Các hành vi khác theo tiêu chí xác định tại khoản 5 Điều 3 của Luật này.

2. Cấm doanh nghiệp có vị trí độc quyền thực hiện các hành vi sau đây:

a) Các hành vi quy định tại các điểm b, c, d, đ và e khoản 1 Điều này;

b) Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng;

c) Lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng”.

¹¹ Mục B đoạn 1 Bộ quy tắc về cạnh tranh của Liên hợp quốc (sách dịch), Hà Nội, 2001, tr. 52.

Có thể nhận thấy, sự trùng lặp giữa điểm b khoản 1 và điểm b khoản 2 Điều 28 dự thảo. Hành vi “*Áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý hoặc ấn định giá bán lại tối thiểu gây ra hoặc có khả năng gây ra thiệt hại cho khách hàng*” (điểm b khoản 1 Điều 28) về bản chất cũng là hành vi “*Áp đặt các điều kiện bất lợi cho khách hàng*”. Theo đó, doanh nghiệp có hành vi áp đặt giá mua thấp hơn giá thành toàn bộ (gồm chi phí nhân công, chi phí vật tư trực tiếp, chi phí sản xuất chung) khi không có biến động về kinh tế, chất lượng hàng hóa không suy giảm sẽ làm cho nhà phân phối, đại lý, người tiêu dùng (khách hàng) gặp bất lợi trong quá trình mua hàng. Áp đặt giá bán gây thiệt hại cho khách hàng nếu cầu về hàng hóa không tăng đột biến đến mức vượt quá công suất thiết kế hoặc năng lực sản xuất của doanh nghiệp sẽ gây bất lợi cho các nhà phân phối hàng hoá. Hành vi ấn định giá bán lại tối thiểu thể hiện bằng việc khống chế không cho phép nhà phân phối, các nhà bán lẻ hàng hóa bán thấp hơn mức quy định trước đó cũng dẫn đến những bất lợi cho các chủ thể có liên quan. Nói tóm lại, kết quả của hành vi áp đặt giá mua, áp đặt giá bán, ấn định giá bán lại tối thiểu đều có hậu quả bất lợi và gây ra thiệt hại cho khách hàng.

Một vấn đề nữa cần bàn đến ở đây là quy định tại điểm c khoản 2 Điều 28 dự thảo cấm doanh nghiệp có vị trí độc quyền: “*Lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng*”. Trên thực tế, cả doanh nghiệp có vị trí độc quyền và doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường đều là những doanh nghiệp có ưu thế. Do đó, các doanh nghiệp này đều có thể lợi dụng vị trí của mình để đơn phương thay

đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng. Chính vì vậy, hành vi nói trên cần bị cấm đối với cả doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường.

Từ những phân tích ở trên, để đảm bảo sự thống nhất, tránh sự chồng chéo không đáng có, tác giả cho rằng, nên gộp điểm b khoản 1 và điểm b khoản 2 Điều 28 làm một, đồng thời đảo vị trí khoản 1 và khoản 2 Điều 28 với nhau. Như vậy, Điều 28 dự thảo sẽ được viết lại như sau:

“Điều 28. Hành vi lạm dụng vị trí độc quyền, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường bị cấm

1. Cấm doanh nghiệp có vị trí độc quyền thực hiện các hành vi sau đây:

a) *Áp đặt điều kiện bất lợi cho khách hàng, áp đặt giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ bất hợp lý, ấn định giá bán lại tối thiểu hoặc các hình thức khác, hậu quả là gây ra hoặc có thể gây ra thiệt hại cho khách hàng;*

b) *Hạn chế sản xuất, phân phối hàng hoá, dịch vụ, giới hạn thị trường, cản trở sự phát triển kỹ thuật, công nghệ gây ra hoặc có khả năng gây ra thiệt hại cho khách hàng;*

c) *Áp dụng điều kiện thương mại khác nhau trong các giao dịch tương tự dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia, mở rộng thị trường hoặc loại bỏ doanh nghiệp khác;*

d) *Áp đặt điều kiện cho doanh nghiệp khác ký kết hợp đồng mua, bán hàng hoá, dịch vụ hoặc yêu cầu khách hàng chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia, mở rộng thị trường hoặc loại bỏ đối thủ cạnh tranh;*

đ) Ngăn cản việc tham gia hoặc mở rộng thị trường của doanh nghiệp khác;

e) Lợi dụng vị trí độc quyền để đơn phương thay đổi hoặc hủy bỏ hợp đồng đã giao kết mà không có lý do chính đáng.

2. Cẩm doanh nghiệp, nhóm doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh thị trường thực hiện các hành vi sau đây:

a) Các hành vi quy định tại khoản 1 Điều này;

b) Bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ dưới giá thành toàn bộ dẫn đến hoặc có khả năng dẫn đến loại bỏ đối thủ cạnh tranh;

c) Các hành vi khác theo tiêu chí xác định tại khoản 5 Điều 3 của Luật này”.

(Tiếp theo trang 57 – Thực trạng pháp luật...)

báo cáo của tổ giúp việc để chuyển đến thành viên Hội đồng chuẩn bị cho phiên họp Hội đồng; thống nhất lại quy định về thời gian hoàn chỉnh phương án giá đất của Sở Tài nguyên và Môi trường theo kết quả thẩm định¹⁴. Đồng thời, quy định cụ thể thời gian khi tổ giúp việc yêu cầu tổ chức xây dựng phương án giá đất hoàn thiện lại phương án, bổ sung minh chứng; trường hợp tổ chức xây dựng phương án giá đất không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu của tổ giúp việc thì phương án vẫn được trình kèm theo là ý kiến của tổ giúp việc và ý kiến của tổ chức xây dựng phương án giá đất để Hội đồng xem xét.

Hai là, bổ sung quy định cụ thể về trình tự phiên họp Hội đồng thẩm định nhằm đảm bảo tính khách quan, hiệu quả của phiên họp. Phiên họp được tiến hành dưới sự chủ trì của Chủ tịch Hội đồng theo trình tự sau: (i) Tổ giúp việc (nếu có) báo cáo văn tắt nội dung phương án giá đất, những vấn đề xin ý kiến Hội đồng, những ý kiến của tổ giúp việc và tổ chức xây dựng dự thảo phương án giá đất; (ii) Chủ trì phiên họp phát biểu những vấn đề cần làm rõ; (iii) Đơn vị xây

dựng dự thảo phương án giá đất giải trình; (iv) Ý kiến của chủ tịch, thành viên thường trực, các thành viên khác; (v) Đơn vị tư vấn giải đáp từng ý kiến; (vi) Chủ trì phiên họp phát biểu kết luận; (vii) Thành viên Hội đồng bỏ phiếu biểu quyết; (viii) Công bố kết quả bỏ phiếu và những vấn đề phương án cần hoàn thiện (nếu có).

Ba là, bổ sung quy định xem xét việc hoàn chỉnh phương án giá đất đối với trường hợp phương án phải hoàn chỉnh lại theo thông báo của Hội đồng thẩm định. Đối với những phương án giá đất phức tạp, còn nhiều ý kiến khác nhau khi thẩm định thì sau khi hoàn chỉnh phương án giá đất theo thông báo kết quả thẩm định, Sở Tài nguyên và Môi trường phải chuyển phương án giá đất hoàn chỉnh, thuyết minh nội dung đã điều chỉnh đến thường trực Hội đồng thẩm định (Sở Tài chính) để kiểm tra trước khi trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định phê duyệt. Việc xem xét hoàn chỉnh phương án giá đất bởi thường trực Hội đồng sẽ được nêu rõ trong thông báo kết quả thẩm định.

¹⁴ Hiện nay, quy định về thời gian hoàn chỉnh phương án giá đất không thống nhất giữa hai văn bản: Điều 32 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT quy định: “Trong thời hạn không quá 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận được văn bản thẩm định của Hội đồng thẩm định giá đất, Sở Tài nguyên và Môi trường hoàn thiện dự thảo phương án giá đất trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định”. Trong khi đó, khoản 3 Điều 14 Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT quy định: “Trong thời hạn 03 ngày làm việc, Sở Tài nguyên và Môi trường hoàn thiện phương án giá đất trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định”.