



ISSN 0866 -7446

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

STATE AND LAW REVIEW



VIỆN HÀN LÂM KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
VIỆN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

5(385)
2020

Vietnam Academy of Social Sciences
Institute of State and Law

THÁNG RA MỘT KỲ

5(385)

2020

NĂM THỨ 49

TỔNG BIÊN TẬP
TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRÍ ÚC
PGS.TS. BÙI XUÂN ĐỨC
PGS.TS. PHẠM HỒNG HẢI
PGS.TS. TRẦN ĐÌNH HẢO
PGS.TS. HÀ THỊ MAI HIỀN
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHỊ
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHÁT
PGS.TS. LÊ MINH THÔNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN
GS.TS. VÔ KHÁNH VINH
PGS.TS. ĐINH NGỌC VƯỢNG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép hoạt động
báo chí: số 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty Cổ phần
in và thương mại
Đông Bắc

Giá: 20.000^d

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ ĐÀO TRÍ ÚC: Những bài học lý luận và thực tiễn của Chiến lược cải cách tư pháp 3
- ❖ CAO VŨ MINH: Hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn trong pháp luật xử phạt vi phạm hành chính 10

LUẬT HÌNH SỰ

- ❖ CHU TẤN HẢI – NGUYỄN THỊ PHƯƠNG HOA: Bàn về quy định của Bộ luật Hình sự về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy 22

GÓP Ý DỰ ÁN LUẬT

- ❖ NGUYỄN THỊ PHƯƠNG HÀ: Cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu trong phương thức đối tác công tư (PPP) – Một số góp ý cho Việt Nam 31
- ❖ NGUYỄN TUẤN VŨ: Lựa chọn nhà đầu tư trong phương thức đối tác công tư tại Việt Nam 42

THỰC TIỄN PHÁP LÝ

- ❖ HOÀNG KIM KHUYÊN: Thực tiễn thực hiện pháp luật về quy hoạch xây dựng, quản lý, sử dụng nghĩa trang ở Việt Nam và một số kiến nghị 51

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

- ❖ TRẦN THỊ THU THỦY: Chính sách, pháp luật của Hoa Kỳ về phòng, chống đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo, không kiểm soát – Kinh nghiệm cho Việt Nam 59
- ❖ HÀ THỊ HOA PHƯỢNG: Kinh nghiệm của Trung Quốc, Ấn Độ về xây dựng pháp luật lao động và an sinh xã hội tại các đặc khu kinh tế – Gợi mở cho Việt Nam 70

MONTHLY ISSUE

5(385)

2020

49TH YEAR

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:
tcnnp1@isl.gov.vn*

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

Printed by Dong Bac
Trade and Print Joint
Stock Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

- ❖ DAO TRI UC: Theoretical and Practical Lessons from Judicial Reform Strategy 3
- ❖ CAO VU MINH: Deprivation of the Right to Use Licenses or Practice Certificates for a Definite Time under the Law on Handling of Administrative Violations 10

CRIMINAL LAW

- ❖ CHU TAN HAI – NGUYEN THI PHUONG HOA: A Commentary on the Offense of Appropriation of Narcotic Drugs under the Criminal Code 22

SUGGESTIONS ON LAW PROJECTS

- ❖ NGUYEN THI PHUONG HA: Revenue Risk-sharing Mechanism in Public – Private Partnership (PPP) – Recommendations for Vietnam 31
- ❖ NGUYEN TUAN VU: Selection of Investors in Public – Private Partnership in Vietnam 42

LEGAL PRACTICE

- ❖ HOANG KIM KHUYEN: The Practice of the Law on Construction Planning, Management, and Use of Cemeteries in Vietnam and Recommendations 51

FOREIGN STATE AND LAW

- ❖ TRAN THI THU THUY: The Law and Policy of the United States of America on Prevention and Combatting of Illegal, Unreported, Unregulated Fishing – Experience for Vietnam 59
- ❖ HA THI HOA PHUONG: The Experiences of China and India on Making Labor and Social Security Laws Applicable to Special Economic Zones – Experience for Vietnam 70

NHỮNG BÀI HỌC LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN CỦA CHIẾN LƯỢC CẢI CÁCH TƯ PHÁP

Đào Trí Úc*

Tóm tắt: Nội dung bài viết phân tích và làm rõ 3 vấn đề ở cả góc độ lý luận và thực tiễn: 1. Tư tưởng đề cao các giá trị công bằng, công lý, quyền con người trong các hoạt động tư pháp; 2. Chiến lược cải cách tư pháp và các giá trị cốt lõi của tư pháp; 3. Những vấn đề đặt ra đối với cải cách tư pháp tiếp theo.

Abstract: The article analyzes and clarifies three issues at theoretical and practical levels: 1. Ideology for promotion of fairness, justice, and human rights in judicial activities; 2. Judicial reform strategy and core values of the judiciary; 3. Forthcoming issues facing judicial reform.

1. Tư tưởng đề cao các giá trị công bằng, công lý, quyền con người trong các hoạt động tư pháp

1.1. Về các giá trị công bằng, công lý

Trong truyền thống dân tộc và giá trị đạo đức của người Việt Nam, công bằng, lẽ phải luôn là những giá trị được trân trọng, đề cao. Ngày 29/12/1966, tại phiên họp của Hội đồng Chính phủ khi đề cập công tác lưu thông phân phối lúc bấy giờ, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã nói: “Không sợ thiếu, chỉ sợ không công bằng”. Câu nói đó vừa hàm nghĩa công bằng là yêu cầu phải được bảo đảm dù ở điều kiện, hoàn cảnh nào; vừa nói lên trách nhiệm của Nhà nước và xã hội phải bảo đảm cho được điều đó. Đó cũng là giá trị cốt lõi của chế độ pháp quyền Việt Nam ngày nay.

Nhìn sâu vào lịch sử tư tưởng nhân loại, từ thời Hy Lạp cổ đại, Platon (428-348 TCN) đã coi công lý là tất cả những gì mang tính hợp lý, là phẩm hạnh, đạo đức và là hạt nhân của pháp luật. Về sau, Aristotle (384-322 TCN) đã căn cứ vào đó để xác định chức năng của công lý là xác lập sự

công bằng khi nó bị phá vỡ, thông qua việc phân chia, phân phối phù hợp với phẩm giá con người. Cicero (144-46 TCN) của thời La Mã cổ đại, đặt công lý vào vị trí có tính lý tưởng: Đó là những gì thuộc về các giá trị thiện và mỹ. Vào thời trung đại, trước sự đe dọa của quyền lực tùy tiện, các nhà tư tưởng đã gắn công bằng, công lý với nền tảng đạo đức của quyền lực và tự do cho con người. Thánh Augustine (354-430) – nhà triết học Cơ đốc giáo của Giáo hội Rome, với giáo lý cứu rỗi và ân điển, đã coi công lý là nền tảng của tự do và quyền lực. Nhiều năm sau đó, khi “cứu rỗi” không chỉ còn là giá trị cho cá nhân, mà còn là nhu cầu cho sự phát triển của xã hội, Thomas Aquinas (1225-1274) ở Ý, đã coi công lý là chân lý, là sự thật tồn tại tự nhiên và trên cơ sở đó, xác lập pháp luật công bằng bởi pháp luật chính là tự nhiên. Sự phát triển của xã hội tư bản chủ nghĩa vào thời kỳ kinh tế tự do đã dẫn tới sự ra đời các trào lưu tư tưởng hướng vào lợi ích và tự do cho con người. Trong bối cảnh đó, thuyết công lợi (*utilitarianism*) của Jeremy Bentham (1748-1832) ở Anh, với nguyên lý về hạnh phúc cực đại (*greatest happiness principle*) đã đồng nhất công bằng, công lý với lợi ích qua bốn thành tố là

* GS.TSKH., Chủ tịch Hội đồng Giáo sư ngành Luật học, Ủy viên Hội đồng Giáo sư Nhà nước.

hạnh phúc, niềm vui, tiện nghi và tiến bộ. Cùng với đó, tư tưởng của chủ nghĩa tự do (*libertarianism*): Tự do thân thể, tự do về tài sản của John Locke (1632-1704) - tư tưởng gia vĩ đại của giai cấp tư sản Anh, đã coi các giá trị này là những thành tố cơ bản của công bằng và công lý. Tuy nhiên, trong bối cảnh của tự do cạnh tranh, tư tưởng công bằng, công lý của Immanuel Kant, nhà tư tưởng Đức thế kỷ XVII-XIX, đã kéo những giá trị đó đến gần hơn với đạo đức. Theo đó, công lý gắn liền với đạo đức và nhân phẩm, với động cơ và sự thực tâm của con người. Cùng với I.Kant, nhà tư tưởng của cách mạng Pháp J. Rousseau (1712-1778) đã đưa vấn đề đạo đức, phẩm hạnh như là tố chất của công bằng và công lý lên tầm hạt nhân của chủ quyền nhân dân trên nền tảng khế ước xã hội. Bởi theo ông, khế ước được xác lập trên cơ sở bình đẳng xã hội của cá nhân mà sự chân thực và sự tử tế đó là hạt nhân của khế ước¹.

Trong thời đại ngày nay, khi bàn về công bằng và công lý, các nhà lý luận hiện đại đã đưa vấn đề này lên tầm của một giá trị xã hội, đó là công bằng xã hội và bình đẳng xã hội. Chẳng hạn, lý thuyết về công lý của nhà nghiên cứu triết học và chính trị học người Mỹ John Rawls (1921-2002) trong nhiều công trình của mình, đặc biệt là trong cuốn Lý thuyết về công lý (*Theory of justice*) đã xuất phát từ chính các luận đề kinh điển trong các học thuyết của Bentham về công lợi, cũng như của J.Locke, I.Kant và J.Rousseau để khẳng định rằng, công lý là sản phẩm của tự nhiên và của việc con người khi sinh ra đã là bình đẳng, không thể bị phân biệt và đối xử bất bình đẳng; công

lý chính là sự sòng phẳng trước sản phẩm tự nhiên đó, công lý phải là sự sòng phẳng (*justice as fairness*)². Từ đó, công lý dựa trên hai nguyên tắc: Một là, mọi người đều có địa vị ngang nhau như đã mặc định, mỗi cá nhân cần xây dựng quan hệ với người khác theo các nguyên tắc của sự tử tế đã giao ước. Các thiết chế xã hội, trong đó có Nhà nước, phải hành động để duy trì khế ước đó, tức là duy trì tính công bằng tự nhiên trong xã hội. Hai là, mọi sự bất công xã hội phải được giải quyết theo hướng: Ai cũng phải gánh chịu rủi ro và ai cũng có cơ hội để có được công bằng.

Sau khi ra đời, lý thuyết về công lý của John Rawls được giới nghiên cứu gọi là “công lý phân phối” (*distributive justice*)³. Có thể thấy ngay rằng, lý thuyết về công lý phân phối có tính lý tưởng, bởi thực tế, xã hội từ xưa đến nay chưa cho thấy hiện thực đó. Thế nhưng, nếu buông bỏ những yếu tố lý tưởng này thì đó chính là miếng đất tốt cho sự bất công, sự cướp bóc và bóc lột như chính John Rawls đã cảnh báo.

Như vậy, công lý trong tâm thức của loài người từ cổ đại đến hiện đại, dù đó là ý tưởng, lý thuyết hay niềm tin tôn giáo đều là quan niệm, lý tưởng, hoài bão về một trật tự xã hội công bằng, tự do dựa trên lẽ phải - những giá trị cốt lõi mà mỗi con người đều cần được hưởng trong từng trường hợp và trong mọi trường hợp; đồng thời xã hội, Nhà nước có trách nhiệm tôn trọng, bảo đảm và bảo vệ.

¹ Duran Will, *Story of Philosophy: The lives and opinions of the world's greatest philosophers*, Pocket, 1991.

² John Rawls, *Theory of justice*, Harvard University (Belknap) Press, 1971.

³ Wolff, Robert Paul (1977), *Understanding Rawls: A reconstruction and critique of A Theory of Justice*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, p.2-212; Sen Amartya (2009), *The idea of justice*, New York, Belknap Press (Harvard University Press), p.52-74.

1.2. Tư pháp và công lý

Biểu tượng có tính pháp quyền đầu tiên là biểu tượng về thần Công lý với hai con mắt bị bịt kín, với thanh kiếm và cán cân trên tay - đó là biểu tượng về sự kết hợp giữa quyền lực và pháp luật, hàm ý rằng làm theo pháp luật là yêu cầu chung cho mọi người. Có thể hiểu rộng hơn ý nghĩa của biểu tượng này. Mặc dù ý tưởng ở đây gắn với thần Công lý, nhưng hàm ý của nó không chỉ liên quan đến tòa án như một thiết chế cụ thể mà chính là tư tưởng về một trật tự quốc gia và trật tự xã hội công bằng. Nhưng, cơ sở biểu trưng của tư tưởng đó lại lấy tòa án làm hình mẫu, bởi vì tòa án - cơ quan xét xử, được coi là sự thể hiện và sự khẳng định tính công bằng và công lý trong đời sống. Tòa án bảo vệ công lý bởi bản chất của xét xử là hành trình đi tìm công lý. Từ thuở xa xưa ấy, tòa án đã được gắn với những thiên chức không gì thay thế được trong việc duy trì công lý, có thủ tục công khai, minh bạch, bảo đảm quyền bào chữa của người bị buộc tội, có vị trí độc lập, khách quan và các thẩm phán vô tư, là hạt nhân quan trọng đầu tiên, là hình ảnh thu nhỏ của nhà nước pháp quyền, của cách thức tổ chức quyền lực nhà nước một cách dân chủ trên nền tảng pháp luật. Chính vì vậy, tiếp cận công lý là một trong những quyền quan trọng trong số các quyền con người.

Quyền tiếp cận công lý có nội dung chủ đạo là quyền được tòa án xét xử và xét xử kịp thời, bình đẳng trước pháp luật, trước tòa án. Sự bảo hộ của pháp luật theo các thủ tục tố tụng công bằng đồng nghĩa với sự bảo vệ bởi tòa án nhân danh pháp luật và công lý.

Quyền tiếp cận công lý của người dân tương ứng với nghĩa vụ của Nhà nước mà đại diện là tòa án. Đó chính là nội hàm của nguyên tắc tòa án không được từ chối giải

quyết vụ việc. Bộ luật Dân sự của Pháp năm 1804 từ khi nó mang tên Hoàng đế Napoléon đến nay vẫn duy trì quy định: “Thẩm phán nào từ chối xét xử với lý do luật không quy định, quy định không rõ ràng hoặc không đầy đủ, thì có thể bị truy tố về tội từ chối xét xử” (Điều 4).

2. Chiến lược cải cách tư pháp và các giá trị cốt lõi của tư pháp

Khi đề ra Chiến lược cải cách tư pháp, lần đầu tiên trong các văn kiện chính trị của Đảng và Nhà nước ta *khái niệm công lý và quyền con người* đã được đề cập và Bộ Chính trị cũng đã xác định nhiệm vụ bảo vệ công lý, quyền con người là của các cơ quan tư pháp. Nghị quyết số 49-NQ/TW về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã **5 lần** nhắc đến hai khái niệm đó khi đề ra mục tiêu, quan điểm, phương hướng, các nhiệm vụ trong quá trình tiến hành cải cách tư pháp:

- “Các cơ quan tư pháp phải thật sự là chỗ dựa của nhân dân trong việc *bảo vệ công lý, quyền con người*”.

- “Xây dựng nền tư pháp trong sạch, vững mạnh, dân chủ, nghiêm minh, *bảo vệ công lý*”.

- “Hoàn thiện các thủ tục tố tụng tư pháp, bảo đảm tính đồng bộ, dân chủ, công khai, minh bạch, tôn trọng và *bảo vệ quyền con người*”.

- “Đổi mới thủ tục hành chính trong các cơ quan tư pháp nhằm tạo điều kiện cho người dân *tiếp cận công lý*”.

- “Bồi dưỡng cán bộ tư pháp, bổ trợ tư pháp theo hướng cập nhật các kiến thức mới về chính trị, pháp luật, kinh tế, xã hội, có kỹ năng nghề nghiệp và kiến thức thực tiễn, có phẩm chất, đạo đức trong sạch, dũng cảm *đấu tranh vì công lý, bảo vệ pháp chế xã hội chủ nghĩa*”.

Tư tưởng gắn công lý với các hoạt động tư pháp và lĩnh vực tư pháp là một tư tưởng đúng đắn và vượt trội của Nghị quyết số 49-NQ/TW về Chiến lược cải cách tư pháp. Tư tưởng đó về sau đã được hiến định và cũng là lần hiến định đầu tiên ở nước ta bởi Hiến pháp năm 2013 khi xác định nhiệm vụ “*bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân*” là của tòa án nhân dân (Điều 102). Việc hiến định giá trị công lý và quyền con người đã tạo nên một định hướng quan trọng trong chính sách pháp luật và trong toàn bộ hệ thống pháp lý nước ta: Đó là định hướng tạo những điều kiện tối đa cho quyền tiếp cận công lý của người dân, trong việc bảo vệ các quyền con người. Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015, Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 cũng đã có những quy định tương ứng và phù hợp.

Ý nghĩa của tư tưởng về công bằng, công lý, quyền con người đã tạo cảm hứng cho nhận thức mới về pháp luật. Từ nay, pháp luật cần được hiểu theo nghĩa rộng. Cách hiểu rộng ấy sẽ làm cho pháp luật có được nội dung phù hợp, sinh động, gắn với thực tiễn đang thay đổi nhanh chóng, không bị xơ cứng, thiếu khả năng điều chỉnh. Các đạo luật từ đó sẽ bớt đi tính tư biện, tính lý thuyết bởi pháp luật cần được hình thành từ các hoàn cảnh khác nhau của đời sống xã hội và có khả năng điều chỉnh đầy đủ, kịp thời hơn các quan hệ xã hội phát sinh; bảo đảm và bảo vệ một cách kịp thời, đầy đủ và công bằng các quyền con người, quyền công dân. Xuất phát từ quan điểm đó, Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị là văn kiện chính trị lần đầu tiên đặt ra nhiệm vụ của tòa án nhân dân tối cao “*tổng kết kinh nghiệm xét xử, hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật, phát triển án lệ*”. Từ định

hướng này, *lần đầu tiên* ở nước ta, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã xác định tòa án áp dụng tập quán, án lệ, lẽ công bằng trong giải quyết các vụ việc dân sự; và cũng lần đầu tiên trong lịch sử pháp lý Việt Nam, Bộ luật Dân sự năm 2015 (khoản 2 Điều 14) và Bộ Luật Tố tụng Dân sự năm 2015 (khoản 2 Điều 4) đã đưa ra quy định: “Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng”. Có thể khẳng định, sự thừa nhận và chủ trương phát triển, áp dụng những nguồn pháp luật mới này là điểm sáng của tư tưởng pháp lý Việt Nam hiện đại, là kết quả của tư duy đổi mới vì con người mà điểm xuất phát là Nghị quyết số 49-NQ/TW về Chiến lược cải cách tư pháp.

Mục tiêu bảo vệ công lý của hoạt động tư pháp chỉ có thể đạt được thông qua một nền tư pháp công bằng mà cốt lõi là tố tụng công bằng. Tư tưởng công bằng, bảo vệ công lý, quyền con người, quyền tiếp cận công lý cũng chính là tư tưởng nền móng cho quan điểm đề cao các thủ tục tố tụng tư pháp, cũng là một điểm nhấn quan trọng của Nghị quyết số 49-NQ/TW. Chính từ đây, các thủ tục tố tụng dân sự, kinh tế, hình sự đã được hoàn thiện trên những nguyên tắc hiện đại, đặc biệt là tố tụng hành chính đã ra đời kể từ năm 2010.

Trong số các quan điểm của Chiến lược cải cách tư pháp có quan điểm coi “tòa án có vị trí trung tâm và xét xử là hoạt động trọng tâm”. Cùng với quan điểm về thực hiện nguyên tắc tranh tụng, có thể nói đây là quan điểm có ý nghĩa đột phá của Chiến lược cải cách tư pháp ở nước ta. Quan điểm này gắn liền với tư tưởng về thiên chức bảo vệ công lý của tòa án, gắn liền việc khẳng định tòa án là cơ quan thực hiện quyền tư pháp trong cơ chế “quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa

các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”. Sự gắn bó giữa hai quan điểm này xuất phát từ định hướng về một thủ tục tố tụng công bằng, mà ở đó vai trò của tòa án trong tranh tụng xuất phát từ các chức năng tố tụng là buộc tội, bào chữa, xét xử.

Nếu tranh tụng theo đúng nghĩa thì ở đó hình thành rõ hai bên – bên buộc tội và bên gỡ tội (bào chữa) và ba chức năng: Chức năng công tố, chức năng bào chữa, chức năng xét xử. Mỗi bên đều có toàn quyền tự định đoạt việc sử dụng các khả năng pháp luật cho phép để bảo vệ lợi ích tố tụng của mình, bao gồm cả việc tham khảo ý kiến của đối phương để quyết định về kết cục của vụ án. Cả hai bên đều có quyền ngang nhau trong việc thực hiện tự do trình bày chứng cứ và chứng minh vụ việc, không một chứng cứ nào có giá trị tiên quyết trong quá trình chứng minh. Tòa án có vai trò điều hành, kiểm soát quá trình tranh luận nhằm tạo điều kiện để các bên thực hiện được chức năng tố tụng, bảo vệ quan điểm và thực hiện quyền tự định đoạt việc sử dụng các khả năng tố tụng và tự do trong chứng minh trên cơ sở thực hiện triệt để nguyên tắc suy đoán vô tội.

Xét theo những yếu tố trên của tố tụng hình sự tranh tụng, có thể thấy rõ sự chuẩn xác của Chiến lược cải cách tư pháp khi đồng thời nhằm vào cả hai yếu tố: Thực hiện tranh tụng, bảo đảm vai trò trung tâm của tòa án và vị trí trọng tâm của hoạt động xét xử. Hai yếu tố này là sự kết hợp thống nhất, mỗi yếu tố vừa là điều kiện, vừa là hệ quả tất yếu của yếu tố khác: Không thể tạo ra được vai trò trung tâm của tòa án nếu không có tố tụng tranh tụng; và không thể có tranh tụng nếu tòa án không được yêu cầu bảo đảm để trở thành chủ thể duy trì vị trí pháp lý bình đẳng của các bên, bảo đảm

sự tôn trọng quyền, lợi ích và quyền tự do định đoạt của các bên tố tụng.

3. Những vấn đề đặt ra đối với cải cách tư pháp tiếp theo

Có thể khẳng định rằng, những tư tưởng, quan điểm và những nhiệm vụ trong Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị đặt ra cho quá trình cải cách tư pháp từ năm 2005 đến nay vẫn cần được tiếp tục thực hiện, tuy nhiên, phải dựa trên những cơ sở pháp lý đã được đổi mới một bước quan trọng và toàn diện. Theo hướng này có thể nêu một số vấn đề sau đây:

Thứ nhất, bảo đảm sự độc lập của tư pháp

Tất cả các bản Hiến pháp nước ta đều hiến định nguyên tắc về sự độc lập của tư pháp theo những cách diễn đạt khác nhau. Tuy nhiên, điểm khác cơ bản của quy định trong Hiến pháp năm 2013 so với các bản Hiến pháp trước là ở chỗ quy định đó được đặt trong mối liên hệ với nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước: “Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp và kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp” (Điều 2), và gắn liền với việc khẳng định: “Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp” (Điều 102). Chiến lược cải cách tư pháp khởi đầu từ năm 2005 không đề cập đến vấn đề thực hiện nguyên tắc hiến định nêu trên, mặc dù, với Hiến pháp năm 2013, đây là vấn đề không thể không đặt ra trong vận hành cơ chế quyền lực nhà nước, trong đó có vị trí đã được xác định của tòa án nhân dân. Mặc dù vậy, những tư tưởng và quan điểm, định hướng cải cách tư pháp mà Chiến lược cải cách tư pháp đã đề ra lại trực tiếp liên quan đến vấn đề củng cố trên thực

tế nguyên tắc quan trọng của Hiến pháp về sự độc lập của tư pháp. Nguyên tắc tòa án không được từ chối xét xử đương nhiên sẽ đòi hỏi vai trò và củng cố sự độc lập của tòa án; bên cạnh đó, việc phát triển án lệ song song với vai trò truyền thống của tòa án là áp dụng pháp luật từ nay được hiểu chính là vai trò kiến tạo luật của tòa án. Giáo sư Pháp René David cho rằng: “*Thừa nhận án lệ và áp dụng án lệ đồng nghĩa với việc các Thẩm phán phải lấy tư tưởng chung về công lý làm cơ sở chỉ đạo để trong mọi tình huống cụ thể đều có thể đạt được tinh thần cân bằng và hài hòa lợi ích*”⁴. Việc sử dụng án lệ, các nguồn luật như tập quán, những nguyên tắc cơ bản của pháp luật và lẽ công bằng càng đòi hỏi nhiều hơn việc bảo đảm sự độc lập của tòa án, ý thức, năng lực chuyên môn, trách nhiệm nghề nghiệp cao của thẩm phán khi lấy “tư tưởng chung về công lý” làm điểm tựa cho các quyết định của mình.

Sự độc lập của tòa án và bản lĩnh của thẩm phán rất cần thiết khi tòa án được quyền giải thích các quy phạm đang áp dụng theo hướng phù hợp với bối cảnh của các quan hệ pháp lý nảy sinh trong những tình huống nhất định, nhằm tạo ra những bảo đảm pháp lý vững chắc, minh bạch, để có được sự đồng thuận giữa các bên liên quan, bảo đảm tối đa sự công bằng và công lý.

Thứ hai, xây dựng nền tư pháp liêm chính

Xác định các nguyên tắc, định hướng chiến lược và các giải pháp cho cải cách tư pháp giai đoạn 2005-2020, Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị đã xuất phát từ đánh giá về những thành tựu, kết quả, những thách thức của tình hình mới, cũng

như những bất cập, hạn chế của công tác tư pháp. Trong số những bất cập và hạn chế, Nghị quyết đã chỉ rõ: “Trình độ nghiệp vụ và bản lĩnh chính trị của một bộ phận cán bộ còn yếu, thậm chí một bộ phận cán bộ sa sút về phẩm chất đạo đức và trách nhiệm nghề nghiệp. Vẫn còn tình trạng oan, sai trong điều tra, bắt, giam giữ, truy tố, xét xử”. Từ đó, Nghị quyết đặt ra nhiệm vụ “xây dựng đội ngũ cán bộ tư pháp và hỗ trợ tư pháp trong sạch, vững mạnh, có kỹ năng nghề nghiệp và kiến thức thực tiễn, có phẩm chất, đạo đức trong sạch, dũng cảm đấu tranh vì công lý, bảo vệ pháp chế xã hội chủ nghĩa”.

Đối chiếu với các chuẩn mực quốc tế trong lĩnh vực tư pháp, mà cụ thể là các quy tắc về liêm chính tư pháp trong Bộ quy tắc Bangalore về đạo đức tư pháp năm 2002 (*The Bangalore Principles of Judicial Conduct*), những nội dung nêu trên của Chiến lược cải cách tư pháp là nói về vấn đề liêm chính tư pháp.

Liêm chính tư pháp là một khái niệm có nội dung phong phú và đa dạng, nhưng cốt lõi là những yêu cầu của xã hội, của công chúng về nền tư pháp của mình, là những tố chất của một nền tư pháp và của cán bộ tư pháp cần phải có nhằm bảo đảm thực hiện được sứ mệnh của mình.

Xét trên bình diện từ vựng, khái niệm “liêm chính” dựa trên ý nghĩa của hai phạm trù “liêm” và “chính”. Chúng ta có thể mở bất kỳ cuốn từ điển tiếng Việt nào để tìm hiểu về nghĩa từ vựng của các khái niệm này, nhưng người đưa ra quan niệm súc tích nhất và cô đọng, dễ hiểu nhất là Chủ tịch Hồ Chí Minh khi Người nói về các phạm trù đạo đức “cần, kiệm, liêm, chính, chí công vô tư”. Trong bài “Cần, kiệm, liêm chính” viết tháng 6/1949, Người nói: “Liêm là trong sạch, không tham lam”, “Chính có

⁴ René David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, Dalloz, Paris, 1978, p.142.

nghĩa là không tà, nghĩa là thẳng thắn, đứng đắn. Điều gì không thẳng thắn, đứng đắn, tức là tà” (...). Trong xã hội, tuy có trăm công, nghìn việc, song những công việc ấy có thể chia làm hai thứ: Việc **chính** và việc **tà**”⁵. Ở một chỗ khác, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã viết: “Trong các ngành hoạt động, chúng ta có nhiều cán bộ anh dũng. Họ cũng có xương thịt như mọi người, cũng có gia đình như mọi người, cũng biết đau đớn như mọi người. Nhưng vì họ đã nhận rõ **phải, trái** và giữ vững lập trường, cho nên họ đã hy sinh cá nhân cho lợi ích chung của nhân dân, của Tổ quốc”⁶.

Liên chính tư pháp, như vậy, có thể hiểu là đòi hỏi về một nền tư pháp trong sạch, một đội ngũ cán bộ tư pháp trong sạch, dấn thân cho việc duy trì và bảo vệ lẽ phải và công lý. “Phụng công, thủ pháp, chí công, vô tư” chính là những phẩm chất mà Chủ tịch Hồ Chí Minh đã đề ra cho ngành tư pháp và cán bộ tư pháp trong “Thư gửi Hội nghị Tư pháp toàn quốc tháng 2 năm 1948”⁷.

Từ cách tiếp cận chung này, vấn đề liên chính tư pháp có thể được xác định cụ thể hơn ở các khía cạnh sau đây:

Một là, ý thức trách nhiệm nghề nghiệp, danh dự và lương tâm nghề nghiệp tư pháp.

Đây chính là khía cạnh rất quan trọng của đạo đức các nghề nghiệp tư pháp: Thẩm phán, công tố viên, điều tra viên; ý thức về trách nhiệm và danh dự cũng như lương tâm nghề nghiệp tư pháp cần được coi là nền tảng của việc giáo dục liên chính. Đó là trách nhiệm về tôn trọng và bảo vệ quyền con người, bảo vệ nhân dân, là sự kết hợp giữa sự tự tôn nội tại và trách nhiệm trước

con người. Ý thức về danh dự nghề nghiệp là sự tự nhận thức của cán bộ tư pháp về sự đánh giá của xã hội đối với mình, là động lực đối với các quyết định được đưa ra trong quá trình áp dụng pháp luật.

Từ đó, khi nói về liên chính tư pháp có một phạm trù không thể không nhắc tới. Đó là vấn đề về mức độ uy tín xã hội, vai trò xã hội của cơ quan tư pháp, của cán bộ tư pháp và ý thức về vấn đề này của các cơ quan, cán bộ tư pháp.

Hai là, vấn đề đấu tranh chống tham nhũng, bảo đảm sự trong sạch của tư pháp.

Trong một công trình nghiên cứu về tham nhũng và chống tham nhũng, tác giả Susan Rose - Ackerman đã chỉ ra rằng: Do các quyết định của ngành tư pháp có khả năng phân phối lại quyền lực và tài sản, mà các thẩm phán có thể lạm dụng địa vị nghề nghiệp của họ để mưu lợi cho mình. Nếu cơ quan tư pháp trở thành một mắt xích của tham nhũng thì cả người dân lương thiện lẫn quan chức tham nhũng đều có chung một nhận thức là hối lộ có thể giải quyết mọi vấn đề của pháp luật. Cách nghĩ ấy thường thấy không chỉ trong khu vực nhà nước, mà cả trong khu vực thuần túy của tranh chấp tư nhân liên quan đến các giao dịch hoặc tài sản. Nếu các bên cố tránh va chạm với hệ thống tư pháp thì các thỏa thuận của họ ngay từ đầu đã có khả năng lách luật, nhưng như thế, bên thua thiệt rơi vào tình trạng khó tìm được sự bảo vệ bình thường của cơ quan pháp luật với việc xem xét và ra các phán quyết vô tư. Vì vậy, một hệ thống tư pháp liên chính và có uy tín có ý nghĩa quan trọng trong việc đấu tranh chống tham nhũng và duy trì trật tự pháp luật⁸.

⁵ Hồ Chí Minh Toàn tập, Tập 5, tr.234.

⁶ Hồ Chí Minh Toàn tập, Tập 7, tr.169.

⁷ Hồ Chí Minh Toàn tập, Tập 5, tr.52.

⁸ Susan Rose - Ackerman, *Corruption and Government - Causes, Consequences, and Reform*. Cambridge University Press, 1999, p.200-201.

HÌNH THỨC XỬ PHẠT TƯỚC QUYỀN SỬ DỤNG GIẤY PHÉP, CHỨNG CHỈ HÀNH NGHỀ CÓ THỜI HẠN TRONG PHÁP LUẬT XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH

*Cao Vũ Minh**

Tóm tắt: Theo Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn là hình thức xử phạt được áp dụng đối với cá nhân, tổ chức vi phạm nghiêm trọng các hoạt động được ghi trong giấy phép, chứng chỉ hành nghề. Bài viết phân tích những vướng mắc trong thực tiễn áp dụng hình thức xử phạt này, đồng thời đề xuất hướng hoàn thiện.

Abstract: According to the Law on Handling of Administrative Violations of 2012, deprivation of the right to use licenses or professional practice certificates for a definite time shall apply to individuals and organizations that have seriously violated their licenses' or practice certificates' provisions on their operations. This article analyzes problems in practice of applying this sanction, and proposes directions for improvement.

1. Khái quát về hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn

Tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn (gọi tắt: *Tước quyền sử dụng giấy phép*) là một hình thức xử phạt được quy định trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Theo đó, đây là hình thức xử phạt được áp dụng đối với cá nhân, tổ chức vi phạm nghiêm trọng các hoạt động được ghi trong giấy phép, chứng chỉ hành nghề.

Từ khái niệm trên, có thể rút ra một số đặc điểm về hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép như sau:

Thứ nhất, tước quyền sử dụng giấy phép là một hình thức xử phạt được quy định trong hệ thống pháp luật Việt Nam. Tước quyền sử dụng giấy phép được áp dụng với tính chất là hình thức xử phạt chính hoặc hình thức xử phạt bổ sung.

Thứ hai, hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép được áp dụng đối với cá nhân, tổ chức vi phạm nghiêm trọng các hoạt động được ghi trong giấy phép, chứng chỉ hành nghề. Như vậy, việc áp dụng hình thức xử phạt này phải thỏa mãn hai điều kiện: *i*. Cá nhân, tổ chức trực tiếp vi phạm các hoạt động được ghi trong giấy phép, chứng chỉ hành nghề; *ii*. Vi phạm có tính chất, mức độ nghiêm trọng.

Thứ ba, tước quyền sử dụng giấy phép được áp dụng trong thời hạn là từ 01 tháng đến 24 tháng, kể từ ngày quyết định xử phạt có hiệu lực thi hành. Trong thời gian bị tước quyền sử dụng giấy phép, cá nhân, tổ chức không được tiến hành các hoạt động ghi trong giấy phép.

Thứ tư, giấy phép, chứng chỉ hành nghề là giấy tờ do cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền cấp cho cá nhân, tổ chức theo quy định của pháp luật để cá nhân, tổ chức đó kinh doanh, hoạt động, hành nghề hoặc sử dụng công cụ, phương tiện. Do đó, tước quyền sử dụng giấy phép nhằm mục đích

* TS., Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

không cho cá nhân, tổ chức sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề trong một khoảng thời gian nhất định. Đây cũng là khoảng thời gian cần thiết để người vi phạm tự xem xét, điều chỉnh hành vi của mình liên quan đến việc sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề. Áp dụng hình thức xử phạt này không nhằm mục đích vô hiệu giá trị pháp lý của giấy phép, chứng chỉ hành nghề bởi sau khi hết thời hạn bị tước quyền thì người vi phạm vẫn còn cơ hội quay trở lại một số quyền cơ bản của mình (lái xe, lái tàu), hoặc một số lĩnh vực mà mình đã có chuyên môn cao (hành nghề y, nghề luật...). Như vậy, hình thức xử phạt này không chỉ nhằm mục đích răn đe, mà còn có ý nghĩa giáo dục người vi phạm.

2. Bất cập trong các quy định pháp luật về hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép

Thứ nhất, tồn tại sự không thống nhất trong việc xác định tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi vi phạm để áp dụng các hình thức xử phạt, trong đó có hình thức tước quyền sử dụng giấy phép.

Theo quy định pháp luật, tước quyền sử dụng giấy phép có thể được áp dụng với tính chất là hình thức xử phạt chính (áp dụng độc lập) hoặc là hình thức xử phạt bổ sung (áp dụng kèm theo hình thức xử phạt chính) trong từng vi phạm cụ thể. Trong trường hợp tước quyền sử dụng giấy phép được áp dụng với tính chất là hình thức xử phạt bổ sung thì hình thức xử phạt chính chỉ có thể là cảnh cáo hoặc phạt tiền¹. Thông qua khảo sát các nghị định quy định xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực thì chỉ duy nhất Nghị định số 33/2017/NĐ-CP

có quy định hành vi vi phạm vừa bị áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo vừa bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là tước quyền sử dụng giấy phép. Cụ thể, đối với hành vi “*lập bản đồ hiện trạng mỏ, mặt cắt hiện trạng khu vực được phép khai thác khoáng sản nhưng thông tin, số liệu trên bản đồ, mặt cắt thể hiện không đầy đủ theo quy định và sai so với thực tế hiện trạng khai thác khoáng sản*”² thì chủ thể vi phạm bị phạt cảnh cáo (hình thức xử phạt chính) và bị tước quyền sử dụng giấy phép khai thác khoáng sản từ 02 tháng đến 04 tháng.

Theo Điều 22 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì: “*Cảnh cáo được áp dụng đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính không nghiêm trọng, có tình tiết giảm nhẹ và theo quy định thì bị áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo*”. Như vậy, hình thức xử phạt cảnh cáo chỉ được áp dụng khi thỏa mãn các điều kiện đó là *vi phạm hành chính không nghiêm trọng*. Trong khi đó, theo Điều 25 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì tước quyền sử dụng giấy phép được áp dụng đối với những *vi phạm hành chính nghiêm trọng*. Câu hỏi đặt ra là một khi đã xác định đó là hành vi vi phạm *không nghiêm trọng* để áp dụng cảnh cáo với tính chất là hình thức xử phạt chính thì liệu hành vi đó có thể đồng thời là vi phạm *nghiêm trọng* để áp dụng hình thức xử phạt bổ sung tước quyền sử dụng giấy phép hay không? Theo tác giả, Chính phủ đã có sự không

¹ Khoản 1 Điều 21 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định: “*Hình thức xử phạt cảnh cáo và phạt tiền chỉ được quy định và áp dụng là hình thức xử phạt chính*”.

² Khoản 3 và khoản 8 Điều 39 Nghị định số 33/2017/NĐ-CP quy định: “*Phạt cảnh cáo đối với hành vi lập bản đồ hiện trạng mỏ, mặt cắt hiện trạng khu vực được phép khai thác khoáng sản làm vật liệu xây dựng thông thường của hộ kinh doanh nhưng thông tin, số liệu trên bản đồ, mặt cắt thể hiện không đầy đủ theo quy định và sai so với thực tế hiện trạng khai thác khoáng sản*” và “*bị tước quyền sử dụng giấy phép khai thác khoáng sản từ 02 tháng đến 04 tháng*”.

chính xác trong việc đánh giá tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi vi phạm nên dẫn đến cách thiết kế chế tài không hợp lý như đã trình bày ở trên.

Thứ hai, khoảng cách giữa thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép tối thiểu đến tối đa được pháp luật quy định không theo chuẩn mực cụ thể.

Theo Điều 25 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì “*thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép từ 01 tháng đến 24 tháng, kể từ ngày quyết định xử phạt có hiệu lực thi hành*”. Trên cơ sở này, những nghị định về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực sẽ quyết định thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép đối với từng vi phạm hành chính cụ thể. Tuy nhiên, thời hạn được quy định theo công thức nào thì hoàn toàn tùy thuộc vào ý chí của nhà làm luật mà chủ yếu ở đây là Chính phủ. Theo khảo sát của tác giả thì những nghị định về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực sẽ thiết kế thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép theo hai công thức: i. *Thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép mang tính cố định*; ii. *Thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép từ tối thiểu đến tối đa*.

Về thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép mang tính cố định: Trong văn bản quy phạm pháp luật sẽ xác định rõ ràng thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép đối với từng hành vi vi phạm. Trên cơ sở đó, người có thẩm quyền chỉ áp dụng đúng thời hạn tước đã được quy định cụ thể. Ví dụ: khoản 6 Điều 14 Nghị định số 110/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 67/2015/NĐ-CP) quy định: “*Tước quyền sử dụng thẻ công chứng viên 12 tháng đối với hành vi công chứng trước vào hợp đồng, giao dịch khi chưa xác định đầy đủ các bên chủ thể của hợp đồng, giao dịch đó*”. Như vậy, nếu công chứng viên thực hiện vi phạm

hành chính này thì người có thẩm quyền sẽ tước quyền sử dụng giấy phép 12 tháng mà không thể quyết định thời hạn khác.

Về thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép từ tối thiểu đến tối đa: Đây là công thức được áp dụng trong đa phần các nghị định về xử phạt vi phạm hành chính. Hiện nay, thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép từ tối thiểu đến tối đa như thế nào thì không có chuẩn mực nhất định.

Theo khảo sát của tác giả thì thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép tối thiểu và tối đa của một số hành vi không cách xa nhau. Ví dụ: Điều 14 Nghị định số 132/2015/NĐ-CP quy định “*hành vi chở hàng nguy hiểm, chở dầu, chở xô khí hóa lỏng*” sẽ bị tước quyền sử dụng bằng thuyền trưởng trong thời hạn tối thiểu là 02 tháng và tối đa là 03 tháng (vênh nhau 01 tháng). Theo Điều 6 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP thì “*hành vi điều khiển xe mô tô chạy quá tốc độ quy định từ 10 km/h đến 20 km/h*” sẽ bị tước quyền sử dụng giấy phép lái xe trong thời hạn tối thiểu là 01 tháng và tối đa là 03 tháng (vênh nhau 02 tháng). Tuy nhiên, vẫn có nhiều hành vi mà khoảng cách giữa thời gian tước tối thiểu và tối đa cách xa nhau rất nhiều. Cụ thể, theo Điều 30 Nghị định số 41/2018/NĐ-CP thì hành vi vi phạm bị tước quyền sử dụng giấy phép trong thời hạn tối thiểu là 06 tháng và tối đa lên đến 12 tháng (vênh nhau 06 tháng). Theo Điều 7 Nghị định số 45/2019/NĐ-CP thì hành vi vi phạm bị tước quyền sử dụng giấy phép trong thời hạn tối thiểu là 12 tháng và tối đa lên đến 18 tháng (vênh nhau 06 tháng). Theo Điều 23 Nghị định số 134/2013/NĐ-CP thì hành vi vi phạm bị tước quyền sử dụng giấy phép trong thời hạn tối thiểu là 12 tháng và tối đa lên đến 24 tháng (vênh nhau 12 tháng). Theo Điều 38 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP thì hành vi

vi phạm bị tước quyền sử dụng giấy phép trong thời hạn tối thiểu là 12 tháng và tối đa lên đến 24 tháng (vênh nhau 12 tháng). Câu hỏi đặt ra là dựa trên cơ sở nào mà Chính phủ lại quy định khoảng cách giữa thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép tối thiểu đến tối đa cách xa nhau như vậy? Với khoảng cách quá xa giữa thời hạn tước quyền tối thiểu và tối đa nên khi thi hành công vụ, một số chủ thể có thẩm quyền xử phạt có thể tùy tiện trong việc quyết định thời hạn tước quyền cụ thể. Điều này sẽ ảnh hưởng rất lớn đến quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức vi phạm bị áp dụng hình thức xử phạt này.

Thứ ba, pháp luật hiện hành không đưa ra nguyên tắc để có thể xác định chính xác thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép trong các trường hợp cụ thể.

Trong quản lý nhà nước, tính tùy nghi hành chính là cần thiết nhằm bảo đảm cho hoạt động chấp hành - điều hành được diễn ra liên tục, nhịp nhàng, ứng phó linh hoạt với sự đa dạng của thực tiễn. Tuy nhiên, nếu không được kiểm soát chặt chẽ thì tùy nghi hành chính sẽ là “mảnh đất màu mỡ” cho sự tùy tiện, lạm quyền. Tính tùy nghi trong việc quyết định mức phạt tiền cụ thể được kiểm soát tương đối chặt chẽ. Tuy nhiên, tính tùy nghi trong việc quyết định thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép lại không được kiểm soát một cách rõ ràng.

Đơn cử, theo Điều 7 Nghị định số 45/2019/NĐ-CP thì hành vi “*kinh doanh dịch vụ lữ hành không đúng phạm vi kinh doanh dịch vụ lữ hành ghi trong giấy phép kinh doanh dịch vụ lữ hành sẽ bị tước quyền sử dụng giấy phép kinh doanh dịch vụ lữ hành từ 12 tháng đến 18 tháng*”. Câu hỏi đặt ra là người có thẩm quyền sẽ căn cứ vào tiêu chí nào để quyết định “*tước quyền sử dụng giấy phép kinh doanh dịch vụ lữ hành*

12 tháng, 16 tháng hay 18 tháng” bởi Nghị định số 45/2019/NĐ-CP cho phép “*tước quyền sử dụng giấy phép kinh doanh dịch vụ lữ hành từ 12 tháng đến 18 tháng*”?

Hiện nay, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành không đưa ra nguyên tắc để từ đó có thể xác định chính xác thời hạn “*tước quyền sử dụng giấy phép*” trong các trường hợp cụ thể. Sự “mù mờ” này không chỉ tạo ra tùy tiện trong việc áp dụng pháp luật mà còn ảnh hưởng rất lớn đến quyền khiếu nại, khởi kiện của người bị xử phạt. Trên thực tế, việc quyết định thời hạn cụ thể “*tước quyền sử dụng giấy phép*” hoàn toàn tùy thuộc vào ý chí chủ quan của người có thẩm quyền. Người bị xử phạt cũng không thể khiếu nại hay khởi kiện trong trường hợp này vì pháp luật cho phép người có thẩm quyền quyết định trong phạm vi từ “*tối thiểu*” đến “*tối đa*”.

Ví dụ: Theo điểm a khoản 5 Điều 8 Nghị định số 159/2013/NĐ-CP thì hành vi “*đăng, phát thông tin sai sự thật gây ảnh hưởng rất nghiêm trọng*” sẽ bị tiền phạt từ 40.000.000 đồng đến 60.000.000 đồng (đối với tổ chức). Đồng thời vi phạm này bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là “*tước quyền sử dụng giấy phép từ 01 đến 03 tháng*”.

Ngày 22/02/2019, Phó Cục trưởng Cục Báo chí (Bộ Thông tin và truyền thông) ban hành Quyết định số 17/QĐ-XPVPHC xử phạt Báo điện tử Người tiêu dùng về hành vi “*đăng, phát thông tin sai sự thật gây ảnh hưởng rất nghiêm trọng*”. Trong Quyết định số 17/QĐ-XPVPHC, người có thẩm quyền xử phạt Báo điện tử Người tiêu dùng số tiền 50.000.000 đồng và tước quyền sử dụng giấy phép báo chí 03 tháng. Việc Báo điện tử Người tiêu dùng bị xử phạt mức tiền trung bình (50.000.000 đồng) là chính xác

vì vi phạm này không có tình tiết tăng nặng hay giảm nhẹ. Thế nhưng, vì sao Báo điện tử Người tiêu dùng lại bị tước quyền sử dụng giấy phép báo chí trong thời hạn 03 tháng thì hoàn toàn không có câu trả lời thỏa đáng. Trong trường hợp không có tình tiết tăng nặng hay giảm nhẹ nêu trên, tại sao người có thẩm quyền không tước quyền sử dụng giấy phép báo chí 02 tháng mà là 03 tháng? Câu hỏi này trên thực tế không thể trả lời bởi pháp luật hiện hành hoàn toàn không có quy định nào hướng dẫn thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép trong các trường hợp cụ thể.

Nhằm tạo ra chuẩn mực trong việc áp dụng hình thức xử phạt này, một số nghị định đã quy định nguyên tắc xác định thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép trong các trường hợp cụ thể. Cụ thể, theo khoản 2 Điều 77 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt thì: *“Thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề cụ thể đối với một hành vi vi phạm quy định tại Nghị định này là mức trung bình của khung thời gian tước được quy định đối với hành vi đó. Nếu có tình tiết giảm nhẹ thì thời hạn tước là mức tối thiểu của khung thời gian tước. Nếu có tình tiết tăng nặng thì thời hạn tước là mức tối đa của khung thời gian tước”*.

Khác với Nghị định số 46/2016/NĐ-CP, Nghị định số 33/2017/NĐ-CP xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tài nguyên nước và khoáng sản lại quy định: *“Thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề cụ thể đối với một hành vi vi phạm quy định tại Nghị định này là mức trung bình của khung thời gian tước được quy định đối với hành vi đó. Nếu có tình tiết giảm nhẹ thì thời hạn tước có thể dưới mức trung bình nhưng không quá mức tối*

thiểu của khung thời gian tước. Nếu có tình tiết tăng nặng thì thời hạn tước trên mức trung bình nhưng không quá mức tối đa của khung thời gian tước.

Như vậy, có thể thấy, do Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 không quy định nguyên tắc xác định thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép cụ thể nên dẫn đến sự không thống nhất trong triển khai thi hành. Nhiều nghị định xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực “mạnh dạn” mở lối đi riêng. Tuy nhiên, ngay cả khi như vậy thì các nghị định này cũng không thiết lập chuẩn mực chung trong việc xác định thời hạn cụ thể tước quyền sử dụng giấy phép. Cụ thể, có nghị định quy định là nếu có tình tiết giảm nhẹ (hoặc tăng nặng) thì thời hạn tước là mức tối thiểu (hoặc mức tối đa). Có nghị định lại quy định theo hướng tùy nghi *“có thể dưới mức trung bình nhưng không quá mức tối thiểu (hoặc trên mức trung bình nhưng không quá mức tối đa)*. Bên cạnh đó, các nghị định này cũng không đưa ra quy định cụ thể để xác định thời hạn *“tước quyền sử dụng giấy phép”* trong trường hợp người vi phạm có nhiều tình tiết tăng nặng hay giảm nhẹ.

Khảo sát các điều khoản trong Nghị định số 46/2016/NĐ-CP có quy định áp dụng hình thức xử phạt *“tước quyền sử dụng giấy phép”* thì thời hạn áp dụng không cách xa nhau và tuân thủ nguyên tắc *“biên độ dao động giữa tối thiểu và tối đa là hai tháng”*. Cụ thể, Nghị định số 46/2016/NĐ-CP quy định thời hạn *“tước quyền sử dụng giấy phép”* thành năm mức độ: 01 tháng đến 03 tháng (điểm b khoản 12 Điều 6), 02 tháng đến 04 tháng (điểm c khoản 12 Điều 6); 03 tháng đến 05 tháng (điểm c khoản 12 Điều 6); 04 tháng đến 06 tháng (điểm d khoản 12 Điều 5); 22 tháng đến 24 tháng (khoản 11 Điều 5, khoản 11 Điều 6). Phải

chăng theo nhà làm luật, việc quy định biên độ dao động như thế là thuận tiện cho người có thẩm quyền trong việc áp dụng pháp luật khi có tình tiết tăng nặng và giảm nhẹ? Theo đó, khi Nghị định số 46/2016/NĐ-CP quy định *tước quyền sử dụng giấy phép từ 01 đến 03 tháng* thì sẽ áp dụng thời hạn trung bình là 2 tháng. Nếu có tình tiết giảm nhẹ thì thời hạn áp dụng là 01 tháng và có tình tiết tăng nặng thì thời hạn sẽ là 03 tháng. Tuy nhiên, trong trường hợp người vi phạm có nhiều tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) thì thời hạn *tước quyền* sẽ như thế nào? Với quy định trong khoản 2 Điều 77 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP, có thể hiểu nếu người vi phạm có hai hoặc ba tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) trở lên thì cũng chỉ có thể áp dụng thời hạn *tước quyền* tối đa (hoặc tối thiểu) của khung thời hạn mà không có gì khác so với trường hợp có một tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ). Điều này hoàn toàn không phù hợp với mục đích xử phạt là nhằm giáo dục, răn đe người vi phạm và cũng không phù hợp với nguyên tắc xử phạt là phải “*căn cứ vào tính chất, mức độ, hậu quả vi phạm, đối tượng vi phạm và tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng*”³. Sẽ là điều vô lý nếu chủ thể vi phạm có ba tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) mà thời hạn *tước quyền* được áp dụng hoàn toàn giống với chủ thể vi phạm chỉ có một tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ). Bên cạnh đó, các quy định của Nghị định số 46/2016/NĐ-CP cho dù khá tiến bộ cũng không thể trở thành chuẩn mực pháp lý cho những vi phạm hành chính trong các lĩnh vực khác nếu như các nghị định xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực này không quy định về nguyên tắc xác định thời

hạn *tước quyền sử dụng giấy phép* trong các trường hợp cụ thể.

Thứ tư, tác động của các tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) đối với hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép chưa được quy định rõ ràng.

Như đã trình bày, hình thức xử phạt *tước quyền sử dụng giấy phép* có thể được áp dụng với tính chất là hình thức xử phạt chính hoặc bổ sung. Tuy nhiên, theo khảo sát của tác giả thì hình thức xử phạt này đa phần được áp dụng với tính chất là hình thức xử phạt bổ sung. Khi được áp dụng với tính chất là hình thức xử phạt bổ sung thì hình thức xử phạt này thường đi kèm với hình thức xử phạt chính là phạt tiền. Câu hỏi đặt ra là “*nếu vi phạm hành chính bị áp dụng hình phạt tiền (hình thức xử phạt chính) và tước quyền sử dụng giấy phép (hình thức xử phạt bổ sung) mà có tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) thì tình tiết này có áp dụng cho cả hình thức xử phạt chính và hình thức xử phạt bổ sung hay không?*”.

Ví dụ: Theo Điều 7 Nghị định số 138/2013/NĐ-CP thì hành vi “*tổ chức hoạt động dạy thêm không đúng đối tượng*” sẽ bị phạt tiền từ 2.000.000 đồng đến 4.000.000 đồng (hình thức xử phạt chính) và bị “*tước quyền sử dụng giấy phép dạy thêm từ 06 tháng đến 12 tháng*” (hình thức xử phạt bổ sung). Nếu người vi phạm có một tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) thì tình tiết này có áp dụng cho cả hình thức phạt tiền lẫn hình thức xử phạt *tước quyền sử dụng giấy phép* hay không?

Hiện nay, pháp luật không quy định rõ ràng về sự ảnh hưởng của tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) đối với hình thức xử phạt *tước quyền sử dụng giấy phép* nên dẫn đến cách áp dụng rất khác nhau.

³ Điểm c khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

Quan điểm thứ nhất: Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 chỉ quy định việc áp dụng tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) đối với hình thức phạt tiền. Do đó, đối với hành vi vi phạm bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là tước quyền sử dụng giấy phép thì tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) sẽ không tác động đến việc quyết định thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép⁴. Như vậy, trường hợp trên, do có một tình tiết giảm nhẹ thì người vi phạm sẽ bị phạt 2.000.000 đồng (mức tiền tối thiểu), còn thời hạn tước quyền sẽ tùy nghi trong khoảng thời gian từ 06 tháng đến 12 tháng.

Quan điểm thứ hai: Tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) có ý nghĩa trong việc cụ thể hóa trách nhiệm hành chính, bảo đảm sự công bằng trong việc áp dụng pháp luật trên tinh thần cá nhân, tổ chức vi phạm sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý tương ứng với đặc điểm, tính chất, mức độ vi phạm của từng chủ thể. Do đó, đối với những hình thức xử phạt được quy định theo công thức “*từ tối thiểu đến tối đa*” thì tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) sẽ được áp dụng cho các hình thức xử phạt này⁵. Như vậy, trường hợp trên, do có một tình tiết giảm nhẹ thì người vi phạm sẽ bị phạt 2.000.000 đồng (mức tiền tối thiểu) và bị tước quyền sử dụng giấy phép là 06 tháng (thời hạn tước tối thiểu).

Qua phân tích trên, có thể thấy, do Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và các

văn bản hướng dẫn thi hành không đề cập đến vấn đề này nên các chủ thể lại có cách áp dụng pháp luật khác nhau.

Bên cạnh đó, một số nghị định lại quy định theo hướng hành vi vi phạm phải có tình tiết tăng nặng thì mới áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép. Cụ thể, Điều 23 Nghị định số 31/2016/NĐ-CP quy định hành vi “*xử lý vật thể thuộc diện kiểm dịch thực vật, bao bì đóng gói bằng gỗ không đúng quy trình kỹ thuật*” sẽ bị phạt tiền từ 7.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng. Nếu hành vi vi phạm có *tình tiết tăng nặng* thì sẽ bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là tước quyền sử dụng Thẻ hành nghề xử lý vật thể thuộc diện kiểm dịch thực vật từ 01 tháng đến 03 tháng⁶.

Điều 6 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP quy định hành vi: “*Buông cả hai tay khi đang điều khiển xe mô tô; dùng chân điều khiển xe mô tô*” sẽ bị phạt tiền 5.000.000 đồng đến 7.000.000 đồng. Nếu hành vi vi phạm có thêm tình tiết “*tái phạm*” hay “*vi phạm nhiều lần*” thì sẽ bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là tước quyền sử dụng Giấy phép lái xe từ 03 tháng đến 05 tháng.

Điều 46 Nghị định số 142/2017/NĐ-CP quy định hành vi “*kinh doanh vận tải đa phương thức không đúng nội dung ghi trong giấy phép do cơ quan có thẩm quyền cấp theo quy định*” sẽ bị phạt tiền 3.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng. Nếu hành vi vi phạm có thêm tình tiết “*tái phạm*” hay “*vi phạm nhiều lần*” thì sẽ bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là tước quyền sử dụng giấy phép kinh doanh có thời hạn từ 01 tháng đến 03 tháng. Tương tự, Điều 6 Nghị định số 55/2018/NĐ-CP quy định hành vi “*không lưu mẫu sản phẩm của từng lô phân*

⁴ Báo cáo số 248/BC-UBND của Ủy ban nhân dân tỉnh Trà Vinh về công tác thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính năm 2017 trên địa bàn tỉnh Trà Vinh, ngày 23/10/2017.

⁵ Báo cáo tổng kết 5 năm thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 của Ủy ban nhân dân tỉnh Sóc Trăng theo Quyết định số 582/QĐ-BTP ngày 25/4/2017 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp ban hành Kế hoạch tổng kết thi hành Luật Xử lý vi phạm hành chính.

⁶ Điểm a khoản 4 Điều 23 Nghị định số 31/2016/NĐ-CP.

bón xuất xưởng theo quy định về thời gian bảo quản mẫu lưu” sẽ bị phạt tiền từ 15.000.000 đồng đến 20.000.000 đồng. Nếu hành vi vi phạm có thêm tình tiết “tái phạm” hay “vi phạm nhiều lần” thì sẽ bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung tước quyền sử dụng Giấy chứng nhận đủ điều kiện sản xuất phân bón/Giấy phép sản xuất phân bón từ 03 tháng đến 06 tháng.

Các vi phạm hành chính vừa nêu bị áp dụng hình thức xử phạt chính là phạt tiền. Tuy nhiên, do có tình tiết tăng nặng, tái phạm hay vi phạm nhiều lần nên người có thẩm quyền áp dụng thêm hình thức xử phạt bổ sung là tước quyền sử dụng giấy phép. Vấn đề có tính pháp lý đặt ra là trong trường hợp này thì thời hạn cụ thể tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề như thế nào?

Trên thực tế, liệu có xảy ra trường hợp cá nhân thực hiện hành vi “dùng chân điều khiển xe mô tô”, do có thêm tình tiết tái phạm (hoặc vi phạm nhiều lần) nên người có thẩm quyền áp dụng hình thức xử phạt bổ sung là tước quyền sử dụng Giấy phép lái xe từ 03 tháng đến 05 tháng. Sau đó, người có thẩm quyền lại tiếp tục sử dụng đúng tình tiết tăng nặng này để áp dụng thời hạn tước quyền sử dụng Giấy phép lái xe tối đa là 05 tháng? Do pháp luật không có những điều khoản hướng dẫn cụ thể nên thực trạng người có thẩm quyền căn cứ vào tình tiết tái phạm (hoặc vi phạm nhiều lần) để vừa tước quyền sử dụng giấy phép vừa quyết định thời hạn tước tối đa vẫn xảy ra⁷. Tuy nhiên, theo tác giả, nếu điều này xảy ra thì dường như người có thẩm quyền đã áp

dụng chưa đúng với tinh thần pháp luật bởi một tình tiết tăng nặng lại được sử dụng đến hai lần vào các mục đích khác nhau⁸.

Thứ năm, pháp luật hiện hành không đưa ra quy định để từ đó có thể so sánh được tính chất cưỡng chế nghiêm khắc hơn giữa hai hình thức xử phạt là phạt tiền và tước quyền sử dụng giấy phép.

Hiện nay, trong rất nhiều nghị định xử phạt vi phạm hành chính quy định về “điều khoản chuyển tiếp”. Trên thực tế, phải thấy rằng, “điều khoản chuyển tiếp” là vấn đề có ý nghĩa thực tiễn quan trọng. Điều hiển nhiên là khi ban hành một văn bản quy phạm pháp luật mới, phải xử lý những quan hệ phát sinh trong khi áp dụng văn bản quy phạm pháp luật cũ còn chưa kết thúc, còn kéo dài sang tận lúc văn bản quy phạm pháp luật mới có hiệu lực⁹.

Đơn cử, Điều 28 Nghị định số 45/2019/NĐ-CP xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực du lịch quy định về điều khoản chuyển tiếp như sau: “Đối với những hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực du lịch xảy ra trước ngày Nghị định này có hiệu lực thì hành mà sau đó mới được phát hiện hoặc đang xem xét giải quyết thì áp dụng các quy định có lợi cho cá nhân, tổ chức vi phạm”. Tương tự, Điều 37 Nghị định số 159/2013/NĐ-CP quy định về điều khoản chuyển tiếp như sau: “Đối

⁷ Phòng Cảnh sát giao thông Công an tỉnh Bình Phước, Báo cáo tổng kết tình hình xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực giao thông đường bộ trong 09 tháng đầu năm 2017 trên địa bàn tỉnh Bình Phước, ngày 13/11/2017.

⁸ Khoản 6 Điều 3 Nghị định số 109/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 49/2016/NĐ-CP) xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn đưa ra nguyên tắc: “Trường hợp vừa có tình tiết tăng nặng và tình tiết giảm nhẹ thì bù trừ theo nguyên tắc một tình tiết tăng nặng trừ cho một tình tiết giảm nhẹ”. Với tư duy đó thì tình tiết tăng nặng “tái phạm” hay “vi phạm nhiều lần” chỉ được sử dụng một lần vào một mục đích nhất định.

⁹ Nguyễn Cửu Việt, “Một luật hay hai luật?”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 24, năm 2007.

với hành vi vi phạm hành chính trong hoạt động báo chí, xuất bản xảy ra trước ngày Nghị định này có hiệu lực thi hành mà sau đó mới bị phát hiện hoặc đang xem xét, giải quyết thì **áp dụng các quy định có lợi cho tổ chức, cá nhân vi phạm**".

Tuy nhiên, công thức "**áp dụng các quy định có lợi**" dường như chỉ phát sinh tác dụng khi văn bản quy phạm pháp luật cũ và mới cùng quy định về một hay các hình thức xử phạt khác nhau mà có thể dễ dàng so sánh mức độ cường chế cao thấp. Đối với các vi phạm có áp dụng đồng thời hình thức phạt tiền và hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép thì điều khoản chuyển tiếp trên rất có thể tạo ra cách áp dụng pháp luật không thống nhất.

Ví dụ: Theo Nghị định số 159/2013/NĐ-CP xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động báo chí xuất bản thì hành vi "**đăng, phát các tác phẩm đã có quyết định cấm lưu hành hoặc tịch thu**" bị phạt tiền từ 70.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng và bị tước quyền sử dụng giấy phép báo chí từ 01 tháng đến 03 tháng (khoản 6, khoản 7 Điều 8). Theo Nghị định số 02/2011/NĐ-CP thì hành vi "**đăng, phát các tác phẩm đã có quyết định cấm lưu hành hoặc tịch thu**" bị phạt tiền từ 30.000.000 đồng đến 40.000.000 đồng và bị tước quyền sử dụng giấy phép báo chí từ 90 ngày đến 180 ngày (tương đương 03 tháng đến 06 tháng) (khoản 5, khoản 6 Điều 7)¹⁰. Trong trường hợp này thì quy định nào được xem là có lợi khi áp dụng cho tổ chức, cá nhân vi phạm?

Có quan điểm cho rằng, phạt tiền là hình thức xử phạt chính nên người có thẩm

quyền lựa chọn xử phạt theo mức tiền phạt thấp hơn thì chính là "**áp dụng các quy định có lợi cho tổ chức, cá nhân vi phạm**". Quan điểm khác lại cho rằng, việc áp dụng hình thức phạt chính như phạt tiền lại không gây nên nhiều ảnh hưởng đến đời sống của cá nhân, tổ chức bằng tước quyền sử dụng giấy phép¹². Do đó, người có thẩm quyền lựa chọn xử phạt theo chế tài mà có thời gian tước quyền sử dụng giấy phép ít hơn thì chính là "**áp dụng các quy định có lợi cho tổ chức, cá nhân vi phạm**". Rõ ràng, việc xem xét để đánh giá "**áp dụng các quy định có lợi cho tổ chức, cá nhân vi phạm**" không phải là đơn giản và chắc chắn sẽ tạo ra cách hiểu cũng như áp dụng pháp luật không thống nhất.

Tác giả đồng ý với quan điểm thứ hai và cho rằng thời gian tước quyền sử dụng giấy phép càng dài thì càng gây bất lợi cho người vi phạm bởi tước quyền sử dụng giấy phép có thể gây ra thiệt hại về vật chất còn lớn hơn gấp nhiều lần so với số tiền phạt chính¹³. Tuy nhiên, đây chỉ là những quan điểm mang tính học thuật, nghiên cứu chứ không phải quy định chính thức của Nhà nước nên không mang tính khuôn mẫu. Những người làm công tác thực tiễn rất cần các quy định rõ ràng từ phía các cơ quan nhà nước có thẩm quyền để có thể so sánh được tính chất cường chế nghiêm khắc hơn trong hai hình thức xử phạt là phạt tiền và tước quyền sử dụng giấy phép.

¹¹ Báo cáo số 215/BC-UBND ngày 26/12/2017 của Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh về công tác thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính năm 2017.

¹² Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (tái bản lần thứ 1)*, Nxb. Hồng Đức, 2017, tr. 253.

¹³ Khảo sát 30 nhà báo thì có đến 28/30 (chiếm tỷ lệ 93%) cho rằng, người có thẩm quyền áp dụng thời gian tước quyền sử dụng giấy phép báo chí ngắn hơn thì sẽ có lợi hơn cho người vi phạm.

¹⁰ Ngày 12/11/2013, Chính phủ ban hành Nghị định số 159/2013/NĐ-CP để thay thế cho Nghị định số 02/2011/NĐ-CP.

3. Kiến nghị hoàn thiện

Nhằm khắc phục các bất cập pháp luật cũng như những vướng mắc trong thực tiễn áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, tác giả đề xuất một số giải pháp:

Thứ nhất, tước quyền sử dụng giấy phép là hình thức xử phạt được áp dụng đối với cá nhân, tổ chức vi phạm nghiêm trọng các hoạt động được ghi trong giấy phép, chứng chỉ hành nghề. Tuy nhiên, thế nào là “*vi phạm nghiêm trọng các hoạt động được ghi trong giấy phép, chứng chỉ hành nghề*” lại không được quy định cụ thể. Nói cách khác, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã không đưa ra căn cứ nhằm xác định tính chất, mức độ vi phạm của hành vi¹⁴. Đây là một điều không hợp lý và cần được khắc phục trong tương lai. Theo tác giả, nhà làm luật cần hướng dẫn cụ thể thế nào là vi phạm không nghiêm trọng, vi phạm nghiêm trọng. Trên cơ sở đó, nhà làm luật sẽ thiết kế hình thức xử phạt phù hợp, tránh tình trạng xây dựng chế tài xử phạt mà bản chất

có sự mâu thuẫn với nhau đối với một vi phạm hành chính.

Thứ hai, ngoài một số nghị định quy định thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép mang tính cố định thì đa phần các nghị định còn lại quy định thời hạn tước theo công thức “*từ tối thiểu đến tối đa*”. Tuy nhiên, do khoảng cách giữa thời gian tước tối thiểu và tối đa quá lớn nên dẫn đến tình trạng tiêu cực, những nhiễu trong quá trình áp dụng pháp luật. Để hạn chế tình trạng này, khoản 1 Điều 3 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP) đưa ra nguyên tắc xây dựng chế tài tước quyền sử dụng giấy phép: “*Thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề đối với hành vi vi phạm hành chính phải được quy định thành khung thời gian cụ thể, khoảng cách giữa thời gian tước tối thiểu và tối đa không quá lớn*”. Do đó, Chính phủ cần tiến hành rà soát tất cả các nghị định nhằm quy định hợp lý hơn về thời hạn tước quyền tối thiểu và tối đa theo yêu cầu của Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP). Theo tác giả, rút ngắn “*biên độ dao động*” giữa thời hạn tước tối thiểu và tối đa của các hành vi vi phạm trong những nghị định của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính là việc làm cần thiết nhằm hạn chế bị lợi dụng vào mục đích bất hợp pháp. Trên cơ sở nghiên cứu thực nghiệm, tác giả cho rằng, khoảng cách chênh lệch này nên là 03 tháng. Theo tác giả, 03 tháng là khoảng thời gian khá dài, từ đó bảo đảm được sự phân hóa trong việc tước quyền sử dụng giấy phép đối với các vi phạm hành chính cụ thể. Ngoài ra, khoảng cách chênh lệch này cũng phù hợp để giải quyết những trường hợp mà người vi phạm có nhiều tình tiết tăng nặng hay giảm nhẹ.

¹⁴ Trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, tuy không có một điều khoản riêng quy định về tính chất, mức độ vi phạm của hành vi, nhưng thông qua các quy định cụ thể thì vẫn có thể nhận thấy được điều này. Ví dụ: Điều 22 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định: “*Cảnh cáo được áp dụng đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính không nghiêm trọng*”. Điều 25 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định: “*Tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn là hình thức xử phạt được áp dụng đối với cá nhân, tổ chức vi phạm nghiêm trọng các hoạt động được ghi trong giấy phép, chứng chỉ hành nghề*”. Điều 26 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định: “*Tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính là việc sung vào ngân sách nhà nước vật, tiền, hàng hóa, phương tiện có liên quan trực tiếp đến vi phạm hành chính, được áp dụng đối với vi phạm hành chính nghiêm trọng do lỗi cố ý của cá nhân, tổ chức*”.

Nếu thiết kế theo cách này thì “biên độ dao động” giữa thời hạn tước tối thiểu và tối đa luôn là 03 tháng bất kể vi phạm đó có tính chất, mức độ nguy hiểm như thế nào. Theo đó, đối với mỗi hành vi vi phạm, nhà làm luật chỉ cần xác định mức thời gian tước quyền tối thiểu rồi cộng thêm 03 tháng sẽ trở thành thời gian tước quyền tối đa. Tất nhiên, đối với những vi phạm có tính chất, mức độ nguy hiểm cao cho xã hội thì nhà làm luật phải xác định thời gian tước quyền tối thiểu cao hơn so với những hành vi khác (từ đó mức tối đa cũng sẽ cao hơn) nhằm bảo đảm tính răn đe.

Thứ ba, bên cạnh mục đích răn đe, xử phạt vi phạm hành chính còn hướng đến mục đích giáo dục ý thức pháp luật. Do đó, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đưa ra nguyên tắc: “Việc xử phạt vi phạm hành chính phải căn cứ vào tính chất, mức độ, hậu quả vi phạm, đối tượng vi phạm và **tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng**”.

Khác với các hình thức xử phạt mang tính cố định (cảnh cáo; tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính; trục xuất), hình thức xử phạt *tước quyền sử dụng giấy phép* và *phạt tiền* luôn phải chú ý đến tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng. Bản chất của việc áp dụng tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) là làm tăng lên (hoặc giảm đi) mức độ trách nhiệm hành chính của chủ thể vi phạm so với các trường hợp thông thường. Do được thiết kế theo công thức “từ mức tối thiểu đến tối đa” nên khi áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép hay phạt tiền, người có thẩm quyền phải căn cứ vào tình tiết giảm nhẹ, tình tiết tăng nặng để quyết định chế tài cho phù hợp với tình hình thực tế.

Hiện nay, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã quy định nguyên tắc xác

định mức tiền phạt cụ thể trong trường hợp chủ thể vi phạm có tình tiết tăng nặng hay tình tiết giảm nhẹ. Tuy nhiên, đối với hình thức xử phạt *tước quyền sử dụng giấy phép* thì Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 lại không có nguyên tắc áp dụng tương tự. Từ đó, dẫn đến tình trạng áp dụng pháp luật không thống nhất, thậm chí là tùy tiện.

Lời giải cho vấn đề trên là cần ghi nhận nguyên tắc để từ đó xác định chính xác “*tước quyền sử dụng giấy phép*” trong các trường hợp cụ thể. Theo tác giả, khi sửa đổi Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, nhà làm luật có thể quy định nguyên tắc kỹ thuật trong việc xác định thời hạn “*tước quyền sử dụng giấy phép*” đối với một vi phạm cụ thể như sau:

“*Thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép đối với một hành vi vi phạm là mức trung bình của khung thời gian tước đối với hành vi đó.*”

Trường hợp có một tình tiết tăng nặng hoặc giảm nhẹ thì áp dụng mức trung bình tăng thêm hoặc mức trung bình giảm bớt. Mức trung bình tăng thêm được xác định bằng cách chia đôi tổng số của mức tối đa và mức trung bình. Mức trung bình giảm bớt được xác định bằng cách chia đôi tổng số của mức tối thiểu và mức trung bình.

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

Thứ tư, cần nhận thức đầy đủ về ý nghĩa, vai trò của tình tiết tăng nặng và tình tiết giảm nhẹ trong việc quyết định các hình thức xử phạt. Tình tiết giảm nhẹ được áp

dụng như một sự khoan hồng của Nhà nước đối với những người vi phạm có ý thức hướng thiện. Trong khi đó, các tình tiết tăng nặng là nhằm trừng trị nghiêm khắc hơn đối với những người vi phạm ngoan cố, chống đối. Do đó, việc xử phạt đối tượng vi phạm có ý thức hướng thiện hay ngoan cố, chống đối cần phải thể hiện nhất quán trong các hình thức xử phạt, kể cả khi chúng được áp dụng độc lập hay áp dụng đồng thời với nhau. Vì lẽ đó, khi người vi phạm có tình tiết tăng nặng (hoặc giảm nhẹ) thì tình tiết này cần được áp dụng cho cả hình thức xử phạt chính (phạt tiền) lẫn hình thức xử phạt bổ sung (tước quyền sử dụng giấy phép).

Bên cạnh đó, cần có sự phân biệt tiêu chí “*tái phạm*”, “*vi phạm nhiều lần*” là điều kiện áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép với tình tiết tăng nặng được quy định tại điểm b khoản 1 Điều 10 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Hiện nay, có một số nghị định quy định tiêu chí “*tái phạm*”, “*vi phạm nhiều lần*” là điều kiện áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép. Như vậy, tiêu chí “*tái phạm*”, “*vi phạm nhiều lần*” sẽ chỉ là điều kiện để áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép chứ không nhằm mục đích xác định tình tiết tăng nặng theo điểm b khoản 1 Điều 10 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Nói cách khác, nếu đã sử dụng tiêu chí “*tái phạm*”, “*vi phạm nhiều lần*” là điều kiện để áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép thì không thể xem xét chính tình tiết đó với tính cách là tình tiết tăng nặng nữa. Trong trường hợp này, người có thẩm quyền sẽ căn cứ vào khoản 2 Điều 10 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 để áp dụng mức phạt và thời gian tước quyền sử dụng giấy phép như những trường hợp bình thường (trường hợp không có tình

tiết tăng nặng hay giảm nhẹ thì phạt tiền ở mức trung bình và tước quyền ở mức trung bình của khung thời gian tước)¹⁵.

Thứ năm, đối với một số vi phạm mà văn bản quy phạm pháp luật mới tuy giảm mức tiền phạt, nhưng lại tăng thời gian áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép so với quy định tương ứng trong văn bản quy phạm pháp luật cũ thì phải căn cứ vào thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép. Theo đó, chế tài tuy có mức tiền xử phạt cao hơn, nhưng thời gian tước quyền sử dụng giấy phép ít hơn thì chính là “*có lợi cho tổ chức, cá nhân vi phạm*”.

Xét về bản chất pháp lý, các hình thức xử phạt được áp dụng nhằm gây thiệt hại đến tình trạng ban đầu vốn có của người vi phạm về quyền sở hữu tài sản hay quyền nhân thân¹⁶. Nếu như phạt tiền chỉ hướng đến việc gây thiệt hại về vật chất đối với người vi phạm thì tước quyền sử dụng giấy phép không chỉ gây thiệt hại về vật chất mà còn có thể gây ảnh hưởng về nhân thân của người vi phạm (một nhà báo, một bác sĩ, một luật sư bị tước quyền sử dụng chứng chỉ hành nghề thì không chỉ bị thiệt hại về vật chất mà còn có những ảnh hưởng về tinh thần). Như vậy, tính chất cưỡng chế của phạt tiền sẽ ít nghiêm khắc hơn so với hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép. Hình thức phạt tiền lại có thể được áp dụng những chính sách khoan hồng từ phía Nhà nước như hoãn thi hành quyết định phạt tiền, giảm tiền phạt, miễn tiền phạt¹⁷. Trong

(*Xem tiếp trang 58*)

¹⁵ Theo khoản 2 Điều 10 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì “*tình tiết quy định tại khoản 1 Điều này đã được quy định là hành vi vi phạm hành chính thì không được coi là tình tiết tăng nặng*”.

¹⁶ Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2013, tr. 524.

¹⁷ Điều 76, 77 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

BÀN VỀ QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ VỀ TỘI TÀNG TRỮ TRÁI PHÉP CHẤT MA TÚY

*Chu Tấn Hải**

*Nguyễn Thị Phương Hoa***

Tóm tắt: Bài viết phân tích các bất cập trong quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy và đưa ra một số kiến nghị nhằm tiếp tục nghiên cứu hoàn thiện quy định của Bộ luật Hình sự.

Abstract: This article analyzes shortcomings of the Criminal Code of 2015 (Amended 2017) on the offense of appropriation of narcotic drugs, and provides a number of recommendations for further study to perfect the Criminal Code.

Dẫn nhập

Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 1999 của nước ta quy định hành vi sử dụng trái phép chất ma túy là tội phạm. Tuy nhiên, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS năm 2009 đã bãi bỏ quy định này; và hiện nay, BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) (sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015) cũng không quy định trách nhiệm hình sự đối với hành vi sử dụng trái phép chất ma túy. Điều này thể hiện quan điểm của pháp luật Việt Nam không coi sử dụng trái phép chất ma túy là hành vi nguy hiểm đáng kể cho xã hội, cần phải xử lý về hình sự, chỉ xem hành vi này là một căn bệnh xã hội cần sự giúp đỡ của gia đình, cộng đồng và xã hội. Mặt khác, so với BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) (sau đây gọi tắt là BLHS năm 1999), BLHS năm 2015 tách các tội tàng trữ, vận chuyển, mua bán hoặc chiếm đoạt trái phép chất ma túy để quy định trong những điều luật độc lập. Cụ thể: Tội tàng trữ trái phép chất ma túy (Điều 249); Tội vận chuyển trái phép chất ma túy (Điều 250); Tội mua bán trái phép chất ma

túy (Điều 251); Tội chiếm đoạt chất ma túy (Điều 252).

Về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy, khoản 1 Điều 249 BLHS năm 2015 quy định như sau: “Người nào tàng trữ trái phép chất ma túy, mà không nhằm mục đích mua bán, vận chuyển, sản xuất trái phép chất ma túy mà thuộc các trường sau đây thì bị phạt tù từ 01 đến 05 năm...”. Đồng thời, khoản 2, khoản 3, khoản 4 của Điều 249 BLHS năm 2015 quy định một số dấu hiệu định khung tăng nặng, trong đó chủ yếu phân hóa trách nhiệm hình sự dựa trên định lượng các loại chất ma túy liên quan. Như vậy, căn cứ vào khoản 1 Điều 249 BLHS năm 2015, ngoài việc tàng trữ trái phép chất ma túy nhằm mục đích mua bán, vận chuyển, sản xuất trái phép chất ma túy, những hành vi tàng trữ trái phép chất ma túy nhằm mục đích khác đều chịu sự điều chỉnh của điều luật này, trong đó bao gồm cả tàng trữ để sử dụng. Ngoài ra, quy định hiện hành về tỷ lệ định lượng các chất ma túy giữa mức tối thiểu và tối đa trong các điểm, khoản của Điều 249 BLHS năm 2015 vẫn chưa dựa trên những căn cứ chung thống nhất, vì vậy cần điều chỉnh để có tính

* ThS., Luật sư, Văn phòng Luật sư Quang Cảnh.

** PGS.TS., Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

logic hơn. Hơn nữa, việc liệt kê và định lượng một số chất ma túy tại các điểm và khoản của Điều 249 BLHS năm 2015 như: Heroin, Cocain, Methamphetamine, Amphetamine, MDMA... vẫn chưa dựa trên các căn cứ khoa học. Thực trạng này dẫn đến hệ quả là biện pháp xử lý đối với người sử dụng ma túy vẫn đang bị “hình sự hóa” cũng như một số bất cập khi áp dụng điều luật vào thực tiễn.

1. Một số bất cập trong quy định của Bộ luật Hình sự 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy

1.1. Phạm vi điều chỉnh rộng, thiếu chặt chẽ

Điều 199 BLHS năm 1999 qui định Tội sử dụng trái phép chất ma túy như sau:

1. Người nào sử dụng trái phép chất ma túy dưới bất kỳ hình thức nào, đã được giáo dục nhiều lần và bị xử lý hành chính bằng biện pháp đưa vào cơ sở chữa bệnh bắt buộc mà còn tiếp tục sử dụng trái phép chất ma túy, thì bị phạt tù từ 03 tháng đến 2 năm.

2. Tái phạm tội này thì bị phạt tù từ 2 năm đến 5 năm.

Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS năm 2009 đã bãi bỏ Điều 199 của BLHS năm 1999. Do vậy, hành vi sử dụng trái phép chất ma túy của cá nhân không còn bị xem là hành vi phạm tội. Điều này thể hiện quan điểm tiến bộ, chủ trương nhân đạo của Đảng và Nhà nước, đồng thời phù hợp với khuyến nghị của các Điều ước quốc tế về kiểm soát chất ma túy mà Việt Nam đã tham gia ký kết¹. Do đó, bản chất của việc

bãi bỏ Điều 199 BLHS năm 1999 là sự thay đổi cách nhìn nhận về loại tội phạm này, chứ không phải là đã có một điều luật khác tương đồng, thay thế để xử lý đối với người nghiện. Tuy nhiên, căn cứ khoản 1 Điều 249 BLHS năm 2015 và điểm 3.1, 3.2 và 3.6 khoản 3 Mục II Thông tư liên tịch số 17/2007/TTLT-BCA-VKSNDTC-TANDTC-BTP ngày 24/12/2007 của Bộ Công an, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Tư pháp hướng dẫn áp dụng một số quy định tại Chương XVIII “Các tội phạm về ma túy”, hành vi tàng trữ trái phép chất ma túy được xác định là “*cất giữ, cất giấu bất hợp pháp chất ma túy ở bất cứ nơi nào (như trong nhà, ngoài vườn, chôn dưới đất, để trong vali, cho vào thùng xăng xe, cất giấu trong quần áo, tư trang mặc trên người hoặc theo người...)* mà không nhằm mục đích mua bán, vận chuyển hay sản xuất trái phép chất ma túy”. Như vậy, Tội tàng trữ trái phép chất ma túy trong BLHS bao gồm cả tàng trữ trái phép để sử dụng.

Phân tích quá trình sử dụng chất ma túy của người nghiện, chúng tôi thấy bao gồm hai loại hành vi chủ yếu. Thứ nhất, hành vi sở hữu chất ma túy, được thực hiện bằng nhiều cách khác nhau như: Mua, xin, trao đổi, làm ra để nhằm mục đích sử dụng. Sau khi có được chất ma túy, đây chính là bắt đầu của hành vi tàng trữ. Thứ hai, hành vi sử dụng chất ma túy để thỏa mãn cơn nghiện. Kết hợp hai loại hành vi này hình thành quá trình sử dụng chất ma túy của một người nghiện. Trong đó, việc sở hữu, cất giữ hoặc cất giấu chất ma túy cũng chính là quá trình tàng trữ chất ma túy, ngoại trừ hành vi làm ra chất ma túy có thể cấu thành Tội sản xuất trái phép chất ma

¹ Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 02/01/2002 về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 và xem thêm: [https://dantri.com.vn/xa-hoi/de-xuat-bo-toi-su-](https://dantri.com.vn/xa-hoi/de-xuat-bo-toi-su-dung-trai-phep-chat-ma-tuy-1207246381.htm)

[dung-trai-phep-chat-ma-tuy-1207246381.htm](https://dantri.com.vn/xa-hoi/de-xuat-bo-toi-su-dung-trai-phep-chat-ma-tuy-1207246381.htm), truy cập ngày 5/5/2019.

túy; hoặc sở hữu chất ma túy với mục đích mua bán hoặc vận chuyển có thể cấu thành Tội mua bán trái phép chất ma túy hoặc Tội vận chuyển trái phép chất ma túy. Có thể nói, hành vi tàng trữ chất ma túy là điều kiện cần và đủ của hành vi sử dụng trái phép chất ma túy. Để sử dụng chất ma túy, người nghiện ắt phải thực hiện hành vi tàng trữ, nếu không tàng trữ thì sẽ không có chất ma túy để sử dụng. Tóm lại, bất kỳ người nghiện nào cũng phải thực hiện hành vi tàng trữ trước khi sử dụng. Như vậy, việc quy định trách nhiệm hình sự đối với hành vi tàng trữ trái phép chất ma túy gián tiếp nhằm vào hành vi của người sử dụng trái phép chất ma túy. Trên thực tế, đa số người phạm tội tàng trữ trái phép chất ma túy đều là người nghiện². Do đó, có thể nhận xét rằng, quy định hiện hành về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy có phạm vi điều chỉnh quá rộng, tác động đến cả người nghiện và dẫn đến một số vấn đề sau:

Một là, phạm vi điều chỉnh và áp dụng luật chưa chính xác, nói cách khác, phạm vi chịu sự điều chỉnh của Tội tàng trữ trái phép chất ma túy quá rộng dẫn đến thực tế các trường hợp người nghiện tàng trữ chất ma túy với số lượng từ khoản 1 Điều 249 BLHS năm 2015 trở lên thì cơ quan tiến hành tố tụng bắt buộc phải xử lý hình sự. Tuy nhiên, những đối tượng khác tàng trữ chất ma túy nhằm mục đích sản xuất, mua bán, vận chuyển, nhưng nếu cơ quan tiến hành tố tụng không chứng minh được hành vi phạm tội của điều luật tương ứng thì lại “đổ dồn” xuống hành vi tàng trữ trái phép để xử lý hình sự. Trong thực tế, nhiều trường hợp, do

không thu thập được chứng cứ về mục đích sở hữu chất ma túy, việc xét xử chưa phản ánh đúng bản chất của hành vi. Các hành vi sản xuất, mua bán, vận chuyển hay sử dụng trái phép chất ma túy đều có thể bị xử lý hình sự về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy nếu không chứng minh được mục đích sản xuất, mua bán hoặc vận chuyển của đương sự khi đương sự đang sở hữu chất ma túy. Vì vậy, điều luật về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy được sử dụng để xử lý nhiều loại đối tượng. Nói cách khác, điều luật này là điều luật mở, chữa cháy cho các điều luật khác một cách hợp pháp, có cơ sở. Cũng có thể nói, đây là điều luật giúp khắc phục bế tắc của cơ quan tiến hành tố tụng trong việc chứng minh mục đích phạm tội trong Tội sản xuất trái phép chất ma túy, Tội mua bán trái phép chất ma túy hoặc Tội vận chuyển trái phép chất ma túy khi hành vi thực tế thực hiện chỉ là hành vi tàng trữ hoặc vận chuyển chất ma túy.

Hai là, chính sách nhân đạo, khoan hồng của Đảng và Nhà nước chưa được thực hiện triệt để. Biện pháp giáo dục đối với người nghiện chưa phù hợp. Về mặt nội dung, BLHS chỉ qui định trách nhiệm hình sự đối với hành vi tàng trữ trái phép, không quy định trách nhiệm hình sự đối với hành vi sử dụng trái phép chất ma túy. Tuy nhiên, với qui định về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy như trên đã phân tích thì phần lớn người phạm tội về tàng trữ chính là người sử dụng trái phép chất ma túy.

Qua nhiều vụ án liên quan đến chất ma túy và công tác giám định, có thể thấy rằng trung bình 01 tép heroin nặng khoảng 0,04 gam. Như vậy, chỉ cần 2,5 tép heroin tương đương 0,1 gam heroin (giá thành khoảng 200.000 đồng) là người nghiện có khả năng phạm tội tàng trữ trái phép chất ma túy. Nếu

² Xem các bản án tại <https://congbobanan.toaan.gov.vn>, truy cập ngày 5/5/2019, các tác giả đã thống kê số lượng người nghiện bị xử phạt trong các bản án này và nêu trong bài viết này ở phần sau.

cất giữ ít hơn, có thể bị xử phạt vi phạm hành chính và đây chính là dấu hiệu nhân thân xấu để có thể trở thành dấu hiệu định tội của Điều 249 BLHS năm 2015 về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy. Do đó, khả năng người nghiện bị truy cứu trách nhiệm hình sự với tội danh tàng trữ trái phép chất ma túy là rất lớn. Mặt khác, hình phạt đối với người phạm tội tàng trữ chủ yếu là giam giữ, cách ly ra khỏi xã hội, nhưng họ cũng chính là người nghiện. Do vậy, ngoài các biện pháp thông thường đối với người bị giam giữ, cần phải có chế độ điều trị riêng. Hiện nay, đa số các nhà tạm giam giữ chưa có quy định về điều trị đối với người nghiện khi bị giam, giữ. Một số trường hợp cán bộ quản lý trại giam phải thực hiện việc cắt cơn nghiện sống cho phạm nhân, tức là giữ chân tay khi họ lên cơn nghiện³. Như vậy, có thể thấy chính sách nhân đạo chưa triệt để, đồng thời biện pháp xử lý với người nghiện chưa phù hợp.

Ba là, xử lý đồng phạm về tàng trữ trái phép chất ma túy. Mặc dù BLHS không qui định trách nhiệm hình sự đối với hành vi sử dụng trái phép chất ma túy, nhưng khi người nghiện mang theo chất ma túy hoặc cùng nhau mua chất ma túy về sử dụng, nếu đủ trọng lượng vẫn bị xử lý hình sự. Đây là trường hợp được coi là đồng phạm trong Tội tàng trữ trái phép chất ma túy. Có thể lấy ví dụ: Theo Cáo trạng số 174/CT-VKSQ8 ngày 17/8/2018, Nguyễn Duy Linh, Dương Quốc Khánh, Lê Hoàng Chí Hùng, Huỳnh Trọng Thảo, Lê Trung Tín, Hồ Thu Thảo, Nguyễn Công Thành, Trần Thị

Tuyên, Đặng Bích Huyền, Nguyễn An Thư, Kiều Ngọc Ly cùng bàn bạc về nhà Nguyễn Duy Linh tại Quận 8 nhận và mua ma túy sử dụng, Linh mua ma túy. Các bị can bị truy tố theo Điều 249 BLHS năm 2015 tương đương với lượng ma túy được giám định. Trong đó, ba bị can Thành, Thảo, Ly đến sau với mục đích sử dụng, không biết mua từ lúc nào, ai mua, để ở đâu cũng bị truy tố về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy⁴.

Căn cứ vào hướng dẫn của Nghị quyết 02/2003/HĐTP ngày 17/4/2003 tại điểm 2 khoản 2 Mục II, như sau: “*Trường hợp nhiều người nghiện ma túy cùng góp tiền mua chất ma túy để sử dụng trái phép và bị bắt giữ nếu tổng trọng lượng chất ma túy mua được đến mức phải chịu trách nhiệm hình sự về Tội tàng trữ hoặc vận chuyển trái phép chất ma túy, thì họ cùng phải chịu trách nhiệm hình sự về Tội tàng trữ hoặc vận chuyển trái phép chất ma túy*”.

Từ đó thấy rằng, nếu cùng nhau thỏa thuận mua chất ma túy về sử dụng thì cấu thành Tội tàng trữ trái phép chất ma túy với hình thức đồng phạm vì có chuẩn bị trước, cùng nhau thực hiện hành mua chất ma túy để sử dụng. Tuy nhiên, trong trường hợp này, thiết nghĩ nên xem đây là đồng phạm về sử dụng chất ma túy, chứ không nên xác định là đồng phạm về tàng trữ chất ma túy, do họ không cùng nhau cố ý cất giữ hoặc cất giấu chất ma túy, những người sử dụng chỉ biết do người khác mua chất ma túy về để dùng chung. Trường hợp thứ hai, mặc dù có rủ nhau sử dụng chất ma túy, nhưng đến nơi đã có sẵn chất ma túy trên bàn và sử dụng. Như vậy, họ có tàng trữ hay không? Cả hai trường hợp này, cơ quan tiến hành tố

³ Xem Đặng Ngọc - Trần Danh, *Chưa triển khai cắt cơn nghiện ma túy trong nhà tạm giữ*, tại <https://www.dongnai.gov.vn/Pages/newsdetail.aspx?NewsId=165946&CatId=73>, truy cập ngày 17/7/2019.

⁴ Xem: Cáo trạng số 174/CT-VKS, ngày 17/8/2018 và Kết luận điều tra số: 61/CSĐT(ĐTMT) ngày 02/3/2018.

tụng rất khó xác định tội danh của người đến sử dụng hoặc bản thân người sử dụng trái phép chất ma túy có cảm thấy thật sự thuyết phục về hành vi tàng trữ trái phép chất ma túy. Tuy nhiên, hai trường hợp trên cơ quan tiến hành tố tụng thường truy tố người tham gia sử dụng ma túy tập thể ở tội danh tàng trữ trái phép chất ma túy. Điều đó cho thấy, mặc dù BLHS đã bãi bỏ Tội sử dụng trái phép chất ma túy, nhưng lại qui định trách nhiệm hình sự Tội tàng trữ trái phép chất ma túy, dẫn đến số người phạm tội này càng nhiều.

1.2. Người nghiện có khả năng bị xử nặng hơn người mua bán trái phép chất ma túy chuyên nghiệp

Theo Cáo trạng của Viện kiểm sát nhân dân tỉnh Hà Giang: Từ tháng 6/2018 đến ngày 13/8/2018, bị can Nông Văn Nghị, sinh năm 1979 trú tại tổ 3 phường Minh Khai, Thành phố Hà Giang, tỉnh Hà Giang

đã mua bán 06 lần ma túy với số tiền 130.000.000 đồng. Sau khi mua ma túy, Nghị mang giấu trong nhà, *một phần dùng để bán và một phần dùng để sử dụng*. Qua điều tra xác định Nghị có hành vi tàng trữ trái phép chất ma túy khối lượng là 41,40 gam, còn mua bán là 9,09 gam, loại Methamphetamine. Từ tháng 6/2018 đến ngày 13/8/2018, Nghị bán ma túy cho các con nghiện, tổng số 45 lần, thu lợi bất chính số tiền: 19.006.000 đồng. Tòa tuyên phạt bị cáo Nghị 10 năm tù về tội tàng trữ trái phép chất ma túy ở điểm b, khoản 3 Điều 249 và 10 năm tù về tội mua bán trái phép chất ma túy theo điểm b, c, i khoản 2 Điều 251. Tổng hợp hình phạt chung cho cả hai tội là 20 năm tù⁵.

Chúng tôi tiến hành so sánh hình phạt có thể áp dụng đối với bị cáo theo BLHS năm 1999 và BLHS năm 2015 trong Bảng dưới đây:

Bị cáo Nông Văn Nghị	BLHS năm 1999 (xử một tội: Tội tàng trữ, mua bán trái phép chất ma túy)	BLHS năm 2015 (xử hai tội: Tội tàng trữ trái phép chất ma túy và Tội mua bán trái phép chất ma túy)	Kết quả xét xử sơ thẩm
Hành vi tàng trữ		Phạt 10 năm đến 15 năm (41,40 gam heroin, khoản 3 Điều 249)	10 năm tù
Hành vi mua bán	Phạt 15 năm đến 20 năm (49,49 gam heroin, khoản 3 Điều 194) * Khối lượng chất ma túy tối đa trong khung này là 100 gam heroin.	Phạt từ 7 đến 15 năm (9,09 gam heroin, khoản 2 Điều 251)	10 năm tù
Tổng hợp hình phạt	Từ 10 đến 20 năm tù	Từ 17 đến 30 năm tù	Xử phạt 20 năm tù

Qua bảng so sánh trên có thể thấy, nếu chỉ xử lý riêng về một tội danh mua bán trái phép chất ma túy, còn hành vi tàng trữ để sử dụng bị thu hút vào hành vi mua bán với

tổng khối lượng 50,49 gam, người phạm tội có thể bị mức án cao nhất là 20 năm tù.

⁵ Vũ Minh, *Phiên Tòa rút kinh nghiệm về tội tàng trữ trái phép chất ma túy và tội mua bán trái phép chất*

Tuy nhiên, nếu tách hành vi tương ứng với khối lượng chất ma túy như trên gồm tàng trữ và mua bán trái phép thì mức án cao nhất họ có thể phải chịu là 30 năm tù. Cụ thể trong vụ án này, người phạm tội đã bị xử lý 20 năm tù bằng mức cao nhất của hành vi mua bán trái phép chất ma túy của người mua bán chuyên nghiệp (hay nói cách khác, toàn bộ khối lượng chất ma túy đã tàng trữ được dùng để mua bán). Như vậy, người nghiện ma túy tham gia mua bán chất ma túy để thỏa mãn cơn nghiện, có khả năng bị phạt nặng hơn người mua bán chuyên nghiệp. Ngoài khối lượng chất ma túy mua bán, người nghiện còn phải chịu trách nhiệm hình sự đối với khối lượng chất ma túy đã tàng trữ sử dụng, nếu cơ quan tiến hành tố tụng chứng minh được. Như vậy, họ sẽ phạm vào hai tội: Tội mua bán trái phép chất ma túy và Tội tàng trữ trái phép chất ma túy; tương ứng họ sẽ bị áp dụng hai hình phạt và tổng hợp hình phạt. Ngược lại, đối với người mua bán trái phép chất ma túy, với khối lượng chất ma túy như trên, hành vi chỉ cấu thành một tội duy nhất và chỉ chịu cao nhất là 20 năm tù, đây là điều chưa hợp lý.

Tổng hợp số liệu kể từ khi BLHS năm 2015 có hiệu lực (từ ngày 01/01/2017) cho thấy: Từ ngày 01/01/2017 đến ngày 01/01/2019, cấp sơ thẩm đã xét xử 6.062 vụ án tàng trữ trái phép chất ma túy với 6.670 bị cáo thì 6.410 bị cáo, chiếm 96,10% là các đối tượng nghiện; cấp xét xử phúc thẩm xét xử 242 vụ án tàng trữ trái phép chất ma túy với 268 bị cáo là con nghiện, chiếm 100%

ma túy, tại <http://vks.hagiang.gov.vn/vi/news/Tin-tuc/Phien-Toa-rut-kinh-nghiem-ve-toi-tang-tru-trai-phep-chat-ma-tuy-va-toi-mua-ban-trai-phep-chat-ma-tuy-675/>, truy cập ngày 20/12/2019.

số bị cáo⁶. Qua số liệu này, có thể thấy rằng đa số người phạm tội tàng trữ trái phép chất ma túy là người nghiện.

1.3. Định lượng chất ma túy trong các điều khoản của Tội tàng trữ trái phép chất ma túy chưa dựa trên một căn cứ thống nhất

Khảo sát quy định của BLHS năm 2015, chúng tôi nhận thấy, quy định về định lượng để xử lý hình sự đối với hành vi tàng trữ chất ma túy chưa dựa trên những căn cứ thống nhất, thể hiện ở các vấn đề sau:

Thứ nhất, Nghị định số 73/2018/NĐ-CP quy định các danh mục chất ma túy và tiền chất, chất ma túy được phân thành 03 Danh mục: (1) Các chất ma túy tuyệt đối cấm sử dụng trong y học và đời sống xã hội; việc sử dụng các chất này trong phân tích, kiểm nghiệm, nghiên cứu khoa học, điều tra tội phạm theo quy định đặc biệt của cơ quan có thẩm quyền; (2) Các chất ma túy được dùng hạn chế trong phân tích, kiểm nghiệm, nghiên cứu khoa học, điều tra tội phạm hoặc trong lĩnh vực y tế theo quy định của cơ quan có thẩm quyền; (3) Các chất ma túy được dùng trong phân tích, kiểm nghiệm, nghiên cứu khoa học, điều tra tội phạm hoặc trong lĩnh vực y tế, thú y theo quy định của cơ quan có thẩm quyền⁷. Trong khi đó, xét về danh mục các chất ma túy bị kiểm soát trên thế giới, Công ước thống nhất về các chất ma túy năm 1961 liệt kê các chất ma túy bị kiểm soát trong 4 Danh mục căn cứ

⁶ Các tác giả tổng hợp từ các bản án cụ thể công bố tại: <https://congbobanan.toaan.gov.vn>, truy cập ngày 1/1/2019.

⁷ Xem Nghị định số 73/2018/NĐ-CP ngày 15/5/2018 quy định các danh mục chất ma túy và tiền chất.

vào giá trị sử dụng của chúng trong y khoa và mức độ gây nghiện⁸.

Tuy nhiên, khi quy định dấu hiệu định tội và định khung của Tội tàng trữ trái phép chất ma túy, BLHS không dựa trên tính nguy hiểm của các chất ma túy theo cách phân loại của Nghị định số 73/2018/NĐ-CP. Đồng thời, BLHS không liệt kê tất cả các chất ma túy nằm trong danh mục kiểm soát do Chính phủ ban hành, mà chỉ đề cập một số chất ma túy phổ biến (những chất còn lại được dùng chung một cụm từ là các chất ma túy khác ở thể rắn hoặc thể lỏng). Các chất ma túy được liệt kê trong BLHS gồm:

- Các nguồn tự nhiên có chứa chất ma túy: Lá, hoa, quả cây cần sa; lá cây côca, quả thuốc phiện;

- Các chiết xuất có chứa chất ma túy: Nhựa thuốc phiện, nhựa cần sa hoặc cao côca;

- Các chất ma túy cụ thể có tính chất phổ biến: Heroin, Cocain, Methamphetamine, Amphetamine, MDMA, XLR-11;

- Các chất ma túy khác ở thể rắn hoặc thể lỏng.

Thứ hai, mức chênh lệch giữa định lượng tối thiểu và tối đa của các chất ma túy trong các điểm của từng khoản và thậm chí giữa các khoản chưa dựa trên một tỷ lệ thống nhất. Cụ thể, tỷ lệ định lượng chất ma túy giữa tối thiểu với tối đa trong các khoản của Điều 249 được thống kê như sau:

Tại khoản 1	Tại khoản 2	Tại khoản 3
<ul style="list-style-type: none"> - Điểm b: Mức tối thiểu bằng 0,2% mức tối đa; - Điểm c: Mức tối thiểu bằng 2% mức tối đa; - Điểm d: Mức tối thiểu bằng 40% mức tối đa; - Điểm đ: Mức tối thiểu bằng 10% mức tối đa; - Điểm e: Mức tối thiểu bằng 10% mức tối đa; - Điểm g: Mức tối thiểu bằng 5% mức tối đa; - Điểm h: Mức tối thiểu bằng 10% mức tối đa. 	<ul style="list-style-type: none"> - Điểm e: Mức tối thiểu bằng 50% mức tối đa; - Điểm g: Mức tối thiểu bằng 16,66% mức tối đa; - Điểm h: Mức tối thiểu bằng 33,33% mức tối đa; - Điểm i: Mức tối thiểu bằng 25% mức tối đa; - Điểm k: Mức tối thiểu bằng 20% mức tối đa; - Điểm l: Mức tối thiểu bằng 20% mức tối đa; - Điểm m: Mức tối thiểu bằng 40% mức tối đa. 	<ul style="list-style-type: none"> - Điểm a: Mức tối thiểu bằng 20% mức tối đa; - Điểm b: Mức tối thiểu bằng 20% mức tối đa; - Điểm c: Mức tối thiểu bằng 33% mức tối đa; - Điểm d: Mức tối thiểu bằng 33% mức tối đa; - Điểm đ: Mức tối thiểu bằng 33% mức tối đa; - Điểm e: Mức tối thiểu bằng 33% mức tối đa; - Điểm g: Mức tối thiểu bằng 33% mức tối đa.

Bảng so sánh trên cho thấy tỷ lệ mức tối thiểu so với mức tối đa trong mỗi điểm

của một khoản chưa thống nhất. Đồng thời, trong mỗi khoản đều qui định trường hợp có

⁸ Xem M C Bassiouni, *International Drug Control System*, trong quyển *International Criminal Law* do Bassiouni M C chủ biên (Nxb. Transnational Publishers, New York, năm 1999, quyển 1), tr.922-928; Rudi Fortson, *The Law on the Misuse of Drugs and Drug Trafficking Offences* (Nxb. Sweet &

Maxwell, London, tái bản lần 3, năm 1996), tr. 10 và Bror Rexed và một số tác giả khác, *Guidelines for the Control of Narcotic and Psychotropic Substances in the Context of the International Treaties* (Nxb. World Health Organization, Geneva, năm 1984), tr. 35.

02 chất ma túy trở lên mà tổng khối lượng hoặc thể tích của các chất đó tương đương với khối lượng hoặc thể tích chất ma túy qui định tại một trong các điểm của khoản tương ứng trong Điều 249 thì sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo hình phạt quy định tại khoản đó. Thế nhưng, tỷ lệ định lượng của chất ma túy trong các điểm lại quá khác nhau, điều này có thể ảnh hưởng đến tính công bằng trong trách nhiệm hình sự mà người phạm tội phải gánh chịu.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện quy định về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy

Từ những phân tích trên, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị để tiếp tục nghiên cứu hoàn thiện pháp luật hình sự Việt Nam về Tội tàng trữ trái phép chất ma túy như sau:

Thứ nhất, cần phải quan niệm lại Tội tàng trữ trái phép chất ma túy, tìm ra tiêu chí phân định giữa hành vi tàng trữ trái phép chất ma túy với các hành vi sử dụng trái phép chất ma túy, mua bán trái phép chất ma túy và các hành vi khác trong nhóm tội phạm về ma túy, giảm tới mức thấp nhất sự chông chéo cũng như khó khăn trong việc chứng minh thái độ chủ quan của người phạm tội; hạn chế thấp nhất những bản án nặng so với hành vi của họ, nhất là những người nghiện ma túy, những người cần có chính sách nhân đạo.

Hiện nay, pháp luật một số nước dùng định lượng chất ma túy để phân biệt giữa tội danh tàng trữ trái phép chất ma túy và mua bán trái phép chất ma túy. Đây có thể là cách thức khách quan nhất trong giai đoạn hiện nay khi còn nhiều hạn chế trong chứng minh hành vi phạm tội. Phương pháp này

được một số bang của Australia áp dụng đối với loại tội phạm liên quan đến chất ma túy⁹. Luật của Bang New South Wales, Australia qui định tội danh cung cấp chất ma túy, trong đó gồm các hành vi bán, cho, đồng ý cung cấp cho người khác với định lượng mua bán (trafficking quantity) hiển nhiên bị kết tội cung cấp ma túy, trừ phi họ phải tự chứng minh được lý do hợp pháp của việc cung cấp¹⁰.

Thứ hai, cần xác định lại loại, định lượng, tỷ lệ của từng loại chất ma túy liên quan đến các điểm, khoản của Điều 249 BLHS năm 2015 dựa trên căn cứ khoa học; đảm bảo được tỷ lệ thống nhất giữa định lượng tối thiểu và tối đa của các chất ma túy tại các điểm, khoản của điều luật, làm cơ sở cho việc tính tổng lượng ma túy khi có từ 2 chất ma túy trở lên không bị chênh lệch quá lớn giữa các khoản như hiện nay. Ngoài ra, để bảo đảm tính khoa học và khái quát cao, việc định lượng nên quy định theo các nhóm chất ma túy đã được phân loại theo Danh mục tại Nghị định 73/2018/NĐ-CP¹¹. Có thể sửa lại điều luật như sau:

Điều 249. Tội tàng trữ trái phép chất ma túy

1. Người nào tàng trữ trái phép chất ma túy dưới bất kỳ hình thức nào, thì bị phạt tù

⁹ <https://legalanswers.sl.nsw.gov.au/law-handbook-your-practical-guide-law-nsw/drug-offences>, truy cập ngày 23/11/2019.

¹⁰ Xem <https://legalanswers.sl.nsw.gov.au/law-handbook-your-practical-guide-law-nsw/drug-offences>, truy cập ngày 23/11/2019.

¹¹ Xem thêm: Nguyễn Thị Phương Hoa (2015), *Hoàn thiện quy định của Bộ luật Hình sự đối với các tội xâm phạm trật tự quản lý các chất ma túy*, Tạp chí Khoa học pháp lý số 09 (94/2015), tr. 69 - 70.

từ 01 năm đến 05 năm khi đáp ứng các định lượng dưới đây:

a)

b) Các chất ma túy tuyệt đối cấm sử dụng trong danh mục do Chính phủ ban hành có khối lượng từ... gram đến.... gram ở thể rắn, hoặc có thể tích từ.... mililit đến.... mililit ở thể lỏng;

c) Các chất ma túy được dùng hạn chế theo quy định trong danh mục do Chính phủ ban hành có khối lượng từ... gram đến.... gram ở thể rắn, hoặc có thể tích từ.... mililit đến.... mililit ở thể lỏng;

d) Các chất ma túy trong danh mục được dùng theo quy định do Chính phủ ban hành có khối lượng từ... gram đến.... gram ở thể rắn, hoặc có thể tích từ.... mililit đến.... mililit ở thể lỏng.

Thứ ba, trong trường hợp vẫn giữ như quy định hiện hành, cần nâng định lượng tối thiểu chất ma túy lên để hạn chế truy cứu trách nhiệm hình sự người nghiện khi họ cất giữ một lượng chất ma túy nhất định cho sử dụng cá nhân.

Như đã phân tích, định lượng tại khoản 1 của Điều 249 BLHS năm 2015 quá khắt khe, lấy định lượng Heroin, Cocaine, Methamphetamine làm ví dụ, thì định lượng tối thiểu để truy cứu trách nhiệm hình sự là 0,1 gam. Như vậy, phần lớn người nghiện đều nằm trong sự điều chỉnh của qui định này. Tham khảo luật hình sự một số nước, chúng tôi nhận thấy, định lượng tối thiểu để truy cứu trách nhiệm hình sự của họ cao hơn đáng kể so với luật của nước ta. Ví dụ: Điều 348 BLHS Trung Hoa quy định định lượng tối thiểu Heroin hoặc Me-ty-la-ni-lin

để truy cứu trách nhiệm hình sự là 10 gam¹². Điều 288 BLHS Liên bang Nga cũng quy định hành vi tàng trữ trái phép chất ma túy chỉ bị truy cứu trách nhiệm hình sự khi ở mức độ lớn¹³. Do đó, BLHS nước ta nên tham khảo định lượng trên để xử lý với hành vi tàng trữ trái phép chất ma túy, góp phần giảm bớt việc xử lý hình sự người nghiện, cũng như thúc đẩy trách nhiệm của xã hội, Nhà nước, gia đình đối với những đối tượng này.

¹² Điều 348 BLHS Trung Hoa quy định: “Người nào tàng trữ phi pháp thuốc phiện với số lượng 1000 gam trở lên, Heroin hoặc Me-ty-la-ni-lin từ 50 gam trở lên hoặc các chất ma túy khác với số lượng lớn thì bị phạt tù từ 7 năm trở lên hoặc tù chung thân và bị phạt tiền; nếu tàng trữ trái phép thuốc phiện với số lượng từ 200 gam đến dưới 1000 gam, Heroin hoặc Me-ty-la-ni-lin từ 10 gam đến dưới 50 gam hoặc các chất ma túy khác với số lượng tương đối lớn thì bị phạt tù đến 3 năm, cải tạo lao động, quản chế và bị phạt tiền; nếu có tình tiết nghiêm trọng thì bị phạt tù từ 3 năm đến 7 năm và bị phạt tiền. Xem Đinh Bích Hà (Dịch và giới thiệu) (2007), *Bộ luật Hình sự của nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội.

¹³ Xem Điều 288 BLHS Liên bang Nga về Tội mua, tàng trữ, vận chuyển, chế tạo, tái chế trái pháp luật các chất ma túy, các chất hướng thần hoặc các chất tương tự những chất này trong Chương Tội phạm xâm phạm sức khỏe của dân chúng và đạo đức xã hội. Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Bộ luật Hình sự Liên bang Nga*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội.

CƠ CHẾ CHIA SẺ RỦI RO VỀ DOANH THU TRONG PHƯƠNG THỨC ĐỐI TÁC CÔNG TƯ (PPP) - MỘT SỐ GÓP Ý CHO VIỆT NAM

*Nguyễn Thị Phương Hà**

Tóm tắt: *Phương thức đối tác công tư (PPP) là một giải pháp hợp lý cho vấn đề tài chính để phát triển cơ sở hạ tầng trong giai đoạn hiện nay ở các quốc gia đang phát triển và ở Việt Nam. Việc xây dựng các quy định pháp lý chặt chẽ về cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu trong PPP là một vấn đề cần được chú trọng nhằm thu hút nguồn vốn tư nhân. Bài viết tập trung phân tích cơ chế chia sẻ rủi ro trong Dự thảo Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư của Việt Nam, đồng thời đưa ra một số ý kiến nhằm hoàn thiện cơ chế.*

Abstract: *Public – Private Partnership (PPP) has become an ideal strategy to finance infrastructure projects in developing countries, including Vietnam. Developing effective legal regulations on a revenue risk-sharing mechanism in PPP is essential to attract private capital. This article provides an analysis on the revenue risk-sharing mechanism in PPP under Vietnam’s Draft Investment Law and makes recommendations for improvement.*

Đặt vấn đề

Phương thức đối tác công tư (public-private partnerships – PPP) đang dần trở thành một phương thức phổ biến nhằm cấp tài chính cho các dự án phát triển cơ sở hạ tầng ở các quốc gia¹ và thậm chí còn là vấn đề nổi bật được đề cập tại Chương trình hành động *Addis Ababa* của Hội nghị quốc tế lần thứ ba về “Kinh tế cho phát triển” của Liên hợp quốc vào năm 2015². Đây là

chương trình hành động hướng tới phát triển bền vững (*Sustainable Development*) được đề ra tới năm 2030, theo đó, PPP được xem như một công cụ để đạt được các mục tiêu đặt ra cho phát triển bền vững về y tế, giáo dục, nguồn nước và cơ sở hạ tầng vững mạnh³. Vai trò của PPP được đề cao nhờ sự hợp tác giữa khu vực công và khu vực tư nhân trong mô hình này giúp các Chính phủ giải quyết được nguồn lực tài chính, tối đa hóa hiệu năng xây dựng mà vẫn đảm bảo chất lượng của các công trình, đồng thời tận dụng được kinh nghiệm, công nghệ và dịch vụ tiên tiến từ khối tư nhân.

Như vậy, sự hợp tác trong PPP là phương thức chia sẻ gánh nặng và các rủi ro

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

¹ “*Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships 2018*” (Phương thức đối tác công tư hướng tới hoàn thiện cơ sở hạ tầng 2018), tài liệu thực hiện bởi Nhóm nghiên cứu của *World Bank* (Ngân hàng Thế giới), tr.20. Xem tại: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/Procuring%20Infrastructure%20Public-Private%20Partnership%20_2018_EN2_0.pdf.

² *Addis Ababa Action Agenda of the Third International Conference on Financing for Development* (Chương trình hành động Addis Ababa

của Hội nghị quốc tế lần thứ ba về “Kinh tế cho phát triển” của Liên hợp quốc, tổ chức tại Addis Ababa, Ethiopia, từ ngày 13-16 tháng 7/2015. Xem chi tiết tại: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/08/AAAA_Outcome.pdf.

³ Như trên (2), tại tr.23-24.

về kinh tế giữa Nhà nước và khu vực tư nhân. Ở mô hình đầu tư truyền thống, Nhà nước chịu trách nhiệm quản lý việc xây dựng và vận hành các công trình công cộng và sẽ gánh chịu hầu hết các rủi ro mọi mặt, đặc biệt là rủi ro về doanh thu nếu công trình không được sử dụng theo mật độ được kỳ vọng. Trong khi đó, ở mô hình PPP, sự rủi ro này được chuyển sang nhà đầu tư và chính vì điều này, nhà đầu tư buộc phải đánh giá tính khả thi của dự án trước khi quyết định đầu tư và sau đó nỗ lực mang lại những công trình có chất lượng để thu hút nhu cầu sử dụng của cộng đồng. Do đó, một công trình được thực hiện thông qua phương thức PPP sẽ được cân nhắc kỹ về tính khả thi và sau khi hoàn tất sẽ đảm bảo chất lượng. Đây là những hiệu ứng mà phía tư nhân mang lại.

Lý thuyết là như vậy, nhưng thực tế, xuất phát từ bản chất phức tạp và thời hạn dài của các hợp đồng PPP, các rủi ro không dễ được lường trước và các đánh giá không thể luôn chính xác. Hơn nữa, một dự án chỉ có thể thu hút được nguồn vốn tư nhân khi doanh thu dự kiến được đánh giá sẽ vượt mức chi phí đã bỏ ra. Doanh thu dự kiến lại là yếu tố rất khó để đánh giá và đảm bảo chắc chắn. Do đó, việc chuyển toàn bộ rủi ro về doanh thu cho phía tư nhân là không thực sự hợp lý và các nhà đầu tư có thể tính luôn cả sự rủi ro này vào chi phí trong hợp đồng, điều này lại không mang đến lợi ích cho Nhà nước cũng như cộng đồng. Như vậy, đối với Nhà nước, một cơ chế phân bổ rủi ro hiệu quả chính là cốt yếu để tạo ra lợi ích cho cộng đồng; đối với khu vực tư nhân, cơ chế này chính là cốt yếu để đảm bảo cho họ một dự án có tính đáng đầu tư và có tỷ lệ lợi nhuận thu hút⁴.

⁴ Pauline Hovy (2015), “Risk Allocation in Public-Private Partnerships: Maximizing Value for Money” (Phân bổ rủi ro trong phương thức đối tác công tư:

Hiện nay, các quốc gia, trong đó có Việt Nam, đã và đang nỗ lực xây dựng, hoàn thiện các quy định về PPP. Một trong những vấn đề quan trọng được các quy định về PPP ở các quốc gia điều chỉnh đó là cơ chế chia sẻ rủi ro giữa các bên, đặc biệt là rủi ro về doanh thu⁵. Bài viết sau đây tập trung phân tích sự cần thiết của cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu trong mô hình PPP, các cách thức chia sẻ rủi ro về doanh thu, các quy định của Việt Nam liên quan đến cơ chế này và bài học kinh nghiệm từ một số quốc gia trên thế giới. Bài viết không bao quát các rủi ro liên quan đến sự kiện bất khả kháng, biến đổi tỷ giá ngoại tệ, chính sách và một số rủi ro khác.

1. Sự cần thiết của cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu trong phương thức đối tác công tư

Đối với dự án PPP, việc đạt được doanh thu dự kiến luôn được chú trọng đặt ra nhằm bù đắp chi phí đầu tư, chi phí vận hành và duy tu công trình. Doanh thu dự kiến có đạt được hay không phụ thuộc vào số phí thu được thông qua mật độ sử dụng công trình - yếu tố không dễ để ước tính chính xác ở giai đoạn lập kế hoạch dự án. Điển hình như trong các dự án xây dựng công trình giao thông đường bộ, Wim Verdouw trong bài viết “Sharing Risk and Revenues from PPPs: Perspectives from current practice in the road sector”⁶ đã chỉ

Tối đa hóa giá trị tiền tệ), bài viết cho The International Institution for Sustainable Development (Trung tâm nghiên cứu quốc tế về phát triển bền vững), xem tại: <https://iisd.org/library/risk-allocation-public-private-partnerships-maximizing-value-money>.

⁵ *Economy Data Tables* (Bảng dữ liệu về các nền kinh tế), *Procuring Infrastructure Public-Private Partnerships 2018*, tldđ tại (1).

⁶ Wim Verdouw (2015), “Sharing Risk and Revenues from PPPs: Perspectives from current practice in the road sector” (Chia sẻ rủi ro và doanh thu trong PPP:

ra những rủi ro ảnh hưởng đến doanh thu của công trình giao thông đường bộ gồm lưu lượng giao thông, chế độ tính và thu phí. Trong đó, lưu lượng giao thông lại bị ảnh hưởng bởi vị trí và sự thuận tiện của công trình, mật độ và sự phân bố dân số, sự thay đổi trong nhu cầu sử dụng giữa các hình thức giao thông khác nhau của cộng đồng, sự cạnh tranh giữa bản thân các công trình đường bộ, cũng như sự thay đổi về quy hoạch đô thị. Chế độ tính phí và thu phí sử dụng cũng chứa đựng các rủi ro như sự thay đổi trong chính sách thu phí từ phía Nhà nước, cách thức và công cụ tổ chức thu phí và quản lý số phí đã thu.

Trong số các yếu tố nêu trên, một số yếu tố mà nhà đầu tư có thể kiểm soát được (như cách thức thu phí, quản lý phí, bảo đảm chất lượng công trình ổn định), nhưng cũng có những yếu tố hoàn toàn nằm ngoài tầm kiểm soát của họ (như sự phân bố dân cư, hoặc thay đổi về quy hoạch đô thị và định hướng giao thông). Do đó, việc chuyển giao hoàn toàn rủi ro về doanh thu cho nhà đầu tư có thể dẫn đến hệ quả nhà đầu tư sẽ tính luôn các rủi ro vào chi phí đầu tư, từ đó chi phí có thể tăng cao không hợp lý; đồng thời dẫn đến sự giảm sút số lượng nhà đầu tư tham gia đấu thầu do không đủ động lực đầu tư⁷. Trường hợp chi phí đầu tư được đẩy lên mức cao rõ ràng không mang lại lợi ích cho Nhà nước cũng như cộng đồng và làm mất đi ý nghĩa của phương thức PPP.

Bên cạnh đó, nguyên tắc cơ bản của chia sẻ rủi ro được *Timothy C. Irwin* đề cập

trong cuốn “*Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects*” đó là “một rủi ro cần được phân bổ cho bên có thể quản lý nó tốt nhất”⁸. Chẳng hạn như, các rủi ro về chất lượng công trình sẽ được quy cho nhà đầu tư bởi chỉ họ mới có thể có các biện pháp giảm thiểu rủi ro loại này bằng cách phải lựa chọn nhà cung cấp vật tư tốt, lựa chọn các trang thiết bị tốt, và cách quản lý nhân sự thi công; vậy nên, khi rủi ro xảy ra, nhà đầu tư sẽ là chủ thể gánh chịu. Một ví dụ khác, các rủi ro về lưu lượng lưu thông một phần có thể được giảm thiểu bởi chính sách quy hoạch đô thị hợp lý, chính sách phát triển các hình thức giao thông không triệt tiêu nhau, quyết định địa điểm đặt công trình đáp ứng đúng nhu cầu xã hội của Nhà nước. Vì vậy, Nhà nước cũng nên là chủ thể phải chia sẻ rủi ro loại này.

Xuất phát từ các luận điểm nêu trên, việc xây dựng một cơ chế phân chia rủi ro về doanh thu hợp lý là cần thiết nhằm tạo động lực và niềm tin cho các nhà đầu tư tham gia vào các dự án PPP, từ đó mang lại lợi ích tốt hơn cho cộng đồng. Hơn nữa, cơ chế này cũng khiến các bên của dự án thực hiện tốt vai trò của mình từ khâu lên kế hoạch đến triển khai thực hiện dự án, đặc biệt là khâu ước tính và đánh giá rủi ro, qua đó nâng cao tính khả thi và chất lượng của công trình.

2. Các cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu hiệu quả

Hiện nay, các quốc gia đang áp dụng khá đa dạng các cơ chế khắc phục rủi ro về

từ góc độ thực tiễn trong lĩnh vực đường bộ), bài viết cho The International Institution for Sustainable Development (Trung tâm nghiên cứu quốc tế về phát triển bền vững), tr.3. Xem tại: <https://iisd.org/sites/default/files/publications/sharing-risk-revenues-from-ppp-discussion-paper.pdf>.

⁷ Wim Verdouw (2015), *tlđđ* tại (6), tr.4.

⁸ Timothy C. Irwin (2007), *Government Guarantees: Allocating and Valuing Risk in Privately Financed Infrastructure Projects* (Bảo đảm của Nhà nước: Phân bổ và đánh giá rủi ro trong các dự án có nguồn vốn tư nhân), xuất bản bởi The World Bank, Washington, DC, tr.5.

doanh thu của dự án PPP. Theo nghiên cứu trong Báo cáo của Bộ Giao thông Hoa Kỳ về vấn đề chia sẻ rủi ro về doanh thu trong các dự án PPP đường bộ⁹, bốn tiêu chí được sử dụng để đánh giá tính hiệu quả của một cơ chế chia sẻ rủi ro gồm:

- Value for money (VFM – hiệu suất giá trị): Là một chỉ số so sánh chi phí cho một dự án dịch vụ công thông qua mô hình PPP với chi phí nếu thực hiện dự án đó theo phương thức truyền thống (tức là đầu tư công toàn bộ dự án)¹⁰. Đây là một trong những nhân tố quyết định một dự án đầu tư có nên được thực hiện thông qua mô hình PPP hay không.

- Fiscal impact: Sự ảnh hưởng đến ngân sách của Nhà nước.

- Financeability: Khả năng thu hút nguồn tài chính cho dự án.

- Ease of implementation: Tính dễ dàng trong áp dụng.

Báo cáo này đã dùng bốn tiêu chí trên để khảo sát bảy loại cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu trong mô hình PPP và cho ra kết luận về hai cơ chế có tính hiệu quả nhất, đó là:

(i) Present Value of the Revenues (cơ chế giá trị doanh thu thực tại - PVR)¹¹

⁹ U.S. Department of Transportation (Bộ Giao thông Hoa Kỳ), *Revenue Risk Sharing for Highway Public-Private Partnership Concessions* (Chia sẻ rủi ro về doanh thu trong các dự án PPP đường bộ), Báo cáo số FHWA-HIN-17-005, tháng 12/2016. Xem tại: https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3-toolkit_report_on_highway_p3s_122916.pdf.

¹⁰ Khái niệm được đưa ra tại website về PPP của United Nations – Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP) (Ủy ban kinh tế - xã hội khu vực châu Á - Thái Bình Dương của Liên hợp quốc): <https://ppp.unescap.org/learn-more/ppp-value-money>.

¹¹ Báo cáo của Bộ Giao thông Hoa Kỳ, *tlđđ* tại (9), tr.3-2 và 3-3.

Theo cơ chế này, thời hạn của dự án PPP sẽ được kéo dài trong trường hợp doanh thu thực tế [cơ chế này sử dụng doanh thu tổng (*gross revenue*) làm cơ sở chứ không phải là doanh thu sau khi đã trừ đi các chi phí (*net revenue*)] của dự án thấp hơn doanh thu dự kiến giúp nhà đầu tư tiếp tục có thêm doanh thu, tất nhiên thời hạn hợp đồng chỉ có thể được kéo dài không quá một mức tối đa. Nếu sau khoảng thời hạn gia hạn mà nhà đầu tư vẫn không đạt được doanh thu dự kiến, phần rủi ro này nhà đầu tư phải gánh chịu. Cơ chế này đã khắc phục được phần thiếu hụt về doanh thu của nhà đầu tư trong khoảng từ ngày đến hạn hợp đồng tới ngày cuối của thời hạn được kéo dài thêm tối đa. Sau ngày này, Nhà nước mới có thể bắt đầu hưởng doanh thu từ công trình. Nói cách khác, trong khoảng từ ngày đến hạn hợp đồng tới ngày cuối của thời hạn được kéo dài thêm tối đa, rủi ro về doanh thu của nhà đầu tư được chia sẻ bởi Nhà nước.

Về hiệu suất giá trị, do không phải gánh chịu toàn bộ rủi ro về doanh thu, nhà đầu tư sẽ không tính rủi ro này vào chi phí đầu tư, nên chi phí sẽ không bị đẩy lên cao một cách không cần thiết. Hơn nữa, khả năng nhà đầu tư lợi dụng cơ chế này để kéo dài thời hạn hợp đồng nhằm tăng doanh thu là rất thấp, bởi trong thời gian gia hạn hợp đồng nhà đầu tư vẫn phải tốn chi phí cho việc vận hành và quản lý dự án, nên họ sẽ nỗ lực tối đa hóa doanh thu trong thời hạn hợp đồng. Vậy, cơ chế này tạo ra tính VFM tốt hơn là việc chuyển toàn bộ rủi ro về doanh thu cho nhà đầu tư.

Về sự ảnh hưởng đến ngân sách nhà nước, do cơ chế này chỉ kéo dài thời gian để nhà đầu tư có thêm doanh thu từ công trình, từ sự trả phí của cộng đồng, nên Nhà nước không phải sử dụng ngân sách để bù đắp thiếu hụt về rủi ro cho nhà đầu tư. Sự tác

động tiêu cực duy nhất đó là thời hạn của dự án được kéo dài cho nhà đầu tư có thể ảnh hưởng đến phần thu ngân sách của Nhà nước.

Về khả năng thu hút nguồn tài chính cho dự án, nhờ rủi ro về doanh thu của nhà đầu tư được đảm bảo một cách khá chắc chắn, nên nhà đầu tư có thể dễ dàng thu hút được các nguồn đầu tư cho dự án. Với một dự án bình thường, các chủ nợ thường sẽ nộp đơn yêu cầu tuyên bố phá sản đối với nhà đầu tư nếu doanh thu quá thấp để có thể trả được hết khoản nợ. Còn với một dự án PPP có cơ chế chia sẻ rủi ro, việc gia hạn hợp đồng làm tăng khả năng hoàn trả của nhà đầu tư cho các chủ nợ. Từ đó, cơ chế chia sẻ rủi ro này làm tăng khả năng thu hút tài chính cho dự án.

Về tính dễ dàng trong áp dụng, như đã giải thích ở trên, cơ chế này sử dụng *gross revenue* nên khá dễ dàng trong việc tính toán và giám sát (trong khi *net revenue* khó giám sát hơn do phải đảm bảo chính xác số liệu về chi phí vận hành, quản lý và các chi phí khác). Tuy nhiên, khi thời hạn của hợp đồng được kéo dài hơn sẽ làm phức tạp hóa công đoạn chuyển giao công trình từ nhà đầu tư cho Nhà nước.

(ii) Minimum Revenue Guarantees (cơ chế bảo lãnh doanh thu tối thiểu - MRG)¹²

Theo cơ chế này, Nhà nước và nhà đầu tư xác định trong hợp đồng dự án PPP mức doanh thu dự kiến cho từng năm hoặc từng giai đoạn và Nhà nước sẽ đưa ra mức bảo lãnh (tỷ lệ %) tính trên mức doanh thu đó. Mức bảo lãnh có thể khác nhau ở các quốc gia, chẳng hạn mức bảo đảm là 60% giá trị doanh thu dự kiến được các cơ quan nhà nước đưa ra ở Canada và Brazil, trong khi tỷ lệ này là 80%-85% ở Chile¹³. Cơ chế

MRG thường đi kèm với cơ chế chia sẻ doanh thu vượt mức, trong đó, Nhà nước sẽ được chia sẻ phần doanh thu vượt quá một giới hạn nhất định; chẳng hạn, 120% phần doanh thu dự kiến (tức là nếu doanh thu thực tế vượt quá 120% doanh thu dự kiến thì Nhà nước sẽ được chia sẻ phần tăng thu). Mục đích của cơ chế chia sẻ doanh thu vượt mức nhằm tránh việc hoàn lại vốn quá mức cho nhà đầu tư, tránh tổn kém cho cộng đồng.

Về hiệu suất giá trị, so sánh với cơ chế chuyển giao toàn bộ rủi ro cho nhà đầu tư, cơ chế MRG bảo vệ nhà đầu tư khỏi rủi ro về doanh thu tốt hơn, nên rủi ro về doanh thu sẽ không bị tính vào chi phí đầu tư. Đồng thời, cơ chế này tạo ra sự an tâm cho các nhà đầu tư và thu hút được nhiều nhà đầu tư tiềm năng tham gia đấu thầu với các mức giá dự thầu có lợi cho dự án và cho Nhà nước. Mặt khác, Nhà nước còn được chia sẻ phần doanh thu vượt quá nếu mật độ sử dụng công trình cao hơn dự kiến. Vì vậy, có thể thấy, cơ chế này mang lại VFM khá tốt cho Nhà nước.

Về sự ảnh hưởng đến ngân sách nhà nước, cơ chế này đặt ra một loại “nghĩa vụ tiềm năng” (*contingent liability*) cho Nhà nước. Đây là loại nghĩa vụ không chắc chắn sẽ phát sinh, nó chỉ phát sinh dành cho Nhà nước khi doanh thu thực tế thấp hơn mức doanh thu dự kiến. Mức doanh thu dự kiến lại phụ thuộc chặt chẽ vào mức độ sử dụng công trình (tức nghĩa vụ này có phát sinh hay không phụ thuộc vào mức độ công trình được sử dụng), chẳng hạn như lưu lượng giao thông trên một công trình đường bộ, mà như đã phân tích ở mục trên, đây là yếu tố rất khó xác định chính xác. Chính vì vậy, ngân sách nhà nước luôn cần đảm bảo sẵn sàng để thực hiện “nghĩa vụ tiềm năng” khi Nhà nước quyết định lựa chọn kiểu cơ chế chia sẻ rủi ro này. Hơn nữa, trong trường

¹² Báo cáo của Bộ Giao thông Hoa Kỳ, *tlđđ* tại (9), tr.3-2 & 3-3.

¹³ *tlđđ* tại (9), Phụ lục 1 (Appendix I), tr.I-1.

hợp khủng hoảng kinh tế tác động đến doanh thu của công trình thì khả năng lớn là các nguồn thu ngân sách của Nhà nước cũng sẽ trong tình trạng khủng hoảng, nên Nhà nước có thể sẽ gặp khó khăn trong việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh của mình cho nhà đầu tư PPP. Tuy vậy, bỏ qua các nhược điểm đã nêu, cơ chế bảo lãnh doanh thu tối thiểu vẫn mang lợi ích cho Nhà nước hơn rất nhiều vì nó giảm thiểu trách nhiệm thanh toán trực tiếp của Nhà nước cho nhà đầu tư; đồng thời, đối với mức “nghĩa vụ tiềm năng”, Nhà nước hoàn toàn có thể thiết lập hoặc điều chỉnh cho phù hợp với ngân sách nhà nước. Chưa kể đến trường hợp ngân sách nhà nước cũng được hưởng lợi từ số doanh thu vượt mức của công trình.

Về khả năng thu hút nguồn tài chính cho dự án, cơ chế MRG giúp giảm bớt sự không chắc chắn về doanh thu và loại bỏ rủi ro nghiêm trọng về doanh thu thấp. Chính vì vậy, các lenders (người cho vay tài chính) sẽ sẵn lòng hơn cho việc hỗ trợ tài chính cho dự án (chẳng hạn việc phát hành trái phiếu của doanh nghiệp thực hiện dự án sẽ thuận lợi hơn) và mức lãi suất cũng không quá cao, từ đó có lợi cho dự án, nhà đầu tư, và Nhà nước.

Về tính dễ dàng trong áp dụng, giống như cơ chế PVR, MRG sử dụng *gross revenue*, nên khá dễ dàng trong việc tính toán và giám sát. Tuy nhiên, việc ấn định được mức doanh thu tối thiểu dự kiến làm cơ sở cho việc bảo lãnh của Nhà nước đòi hỏi tính chuẩn xác do đây chính là yếu tố làm phát sinh nghĩa vụ bảo đảm của Nhà nước. Để làm được điều này, khâu lên kế hoạch cần có các nghiên cứu kỹ lưỡng về tình hình kinh tế, xã hội để đưa ra những ước lượng chính xác về sự thành công của công trình sau này. Tránh trường hợp mức doanh thu dự kiến được đưa ra quá lớn cùng tỷ lệ bảo lãnh cao của Nhà nước sẽ khiến

Nhà nước phải chi trả nhiều hơn chi phí thực tế cho công trình, từ đó làm giảm tính VFM của công trình.

So sánh hai cơ chế nêu trên, về khía cạnh lợi ích cho Nhà nước, cơ chế MRG kém tối ưu hơn so với cơ chế PVR vì cơ chế MRG đặt ra nghĩa vụ tiềm năng - yếu tố gây ảnh hưởng đến ngân sách quốc gia. Mặt khác, về khía cạnh lợi ích cho nhà đầu tư, cơ chế MRG lại có phần vượt trội hơn do có sự chắc chắn hơn trong bảo vệ nhà đầu tư khỏi rủi ro về doanh thu nhờ vào tỷ lệ bảo đảm của Nhà nước (thường khá cao, từ 50% trở lên). Trong khi ở cơ chế PVR, tuy thời hạn hợp đồng được kéo dài để tăng doanh thu cho nhà đầu tư, nhưng sự kéo dài này luôn trong một giới hạn và rất có thể vẫn chưa đủ để nhà đầu tư đạt được doanh thu đến 50% doanh thu dự kiến. Hai cơ chế PVR và MRG vẫn có thể kết hợp với nhau qua việc vừa kéo giãn thời hạn hợp đồng vừa cung cấp sự bảo đảm doanh thu tối thiểu với tỷ lệ bảo lãnh thấp, cách này giúp Nhà nước giảm bớt nghĩa vụ bảo lãnh cao và giảm bớt áp lực cho ngân sách quốc gia¹⁴.

Ngoài hai cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu nêu trên, còn có các cơ chế khác cũng giúp giảm bớt rủi ro về doanh thu cho nhà đầu tư, nhưng không được Báo cáo đánh giá cao do việc đáp ứng bốn tiêu chí kể trên còn thấp. Bài viết không giới thiệu và phân tích những cơ chế này do không phù hợp mục tiêu đã đặt ra.

3. Cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu trong dự án theo phương thức đối tác công tư ở Việt Nam

Ở thời điểm hiện tại, các văn bản pháp luật đang có hiệu lực có liên quan đến đầu

¹⁴ Báo cáo của Bộ Giao thông Hoa Kỳ, *tldd* tại (9), tr.4-2.

tư theo phương thức PPP không có quy định về cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu giữa Nhà nước và nhà đầu tư. Hiện nay, Việt Nam đang nỗ lực xây dựng Luật về PPP để tạo hành lang pháp lý vững chắc hơn cho hoạt động này và từ đó thúc đẩy sự phát triển của đất nước. Dự thảo Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (bản Dự thảo lần 4) đã được Chính phủ trình Quốc hội vào tháng 10/2019¹⁵. Trên cơ sở tiếp thu các ý kiến đóng góp, bản mới nhất của Dự thảo đã được công bố trên website của Bộ Kế hoạch và Đầu tư vào ngày 10/03/2020 (sau đây gọi là Dự thảo 03/2020)¹⁶. Trong đó, Điều 83 với tiêu đề “Cơ chế chia sẻ phần tăng, giảm doanh thu” quy định và phân biệt cơ chế chia sẻ doanh thu và cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu như sau:

“1. Nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP chia sẻ với Nhà nước 50% phần tăng thu giữa doanh thu thực tế và doanh thu cam kết tại hợp đồng. Các bên thỏa thuận mức doanh thu cam kết tại hợp đồng nhưng không cao hơn 125% mức doanh thu trong phương án tài chính. Việc chia sẻ phần tăng doanh thu được áp dụng sau khi đã thực hiện điều chỉnh thời hạn hợp đồng PPP theo quy định tại điểm đ khoản 3 Điều 53 của Luật này.

2. Nhà nước chia sẻ với nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án PPP 50% phần giảm thu giữa doanh thu thực tế và doanh thu cam kết tại hợp đồng đối với dự án PPP đáp ứng đầy đủ các điều kiện sau đây:

a) Dự án do cơ quan có thẩm quyền lập; áp dụng loại hợp đồng BOT, BTO, BOO và không sử dụng vốn nhà nước hỗ trợ xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng quy định tại Điều 71 của Luật này;

b) Quy hoạch, chính sách, pháp luật có liên quan thay đổi làm doanh thu thực tế thấp hơn mức doanh thu cam kết tại hợp đồng. Các bên thỏa thuận mức doanh thu cam kết tại hợp đồng nhưng không cao hơn 75% mức doanh thu trong phương án tài chính;

c) Đã thực hiện đầy đủ các biện pháp điều chỉnh mức giá, phí sản phẩm, dịch vụ hoặc điều chỉnh thời hạn hợp đồng PPP theo quy định tại Điều 52 và 53 của Luật này nhưng chưa bảo đảm được mức doanh thu quy định tại điểm b khoản này.

d) Đối với dự án PPP thuộc thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh, việc chia sẻ phần giảm doanh thu do ngân sách địa phương bảo đảm”.

Căn cứ quy định nêu trên, có thể rút ra các đặc điểm sau về cơ chế chia sẻ doanh thu và rủi ro về doanh thu theo tinh thần của Dự thảo 03/2020 như sau:

Thứ nhất, xét tổng thể, Dự thảo 03/2020 thiết kế một cơ chế vừa giải quyết rủi ro về doanh thu thực tế thấp hơn doanh thu dự kiến (nhằm bảo vệ lợi ích của nhà đầu tư), vừa giải quyết khả năng doanh thu thực tế vượt mức doanh thu dự kiến (nhằm tránh trường hợp vượt thu, bảo vệ lợi ích của Nhà nước và cộng đồng). Đây là một cách tiếp cận hợp lý giúp bảo vệ lợi ích cho các bên trước các tác động hai chiều của doanh thu thực tế của dự án PPP.

Thứ hai, về cơ chế chia sẻ doanh thu (áp dụng trong trường hợp doanh thu thực tế của dự án vượt quá doanh thu cam kết tại hợp đồng), cơ chế này được áp dụng đối với

¹⁵ Dự thảo (bản lần 4) Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư trình Quốc hội tháng 10/2019, xem tại: http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1618&TabIndex=1&LanID=1744.

¹⁶ Dự thảo Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư tháng 03/2020, xem tại: <http://www.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=45509&idcm=308>.

tất cả các dự án PPP. Bên cạnh việc ấn định tỷ lệ chia sẻ doanh thu đồng đều 50-50 giữa Nhà nước và nhà đầu tư, Dự thảo 03/2020 đồng thời cung cấp giới hạn để các bên thỏa thuận mức doanh thu cam kết tại hợp đồng. Như vậy, về nguyên tắc, mức doanh thu cam kết tại hợp đồng do các bên tự do thỏa thuận, nhưng không vượt quá 125% mức doanh thu đã được xác định trong phương án tài chính ở giai đoạn nghiên cứu tính khả thi của dự án. Việc đặt ra giới hạn này là cần thiết nhằm tránh trường hợp mức doanh thu cam kết được ấn định quá cao tạo gánh nặng cho cộng đồng.

Thứ ba, về cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu (áp dụng khi doanh thu thực tế của dự án thấp hơn doanh thu cam kết tại hợp đồng), cơ chế này không được áp dụng đối với tất cả các dự án PPP. Dự thảo 03/2020 xác định:

- Đối tượng áp dụng của cơ chế: Là những dự án PPP do cơ quan có thẩm quyền lập (không áp dụng với dự án PPP do nhà đầu tư đề xuất), hình thức của hợp đồng dự án là BOT, BTO, BOO không sử dụng vốn nhà nước hỗ trợ xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng quy định tại Điều 71 của Dự thảo 03/2020.

- Điều kiện áp dụng cơ chế: (i) Nhà nước chỉ chia sẻ phần hụt thu nếu nguyên nhân khiến doanh thu thực tế thấp hơn doanh thu đã cam kết xuất phát từ sự thay đổi quy hoạch, chính sách hoặc pháp luật và (ii) Mức doanh thu cam kết không cao hơn 75% mức doanh thu trong phương án tài chính. Theo cách diễn giải hiện tại thì có thể hiểu những dự án có mức cam kết tại hợp đồng vượt trên 75% mức doanh thu trong phương án tài chính thì sẽ không thuộc diện được Nhà nước chia sẻ rủi ro về doanh thu.

- Nội dung cơ chế chia sẻ rủi ro: Khi đến hạn hợp đồng mà doanh thu thực tế thấp hơn doanh thu cam kết thì:

(i) Các biện pháp điều chỉnh mức giá, phí sản phẩm, dịch vụ hoặc điều chỉnh thời hạn hợp đồng PPP được áp dụng trước;

(ii) Sau khi đã áp dụng các biện pháp trên mà vẫn không đảm bảo được doanh thu cam kết thì Nhà nước sẽ chia sẻ 50% phần hụt thu với nhà đầu tư.

Cơ chế này không giống với cơ chế MRG. Trong Dự thảo lần 2 của Luật này được đăng tải để lấy ý kiến nhân dân vào tháng 5/2019, Điều 80 đặt ra một cơ chế MRG đúng nghĩa:

“1. Căn cứ vào tính chất và yêu cầu thực hiện dự án, Thủ tướng Chính phủ xem xét cấp bảo lãnh doanh thu tối thiểu cho nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án.

2. Bảo lãnh doanh thu tối thiểu được thực hiện theo các nguyên tắc sau đây:

a) Trong [05] năm đầu vận hành công trình dự án, Nhà nước bảo lãnh doanh thu đến [75%] giá trị doanh thu dự kiến trong hợp đồng dự án và đến [65%] trong [05] năm kế tiếp.

b) Trong [05] năm đầu vận hành công trình dự án, trường hợp doanh thu thực tế vượt quá [125%] giá trị doanh thu dự kiến, vượt quá [135%] trong [05] năm kế tiếp, nhà đầu tư phải nộp lại phần vượt quá cho Nhà nước”¹⁷.

Có thể thấy sự khác nhau giữa hai cơ chế của hai bản Dự thảo như sau:

¹⁷ Dự thảo (bản lần 2) Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư công bố để lấy ý kiến nhân dân tháng 5/2019, xem tại: http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1618&TabIndex=1&LanID=1707.

Cơ chế MRG của Điều 80 Dự thảo lần 2 đặt ra một giới hạn thời gian cho sự chia sẻ rủi ro thông qua hình thức bảo lãnh của Nhà nước đối với nhà đầu tư là 10 năm, với tỷ lệ bảo lãnh giảm dần theo từng giai đoạn 5 năm. Trong khi tại khoản 2 Điều 83 Dự thảo 03/2020, sự chia sẻ rủi ro từ Nhà nước là cơ chế PVR kết hợp với sự san sẻ phần hụt thu của cả quá trình vận hành (trong thời hạn hợp đồng và thời gian gia hạn) với tỷ lệ 50%. Có thể so sánh về lợi ích của hai cách thức chia sẻ rủi ro doanh thu ở hai bản của Dự thảo thể hiện qua ví dụ sau:

Trong một dự án PPP về xây dựng công trình đường bộ, giá trị doanh thu dự kiến xác định trong hợp đồng là 100 mỗi năm. Theo cơ chế tại Điều 80 Dự thảo lần 2, trong 5 năm đầu vận hành công trình, nếu doanh thu thực tế đạt dưới 75% của 500, thì Nhà nước phải trả cho nhà đầu tư phần hụt, chẳng hạn doanh thu thực tế là 250 thì Nhà nước phải trả cho nhà đầu tư 125. Trong 5 năm tiếp theo, nếu doanh thu thực tế đạt dưới 65% của 500, chẳng hạn là 250, thì Nhà nước phải trả cho nhà đầu tư 75. Vậy trong vòng 10 năm, tổng cộng Nhà nước phải trả cho nhà đầu tư là 200, doanh thu của nhà đầu tư là 700.

Cũng ví dụ trên, theo Điều 83 Dự thảo 03/2020, doanh thu cam kết tại hợp đồng là 1000 sau 10 năm, Nhà nước cam kết chia sẻ với nhà đầu tư 50% phần hụt thu giữa doanh thu thực tế và doanh thu cam kết; đến hạn hợp đồng, doanh thu thực tế đạt 500. Nhà nước lúc này sẽ ưu tiên áp dụng cơ chế PVR trước để kéo dài thời hạn hợp đồng giúp nhà đầu tư tiếp tục có doanh thu và nếu hết thời gian gia hạn thì Nhà nước sẽ chia sẻ 50% phần hụt thu với nhà đầu tư và con số mà Nhà nước phải trả rất có thể thấp hơn nhiều so với 200 trong cơ chế tại MRG ở trên.

Có thể thấy, việc thay đổi cách quy định về cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu trong

Dự thảo 03/2020 là khá hợp lý vì cơ chế tại Điều 83 cùng với cách quy định về đối tượng và điều kiện áp dụng vừa giúp giảm thiểu rủi ro doanh thu cho nhà đầu tư vừa giúp giảm bớt gánh nặng cho ngân sách nhà nước.

4. Một số kiến nghị đối với cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu trong dự án theo phương thức đối tác công tư ở Việt Nam

Về cơ bản, cách thức tiếp cận và xây dựng cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu theo tinh thần tại Điều 83 Dự thảo 03/2020 là khá hợp lý. Tuy nhiên, có những vấn đề sau cần được Dự thảo Luật và các văn bản hướng dẫn thi hành Luật sau này cải thiện hoặc quy định rõ ràng hơn:

Thứ nhất, giới hạn cho việc xác định doanh thu cam kết tại hợp đồng (doanh thu dự kiến) cần được xem xét lại. Điều 83 đã khẳng định doanh thu cam kết là do các bên trong hợp đồng PPP tự do thỏa thuận và chỉ đưa ra mức giới hạn nhằm tránh việc doanh thu được xác định cao quá mức hợp lý, nhưng mức giới hạn này lại không được áp dụng đồng bộ và xuyên suốt trong điều khoản. Ở khoản 1 về cơ chế chia sẻ phần vượt thu, mức doanh thu cam kết tại hợp đồng được giới hạn không cao hơn 125% mức doanh thu trong phương án tài chính; nhưng sau đó, ở khoản 2 về cơ chế chia sẻ phần hụt thu, thì mức doanh thu cam kết trong hợp đồng tại điểm b được giới hạn không cao hơn 75% mức doanh thu trong phương án tài chính. Rõ ràng, mục đích của mức giới hạn ở khoản 1 là nhằm tránh việc doanh thu cam kết được xác định cao giúp nhà đầu tư hưởng lợi quá mức; còn mục đích của mức giới hạn ở khoản 2 là nhằm hạn chế các trường hợp mà Nhà nước phải chia sẻ hụt thu với nhà đầu tư. Khoản 2 cũng gián tiếp quy định mức doanh thu cam kết trong các hợp đồng BOT, BTO, BOO của các dự án không sử dụng vốn nhà nước

do cơ quan có thẩm quyền lập phải không được vượt quá 75% mức doanh thu trong phương án tài chính. Như vậy, nhà đầu tư buộc phải chấp nhận mức doanh thu cam kết không quá 75% mức trong phương án tài chính, vì nếu không sau này có rủi ro về doanh thu xảy ra họ sẽ không được Nhà nước san sẻ.

Theo ý kiến của tác giả, việc quy định các mức giới hạn khác nhau trong cách tính doanh thu cam kết ở hai cơ chế là không hợp lý. Bởi lẽ, doanh thu thực tế sẽ vượt hoặc sẽ bị hụt so với doanh thu cam kết là vấn đề trong tương lai, khó lường trước tại thời điểm lập hợp đồng. Các mức giới hạn này thử thách sự tự tin của nhà đầu tư tư nhân của các dự án BOT, BTO, BOO do cơ quan có thẩm quyền lập, chỉ khi họ thật sự chắc chắn không có rủi ro về doanh thu thì họ mới có thể cùng thỏa thuận với Nhà nước mức doanh thu cam kết trên 75% mức doanh thu trong phương án tài chính. Chính vì vậy, Điều 83 cần đặt ra một tỷ lệ thống nhất và tác giả kiến nghị lấy tỷ lệ 125%. Bởi lẽ, hiện tại, cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu tại khoản 2 Điều 83 đã được thiết kế theo hướng giảm thiểu rủi ro cho ngân sách nhà nước khá nhiều qua các quy định về đối tượng áp dụng cũng như thứ tự áp dụng các biện pháp chia sẻ rủi ro. Do đó, tỷ lệ 125% phần nào sẽ tạo động lực đầu tư cho khối tư nhân và khiến họ không cảm thấy pháp luật đang dành quá nhiều sự an toàn cho phía Nhà nước.

Thứ hai, khi Dự thảo lần 4 được trình ở Quốc hội, có một số ý kiến của đại biểu Quốc hội trình bày quan ngại về ảnh hưởng tiêu cực tới ngân sách nhà nước từ việc chia sẻ rủi ro về doanh thu với nhà đầu tư trong các dự án trọng điểm¹⁸. Xuất phát từ các

quan ngại này, Dự thảo 03/2020 đã đưa ra các điều kiện nhằm thu hẹp phạm vi dự án PPP thuộc diện được áp dụng cơ chế chia sẻ rủi ro, từ đó làm phát sinh các vấn đề sau:

Một là, Điều 77 về cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu của Dự thảo lần 4 quy định rõ các biện pháp khắc phục rủi ro như tăng giá, phí sản phẩm, dịch vụ và PVR được áp dụng cho mọi dự án PPP, chỉ những dự án trọng điểm mới áp dụng kết hợp các biện pháp này cùng với sự chia sẻ 50% phần hụt thu từ phía Nhà nước. Nay, Điều 83 Dự thảo 03/2020 về câu chữ không thể hiện rõ là các biện pháp tăng giá, phí sản phẩm, dịch vụ và PVR có còn được áp dụng cho tất cả các dự án PPP nữa không hay chỉ các dự án được liệt kê tại điểm a khoản 2 của điều này. Thiết nghĩ, những biện pháp này nên được quy định rõ là được áp dụng đối với mọi dự án PPP vì chúng không tạo gánh nặng về tài chính cho Nhà nước, hơn nữa, giúp thu hút đầu tư và tạo sự an tâm cho các nhà đầu tư. Xin nhấn mạnh rằng, đây là phương thức *hợp tác* giữa Nhà nước và tư nhân nên việc để cho tư nhân phải gánh chịu toàn bộ rủi ro về doanh thu là không cân xứng và không tạo được động lực đầu tư cho khối tư nhân.

Hai là, điểm b khoản 2 Điều 83 Dự thảo 03/2020 cũng cần được cân nhắc kỹ lưỡng hơn. Điểm b khoản 2 yêu cầu nguyên nhân dẫn đến doanh thu thực tế của dự án bị hụt so với doanh thu dự kiến phải xuất phát từ việc thay đổi chính sách, quy hoạch hoặc pháp luật thì dự án mới thuộc diện được Nhà nước chia sẻ 50% phần hụt thu. Quy định này là khá hợp lý nhằm tránh tình trạng doanh thu không đạt được là do nguyên

tác công tư (PPP) vào ngày 19/11/2019, được đưa tin tại: <https://www.hcmcpv.org.vn/tin-tuc/dai-bieu-ban-khoan-ve-co-che%CC%81-chia-se%CC%89-ru%CC%89i-ro-trong-du-an-luat-dau-tu-theo-hinh-thuc-doi-tac-cong-t-1491859777>.

¹⁸ Tại kỳ họp thứ 8 của Quốc hội, đại biểu Quốc hội thảo luận về dự án Luật Đầu tư theo phương thức đối

nhân chủ quan từ phía nhà đầu tư. Tuy vậy, bên cạnh chính sách, quy hoạch và pháp luật, còn có các yếu tố khác cũng cần được cân nhắc. Chẳng hạn, nhu cầu, mức độ sử dụng công trình, như đã đề cập ở phần 1 của bài viết, là rất khó để ước tính chính xác, đây cũng là các yếu tố nằm ngoài khả năng dự tính của nhà đầu tư. Hơn nữa, những dự án trong phạm vi của Điều 83 là những dự án do cơ quan có thẩm quyền lập, vì vậy, cơ quan có thẩm quyền phải có trách nhiệm đánh giá những yếu tố này. Trường hợp doanh thu thực tế không đạt được vì đánh giá sai các yếu tố này thì Nhà nước cũng phải san sẻ rủi ro với nhà đầu tư.

Thứ ba, Dự thảo cũng không nên đặt cứng nhắc một tỷ lệ chia sẻ rủi ro cụ thể mà nên quy định theo hướng để Nhà nước và nhà đầu tư tùy vào hoàn cảnh, điều kiện cụ thể của từng dự án mà cam kết một tỷ lệ cho phù hợp, có thể cao hơn 50% nếu đó là cần thiết để tạo sự an tâm và tăng cường bảo vệ quyền lợi cho nhà đầu tư. Sự rộng rãi và khuyến khích từ phía Nhà nước cũng làm tăng thêm nỗ lực, trách nhiệm và tính hiệu quả từ phía nhà đầu tư trong việc xây dựng và vận hành công trình.

Thứ tư, khoản 2 Điều 83 Dự thảo cũng nên được làm rõ hơn về các trường hợp áp dụng biện pháp tăng mức giá, phí sản phẩm, dịch vụ công khi đã có biện pháp PVR, bởi đây không hẳn là một biện pháp có hiệu ứng tốt với người sử dụng. Khi giá sản phẩm, dịch vụ tăng cao, người dân có thể sẽ cân nhắc đến những sản phẩm, dịch vụ thay thế khác. Dĩ nhiên, trong trường hợp niêm yết giá ban đầu quá rẻ thì rõ ràng điều chỉnh tăng giá là hợp lý, nhưng sẽ là không hợp lý cho trường hợp nhà đầu tư vì đang bị hụt thu mà giá sản phẩm, dịch vụ cần được điều chỉnh tăng lên.

Thứ năm, thời gian của hợp đồng PPP cũng là một yếu tố cần được xem xét kỹ

lượng. Một trong những căn cứ để đưa ra được một mức thời hạn hợp lý cho một hợp đồng PPP chính là việc đánh giá, dự báo chính xác nhu cầu, mức độ sử dụng công trình. Vì mức độ sử dụng công trình ảnh hưởng đến doanh thu dự án và mức doanh thu lại ảnh hưởng đến thời hạn hợp đồng PPP. Do vậy, Dự thảo cũng như các văn bản hướng dẫn nên đưa ra các căn cứ, phương pháp quy định thời hạn của hợp đồng PPP. Bên cạnh đó, thời gian hợp đồng được gia hạn cũng cần được đặt ra giới hạn tối đa, bởi thời hạn càng được kéo dài đồng nghĩa với việc người dân phải trả phí càng lâu, làm giảm sút ý nghĩa mang lại lợi ích cho cộng đồng của PPP.

Kết luận

Sự thay đổi trong cách tiếp cận của Dự thảo Luật PPP của Việt Nam về cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu qua các lần sửa đổi nhìn chung khá hợp lý, nhưng chưa chi tiết và chặt chẽ về thứ tự áp dụng và cách thức áp dụng các cơ chế. Dự thảo và các văn bản hướng dẫn thi hành nên có những quy định rõ ràng hơn để tạo hành lang pháp lý vững chắc cho việc tiến hành các dự án PPP trong tương lai, đồng thời tạo nên sự an tâm và niềm tin cho khối tư nhân. Bên cạnh đó, để xây dựng được một cơ chế chia sẻ rủi ro về doanh thu hiệu quả, thiết nghĩ các cơ quan lập pháp nên thay đổi cách nghĩ rằng cơ chế này sẽ tạo áp lực lớn cho ngân sách nhà nước, trường hợp Nhà nước phải tự bỏ 100% vốn để xây dựng thì áp lực với ngân sách sẽ còn lớn hơn rất nhiều. Cơ chế này sẽ không trở thành một áp lực nếu được xây dựng một cách kỹ lưỡng và hợp lý. Một sự san sẻ rủi ro hợp lý giữa các bên trong dự án trước hết giúp Nhà nước chọn được nhà đầu tư uy tín, tiếp theo sẽ giúp các khâu của dự án từ khâu lựa chọn nhà thầu, đến khâu thi công, vận hành, và bảo trì công trình được tiến hành với tinh thần trách nhiệm cao.

LỰA CHỌN NHÀ ĐẦU TƯ TRONG PHƯƠNG THỨC ĐỐI TÁC CÔNG TƯ TẠI VIỆT NAM

*Nguyễn Tuấn Vũ**

Tóm tắt: *Lựa chọn nhà đầu tư phù hợp, có năng lực và kinh nghiệm là nhân tố quyết định sự thành công của dự án đầu tư theo phương thức đối tác công tư. Trong bối cảnh Dự thảo Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư đang được xây dựng và tiếp thu ý kiến, bài viết nghiên cứu các vấn đề pháp lý cơ bản liên quan đến việc lựa chọn nhà đầu tư tham gia hoạt động này; thông qua đó, đưa ra một số gợi mở mang tính định hướng và đề xuất kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định của Dự thảo Luật.*

Abstract: *Selection of suitable investors with competence and experience is a critical factor determining the success of public-private partnership (PPP) project. In the context of public consultation for improving the Draft Investment Law, this article addresses basic legal issues related to selecting investors, thereby proposing directions and recommendations to improve the draft law.*

1. Bối cảnh lựa chọn nhà đầu tư trong hoạt động đầu tư theo phương thức đối tác công tư tại Việt Nam

Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (PPP) đóng vai trò quan trọng để thúc đẩy quá trình tăng trưởng kinh tế các quốc gia, thông qua phát triển cơ sở hạ tầng, dịch vụ công cộng trong xã hội... Đặc biệt, đối với các quốc gia đang phát triển, với bối cảnh kinh tế toàn cầu có phần bất ổn, ngân sách quốc gia bị thâm hụt, PPP đóng vai trò kích thích nền kinh tế phát triển, giúp tăng trưởng bền vững hơn. Mở rộng hoạt động PPP cho phép khu vực công cung cấp cơ sở hạ tầng công cộng cần thiết, giảm thiểu cả chi tiêu ngắn hạn và dài hạn, tận dụng các kỹ năng quản lý, chuyên môn, kinh nghiệm, phương thức tài trợ của khu vực tư nhân¹.

Bản chất của hình thức đối tác công tư thể hiện trên mối quan hệ hợp tác dài hạn cùng có lợi, cùng chia sẻ rủi ro giữa khu vực công và khu vực tư thông qua hợp đồng PPP nhằm thực hiện đầu tư dự án PPP. Một sự khác biệt cơ bản giữa PPP và đầu tư công truyền thống là PPP cho phép Chính phủ có thể chia sẻ rủi ro sang khu vực tư nhân. Tuy nhiên, nếu quan hệ PPP được thiết lập không chặt chẽ sẽ dẫn tới nhiều rủi ro hơn cho Chính phủ². Một nhân tố quan trọng để thiết lập nên quan hệ PPP chính là phải lựa chọn được nhà đầu tư (NĐT) phù hợp.

Hiện nay, các vấn đề trong lựa chọn NĐT cho dự án PPP đang được điều chỉnh chủ yếu bởi Luật Đấu thầu năm 2013, Nghị định số 30/2015/NĐ-CP ngày 17/3/2015 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu

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

¹ Seungwoo Son (2012), *Legal Analysis on Public-Private Partnerships regarding Model PPP Rules*, tr. 4, https://www.uncitral.org/pdf/english/colloquia/public-private-partnerships-2013/20120704_Report_on

_PPP_legal_IssuesSon_Seungwoover.11.pdf, truy cập ngày 06/3/2020.

² Bernardin Akitoby, Richard Hemming - Gerd Schwartz (2007), *Public Investment and Public - Private Partnerships*, Economic Issue No. 40, tr. 11.

tư (được thay thế bởi Nghị định số 25/2020/NĐ-CP ngày 28/02/2020 của Chính phủ), Nghị định số 63/2018/NĐ-CP ngày 04/5/2018 của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư. Theo Dự thảo Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư (Dự thảo Luật PPP)³, lựa chọn NĐT là một phần quan trọng của Luật, quy định những đặc thù trong lựa chọn NĐT dự án PPP.

Việc Việt Nam chuẩn bị ban hành Luật PPP được cho là một sự kiện lập pháp phù hợp với xu hướng quốc tế và thực tiễn hoạt động PPP; góp phần tạo lập hành lang pháp lý minh bạch cho hoạt động PPP, giảm thiểu các rủi ro chính sách và quản lý cho NĐT tư nhân. Trên thực tế, các NĐT nói chung và các NĐT nước ngoài nói riêng, rất mong muốn có một khuôn khổ pháp lý rõ ràng cho phương thức đối tác công tư, niềm tin đó được thể hiện trong đạo luật minh bạch, chất lượng; phòng ngừa tình trạng “thân hữu”, “sân sau” hay “những nhiều” từ phía cơ quan và cá nhân có thẩm quyền. Đối với Nhà nước, để tìm kiếm được một đối tác tốt cho quan hệ công - tư, chắc chắn Luật PPP phải tạo ra một “cuộc đua” công bằng, cạnh tranh bình đẳng cho các NĐT. Điều này phụ thuộc rất nhiều vào quy định về lựa chọn NĐT của Luật PPP.

2. Điều kiện, tiêu chuẩn của nhà đầu tư dự án theo phương thức đối tác công tư

Trong PPP, NĐT sử dụng năng lực, kinh nghiệm về tài chính, kỹ thuật, công nghệ và khả năng quản trị dự án để hợp tác với Nhà nước nhằm triển khai dự án PPP. Mục đích tham gia PPP của NĐT chủ yếu vẫn là lợi nhuận. Vì vậy, để giành được dự án, NĐT phải ra sức cải thiện năng lực để

cạnh tranh với NĐT khác. Theo quy định của pháp luật, để trở thành đối tác tư nhân trong dự án PPP, NĐT phải thỏa mãn những điều kiện nhất định, cụ thể:

Thứ nhất, các điều kiện cần: Là những điều kiện để định danh tư cách chủ thể của NĐT, đồng thời bảo đảm NĐT tham gia cạnh tranh công bằng trong quá trình lựa chọn NĐT. Trong Dự thảo Luật PPP, các điều kiện cần được quy định tại Điều 31 và Điều 32. Tuy nhiên, ở góc độ thực tiễn, Dự thảo Luật PPP vẫn chưa làm rõ một số điều kiện quan trọng sau:

Một là, về xác định điều kiện bảo đảm cạnh tranh công bằng trong lựa chọn NĐT

Theo Điều 32 Dự thảo Luật PPP, NĐT tham dự thầu phải độc lập về pháp lý và độc lập về tài chính, nhằm bảo đảm NĐT không có mối liên quan về mặt lợi ích với khu vực công và bộ phận hỗ trợ khu vực công; tạo nên cuộc cạnh tranh công bằng và minh bạch. Tuy nhiên, trong thực tiễn triển khai dự án PPP ở Việt Nam, rất nhiều trường hợp các NĐT có mối quan hệ với nhau về sở hữu vốn góp, nhưng cùng tham gia lựa chọn NĐT với tư cách độc lập. Điều này đặt ra nhiều lo ngại về hành vi thông thầu, thiếu công bằng và minh bạch trong lựa chọn NĐT, nhất là các NĐT sở hữu cổ phần, phần vốn góp đến mức chi phối lẫn nhau⁴. Chính vì vậy, tác giả cho rằng, Dự thảo Luật PPP phải bổ sung vào Điều 33: Trường hợp tổ chức đấu thầu rộng rãi và đàm phán cạnh tranh thì NĐT tham dự thầu phải độc lập về pháp lý và độc lập về tài chính với các NĐT tham gia dự thầu khác. Cụ thể, các NĐT dự thầu không được có mối quan hệ

³ Tác giả sử dụng Dự thảo Luật PPP tháng 3/2020 để nghiên cứu, xem tại: <http://www.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=45509&idcm=308>.

⁴ Xem: Việt Thắng (2019), *Bắt ngờ từ nhiều dự án đấu thầu rộng rãi*, Báo Đầu thầu, <https://baodauthau.vn/da-tu/bat-ngo-tu-nhieu-du-an-dau-thau-rong-rai-109724.html>, truy cập ngày 03/3/2020.

về sở hữu cổ phần, phần vốn góp ở mức chi phối lẫn nhau.

Hai là, về trách nhiệm pháp lý của liên danh NĐT

Liên danh là thuật ngữ phổ biến trong lĩnh vực đấu thầu và xây dựng, xuất hiện trong nhiều văn bản pháp luật⁵. Liên danh NĐT được hiểu là việc hai hoặc nhiều NĐT cùng liên kết lại với nhau để tham gia dự án đầu tư, mỗi NĐT không được tách riêng ra mà phải tham gia với tư cách của liên danh. Hay nói cách khác, liên danh NĐT là một chủ thể độc lập, không thể tách rời⁶. Các NĐT trong liên danh chịu trách nhiệm liên đới và vô hạn đối với các nghĩa vụ phát sinh. Trong triển khai dự án, liên danh NĐT sẽ thể hiện thông qua văn bản thỏa thuận nội bộ để phân chia phạm vi công việc, trách nhiệm, quyền và nghĩa vụ của từng thành viên. Trong đó, có một NĐT sẽ có vai trò đứng đầu liên danh, đại diện cho liên danh thực hiện các công việc với cơ quan có thẩm quyền và nhà thầu. Đối với một số trường hợp, trách nhiệm của các thành viên liên danh sẽ rất khó áp dụng triệt để. Bởi vì, khi có một hoặc một số NĐT vi phạm nghĩa vụ hợp đồng PPP, dẫn đến tranh chấp thì các NĐT khác có thể sẽ chối bỏ trách nhiệm liên đới vì cho rằng mình đã thực hiện đầy đủ phạm vi công việc trong thỏa thuận nội bộ.

Thực chất, các quy định của pháp luật hiện hành cũng chưa làm rõ về trách nhiệm của liên danh NĐT. Chính vì vậy, Dự thảo Luật PPP cần bổ sung quy định về trách nhiệm của liên danh NĐT trong dự án PPP

⁵ Chẳng hạn như Luật Đấu thầu năm 2013, Luật Xây dựng năm 2014.

⁶ Theo khoản 6 Điều 4 Dự thảo Luật PPP, NĐT PPP được xác định đơn giản là liên danh giữa nhiều pháp nhân để cùng tham gia triển khai hoạt động đầu tư theo phương thức PPP.

là trách nhiệm liên đới, giúp cho các NĐT hiểu rõ bản chất của liên danh để lựa chọn đối tác liên danh phù hợp.

Thứ hai, các điều kiện đủ: Là những tiêu chuẩn để đánh giá khả năng thực hiện thành công dự án PPP của NĐT. Hiện nay, các điều kiện đủ được xác định dựa trên ba nhóm tiêu chuẩn cơ bản sau:

(i) Tiêu chuẩn về năng lực, kinh nghiệm: Được đánh giá thông qua các tiêu chí quan trọng như năng lực tài chính - thương mại của NĐT, khả năng thu xếp vốn và năng lực triển khai thực hiện dự án; kinh nghiệm thực hiện các dự án tương tự; phương pháp triển khai thực hiện dự án sơ bộ và cam kết thực hiện dự án, lịch sử tranh chấp, khiếu kiện đối với các hợp đồng đã và đang thực hiện...

(ii) Tiêu chuẩn về kỹ thuật: Được đánh giá thông qua các tiêu chí quan trọng như cách thức NĐT thực hiện, triển khai dự án; các bảo đảm về chất lượng công trình dự án, sản phẩm hoặc dịch vụ cung cấp; mô tả chi tiết các yêu cầu kỹ thuật và các chỉ tiêu kỹ thuật được sử dụng, các yêu cầu về môi trường và an toàn...

(iii) Tiêu chuẩn về tài chính - thương mại: Được đánh giá dựa trên các tiêu chí quan trọng như khả năng thu xếp vốn, phương án tổ chức đầu tư, kinh doanh; phương án tài chính (tổng vốn đầu tư, cơ cấu nguồn vốn và phương án huy động vốn; các khoản chi; nguồn thu, giá, phí hàng hóa, dịch vụ; thời gian thu hồi vốn, lợi nhuận); yêu cầu cụ thể về phân bổ rủi ro...

So với Dự thảo Luật PPP tháng 10/2019, dự thảo Luật PPP tháng 3/2020 đã bổ sung các tiêu chí quan trọng để đánh giá tiêu chuẩn về năng lực, kinh nghiệm, kỹ

thuật và tài chính - thương mại của NĐT⁷. Các điều kiện đủ của NĐT được đánh giá thông qua bước lựa chọn NĐT, được thể hiện cụ thể trong hồ sơ mời sơ tuyển, hồ sơ mời thầu hoặc hồ sơ yêu cầu của từng dự án.

Một yêu cầu mang tính nền tảng cho việc thiết lập quan hệ đối tác công tư là năng lực tài chính của NĐT, tuy nhiên Dự thảo Luật PPP vẫn chưa giải quyết triệt để⁸, cụ thể:

a) *Về vấn đề thu xếp tài chính thực hiện dự án PPP của NĐT:*

Theo Dự thảo Luật PPP (Điều 77), NĐT, doanh nghiệp dự án PPP chịu trách nhiệm góp vốn chủ sở hữu, huy động vốn vay và các nguồn vốn hợp pháp khác để thực hiện dự án theo quy định tại hợp đồng. Trong thời hạn 12 tháng kể từ thời điểm ký kết hợp đồng, NĐT, doanh nghiệp dự án PPP phải hoàn thành thu xếp tài chính; đối với dự án thuộc thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của Quốc hội hoặc Thủ tướng Chính phủ, thời hạn không quá 18 tháng. Hợp đồng PPP chỉ có hiệu lực khi NĐT, doanh nghiệp dự án PPP hoàn thành thu xếp tài chính. Hình thức xử lý trong trường hợp NĐT, doanh nghiệp dự án PPP không thu xếp được tài chính theo thời hạn quy định phải được quy định tại hồ sơ mời thầu và hợp đồng dự án PPP. Như vậy, hợp đồng PPP chỉ có hiệu lực khi NĐT hoàn thành việc thu xếp tài chính. Tuy nhiên, như thế nào để được xem là hoàn thành việc thu xếp tài chính và mức độ ra sao thì Dự thảo Luật PPP chưa làm rõ. Các dự án PPP, nhất là trong lĩnh vực giao thông, thường là những dự án có nguồn vốn đầu tư lớn, việc thu

xếp, xin giải ngân nguồn vốn rất khó khăn⁹. Nếu NĐT chưa hoàn thành việc thu xếp tài chính thì hợp đồng PPP chưa phát sinh hiệu lực. Lúc này, “số phận” của dự án PPP, NĐT và doanh nghiệp dự án PPP sẽ giải quyết theo hồ sơ mời thầu và hợp đồng dự án PPP.

b) *Quy định về góp vốn chủ sở hữu:*

Theo Điều 78 Dự thảo Luật PPP, NĐT phải góp vốn chủ sở hữu tối thiểu là 15% tổng mức đầu tư dự án không bao gồm vốn nhà nước hỗ trợ xây dựng công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng và thanh toán cho doanh nghiệp dự án PPP cung cấp sản phẩm, dịch vụ công thuộc dự án PPP. Đối với hợp đồng BT, ngoài tỷ lệ này, NĐT còn phải đáp ứng yêu cầu về vốn chủ sở hữu (nếu có) theo quy định của pháp luật về đầu tư, xây dựng, nhà ở, kinh doanh bất động sản và pháp luật có liên quan để thực hiện dự án khác.

Thông thường, các dự án PPP được trao cho một công ty thành lập theo dự án, hoạt động trên nguồn vốn kết hợp giữa vốn chủ sở hữu và vốn vay. Các khoản vốn vay thương mại được huy động chủ yếu thông qua các ngân hàng, tổ chức tài chính khác, phát hành trái phiếu hoặc các công cụ tài chính khác. Một quốc gia có thị trường vốn phát triển có thể mang lại lợi thế cho các NĐT PPP, tạo được kênh dẫn vốn trung và dài hạn cho nền kinh tế, loại bỏ rủi ro biến động tỷ giá hối đoái. Trong các quốc gia ASEAN thì Singapore, Indonesia, Malaysia, Thái Lan và Philippines là các quốc gia có

⁷ Xem: Điều 42, Điều 43 Dự thảo Luật PPP.

⁸ Được quy định tại Điều 77, Điều 78 và Điều 79 Dự thảo Luật PPP.

⁹ Lê Hòa (2019), *Đầu tư hạ tầng giao thông: Cần khơi thông nguồn vốn cho các dự án PPP*, Báo điện tử - Kiểm toán nhà nước, <http://baokiemtoannhan.uoc.vn/ban-doc-quan-tam/dau-tu-ha-tang-giao-thong-can-khoi-thong-nguon-von-cho-cac-du-an-ppp-142755>, truy cập ngày 07/3/2020.

thị trường vốn phát triển, các quốc gia còn lại chưa phát triển hoặc đang trong giai đoạn đầu của quá trình phát triển. Tuy nhiên, thị trường vốn trong khu vực và quốc tế thường có thể tiếp cận được nếu người vay có hồ sơ vay vốn tốt¹⁰. Ở Việt Nam, thị trường tín dụng dài hạn trong nước chưa phát triển, đặc biệt là tình trạng: Dự nợ nguồn vốn vay tín dụng dài hạn của ngân hàng trong nước đang ở mức cao; các ngân hàng chủ yếu huy động ngắn hạn để cho vay dài hạn. Các ngân hàng phải tuân thủ quy định không chế về hạn mức cho vay; các ngân hàng bị khống chế mức tăng trưởng tín dụng, tỷ lệ tối đa sử dụng nguồn vốn ngắn hạn để cho vay trung hạn và dài hạn...¹¹ Chính vì vậy, khi NĐT khó lòng tiếp cận với nguồn vốn vay thì tỷ lệ 15% tổng mức đầu tư dự án chưa phải là con số ấn tượng để bảo đảm tính khả thi về tài chính cho dự án PPP.

Với những nghiên cứu ở trên, tác giả có một số kiến nghị liên quan đến năng lực tài chính của NĐT như sau:

Một là, Dự thảo Luật PPP phải quy định rõ ràng tiêu chí đánh giá mức độ hoàn thành việc thu xếp tài chính của NĐT. Chẳng hạn, có thể căn cứ vào các tiêu chí như kết quả xin giải ngân vốn vay, mức độ góp vốn chủ sở hữu vào doanh nghiệp dự án PPP...

Hai là, Dự thảo Luật PPP phải bổ sung cách thức xử lý khi NĐT không hoàn thành việc thu xếp tài chính, làm cơ sở cho hồ sơ mời thầu và hợp đồng PPP thiết lập cơ chế xử lý hậu quả. Hậu quả và cách thức xử lý phải phụ thuộc vào mức độ thu xếp tài chính của NĐT. Nếu trường hợp hết thời gian thu xếp tài chính, NĐT vẫn có khả năng, có phương án khả thi để thu xếp tài chính thì cơ quan có thẩm quyền vẫn có thể xem xét gia hạn thêm một khoảng thời gian hợp lý. Tuy nhiên, cũng cần phải có cơ chế để loại bỏ ngay NĐT có dấu hiệu “tay không bắt giặc”¹².

Ba là, cần xác định lại tỷ lệ góp vốn chủ sở hữu của NĐT. Khả năng thu xếp nguồn vốn của NĐT phụ thuộc vào thị trường vốn, trong khi đó thị trường vốn trong nước lại chưa phát triển. Mức tỷ lệ 15% được Ban soạn thảo Dự thảo Luật PPP giải trình là mức phổ biến theo thông lệ quốc tế. Tác giả cho rằng, thay vì chỉ xem xét dựa trên thông lệ quốc tế, Ban soạn thảo cần nghiên cứu và khảo sát thực tiễn triển khai dự án PPP và đánh giá lại thị trường vốn trong nước để đưa ra tỷ lệ phù hợp. Theo đề xuất của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam, mức này là khoảng 20% - 25% tổng vốn đầu tư của dự án¹³.

3. Về quy trình và hình thức lựa chọn nhà đầu tư

¹⁰ Fauziah Zen - Michael Regan (2014), *Asean public private partnership guidelines*, Economic Research Institute for ASEAN and East Asia, tr. 47.

¹¹ Xem Báo cáo tổng kết tình hình thực hiện quy định pháp luật về đầu tư theo hình thức đối tác công tư của Bộ Kế hoạch và Đầu tư trình Chính phủ, tháng 4/2018, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1618&TabIndex=2, truy cập ngày 07/3/2020.

¹² Tham khảo: Phan Chính (2019), *Nhiều nhà đầu tư làm dự án BOT kiểu “tay không bắt giặc”*, Tạp chí điện tử Nhà đầu tư, <https://nhadautu.vn/nhieu-nha-dau-tu-lam-du-an-bot-kieu-tay-khong-bat-giac-d2797.html>, truy cập ngày 06/3/2020.

¹³ Xem Bảng tổng hợp, giải trình, tiếp thu ý kiến góp ý định hướng xây dựng Luật PPP, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1618&TabIndex=2, truy cập ngày 07/3/2020.

So với Dự thảo Luật PPP tháng 10/2019, Dự thảo Luật PPP tháng 3/2020 đã có những thay đổi căn bản trong nhận thức lập pháp liên quan đến lựa chọn NĐT. Cụ thể, Dự thảo Luật PPP tháng 10/2019 quyết định bãi bỏ các quy định của Luật Đấu thầu năm 2013 về lựa chọn NĐT dự án PPP, chuyển sang điều chỉnh bởi Luật PPP¹⁴. Tuy nhiên, Dự thảo Luật PPP tháng 3/2020 có cách tiếp cận khác, chỉ tập trung điều chỉnh những vấn đề đặc thù trong lựa chọn NĐT dự án PPP, các vấn đề không mang tính đặc thù thì vẫn được điều chỉnh bởi pháp luật liên quan¹⁵. Tác giả cho rằng, nhận thức lập pháp trong Dự thảo Luật PPP tháng 3/2020 là phù hợp.

3.1. Về quy trình lựa chọn nhà đầu tư

Luật PPP là đạo luật mang tính hình thức cao, bởi đây là đạo luật thiên về quy trình, thủ tục để lựa chọn dự án và lựa chọn NĐT. Chính vì vậy, Luật PPP phải bảo đảm được yếu tố minh bạch và công bằng; hướng tới lựa chọn được dự án và NĐT PPP phù hợp nhất. Theo Dự thảo Luật PPP (Điều 30), quy trình tổng quát lựa chọn NĐT bao gồm 05 bước khác nhau. Đánh giá một cách tổng thể, Dự thảo Luật PPP chỉ đưa ra các “gạch đầu dòng”, khá chung chung với nhiệm vụ của một đạo luật về PPP. Đặc biệt, Dự thảo Luật PPP chưa làm rõ được ba vấn đề quan trọng: Một là, những trường hợp đặc biệt có thể áp dụng thủ tục rút gọn; hai là, các dự án áp dụng sơ tuyển NĐT; ba là, quy trình đối với từng hình thức lựa chọn NĐT.

Hiện nay, trong đấu thầu lựa chọn NĐT, có hai phương án thực hiện¹⁶:

(i) Đấu thầu có bước sơ tuyển: Phương án đấu thầu này yêu cầu thực hiện quy trình sơ tuyển với hồ sơ mời sơ tuyển trước khi phát hành hồ sơ mời thầu. Quy trình này áp dụng với hầu hết các dự án PPP, ngoại trừ đối với một số dự án nhóm C vì việc áp dụng quy trình sơ tuyển là không bắt buộc đối với các dự án nhóm này.

(ii) Đấu thầu không có bước sơ tuyển: Với phương án đấu thầu này, năng lực kỹ thuật và tài chính của bên dự thầu sẽ không được đánh giá trong một bước riêng biệt. Bên dự thầu được yêu cầu nộp thông tin về năng lực của họ cùng với đề xuất kỹ thuật.

Thông thường, sơ tuyển bao gồm xếp hạng các NĐT tiềm năng theo các tiêu chuẩn đánh giá kỹ thuật và tài chính. Các NĐT xếp hạng hàng đầu, thường là từ 03 đến 06 NĐT, sau đó được mời gửi hồ sơ dự thầu. Sơ tuyển thông qua lựa chọn danh sách ngắn có ưu điểm và nhược điểm nhất định: Ưu điểm là giới hạn số lượng NĐT, các NĐT vượt qua sơ tuyển có thể nỗ lực hơn để phát triển một dự án hiệu quả và đưa ra một giá thầu cạnh tranh, và việc đánh giá thầu dự án PPP ít tốn kém hơn; nhược điểm là việc công khai danh sách các NĐT vượt quá sơ tuyển có thể dẫn tới hành vi thông đồng¹⁷.

¹⁶ Tham khảo: Vụ Đối tác công tư - Bộ Giao thông vận tải (2016), *Sổ tay PPP*, tr. 27, <http://ppp.mt.gov.vn/MauThamKhao/S%E1%BB%95%20tay%20quy%20tr%C3%ACnh%20PPP/B%E1%BA%A3n%20ti%E1%BA%BFng%20Vi%E1%BB%87t.pdf>, truy cập ngày 05/3/2020.

¹⁷ Xem giải trình, tiếp thu Điều 32 Dự thảo Luật PPP tại Bảng tổng hợp ý kiến giải trình, tiếp thu ý kiến góp ý của nhà tài trợ về dự thảo Luật Đầu tư theo phương thức đối tác công tư, http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1618&TabIndex=2, truy cập ngày 03/3/2020.

¹⁴ Xem: Khoản 1 Điều 101 Dự thảo Luật PPP tháng 10/2019.

¹⁵ Xem: Điều 3 và Điều 108 Dự thảo Luật PPP tháng 3/2020.

Với những phân tích ở trên, tác giả có một số kiến nghị hoàn thiện sau:

Một là, Dự thảo Luật PPP cần cân nhắc bổ sung quy trình đấu thầu rút gọn đối với những dự án PPP có quy mô nhỏ, không quá phức tạp về chuyên môn kỹ thuật, nhất là trong các lĩnh vực PPP về y tế, giáo dục - đào tạo, dạy nghề, hạ tầng công nghệ thông tin. Quy trình rút gọn có thể tiết kiệm chi phí và thời gian cho bên mời thầu và bên dự thầu.

Hai là, Dự thảo Luật PPP phải bổ sung quy trình cơ bản đối với từng hình thức lựa chọn NĐT. Đối với quy trình chi tiết của từng hình thức mới giao cho Chính phủ quy định.

Ba là, cần làm rõ các trường hợp dự án lựa chọn NĐT có sơ tuyển và các nguyên tắc quan trọng để xử lý tình huống trong lựa chọn NĐT. Điều 37 Dự thảo Luật PPP có quy định về nguyên tắc xử lý tình huống trong lựa chọn NĐT, nhưng rất chung chung, không khái quát được các tình huống quan trọng nảy sinh trong quá trình lựa chọn NĐT. Hiện nay, Nghị định số 25/2020/NĐ-CP ngày 28/02/2020 của Chính phủ Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đấu thầu về lựa chọn nhà đầu tư (Nghị định số 25/2020/NĐ-CP) quy định khá cụ thể đối với dự án có áp dụng sơ tuyển và cách xử lý tình huống trong lựa chọn NĐT¹⁸. Do đó, Ban soạn thảo có thể nâng cấp các quy định của Nghị định số 25/2020/NĐ-CP trên cơ sở có điều chỉnh phù hợp để đưa vào Luật PPP.

3.2. Về hình thức lựa chọn nhà đầu tư

Một dự án PPP vượt qua bước nghiên cứu khả thi sẽ chuyển sang bước lựa chọn NĐT. Để quá trình lựa chọn NĐT trở thành

một “sân chơi” cạnh tranh công bằng, quá trình triển khai phải được bảo đảm xuyên suốt các nguyên tắc quan trọng sau: (i) Cạnh tranh, công bằng, minh bạch và hiệu quả kinh tế; (ii) Lựa chọn NĐT phải căn cứ vào hồ sơ mời sơ tuyển, hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu; hồ sơ dự sơ tuyển, hồ sơ dự thầu, hồ sơ đề xuất; kết quả lựa chọn NĐT; hợp đồng đã ký kết với NĐT được lựa chọn; tình hình thực tế triển khai thực hiện dự án¹⁹.

Theo các báo cáo thanh tra, kiểm toán đối với các dự án PPP thực hiện ở Việt Nam, đa số các dự án được thực hiện kiểm toán đều áp dụng hình thức chỉ định thầu để lựa chọn NĐT. Phần lớn các NĐT thiếu năng lực, kinh nghiệm, dẫn đến những vi phạm trong quá trình thực hiện, vận hành và khai thác công trình, hiệu quả đầu tư dự án yếu kém²⁰. Thực trạng này đặt ra yêu cầu cho Luật PPP, phải rõ ràng và minh bạch về tiêu chí, điều kiện áp dụng đối với từng hình thức lựa chọn NĐT; đồng thời phải ưu tiên áp dụng đấu thầu rộng rãi nếu không đủ điều kiện áp dụng hình thức lựa chọn NĐT khác.

Theo Dự thảo Luật PPP, có các hình thức lựa chọn NĐT sau đây:

Thứ nhất, đấu thầu rộng rãi là hình thức lựa chọn NĐT trong đó không hạn chế số lượng NĐT tham dự. Đấu thầu rộng rãi được áp dụng cho tất cả dự án PPP, trừ trường hợp áp dụng hình thức đàm phán

¹⁸ Xem: Điều 17, Điều 18, Điều 80 của Nghị định số 25/2020/NĐ-CP.

¹⁹ Dự thảo Luật PPP (Điều 37) đã kế thừa các nguyên tắc này trong Luật Đấu thầu năm 2013 (Điều 86).

²⁰ Xem: Tờ trình Đề nghị xây dựng Luật Đầu tư theo hình thức đối tác công tư của Bộ Kế hoạch và Đầu tư trình Chính phủ, tháng 4/2018, http://duthaoonline.quechoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1618&TabIndex=2, truy cập ngày 03/3/2020.

cạnh tranh, chỉ định NĐT hoặc lựa chọn NĐT trong trường hợp đặc biệt²¹.

Theo tinh thần của Dự thảo Luật PPP, đấu thầu rộng rãi đang được ưu tiên áp dụng, xuất phát từ thực trạng hiệu quả đầu tư của nhiều dự án PPP đi xuống, nảy sinh từ tiêu cực của hình thức chỉ định thầu. Nếu không có cơ sở chính đáng để áp dụng hình thức đàm phán cạnh tranh và chỉ định NĐT thì dự án PPP phải được đấu thầu rộng rãi. Về cơ bản, đấu thầu rộng rãi giải quyết được nhiều vấn đề cho dự án PPP: (i) Thẩm định lại hiệu quả của dự án PPP; (ii) Buộc các NĐT phải xem xét và cải thiện các điều kiện dự thầu để gia tăng khả năng cạnh tranh với các NĐT khác; (iii) Loại bỏ các NĐT yếu kém, không đủ năng lực triển khai dự án.

Thứ hai, đàm phán cạnh tranh là hình thức lựa chọn NĐT trong đó chỉ có một số NĐT đáp ứng yêu cầu thực hiện dự án được mời tham dự. Đàm phán cạnh tranh áp dụng trong hai trường hợp: Trường hợp thứ nhất, dự án có liên quan đến quốc phòng, an ninh quốc gia và phải có ý kiến thống nhất của Bộ Quốc phòng đối với dự án có liên quan đến quốc phòng; Bộ Công an đối với dự án có liên quan đến an ninh quốc gia. Trường hợp thứ hai, dự án ứng dụng công nghệ cao thuộc danh mục công nghệ cao được ưu tiên đầu tư phát triển theo quy định của pháp luật về công nghệ cao hoặc dự án có yêu cầu công nghệ mới²². Đối với trường hợp thứ hai, rất khó để cơ quan, cá nhân có thẩm quyền giải trình lý do áp dụng hình thức đàm phán cạnh tranh. Bởi vì hiện nay, các yêu cầu về áp dụng công nghệ mới và tiến bộ là một phần không thể thiếu đối với các dự án đầu tư nói chung và các dự án PPP

nói riêng. Việc không rõ ràng trong tiêu chí xác định có thể là “lỗ hổng” pháp lý để áp dụng hình thức đàm phán cạnh tranh nhằm loại bỏ hình thức đấu thầu rộng rãi.

Thứ ba, chỉ định NĐT là hình thức lựa chọn NĐT được áp dụng đối với dự án thuộc hai trường hợp sau²³:

(i) Dự án có mục tiêu trực tiếp thực hiện nhiệm vụ bảo đảm quốc phòng, an ninh quốc gia, bí mật nhà nước. Việc chỉ định NĐT đối với trường hợp này phải đáp ứng hai điều kiện: Một là, có báo cáo nghiên cứu khả thi được phê duyệt; hai là, được Thủ tướng Chính phủ chấp thuận trên cơ sở ý kiến thống nhất của Bộ Quốc phòng đối với yêu cầu về bảo đảm quốc phòng, Bộ Công an đối với yêu cầu về bảo đảm an ninh quốc gia, Bộ quản lý chuyên ngành đối với yêu cầu về bảo đảm bí mật nhà nước.

(ii) Dự án cần phải thực hiện ngay để bảo đảm tính liên tục trong việc cung cấp sản phẩm, dịch vụ công. Việc chỉ định NĐT đối với trường hợp này phải đáp ứng ba điều kiện: Một là, hợp đồng đã được ký kết, nhưng đã bị chấm dứt trước thời hạn hoặc có nguy cơ bị chấm dứt trước thời hạn mà không do lỗi của cơ quan có thẩm quyền, cơ quan ký kết hợp đồng; hai là, không thể áp dụng được hình thức đấu thầu rộng rãi và đàm phán cạnh tranh; ba là, có ý kiến thống nhất của bên cho vay. Như vậy, chỉ định NĐT đối với trường hợp này khá đặc biệt, được áp dụng sau thời điểm ký kết hợp đồng PPP.

Thứ tư, lựa chọn NĐT trong trường hợp đặc biệt: Nếu trường hợp dự án PPP xuất hiện các điều kiện đặc thù, riêng biệt mà không thể áp dụng đấu thầu rộng rãi, đàm phán cạnh tranh và chỉ định NĐT, cơ

²¹ Điều 38 Dự thảo Luật PPP.

²² Điều 39 Dự thảo Luật PPP.

²³ Điều 40 Dự thảo Luật PPP.

quan có thẩm quyền trình Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định phương án lựa chọn NĐT²⁴. Trường hợp này còn khá chung chung và có thể bất hợp lý trong một số trường hợp áp dụng, cụ thể: Một là, yếu tố đặc thù, riêng biệt chưa được Dự thảo Luật PPP làm rõ; hai là, Dự thảo Luật PPP phân loại dự án PPP thuộc thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của: (i) Quốc hội; (ii) Thủ tướng Chính phủ; (iii) Bộ, cơ quan trung ương và cơ quan khác; (iv) Hội đồng nhân dân cấp tỉnh²⁵. Rõ ràng các dự án của địa phương phải xin ý kiến của Thủ tướng Chính phủ trong trường hợp này là không hợp lý, đi ngược lại với quyền tự chủ của địa phương và kéo dài thời gian của dự án PPP.

Từ những nghiên cứu ở trên, tác giả có một số kiến nghị sau:

Một là, Dự thảo Luật PPP cần làm rõ điều kiện và tiêu chí áp dụng hình thức đàm phán cạnh tranh đối với trường hợp “dự án ứng dụng công nghệ cao thuộc danh mục công nghệ cao được ưu tiên đầu tư phát triển theo quy định của pháp luật về công nghệ cao hoặc dự án có yêu cầu công nghệ mới”. Nếu không rõ ràng về trường hợp này, người có thẩm quyền có thể áp dụng hình thức đàm phán cạnh tranh để loại bỏ việc áp dụng hình thức đấu thầu rộng rãi.

Hai là, Dự thảo Luật PPP phải làm rõ hơn hình thức lựa chọn NĐT trong trường hợp đặc biệt. Theo đó, Dự thảo Luật PPP phải làm rõ như thế nào là dự án đặc thù và riêng biệt; đồng thời xác định lại phạm vi những dự án PPP phải xin ý kiến của Thủ tướng Chính phủ quyết định phương án lựa chọn NĐT. Nếu là dự án PPP của địa

phương thì địa phương hoàn toàn có quyền đưa ra phương án để lựa chọn NĐT.

Ba là, Dự thảo Luật PPP phải xem xét lại phạm vi áp dụng hình thức chỉ định NĐT. Hiện tại, Dự thảo Luật PPP đã thu hẹp phạm vi áp dụng hình thức chỉ định NĐT so với Luật Đấu thầu năm 2013²⁶. Mặt khác, theo Điều 28 Dự thảo Luật PPP, NĐT được đề xuất thực hiện dự án PPP và NĐT phải chịu mọi chi phí, rủi ro nếu hồ sơ đề xuất dự án không được chấp thuận. Tác giả cho rằng, quy định của Dự thảo Luật PPP sẽ làm hạn chế khả năng thu hút NĐT đối với những địa phương ở vùng sâu, vùng xa, khu vực nông thôn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn. Nếu không áp dụng hình thức chỉ định NĐT đối với trường hợp NĐT đề xuất dự án thì rất khó để thu hút vốn đầu tư phát triển công trình, hệ thống cơ sở hạ tầng và cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ở những địa phương này. Do đó, khi được lấy ý kiến về PPP, có địa phương cho rằng, “ngay cả việc chuyển nghị định thành luật vẫn nặng vào việc điều chỉnh cho các dự án quốc gia, còn các cách tiếp cận khác của đầu tư PPP ở cấp địa phương chưa được đề cập”²⁷. Các lo ngại này cũng chính là thách thức cho việc xây dựng Luật PPP phù hợp và bao quát hơn.

Vì vậy, Dự thảo Luật PPP cần xem xét mở rộng trường hợp áp dụng hình thức chỉ định NĐT đối với trường hợp NĐT đề xuất dự án PPP ở những địa phương có điều kiện kinh tế, xã hội khó khăn. Đương nhiên, chỉ áp dụng hình thức chỉ định NĐT nếu NĐT đáp ứng đầy đủ các điều kiện, tiêu chuẩn để thực hiện dự án.

²⁶ Xem: Khoản 4 Điều 22 Luật Đấu thầu năm 2013.

²⁷ Trình Dũng (2019), *Gỡ khó cho PPP*, Trang thông tin điện tử của Hội đồng nhân dân tỉnh Quảng Nam, <http://dbnd.quangnam.gov.vn/Default.aspx?tabid=286&Group=9&NID=3853&go-kho-cho-ppp>, truy cập ngày 06/3/2020.

²⁴ Điều 41 Dự thảo Luật PPP.

²⁵ Điều 5 Dự thảo Luật PPP.

THỰC TIỄN THỰC HIỆN PHÁP LUẬT VỀ QUY HOẠCH XÂY DỰNG, QUẢN LÝ, SỬ DỤNG NGHĨA TRANG Ở VIỆT NAM VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

*Hoàng Kim Khuyên**

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số bất cập, vướng mắc trong thực tiễn thực hiện các quy định của pháp luật về quy hoạch xây dựng, quản lý và sử dụng nghĩa trang ở Việt Nam. Qua đó, bài viết đưa ra các kiến nghị nhằm hoàn thiện và thực thi có hiệu quả pháp luật về quy hoạch xây dựng, quản lý, sử dụng nghĩa trang ở Việt Nam trong thời gian tới.

Abstract: The article analyzes shortcomings and bottlenecks in the practice of the law on construction planning, management, and use of cemeteries in Vietnam. Thereby it makes recommendations for improvement and effective enforcement of the law on planning construction planning, management, and use of cemeteries in Vietnam.

Đặt vấn đề

Thực tế hiện nay ở nước ta, vấn đề quy hoạch xây dựng, sử dụng và quản lý nghĩa trang đang gặp phải những khó khăn, vướng mắc nhất định. Quỹ đất dành cho phát triển đô thị, khu dân cư, khu công nghiệp ngày càng tăng, quỹ đất sản xuất nông nghiệp bị thu hẹp và diện tích đất dành cho nghĩa trang cũng bị ảnh hưởng hoặc phải di dời sang vị trí khác hoặc phải quy hoạch tập trung trên một diện tích nhỏ hơn. Việc bố trí quỹ đất quy hoạch xây dựng nghĩa trang thường gây nhiều phản ứng, khiếu kiện trong nhân dân¹. Trong khi đó, với phong tục tập quán và vấn đề tâm linh của người Việt Nam, nghĩa trang có một vị trí hết sức quan trọng trong đời sống tinh thần của người dân. Nghĩa trang không chỉ đơn thuần

là nơi “táng”² người chết tập trung theo các “hình thức táng”³ khác nhau, mà còn là nơi bày tỏ tình cảm, đạo lý của người sống đối với người thân khi chết.

² Táng: Là thực hiện việc lưu giữ thi hài hoặc hài cốt, tro cốt của người chết. Hay nói cách khác, táng là biện pháp xử lý xác người chết với nhiều hình thức khác nhau. Hiện nay, trên thế giới có rất nhiều hình thức táng như: Địa táng (thổ táng), hỏa táng, thủy táng, không táng (thiên táng), huyền táng, điều táng... nhưng ở Việt Nam phổ biến hiện nay là địa táng và hỏa táng, còn huyền táng, không táng, thủy táng chỉ có trong quá khứ hoặc rất hiếm ở các dân tộc ít người.

³ Các hình thức táng người chết theo quy định của pháp luật Việt Nam bao gồm: Mai táng, hỏa táng và các hình thức táng khác.

- Mai táng là thực hiện việc lưu giữ thi hài hoặc hài cốt, tro cốt của người chết ở một địa điểm dưới mặt đất. Mai táng được biểu hiện thông qua việc Chôn cất một lần (là hình thức mai táng thi hài vĩnh viễn); Hung táng (là hình thức mai táng thi hài trong một khoảng thời gian nhất định sau đó sẽ được cải táng); Cải táng là việc chuyển xương cốt từ mộ hung táng sang hình thức táng khác.

- Hỏa táng (bao gồm cả điện táng) là thực hiện việc thiêu thi hài hoặc hài cốt ở nhiệt độ cao.

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Xem thêm: Vũ Thị Ngọc Hiền, *Đánh giá thực trạng và đề xuất các giải pháp quản lý, sử dụng đất nghĩa trang, nghĩa địa trên địa bàn thành phố Hà Nội*, Luận văn Thạc sỹ, chuyên ngành Địa chính, Trường Đại học Khoa học tự nhiên, Đại học Quốc gia Hà Nội (2010).

1. Thực tiễn thực hiện pháp luật về quy hoạch xây dựng, quản lý và sử dụng nghĩa trang ở Việt Nam

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, vấn đề về quy hoạch xây dựng, quản lý và sử dụng nghĩa trang được điều chỉnh trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau. Cụ thể: Luật Đất đai năm 2013 quy định về loại đất làm nghĩa trang và thẩm quyền quy định mức đất, chế độ quản lý việc xây dựng đất nghĩa trang (khoản 2 Điều 10 và Điều 162); Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 về bảo vệ môi trường trong quy hoạch đất nghĩa trang (Điều 84); Nghị định số 23/2016/NĐ-CP ngày 5/4/2016 của Chính phủ về xây dựng, quản lý, sử dụng nghĩa trang và cơ sở hỏa táng; Thông tư số 02/2009/TT-BYT ngày 26/5/2009 của Bộ Y tế hướng dẫn vệ sinh trong hoạt động mai táng và hỏa táng; Thông tư số 01/2016/TT-BXD ngày 01/02/2016 của Bộ Xây dựng ban hành Quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về các công trình hạ tầng kỹ thuật. Đây là những căn cứ pháp lý quan trọng để các cá nhân, hộ gia đình, tổ chức, doanh nghiệp và các ngành, các cấp chính quyền chấp hành và tuân thủ, góp phần giúp Nhà nước thực hiện được chức năng quản lý đối với hoạt động mai táng nói chung và quản lý các hoạt động liên quan đến nghĩa trang nói riêng. Các văn bản quy phạm pháp luật trên góp phần đảm bảo sự thống nhất trong hoạt động xây dựng, quản lý và sử dụng nghĩa trang, đặc biệt là thể hiện sự quan tâm của Nhà nước đối với lĩnh vực đầu tư, xây dựng nghĩa trang trên phạm vi cả nước. Theo đó, Nhà nước ban hành các nguyên tắc quản lý, sử dụng nghĩa trang; các hành vi bị cấm trong quản lý, sử dụng nghĩa trang; khuyến khích các tổ chức, cá nhân tham gia xây dựng nghĩa trang theo quy định của pháp

luật với các biện pháp hỗ trợ, ưu đãi đầu tư xây dựng nghĩa trang... Ngoài ra, các quy định trên còn góp phần giảm bớt những vi phạm trong quản lý, sử dụng đất nghĩa trang, huy động được sự tham gia của các tổ chức, cá nhân trong việc xây dựng, cung ứng dịch vụ và quản lý, sử dụng nghĩa trang ngày một hiệu quả.

Hiện nay, các quy định về quy hoạch xây dựng, quản lý và sử dụng nghĩa trang của Nhà nước đã khá rõ ràng và cụ thể, tuy nhiên, khi triển khai thực hiện còn tồn tại nhiều hạn chế, khó khăn và thiếu tính khả thi.

1.1. Về quy hoạch xây dựng nghĩa trang

Quy hoạch xây dựng nghĩa trang là việc tổ chức không gian kiến trúc, phân khu chức năng và hệ thống hạ tầng kỹ thuật trong nghĩa trang, nhằm khai thác sử dụng có hiệu quả về đất đai và đáp ứng yêu cầu về cảnh quan, bảo vệ môi trường, tạo cơ sở cho việc đầu tư xây dựng, cải tạo, sử dụng và quản lý nghĩa trang. Theo quy định tại khoản 1 Điều 3 Nghị định số 23/2016/NĐ-CP về các nguyên tắc đối với hoạt động xây dựng, quản lý, sử dụng nghĩa trang, cơ sở hỏa táng thì tất cả các nghĩa trang, cơ sở hỏa táng phải được “quy hoạch”. Việc quy hoạch, đầu tư xây dựng nghĩa trang, cơ sở hỏa táng phải tuân thủ pháp luật về quy hoạch, xây dựng và bảo vệ môi trường. Theo đó, khi lựa chọn địa điểm nghĩa trang và cơ sở hỏa táng phải nghiên cứu khả năng phục vụ cho liên vùng, liên đô thị; nghĩa trang xây dựng mới phải bố trí nằm ngoài đô thị, phù hợp với quy hoạch phát triển đô thị hoặc khu dân cư nông thôn; nghĩa trang không ảnh hưởng đến môi trường dân cư xung quanh, không ảnh hưởng đến nguồn nước cấp cho sinh hoạt; nghĩa trang và cơ sở hỏa táng

phải đặt ở cuối hướng gió so với khu dân cư; trong một số trường hợp đặc biệt, Nhà nước xem xét chấp thuận chôn cất trong khuôn viên nhà thờ, nhà chùa, thánh thất tôn giáo. Ngoài ra, Điều 5 Nghị định số 23/2016/NĐ-CP quy định việc quy hoạch xây dựng nghĩa trang và cơ sở hỏa táng phải tuân thủ các quy định của pháp luật về tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật quốc gia. Để cụ thể hóa vấn đề quy hoạch xây dựng nghĩa trang, Bộ Xây dựng đã ban hành QCVN 07-10:2016/BXD: Quy chuẩn kỹ thuật quốc gia các công trình hạ tầng kỹ thuật - Công trình nghĩa trang⁴. Theo đó, nghĩa trang phải được chia thành hai khu vực là khu vực mai táng để chôn cất thi hài hoặc hài cốt⁵ và các công trình chức năng⁶. Diện tích sử dụng đất của nghĩa trang phải bao gồm diện tích đất dành cho các loại hình táng, các công trình chức năng, phụ trợ và các công trình

hạ tầng kỹ thuật. Về kiến trúc, cảnh quan môi trường, nghĩa trang phải được chia thành các khu/lô mộ; các khu/lô mộ được giới hạn bởi các đường đi bộ; trong mỗi khu/lô mộ được chia ra thành các nhóm mộ; trong mỗi nhóm mộ có các hàng mộ. Hình thức mộ, bia mộ, hàng rào trong các khu mộ, hướng mộ của nghĩa trang phải được xây dựng thống nhất theo thiết kế trong dự án đầu tư xây dựng được phê duyệt... Tuy nhiên, trên thực tế, việc các cấp, các ngành, các chủ thể thực hiện “quy hoạch xây dựng nghĩa trang” còn tồn tại một số vấn đề sau:

Một là, không đảm bảo về vị trí quy hoạch xây dựng nghĩa trang. Về mặt nguyên tắc, quy hoạch nghĩa trang không được đặt trong nội đô. Trên thực tế, xuất hiện rất nhiều dự án không đảm bảo về vị trí quy hoạch xây dựng nghĩa trang. Đơn cử, dự án xây dựng Nghĩa trang nhân dân thành phố Sơn La được triển khai tại khu đất cách Đại học Tây Bắc khoảng 600m đã vi phạm khá nhiều quy chuẩn như xây dựng trong khu đô thị đông dân cư, gần nơi ăn ở, học tập và sinh hoạt của gần 1.000 sinh viên, cách 5 nguồn cung cấp nước sinh hoạt từ hơn 600m - 2.200m (trong khi theo quy định của Luật Quy hoạch tối thiểu là 2.500m)⁷. Việc xây dựng nghĩa trang, có cả hung táng, lò hỏa thiêu và nơi để tro cốt chắc chắn sẽ ảnh hưởng đến môi trường sống xung quanh. Bởi, khí phát tán từ nghĩa trang rất độc hại, gây ảnh hưởng tới sức khỏe con người, chưa kể vấn đề ô nhiễm nước ngầm có thể xảy ra.

⁴ Quy chuẩn kỹ thuật quốc gia QCVN 07-10:2016/BXD “Các công trình hạ tầng kỹ thuật - Công trình nghĩa trang” do Hội Môi trường, Xây dựng Việt Nam biên soạn, Vụ Khoa học, Công nghệ và Môi trường trình duyệt, Bộ Khoa học và Công nghệ thẩm định, Bộ Xây dựng ban hành theo Thông tư số 01/2016/TT-BXD ngày 01/02/2016.

⁵ Khu vực mai táng để chôn cất thi hài hoặc hài cốt, bao gồm:

- Khu hung táng;
- Khu chôn cất một lần;
- Khu cát táng.

⁶ Các công trình chức năng:

- Khu văn phòng làm việc, nhà kho, nhà chờ, thường trực, kiốt bán hàng, khu vệ sinh;
- Khu dành cho các hoạt động tưởng niệm, thờ cúng;
- Khu tổ chức lễ tang: Nơi tổ chức lễ tang trước khi chôn cất hoặc hỏa táng;
- Khu kỹ thuật: Khu rửa hài cốt, khu bảo quản thi hài;
- Cơ sở hỏa táng (nếu có);
- Khu để tiểu cốt, tro cốt: Nơi để các tiểu cốt sau cải táng và lọ tro cốt sau khi hỏa táng thi hài;
- Hạ tầng kỹ thuật: Công, hàng rào, sân, đường, bãi đỗ xe, cấp nước, thu gom chất thải rắn, thu gom và xử lý nước thải, nước thấm từ các mộ hung táng, chiếu sáng, cây xanh, mặt nước, tiểu cảnh.

⁷ Xem thêm: *Bất cập trong xây dựng nghĩa trang nhân dân thành phố Sơn La: Phía sau dự án còn có mục đích khác*, <https://giaoducthoidai.vn/thoi-su/bat-cap-trong-xay-dung-nghia-trang-nhan-dan-tp-son-la-phia-sau-du-an-con-muc-dich-khac-4010759-b.html>, truy cập ngày 1/6/2019.

Hai là, không đảm bảo thực hiện được quy chuẩn kỹ thuật đã quy định. Theo Luật Tiêu chuẩn và Quy chuẩn kỹ thuật năm 2006, quy chuẩn kỹ thuật là quy định về mức giới hạn của đặc tính kỹ thuật và yêu cầu quản lý mà sản phẩm, hàng hoá, dịch vụ, quá trình, môi trường và các đối tượng khác trong hoạt động kinh tế - xã hội phải tuân thủ để bảo đảm an toàn, vệ sinh, sức khoẻ con người; bảo vệ động vật, thực vật, môi trường; bảo vệ lợi ích và an ninh quốc gia, quyền lợi của người tiêu dùng và các yêu cầu thiết yếu khác. Quy chuẩn kỹ thuật do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành dưới dạng văn bản để bắt buộc áp dụng. Như vậy, quy chuẩn kỹ thuật là quy định mang tính chất bắt buộc, được cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành, bắt buộc các doanh nghiệp phải áp dụng trong hoạt động của mình. Tuy nhiên, trên thực tế, sự tồn tại của nhiều nghĩa trang mang tính tự phát đã làm ảnh hưởng đến tính khả thi của quy chuẩn kỹ thuật xây dựng nghĩa trang. Đơn cử, trong năm 2015, theo đánh giá của hai đoàn giám sát của Thường trực Hội đồng nhân dân Tp. Hà Nội về lĩnh vực quản lý nghĩa trang tại một số huyện ngoại thành trong đó có huyện Thanh Trì đã cho thấy: Huyện Thanh Trì là một huyện điển hình, chỉ có 16 xã, thị trấn nhưng huyện có đến 67 nghĩa trang nhân dân. Hoặc tại huyện Mê Linh, tỉnh Vĩnh Phúc có 18 xã, thị trấn nhưng đang tồn tại 89 nghĩa trang, hình thức chôn cất chủ yếu là hung táng, cải táng⁸. Hoặc tại xã Sơn Trạch, huyện Bố Trạch, tỉnh Quảng Bình, cả xã có 10 thôn, bản nhưng lại có đến 13 nghĩa trang nhân dân và

⁸ Xem thêm: *Quản lý hệ thống nghĩa trang nhân dân trên địa bàn Hà Nội: Khó cũng phải làm*, <http://hanoimoi.com.vn/Tin-tuc/Xa-hoi/810598/quan-ly-he-thong-nghia-trang-nhan-dan-tren-dia-ban-ha-noi-kho-cung-phai-lam>, truy cập ngày 06/10/2015.

1 nghĩa trang liệt sỹ. Trong đó, có thôn tồn tại đến 2 nghĩa trang, như: Trầm Mé, Hà Lòi, Xuân Sơn⁹.

Hầu hết các nghĩa trang của địa phương trong phạm vi cả nước đều hình thành từ lâu đời theo “hình thức tự phát” nên không được quy hoạch bài bản. Thông thường gọi là nghĩa trang, nhưng thực chất là nghĩa địa¹⁰. Đó chính là những khu chôn cất tự phát của người dân có từ bao đời nay. Những khu chôn cất thường phân bố rải rác ở các thôn, xóm theo cụm dân cư, nằm xen kẽ trong diện tích đất trồng lúa, hoa màu, ở các khu gò, đồi, bãi hoặc nằm dọc hai bên đường. Các khu chôn cất này bố trí lộn xộn, không chia khu riêng biệt, hình thức kiến trúc không thống nhất, không có lối đi thông thoáng, cây cối, cỏ dại mọc che khuất cả tầm nhìn, không có tường rào bảo vệ, không nhà quản trang, không hệ thống thu gom và xử lý chất thải rắn, nước thải...¹¹. Ngoài ra, do tốc độ đô thị hóa nhanh, nhiều nghĩa trang cấp xã, phường lọt vào giữa khu đô thị, không bảo đảm khoảng cách, cự ly quy định. Bên cạnh đó, do phong tục, tập quán truyền thống lâu đời đã ăn sâu vào tiềm thức của người Việt với quan niệm “nghĩa tử là nghĩa tận”, nhiều gia đình cho

⁹ Xem thêm: *Nghĩa trang nhân dân đạt chuẩn nông thôn mới đang là bài toán khó*, <https://baoquangbinh.vn/xa-hoi-doi-song/201707/nghia-trang-nhan-dan-da-t-chuan-nong-thon-moi-dang-la-bai-toan-kho-2147688/>, truy cập ngày 27/7/2017.

¹⁰ Pháp luật hiện hành không đưa ra định nghĩa thế nào là nghĩa địa, nhưng có nhắc đến thuật ngữ “nghĩa địa trong Luật Đất đai năm 2013 tại Điều 162. Nếu nghĩa trang là nơi táng người chết tập trung theo các hình thức táng khác nhau và được quản lý, xây dựng theo quy hoạch thì nghĩa địa được hiểu là khu đất dành cho việc chôn cất người đã chết, thường mang tính tự phát và không tập trung.

¹¹ Xem thêm: *Nghĩa trang nhân dân đạt chuẩn nông thôn mới đang là bài toán khó*, tđđ.

rằng việc hiểu nghĩa với đất sinh thành được thể hiện qua việc xây dựng mộ chí như chọn hướng đẹp để xây mộ và biến đất ruộng trở thành nghĩa địa mini của gia đình. Quan niệm này đã dẫn đến tình trạng đua nhau xây mộ to, đẹp giữa các gia đình, dòng họ... Chính vì các nguyên nhân như trên khiến cho các quy chuẩn kỹ thuật trong quy hoạch xây dựng nghĩa trang ít được tuân thủ trong thực tế.

1.2. Về hoạt động quản lý nghĩa trang

Hoạt động quản lý nghĩa trang là hoạt động của các chủ thể quản lý nhà nước và các đơn vị quản lý nghĩa trang¹². Theo đó, hoạt động quản lý nhà nước về nghĩa trang là việc quản lý về quy hoạch, kế hoạch đầu tư xây dựng; thực hiện công tác thẩm định, phê duyệt, thanh tra, kiểm tra việc tổ chức thực hiện của các hoạt động xây dựng, quản lý và sử dụng nghĩa trang.

Về mặt nguyên tắc, nghĩa trang phải được xây dựng theo quy hoạch xây dựng, quy hoạch đô thị hoặc quy hoạch nghĩa trang vùng tỉnh, quy hoạch chi tiết xây dựng nghĩa trang được cấp có thẩm quyền phê duyệt. Đồng thời, công tác quản lý đối với hoạt động sử dụng đất trong nghĩa trang cũng phải tuân thủ theo “quy hoạch chi tiết xây dựng nghĩa trang” được cấp có thẩm quyền phê duyệt và đảm bảo sử dụng đất mai táng đúng mục đích. Tuy nhiên, trên thực tế thực trạng quản lý nghĩa trang còn tồn tại một số bất cập chủ yếu sau đây:

Một là, thiếu chế tài xử lý đối với vi phạm về xây dựng, sử dụng nghĩa trang. Hiện nay, Nhà nước nghiêm cấm “sử dụng đất không đúng mục đích” và “Nghiêm cấm việc lập nghĩa trang, nghĩa địa trái với quy

hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt” (khoản 3 Điều 12 và khoản 3 Điều 162 Luật Đất đai năm 2013). Đồng thời, quy định khu mai táng, hỏa táng phải bảo đảm các yêu cầu: Phù hợp với quy hoạch; có vị trí, khoảng cách đáp ứng yêu cầu về vệ sinh môi trường, cảnh quan khu dân cư; không gây ô nhiễm nguồn nước và môi trường xung quanh (khoản 1 Điều 84 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014). Như vậy, quy định liên quan đến việc sử dụng đất nghĩa trang đã khá rõ ràng nhưng hệ thống chế tài xử lý lại chưa thật đầy đủ. Chẳng hạn, đối với vi phạm quy định về mai táng, hỏa táng, Điều 15 Nghị định số 176/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế chỉ xử phạt đối với các hành vi: Không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ quy định của pháp luật về vệ sinh trong quản ướp, khâm liệm, vận chuyển, bảo quản thi hài, hài cốt của người chết; vi phạm về thời gian cải táng; không bảo đảm điều kiện vệ sinh theo quy định của pháp luật đối với nhà tang lễ, nhà hỏa táng... mà không quy định xử phạt hành vi chôn cất người thân ngay trong sân vườn, sát nhà dân.

Bên cạnh đó, chế tài xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực có liên quan có thể kể đến như: Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường; Nghị định số 102/2014/NĐ-CP ngày 10/11/2014 về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai; Nghị định số 121/2013/NĐ-CP ngày 10/10/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động xây dựng; kinh doanh bất động sản; khai thác sản xuất, kinh doanh vật liệu xây dựng; quản lý công trình hạ tầng kỹ thuật; quản lý

¹² Xem: Điều 19 Trách nhiệm của đơn vị quản lý nghĩa trang của Nghị định số 23/2016/NĐ-CP.

phát triển nhà ở và công sở cũng không điều chỉnh xử lý hành vi chôn cất người chết trên “đất nhà” hay tự ý chuyển mục đích sử dụng đất ở sang đất làm nghĩa trang của dòng họ.

Hệ thống chế tài xử lý chưa đầy đủ dẫn đến việc xử lý bằng pháp luật đối với các hộ gia đình tự ý chôn cất người thân trên đất nhà, đất nông nghiệp ở một số nơi đang là một thực tế khó khăn, vướng mắc. Chẳng hạn, tại xã Châu Bình, huyện Giồng Trôm, tỉnh Bến Tre người dân vẫn duy trì xây mộ phần của người thân ngay trên diện tích đất canh tác của gia đình¹³. Nguyên nhân xuất phát từ quan niệm “nhất mộ nhì phòng”, “sống có nhà chết có mộ”, nên phần lớn người dân chọn vị trí và hướng đất tốt nhất để an táng người mất; có rất nhiều gia đình có tâm lý chọn hướng đất hợp phong thủy, bản mệnh của người mất để xây mộ với hy vọng phù hộ con cháu đời sau làm ăn phát đạt; vấn đề an nghỉ cuối đời ở nghĩa trang phức tạp, không có ai trông nom; do nhiều địa phương chưa dành quỹ đất làm nghĩa địa chung; chính quyền cơ sở chưa làm tốt công tác tuyên truyền, giáo dục hay còn ngại va chạm, sợ “vi phạm đạo đức” vì “nghĩa tử là nghĩa tận”...

Hai là, thực tiễn di dời, xóa bỏ các nghĩa trang xen kẽ tại các đô thị đang gặp nhiều khó khăn. Một số thực tế đang tồn tại hiện nay liên quan đến nghĩa trang cũ là sự quá tải, không đủ đáp ứng nhu cầu của người dân ở khu vực đô thị¹⁴. Các nghĩa

trang cũ không có các công trình phụ trợ nên không bảo đảm vệ sinh môi trường, mỹ quan đô thị, không phù hợp với quy hoạch đô thị đã được phê duyệt, gây lãng phí quỹ đất... Điều này đặt ra nhu cầu cấp thiết cần phải di dời, xóa bỏ hoặc đóng cửa các công trình này. Tuy nhiên, vấn đề di dời, xóa bỏ các ngôi mộ tại các nghĩa trang cũ hiện có nhất là tại các khu đô thị xen kẽ đang đặt ra nhiều thách thức cho các cấp chính quyền trong công tác quản lý nghĩa trang. Do tốc độ đô thị hóa nhanh nên hiện nay, đa số các nghĩa trang đều nằm xen kẽ trong cộng đồng dân cư. Ngoài ra, bên cạnh lý do quỹ đất tại đô thị ngày càng khan hiếm làm ảnh hưởng đến việc tìm quỹ đất cho các dự án nghĩa trang mới, việc di dời, xóa bỏ nghĩa trang xen kẽ tại các đô thị còn gặp khó khăn từ sự phản đối của người dân có mộ phần người thân trong nghĩa trang đó.

1.3. Về sử dụng nghĩa trang

Ở Việt Nam, nghĩa trang là nơi táng người chết tập trung theo các hình thức táng khác nhau, thuộc các đối tượng khác nhau và được quản lý, xây dựng theo quy hoạch¹⁵.

Tuy nhiên, ở một số địa phương còn tồn tại tập quán chôn cất lạc hậu khác với quy định pháp luật về sử dụng nghĩa trang. Hiện nay, Điều 84 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 quy định khu mai táng, hỏa táng phải phù hợp với quy hoạch, có vị trí cách khu

2.000 USD, nhưng có đến quá nửa căn hộ ban công nhìn thẳng ra nghĩa trang Láng Hạ. Nghĩa trang này cũng lọt thỏm trong khu dân cư đông đúc, chỉ cách một bức tường cũ nham nhở. Nhiều khu đô thị như Tây Nam Linh Đàm, Pháp Vân - Tứ Hiệp (quận Hoàng Mai); Văn Quán, Dương Nội (quận Hà Đông)... nơi những căn hộ tiền tỷ đều có tầm nhìn thẳng ra nghĩa trang.

¹⁵ Xem: Khoản 1 Điều 2 Nghị định số 23/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 05/4/2016 về xây dựng, quản lý, sử dụng nghĩa trang và cơ sở hỏa táng.

¹³ Xem thêm: *Nguy cơ ô nhiễm từ việc chôn cất trên đất nông nghiệp*, <http://baodongkhoi.vn/nguy-co-oi-nhiem-tu-viec-chon-cat-tren-dat-nong-nghiep-30072-018-a51747.html>, truy cập ngày 30/7/2018.

¹⁴ Xem thêm: <https://hanoimoi.com.vn/Tin-tuc/Phong-su-Ky-su/865198/tim-loi-giai-cho-bai-toan-ng-hia-trang>, truy cập ngày 26/3/2017. Theo đó, cuối năm 2011, mỗi mét vuông của dự án Sky City ở số 88 Láng Hạ (quận Đống Đa) được bán với giá hơn

dân cư đối với mộ hung táng là 2,5km và cát táng là 2km. Quy định này một mặt nhằm ràng buộc các hộ gia đình nâng cao ý thức thực hiện pháp luật về sử dụng diện tích đất nghĩa trang, mặt khác giúp chính quyền cơ sở có căn cứ pháp lý để triển khai quy hoạch xây dựng đất nghĩa trang. Tuy nhiên, trên thực tế, ở nhiều địa phương việc thực hiện quy định này gặp nhiều khó khăn do tồn tại tập quán chôn cất khác với quy định pháp luật. Đơn cử, đối với dân tộc Tày, Sán Chí ở huyện Võ Nhai, tỉnh Thái Nguyên, họ chôn cất người đã mất ngay trong vườn nhà mình¹⁶. Đây được coi là một tập tục của dân tộc Tày, Sán Chí trong hoạt động mai táng. Họ cho rằng, việc người chết được chôn ngay trong vườn là phong tục có từ xa xưa, thể hiện sự gần gũi, thân mật giữa người sống và người chết.

Như vậy, còn nhiều tồn tại, hạn chế từ nhận thức của người dân đến công tác quản lý nhà nước về nghĩa trang liên quan đến hoạt động quy hoạch xây dựng, quản lý và sử dụng nghĩa trang ở Việt Nam. Để giải quyết vấn đề này, đòi hỏi sự vào cuộc quyết liệt không chỉ của chính quyền các địa phương, các cấp, các ngành, mà còn phải có sự thay đổi nhận thức của người dân trong việc mai táng.

2. Một số kiến nghị

Thứ nhất, để đảm bảo tính phù hợp của vị trí, quy chuẩn kỹ thuật trong quy hoạch xây dựng nghĩa trang thì các cấp, các ngành cần phải: (1) Thực hiện đúng pháp luật về đánh giá tác động môi trường của khu vực

nghĩa trang để không làm ảnh hưởng đến môi trường xung quanh. Trong Luật Bảo vệ môi trường, các chủ thể lập quy hoạch, xây dựng nghĩa trang phải thực hiện đánh giá tác động môi trường; nếu nghĩa trang được xây mới, bắt buộc phải cách xa khu dân cư, không được ở gần nơi sinh sống của người dân, nhất là gần trường học, bệnh viện. (2) Thực hiện nghiêm túc các quy định về thực hiện quy chuẩn kỹ thuật công trình nghĩa trang, nhất là công tác di chuyển nghĩa trang cũ về nơi mới. Trước khi xây dựng phương án quy hoạch xây dựng nghĩa trang, chủ thể thực hiện phải lấy ý kiến của nhân dân, phải lắng nghe ý kiến của nhân dân. Đề án quy hoạch xây dựng nghĩa trang được chấp thuận khi hội tụ đầy đủ các yếu tố cơ bản, trong đó bắt buộc phải lấy ý kiến của cộng đồng dân cư.

Thứ hai, việc quản lý nghĩa trang phải tuân thủ quy định trong Luật Quy hoạch, Luật Đất đai, Luật Xây dựng, Luật Bảo vệ môi trường... Các cấp chính quyền tại cơ sở, các ngành cần nâng cao trách nhiệm quản lý, kiên quyết xử lý các trường hợp vi phạm; tuyên truyền, vận động để người dân thay đổi tập quán mai táng lạc hậu.

Thứ ba, pháp luật cần mở rộng phạm vi điều chỉnh đối với một số hành vi vi phạm, có sự dung hòa yếu tố truyền thống và tính hiện đại trong hoạt động sử dụng nghĩa trang. Để có cơ sở quản lý và căn cứ xử phạt, Nhà nước nên bổ sung quy định về một số hành vi vi phạm như sử dụng đất nghĩa trang không đúng quy hoạch xây dựng được phê duyệt; hành vi mai táng không đúng quy chuẩn kỹ thuật; hành vi tự phát trong mai táng...

Thứ tư, các cấp chính quyền địa phương đặc biệt là chính quyền ở cơ sở cần bám sát Quy hoạch xây dựng nghĩa trang được phê

¹⁶ Xem thêm: Vinh Dự, Hoàng Nguyên, *Phong tục chôn cất và cải táng của người dân tộc ở Võ Nhai, Thái Nguyên*, <http://baotanglichsu.vn/vi/Articles/3096/19189/phong-tuc-chon-cat-va-cai-tang-cua-nguoi-dan-toc-o-vo-nhai-thai-nguyen.html>, truy cập ngày 1/6/2019.

duyet để kịp thời điều chỉnh quy hoạch xây dựng cho phù hợp; thực hiện các kế hoạch đầu tư xây dựng các nghĩa trang tập trung. Đồng thời, ban hành và thực hiện tốt Quy chế quản lý, sử dụng nghĩa trang theo quy định của pháp luật.

Thứ năm, chúng ta nên học hỏi kinh nghiệm về “chôn cất trên mặt đất” và các hình thức mai táng tiến bộ của các quốc gia trên thế giới. Có thể thấy, các phương thức xử lý thi thể truyền thống không mang lại các giá trị về xã hội, quản lý nhà nước, môi trường... Vì thế, sự ra đời của “hỏa táng” là một trong các hình thức táng tiến bộ nhất và đang được áp dụng phổ biến ở hầu hết các quốc gia trên thế giới. Hiện nay, do sự thiếu hụt về “mặt không gian”, sự lựa chọn mô hình chôn cất trên mặt đất đã được nhiều

quốc gia áp dụng, với sự ra đời của các “nghĩa trang dọc”. Các nghĩa trang dọc thực chất là các cao ốc nghĩa trang hay nghĩa trang cao tầng có thể kể đến như Tòa tháp Moksha được xây dựng ở Mumbai (nghĩa trang cao nhất thế giới); Memorial Necrópole Ecumênica ở Santos, Brazil; nghĩa trang Pok Fu Lam ở Hongkong¹⁷... Ở Việt Nam, sự hình thành các công viên nghĩa trang gần đây đã giải quyết rất nhiều hạn chế mà các nghĩa trang cũ mang lại. Tuy nhiên, trong tương lai xa, sự tồn tại, mở rộng và phát triển các công viên nghĩa trang như thế sẽ là những thách thức không nhỏ cho Nhà nước vì sự lãng phí đất đai.

¹⁷ Xem thêm: <https://thetowerinfo.com/vertical-cemetery-high-rise/>, truy cập ngày 1/6/2019.

(Tiếp theo trang 21 – Hình thức xử phạt...)

khi đó, tước quyền sử dụng giấy phép một khi đã được áp dụng thì không được miễn, giảm thời hạn, cũng không được hoãn thi hành. Thực tiễn xử phạt vi phạm hành chính cho thấy việc tước quyền sử dụng giấy phép không chỉ gây thiệt hại đối với người vi phạm, mà còn gây ảnh hưởng to lớn đến những chủ thể khác. Do đó, càng kéo dài thời gian tước quyền sử dụng giấy phép thì càng gây khó khăn cho người vi phạm lẫn những chủ thể khác có liên quan đến người vi phạm. Ví dụ: Tước quyền sử dụng giấy phép của một số doanh nghiệp lớn sẽ gây ảnh hưởng lớn đến phát triển kinh tế, xã hội của địa phương cũng như người lao động trong doanh nghiệp. Trên cơ sở đó, nhà làm

luật có thể thống nhất cách quy định “*Điều khoản chuyển tiếp*” như sau:

“Điều...: Điều khoản chuyển tiếp

Đối với vi phạm hành chính xảy ra trước ngày Nghị định này có hiệu lực thi hành mà sau đó mới bị phát hiện hoặc đang xem xét, giải quyết thì áp dụng các quy định có lợi cho tổ chức, cá nhân vi phạm. Khi áp dụng hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề đồng thời với các hình thức xử phạt khác thì phải căn cứ vào thời hạn tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề. Trường hợp thời gian tước quyền sử dụng giấy phép ít hơn (ngắn hơn) thì được xem là “có lợi cho tổ chức, cá nhân vi phạm”.

CHÍNH SÁCH, PHÁP LUẬT CỦA HOA KỲ VỀ PHÒNG, CHỐNG ĐÁNH BẮT CÁ BẤT HỢP PHÁP, KHÔNG BÁO CÁO, KHÔNG KIỂM SOÁT – KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Trần Thị Thu Thủy*

Tóm tắt: Đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo, không kiểm soát đã và đang là một trong những mối lo ngại lớn của các quốc gia trên thế giới. Là một quốc gia có nguồn hải sản dồi dào nên Hoa Kỳ đã sớm có những quy định nhằm phòng chống hoạt động này. Bài viết làm rõ các quy định của pháp luật cũng như các chính sách của Hoa Kỳ về đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo, không kiểm soát, đồng thời đưa ra một số đánh giá về hiệu quả thực thi trên thực tế, từ đó rút ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam.

Abstract: Illegal, unreported, unregulated fishing (IUU Fishing) has been one of the rising concerns of countries around the world. As a country with abundant seafood resources, the United States of America had soon enacted regulations to prevent IUU Fishing. The article clarifies the law and policies of U.S. on IUU Fishing; at the same time, it takes stock of their practical effectiveness, in order to draw experiences for Vietnam.

1. Chính sách, pháp luật của Hoa Kỳ về phòng, chống đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo, không kiểm soát

1.1. Quan điểm của Hoa Kỳ

Là quốc gia có đường bờ biển dài (hơn 52.000km), vùng đặc quyền kinh tế rộng lớn hơn 1,6 triệu km², có 13 khu bảo tồn biển và bốn di tích quốc gia về biển¹, nên các hoạt động về nghề cá là một trong những ngành mũi nhọn quan trọng của nền kinh tế Hoa Kỳ. Với diện tích biển rộng lớn như vậy, Hoa Kỳ thuộc nhóm những quốc gia có nguồn hải sản bền vững trên thế giới.

Cơ quan nghề cá thuộc Cục Quản lý đại dương và khí quyển quốc gia Hoa Kỳ (NOAA Fisheries, hay còn được biết đến là Cơ quan Thủy sản quốc gia – National

Marine Fisheries Service – NMFS)², trong bản Báo cáo trước Nghị viện Hoa Kỳ năm 2009³, đã chỉ ra rằng, hoạt động đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo, không kiểm soát (IUU Fishing) được hiểu là các hoạt động bao gồm: (a) Vi phạm các biện pháp

² NOAA Fisheries là một văn phòng của Cục quản lý đại dương và khí quyển quốc gia Hoa Kỳ (National Oceanic and Atmospheric Administration – NOAA) thuộc Bộ Thương mại Hoa Kỳ. NMFS chịu trách nhiệm quản lý tài nguyên đại dương cũng như môi trường sống của các nguồn tài nguyên này. Cơ quan này cung cấp các dịch vụ quan trọng cho quốc gia như: Nguồn hải sản an toàn, phục hồi và bảo tồn các nguồn tài nguyên cần được bảo vệ, hệ sinh thái lành mạnh...; Nguồn: <https://www.fisheries.noaa.gov/about-us>, truy cập ngày 22/4/2019.

³ Đạo luật Bảo vệ Moratorium yêu cầu NMFS đưa ra báo cáo hai năm một lần trước Nghị viện, liệt kê các quốc gia mà Hoa Kỳ xác định là đã tiến hành IUU Fishing, hoặc hoạt động khai thác/đánh bắt các loài cá cần được bảo vệ và đánh bắt cá mập tại biển quốc tế của các quốc gia mà không có sự điều chỉnh các biện pháp phù hợp với Hoa Kỳ.

* ThS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ <https://www.fisheries.noaa.gov/topic/enforcement>, truy cập ngày 22/4/2019.

bảo tồn và quản lý cần thiết theo các thoả thuận quản lý nghề cá quốc tế mà Hoa Kỳ là một bên, bao gồm các giới hạn và hạn ngạch đánh bắt; (b) Đánh bắt quá mức trữ lượng cá được Hoa Kỳ cho phép mà không có các biện pháp quản lý hoặc bảo tồn tại các khu vực không có tổ chức quản lý thủy sản khu vực (Regional Fisheries Management Organisations – RFMOs); (c) Hoạt động đánh bắt có tác động bất lợi đến san hô nước lạnh nằm ngoài phạm vi quyền tài phán quốc gia mà không có các biện pháp bảo tồn hoặc quản lý ở những khu vực không có RFMOs⁴.

Tóm lại, theo NMFS, về bản chất, IUU Fishing được hiểu là bao gồm các hoạt động đánh bắt trái pháp luật, kể cả theo các quy tắc quốc tế và khu vực; không được báo cáo hoặc báo cáo sai lệch với các cơ quan có thẩm quyền trái với quy định pháp luật hoặc quy trình, thủ tục báo cáo của các RFMOs; đánh bắt tại các khu vực hoặc đánh bắt các loài cá mà không có biện pháp bảo vệ hoặc quản lý và hoạt động đánh bắt được thực hiện trái với trách nhiệm của quốc gia về bảo tồn các nguồn tài nguyên sinh vật biển theo pháp luật quốc tế. Cách tiếp cận này của Hoa Kỳ về IUU Fishing tương đối đồng nhất với cách tiếp cận mà Tổ chức Lương thực và nông nghiệp Liên hợp quốc (FAO) đưa ra trong Chương trình hành động quốc tế nhằm ngăn ngừa, phòng tránh và loại bỏ các hành vi IUU Fishing năm 2001 (FAO - IPOA IUU)⁵.

⁴ Báo cáo của NMFS năm 2009 gửi Nghị viện Hoa Kỳ, tr. 13; nguồn: <https://www.fisheries.noaa.gov/international-affairs/identification-iuu-fishing-activities>, truy cập ngày 23/4/2019.

⁵ FAO đưa ra khái niệm về IUU Fishing trong Chương trình hành động quốc tế nhằm ngăn ngừa, phòng tránh và loại bỏ các hành vi đánh bắt cá bất hợp pháp, không được báo cáo và không được kiểm

Các sản phẩm của IUU Fishing thường từ các hoạt động đánh bắt cá thiếu những biện pháp quản lý và bảo tồn nghiêm khắc mà ngư dân Hoa Kỳ phải tuân thủ theo. Cục Quản lý đại dương và khí quyển quốc gia Hoa Kỳ (NOAA) cho rằng, IUU Fishing thường vi phạm các biện pháp về quản lý và bảo tồn (như liên quan đến hạn ngạch hoặc giới hạn bắt buộc) theo các thoả thuận quốc tế. Do có những tác động tiêu cực đến nghề cá, hệ sinh thái biển, an ninh lương thực, nên IUU Fishing đã tác động tiêu cực đến việc quản lý và bảo tồn nguồn tài nguyên quốc gia cũng như quốc tế⁶. Theo Hoa Kỳ, IUU Fishing khiến việc khai thác, đánh bắt cá vượt mức so với nguồn dự trữ sản lượng cá toàn cầu bằng cách phá vỡ các hệ thống quản lý hiện có và làm suy giảm tính bền vững của các hoạt động đánh bắt cá. Số lượng lớn các quốc gia đang phát triển có sự phụ thuộc vào nghề cá để đảm bảo an ninh lương thực và nguồn lợi xuất khẩu đã bị ảnh hưởng nghiêm trọng bởi IUU Fishing⁷.

Phòng chống IUU Fishing vừa là nỗ lực vừa là cam kết của Hoa Kỳ để tăng cường an ninh lương thực và dinh dưỡng toàn cầu⁸. Hoa Kỳ cũng ủng hộ việc thành lập các RFMOs để xác định và xử phạt các tàu thực

soát năm 2001 (FAO-IPOA IUU). Đọc tại: *International Plan of Action to prevent, deter and eliminate illegal, unreported, unregulated fishing*, 2001, tr. 2, 3; nguồn: <http://www.fao.org/3/y1224e/Y1224E.pdf>, truy cập ngày 25/4/2019.

⁶ <https://www.fisheries.noaa.gov/international-affairs/illegal-unreported-and-unregulated-fishing>, truy cập ngày 24/4/2019.

⁷ <https://www.state.gov/e/oes/ocns/fish/illegal/>, truy cập ngày 25/4/2019.

⁸ NOAA, *Final rule to implement U.S Seafood Import Monitoring Program*, tr. 2; nguồn: <https://www.iuufishing.noaa.gov/Portals/33/NOAA-NMFS-FRIR%20FRFA.pdf?ver=2017-09-07-172547-083>, truy cập ngày 25/4/2019.

hiện hành vi IUU Fishing⁹. Chính phủ Hoa Kỳ xác định rằng, chìa khoá để giải quyết IUU Fishing bao gồm tìm các biện pháp để loại bỏ các ưu đãi kinh tế dẫn đến thúc đẩy ngư dân thực hiện hoạt động IUU Fishing, đảm bảo các quốc gia phải giám sát và kiểm soát hiệu quả các tàu cá của mình, đồng thời xây dựng hệ thống cưỡng chế và quản lý tốt ở các nước đang phát triển¹⁰. Xuất phát từ chủ trương phòng chống, ngăn ngừa IUU Fishing, Hoa Kỳ đã sớm ban hành các quy định pháp luật về vấn đề này, đồng thời cũng áp dụng các biện pháp nhằm trực tiếp theo dõi, giám sát và giảm thiểu IUU Fishing cũng như các biện pháp nhằm bảo tồn nguồn tài nguyên sinh vật biển là hệ quả của IUU Fishing nói chung.

1.2. Pháp luật và chính sách của Hoa Kỳ về phòng, chống IUU Fishing

Có thể nói, Hoa Kỳ là một trong những quốc gia có hệ thống văn bản pháp luật cũng như các chính sách tương đối hoàn chỉnh và đầy đủ liên quan đến việc phòng chống IUU Fishing, áp dụng đối với cả hai nhóm đối tượng: Một là, các tàu đánh bắt cá của Hoa Kỳ; hai là, các tàu cá nước ngoài có hoạt động đánh bắt cá và xuất khẩu thủy hải sản và các sản phẩm từ thủy hải sản vào thị trường Hoa Kỳ.

Đầu tiên, là *Đạo luật Lacey*, được thông qua vào năm 1900 với tư cách là luật Liên bang đầu tiên bảo vệ động vật hoang dã. *Đạo luật Lacey* được sửa đổi nhiều lần kể từ khi bắt đầu được thi hành, những sửa

đổi quan trọng nhất là vào năm 1969, 1981 và 1988. Các sửa đổi vào năm 1981 đã mở rộng phạm vi áp dụng của *Đạo luật*, theo hướng Hoa Kỳ sẽ cấm nhập khẩu và bán các sản phẩm từ cá mà việc đánh bắt, chế biến vi phạm pháp luật Liên bang, pháp luật các bang của Hoa Kỳ cũng như pháp luật nước ngoài¹¹.

Năm 1970, NOAA đã triển khai thực hiện *Chương trình Thanh tra hải sản quốc gia (NOAA Seafood Inspection Program)*. Theo thẩm quyền trong *Đạo luật Tiếp thị nông nghiệp* năm 1946, *Chương trình Thanh tra hải sản* của NOAA cung cấp dịch vụ thanh tra, kiểm tra các loại cá, sò ốc (Shellfish) và các sản phẩm thủy sản cho ngành công nghiệp. Trên cơ sở *Chương trình* này, NOAA đã thành lập Phòng thí nghiệm thanh tra hải sản nhằm nghiên cứu, thống kê về hải sản an toàn và chuyển giao công nghệ quản lý đánh bắt cá¹². Đến năm 2005, Bộ Nông nghiệp Hoa Kỳ đã đưa ra quy định về *Dán nhãn quốc gia xuất xứ (Country of Origin Labeling – COOL)*, theo đó yêu cầu các nhà bán lẻ, nhà cung cấp (như các cửa hàng tạp hoá, siêu thị, cửa hàng kho...) phải thông báo cho khách hàng của mình về nguồn gốc thực phẩm. Đối với cá và các loài sò ốc, các công ty nhập khẩu, nhà cung cấp và đơn vị bán lẻ phải cung cấp và duy trì cơ sở dữ liệu thông tin về quốc gia xuất xứ và phương thức sản xuất hải sản¹³.

⁹ Nguyễn Thị Hồng Yến, *Đánh bắt cá bất hợp pháp, không được báo cáo và không được kiểm soát trong Luật quốc tế và thực tiễn một số nước*, Tạp chí Luật học, số 12/2018, tr.85; nguồn: http://thuvien.hlu.edu.vn/KMETSNAVI/TocBookReader.aspx?mets_id=3800&dmd_id=70705, truy cập ngày 24/4/2019.

¹⁰ <https://www.state.gov/e/oes/ocns/fish/illegal/>, truy cập ngày 25/4/2019.

¹¹ Đọc thêm về *Đạo luật Lacey* tại: <https://www.fisheries.noaa.gov/topic/laws-policies#more-laws>, truy cập ngày 27/4/2019.

¹² Đọc thêm về *Chương trình thanh tra hải sản quốc gia* của NOAA tại: <http://www.federaljobs.net/blog/working-for-the-national-oceanic-and-atmospheric-administration-noaa/>, truy cập ngày 27/4/2019.

¹³ Đọc thêm về quy định *Dán nhãn quốc gia xuất xứ* tại: <https://www.ams.usda.gov/rules-regulations/cool>.

Đạo luật Magnuson Stevens về quản lý và bảo tồn nghề cá (*The Magnuson - Stevens Fishery Conservation and Management Act – MSA*) là một trong những luật chính của Hoa Kỳ điều chỉnh về các hoạt động nghề cá. Đạo luật này được thông qua năm 1976, với những mục tiêu chính là: Ngăn chặn tiến đến chấm dứt việc đánh cá quá mức; tái thiết các nguồn cá bị khai thác quá mức; tăng lợi ích kinh tế và xã hội lâu dài; đảm bảo nguồn cung cấp hải sản an toàn, bền vững, giúp củng cố giá trị thủy sản cho nền kinh tế, cộng đồng và hệ sinh thái biển¹⁴. Nghị viện Hoa Kỳ đã có những sửa đổi với MSA, hai lần quan trọng nhất đó là năm 1996 với việc thông qua Đạo luật Nghề cá bền vững (*The Sustainable Fisheries Act*) và năm 2007 với Đạo luật Tái thẩm định MSA (*MSA Reauthorization Act*). Trong đó, Đạo luật Tái thẩm định MSA đã tạo ra các nghĩa vụ mới đáng kể để giải quyết IUU Fishing, bao gồm: Thiết lập giới hạn đánh bắt hàng năm; đưa ra chiến lược quản lý thị trường, bao gồm các chương trình khai thác đặc quyền hạn chế; tăng cường vai trò của khoa học, thông qua việc đánh giá của các uỷ ban khoa học và thống kê cũng như Chương trình Thông tin giải trí biển; tăng cường hợp tác quốc tế thông qua việc giải quyết các hoạt động IUU Fishing; quy trình nhận diện các quốc gia có tàu tham gia hoạt động IUU Fishing đồng thời đưa ra các báo cáo tham vấn để có những hành động giải quyết với các quốc gia này¹⁵. Bộ Ngoại giao Hoa Kỳ phối hợp

chặt chẽ với NMFS để thực hiện các quy định này¹⁶.

Thông qua quy định của MSA, các cơ quan nhà nước của Hoa Kỳ thu thập các thông tin đáng kể về hoạt động nghề cá ở quốc gia này, xuất phát từ thông tin về giải pháp khai thác, buôn bán hải sản. Hoa Kỳ yêu cầu gần như tất cả các cá nhân, tổ chức tham gia mua, bán cá hoặc các sản phẩm từ cá được khai thác bằng tàu mang cờ của Hoa Kỳ trong các quốc gia thuộc thẩm quyền của Hoa Kỳ phải cung cấp các thông tin cấp phép (tuỳ loại hải sản mà thông tin cấp phép khác nhau, tuy nhiên tối thiểu cần phải có thông tin về chủ tàu, số đăng ký tàu, các hoạt động được cấp phép...).

Ngoài ra, Hoa Kỳ còn xây dựng *Hệ thống giám sát tàu (Vessel Monitoring system – VMS)*, yêu cầu các tàu đánh cá mang cờ Hoa Kỳ phải lắp đặt hệ thống này khi ra khơi nhằm theo dõi về sự di chuyển và địa điểm của tàu khi ở trong vùng đặc

vực nhằm quản lý loài hải sản có liên quan), Hoa Kỳ sẽ tham gia quá trình tham vấn 2 năm để khuyến khích quốc gia đó thực hiện các biện pháp cần thiết để giải quyết vấn đề bị nhận diện. Sau các cuộc tham vấn này, NFMS sẽ xác định liệu nên hay không nên chứng nhận tích cực hoặc tiêu cực cho quốc gia được xác định trong Báo cáo tiếp theo trước Nghị viện. Một chứng nhận tích cực sẽ được cấp nếu quốc gia đó cung cấp bằng chứng về việc đã giải quyết các hoạt động bị nhận diện. Một chứng nhận tiêu cực có thể dẫn đến việc các tàu cá của quốc gia này bị từ chối cập cảng của Hoa Kỳ và bị hạn chế việc nhập khẩu cá hoặc các sản phẩm từ cá của quốc gia đó. Quy định này được đề cập trong Quy tắc cuối cùng về IUU Fishing/đánh bắt nhằm (2011) thiết lập các thủ tục cho nhận dạng, chứng nhận cho các quốc gia có tàu đang tham gia IUU Fishing hoặc khai thác các loại tài nguyên biển được bảo vệ. Đọc toàn văn Quy tắc cuối cùng tại: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2011-01-12/pdf/2011-507.pdf>, truy cập ngày 27/4/2019.

¹⁶ <https://www.state.gov/e/oes/ocns/fish/illegal/>, truy cập ngày 27/4/2019.

¹⁴ <https://www.fisheries.noaa.gov/topic/laws-policies/#magnuson-stevens-act>, truy cập ngày 27/4/2019.

¹⁵ Khi một quốc gia bị xác định là có tàu cá thực hiện IUU Fishing (như đánh bắt cá trái phép trong vùng biển của Hoa Kỳ, hoặc đánh bắt vượt quá mức chia sẻ với Hoa Kỳ mà gây hại cho loài hải sản đó tại các khu vực không có các biện pháp quốc tế hoặc khu

quyền kinh tế hoặc các vùng biển thuộc chủ quyền của Hoa Kỳ. Hệ thống giám sát này gồm một máy phát VMS được NMFS phê duyệt, sẽ tự động xác định vị trí của tàu thuyền, sau đó truyền vị trí này đến nhà cung cấp dịch vụ, rồi nhà cung cấp dịch vụ sẽ chuyển tiếp thông tin đến NMFS. Một trong những mục tiêu cơ bản khi áp dụng hệ thống này là nhằm đảm bảo một môi trường khai thác bình đẳng, công bằng để các ngư dân của Hoa Kỳ tuân thủ các quy tắc, quy định trong hoạt động nghề cá. Đồng thời, khi sử dụng VMS, các nhân viên hành pháp cũng sẽ kiểm soát và có được bằng chứng để truy tố những tàu cá thực hiện hành vi vi phạm¹⁷. VMS đóng vai trò là một công cụ quan trọng trong việc giám sát hoạt động đánh bắt cá của Hoa Kỳ. Chương trình VMS của Hoa Kỳ hiện đang quản lý hơn 4000 tàu và là chương trình VMS quốc gia lớn nhất thế giới¹⁸.

Bên cạnh đó, Hoa Kỳ cũng yêu cầu các cơ sở khai thác trong nước nộp *Báo cáo hành trình của tàu (Fishing Vessel Trip Report – VTR)* đối với mỗi chuyến tàu trước khi cập cảng, trong đó ghi chép thông tin chi tiết về hoạt động đánh cá, thời gian chuyến đi, địa điểm đánh bắt, phương tiện, lượng đánh bắt, thành phần đánh bắt (chủng loại và khối lượng hải sản) và thông tin về

người mua khi tàu cập cảng¹⁹. Các thông tin này sau đó có thể được cơ quan quản lý xác minh hoặc thông qua trước chương trình VMS tại tàu hoặc tại cảng. Sau đó, khi hải sản được bán hoặc gia nhập thị trường, cơ sở kinh doanh sẽ phải cung cấp hồ sơ mua bán, trong đó có thông tin chủng loại hải sản để đối chiếu chéo với thông tin mà tàu cung cấp. Tất cả các thông tin này được thu thập, quản lý và chia sẻ ở cấp quốc gia, vùng, địa phương thông qua NMFS. Với chương trình này, Hoa Kỳ sẽ kiểm soát, quản lý được nguồn gốc của hải sản có được đánh bắt tại những khu vực được cho phép hay không, bằng những phương tiện hợp pháp hay không, khối lượng đánh bắt có trong phạm vi cho phép hay không. Đây là một trong những công cụ khá hiệu quả để kiểm soát các hoạt động IUU Fishing của Hoa Kỳ.

Ngày 17/6/2014, Nhà Trắng đã công bố Bản ghi nhớ của Tổng thống mang tên *“Thành lập khuôn khổ toàn diện để chống lại IUU Fishing và các hành vi đánh bắt hải sản gian lận”*²⁰. Bản ghi nhớ này là cơ sở pháp lý để thành lập Đội đặc nhiệm của Tổng thống chống IUU Fishing và các hành vi đánh bắt hải sản gian lận (Task Force), đồng chủ trì bởi Bộ Ngoại giao, Bộ Thương mại và 12 cơ quan Liên bang khác²¹. Lực

¹⁷ Đọc thêm về Hệ thống VMS tại: <https://www.fisheries.noaa.gov/feature-story/vms-program-codified-requirements-prepares-larger-vessel-monitoring-workload>, truy cập ngày 27/4/2019.

¹⁸ Presidential Task Force on Combating IUU Fishing and Seafood Fraud, *Action Plan for Implementing the Task Force Recommendations*, tr.7; nguồn: https://www.iuufishing.noaa.gov/Portals/33/noaa_taskforce_report_final.pdf, truy cập ngày 27/4/2019.

¹⁹ Đọc thêm về VTR tại: https://www.greateratlantic.fisheries.noaa.gov/aps/evtr/vtr_inst.pdf, truy cập ngày 2/5/2019.

²⁰ Đọc toàn văn Bản ghi nhớ của Tổng thống tại: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/06/17/presidential-memorandum-comprehensive-framework-combat-illegal-unreported>, truy cập ngày 2/5/2019.

²¹ 12 cơ quan Liên bang khác bao gồm: Hội đồng về chất lượng môi trường, Bộ Nông nghiệp, Bộ Quốc phòng, Bộ Y tế và dịch vụ nhân sinh, Cục An ninh Nội địa, Bộ Nội vụ, Bộ Tư pháp, Ủy ban thương mại Liên bang, Văn phòng quản lý và ngân sách, Văn phòng chính sách khoa học và công nghệ, Hội đồng

lượng đặc nhiệm được chỉ đạo để báo cáo với Tổng thống thông qua Hội đồng Đại dương quốc gia (National Ocean Council) trong vòng 180 ngày (kể từ ngày Bản ghi nhớ có hiệu lực) với các khuyến nghị về việc thực hiện một khuôn khổ toàn diện về các chương trình tích hợp để chống IUU Fishing và hành vi đánh bắt hải sản gian lận, trong đó nhấn mạnh các lĩnh vực có nhu cầu lớn nhất. Lực lượng đặc nhiệm đã khởi xướng một quy trình tham gia công cộng để thu thập nguồn thông tin đầu vào rộng rãi, từ đó có được những tư vấn để phát triển các khuyến nghị này. Quy trình này bao gồm hai cuộc họp công khai (public meetings), hai hội thảo trên web (webinars) để lấy nguồn thông tin từ 32 quốc gia, và giai đoạn bình luận công khai được ghi nhận trong Cục đăng ký Liên bang (the Federal Register). Lực lượng đặc nhiệm cũng phân tích những hoạt động của chính quyền Liên bang nhằm chống lại IUU Fishing, đồng thời kiểm tra các khu vực cụ thể để cải thiện sự kết hợp giữa Lực lượng đặc nhiệm và các cơ quan có liên quan về vấn đề này²².

Dựa trên quy trình tham gia công cộng và phân tích của Lực lượng đặc nhiệm về các cơ quan hiện có, phân tích các lỗ hổng trong các cơ quan đó và mức độ phối hợp liên ngành, Lực lượng đặc nhiệm đã phát triển các khuyến nghị để tăng cường hiệu quả cho các công cụ nhằm chống lại hoạt

động IUU Fishing. Lực lượng đặc nhiệm sẽ xem xét một loạt các chiến lược, bao gồm triển khai các chương trình hiện có và phát triển các chương trình mới để theo dõi, truy xuất nguồn gốc của các loại hải sản. Với phương thức làm việc như vậy, hiệu quả do các hoạt động mà Lực lượng đặc nhiệm đảm nhận sẽ tạo ra môi trường công bằng cho ngư dân, doanh nghiệp hoạt động hợp pháp trong hoạt động nghề cá và tăng niềm tin cho người tiêu dùng vào các loại hải sản được bán ở Hoa Kỳ.

Năm 2015, *Đạo luật cường chế với IUU Fishing (The Illegal, Unreported, and Unregulated Fishing Enforcement Act)* được thông qua, nhằm chống lại các hành vi IUU Fishing và đánh bắt hải sản gian lận. Đạo luật này bao gồm một số điều khoản được thiết kế để ngăn chặn các loại hải sản không có nguồn gốc xuất xứ hoặc do khai thác bất hợp pháp nhập khẩu vào Hoa Kỳ; đồng thời đưa ra các giải pháp hỗ trợ hướng tới mục tiêu hoạt động nghề cá bền vững trên toàn thế giới, cụ thể như Thỏa thuận các biện pháp của nước có cảng (Port State Measures Agreement). Thỏa thuận này nhằm ngăn chặn các tàu chở cá thực hiện hành vi đánh bắt bất hợp pháp cập cảng Hoa Kỳ, và đưa các sản phẩm bất hợp pháp ra khỏi thị trường của quốc gia này²³.

Gần đây nhất, ngày 9/12/2016, Chính phủ Hoa Kỳ đã chính thức thành lập *Chương trình giám sát thủy sản nhập khẩu (Seafood Import Monitoring Program – SIMP)* nhằm giải quyết, ngăn chặn các sản phẩm do hoạt động IUU Fishing không được nhập khẩu vào thị trường Hoa Kỳ²⁴.

An ninh quốc gia, Đại diện thương mại Hoa Kỳ, Cơ quan phát triển quốc tế.

²² Department of Commerce (US), National Oceanic and Atmosphere Administration, *Recommendations of the Presidential Task Force on Combating Illegal, Unreported, Unregulated Fishing and Seafood Fraud*, tr. 6; nguồn: <https://s3.amazonaws.com/public-inspection.federalregister.gov/2014-29628.pdf>, truy cập ngày 2/5/2019.

²³ <https://www.fisheries.noaa.gov/topic/laws-policies/#more-laws>, truy cập ngày 2/5/2019.

²⁴ Đọc thêm về SIMP tại: <https://www.iuufishing.noaa.gov/RecommendationsandActions/RECOMMEND>

Chương trình này bắt đầu có hiệu lực từ ngày 09/01/2017, thiết lập các yêu cầu truy xuất nguồn gốc bắt buộc đối với thủy sản từ giai đoạn đánh bắt, nuôi trồng đến nhập khẩu vào Hoa Kỳ, từ đó ngăn chặn các loại hải sản có được do hoạt động IUU Fishing hoặc đánh bắt gian lận nhập khẩu vào quốc gia này²⁵.

SIMP đưa ra các yêu cầu về việc báo cáo và lưu trữ hồ sơ cần thiết nhằm ngăn chặn IUU Fishing hoặc có sự mô tả sai lệch về sản phẩm được nhập khẩu vào thị trường Hoa Kỳ, do đó sẽ góp phần bảo vệ nền kinh tế của quốc gia này, đảm bảo an ninh lương thực toàn cầu và chia sẻ nguồn tài nguyên biển một cách bền vững²⁶.

SIMP đưa ra các quy định có nội dung và nhằm một số mục đích chính sau²⁷:

- Quy định này phản ánh và đáp ứng nhiều ý kiến của cộng đồng và các thông điệp xuất phát từ những đề xuất và nỗ lực mạnh mẽ của NMFS nhằm xây dựng một chương trình hiệu quả, từ đó giảm thiểu gánh nặng khi tuân thủ các quy định về cung cấp thông tin để nhận biết các sản phẩm thủy sản nhập khẩu bất hợp pháp hay

bị dán nhãn sau trước khi nhập vào thị trường Hoa Kỳ.

- SIMP chỉ áp dụng đối với hải sản nhập cảng vào Hoa Kỳ từ nước ngoài. Nhà nhập cảng sẽ phải lưu giữ hồ sơ về chuỗi hành trình của cá hoặc sản phẩm cá từ khi thu hoạch đến khi nhập cảng vào Hoa Kỳ. Mục đích của việc yêu cầu cung cấp thông tin xuyên suốt vòng đời của hải sản nhằm mục đích xác minh tính hợp pháp của hoạt động đánh bắt, chế biến, sản xuất hải sản thông qua thông tin về nguồn gốc, chủng loại, phương pháp đánh bắt. Các công ty hải sản cũng được yêu cầu cung cấp thông tin về tên tàu, quốc gia tàu mang cờ, giấy phép đánh giá, loại phương tiện đánh bắt, tên của trang trại hoặc cơ sở chế biến hải sản; thông tin về loại hải sản như chủng loại, ngày đánh bắt, trọng lượng, kích thước khi đánh bắt, địa điểm đánh bắt tự nhiên hoặc nuôi trồng; thông tin về nhà nhập khẩu, giấy phép buôn bán hải sản quốc tế do NOAA cấp.

- Dữ liệu thu thập được sẽ cho phép truy tìm nguồn gốc của các loài hải sản ưu tiên từ điểm nhập cảng vào thị trường thương mại Hoa Kỳ trở về điểm thu hoạch hoặc điểm sản xuất để xác minh các loài hải sản đó có được thu hoạch hoặc sản xuất hợp pháp hay không.

- Việc thu thập thông tin thu hoạch và bốc dỡ cho các loài hải sản ưu tiên này được thực hiện thông qua chức năng khai báo trong Hệ thống dữ liệu thương mại quốc tế (ITDS).

- Thông tin thu thập theo chương trình này sẽ được bảo mật.

- Quy định này cũng áp dụng cho các sản phẩm được tái nhập cảng từ các loài ưu tiên được thu hoạch ban đầu ở Hoa Kỳ (là

ATION1415/FinalRuleTraceability.aspx, truy cập ngày 2/5/2019.

²⁵ SIMP được thiết lập dành cho một số loại thủy sản nhất định, bao gồm 13 loài ưu tiên sau: Bào ngư, cá tuyết Đại Tây Dương, cua xanh Đại Tây Dương, cá nục heo cờ (mahi Mahi), cá mú, cua hoàng đế (đỏ), cá tuyết Thái Bình Dương, cá hồng, hải sâm, cá mập, tôm, cá kiểng, các chủng loại cá ngừ (cá ngừ vây dài, cá ngừ mắt to, cá ngừ vằn, cá ngừ vây xanh, cá ngừ vây vàng).

²⁶ Hiệp hội chế biến và xuất khẩu thủy sản Việt Nam (VASEP), *Sách trắng về chống khai thác IUU ở Việt Nam*, 2018, tr.21; nguồn: <http://vasep.com.vn/sach-trang-iuu.html>, truy cập ngày 10/5/2019.

²⁷ <https://www.iuufishing.noaa.gov/Portals/33/SIMP.PowerPoint.Vietnamese.pdf>, truy cập ngày 10/5/2019.

trường hợp hải sản được đánh bắt tại các vùng biển của Hoa Kỳ, nhưng sau đó được thuê chế biến, tái chế hoặc bảo quản ở nước ngoài).

Trên đây là tổng quan một số quy định pháp luật cũng như các chính sách mà Hoa Kỳ đã, đang áp dụng để phòng chống IUU Fishing. Dù được ban hành ở các thời điểm khác nhau, tuy nhiên các quy định cũng như các chính sách này đều hướng chung tới một mục đích, đó là tạo ra một môi trường công bằng, lành mạnh cho ngư dân Hoa Kỳ, ngăn ngừa không để các loài thủy hải sản (đặc biệt là cá) và các sản phẩm từ cá có nguồn gốc/xuất xứ bất hợp pháp nhập khẩu vào thị trường Hoa Kỳ, từ đó ngăn chặn các hoạt động IUU Fishing, tránh việc khai thác quá mức, đảm bảo an ninh lương thực toàn cầu và giữ gìn được nguồn tài nguyên biển bền vững.

1.3. Đánh giá về hiệu quả thực thi pháp luật và chính sách phòng, chống IUU Fishing của Hoa Kỳ

Với các quy định như trên, có thể thấy việc quản lý hoạt động nghề cá của Hoa Kỳ tương đối hiệu quả, tỷ lệ gian lận hải sản tương đối thấp, mức độ tuân thủ tương đối cao.

Trong những năm vừa qua, Hoa Kỳ đã chấm dứt được tình trạng khai thác quá mức trong các vùng biển Liên bang quản lý và tái thiết thành công số lượng kỉ lục các loài cá bị đánh bắt quá mức. Việc thực thi và quản lý hiệu quả các quy định trong nước về đánh bắt cá đã tạo ra sự hỗ trợ kỉ lục cho doanh thu ngành công nghiệp đánh bắt cá nội địa của Hoa Kỳ. Kết quả là, phương pháp quản lý nghề cá của Hoa Kỳ đã được các quốc gia khác công nhận là một mô hình để chấm dứt việc đánh bắt cá

quá mức cũng như thực hiện quản lý nghề cá bền vững²⁸.

Tuy nhiên, đối với hải sản được khai thác, chế biến ở nước ngoài theo con đường bất hợp pháp, dán nhãn thông tin sai lệch thâm nhập thị trường Hoa Kỳ thì việc quản lý gặp những khó khăn nhất định do tính chất phức tạp của chuỗi sản xuất hải sản toàn cầu, ngay cả khi đã có những khuôn khổ pháp lý quốc tế và biện pháp đa phương được thực hiện nhằm ngăn chặn, phòng ngừa và xóa bỏ IUU Fishing. Các tàu thực hiện hoạt động IUU Fishing thường di chuyển từ ngư trường này đến ngư trường khác và vùng biển này đến vùng biển khác, trong khi quốc gia hầu như đều hạn chế về nguồn lực để có thể giám sát trên một diện rộng các vùng biển quốc tế. Ngay trong phạm vi quản lý trong nước, nhiều nước cũng gặp phải những hạn chế về nguồn lực của cơ quan quản lý nhà nước; quy định pháp luật thiếu các chế tài xử phạt hoặc biện pháp răn đe chưa đủ mạnh. Những hình phạt thấp và không tương xứng thường được coi là chi phí của việc kinh doanh, từ đó đặt ra thách thức nghiêm trọng để ngăn chặn các hành vi bất hợp pháp²⁹. Mặt khác, hải sản thường được chế biến ngay tại tàu hoặc ngay sau khi cập cảng khiến cho việc nhận

²⁸ NOAA, *Quy tắc cuối cùng thực hiện chương trình giám sát nhập khẩu hải sản (Final rule to implement U.S Seafood Import Monitoring Program)*, tr. 1; nguồn: <https://www.iuufishing.noaa.gov/Portals/33/NOAA-NMFS-FRIR%20FRFA.pdf?ver=2017-09-07-172547-083>, truy cập ngày 10/5/2019.

²⁹ Lực lượng đặc nhiệm của Tổng thống nhằm chống lại IUU Fishing và các hoạt động đánh bắt hải sản gian lận, *Kế hoạch hành động để thực thi Khuyến nghị của lực lượng đặc nhiệm (Action Plan for Implementing the Task Force Recommendations)*, tr.7, 8, 9; nguồn: https://www.iuufishing.noaa.gov/Portals/33/noaa_taskforce_report_final.pdf, truy cập ngày 10/5/2019.

dạng các loài hải sản gặp khó khăn. Thông tin về hải sản nhập khẩu không bảo đảm đầy đủ như đối với hải sản khai thác trong nước, ngoại trừ các loại hải sản có giá trị cao. Khó khăn và hạn chế trong thông tin về tên và nguồn gốc hải sản khiến cho việc quản lý hải sản bền vững và phòng chống IUU Fishing đối với hải sản được nhập khẩu vào thị trường Hoa Kỳ còn hạn chế.

Đối với SIMP, mục đích của chương trình thuần túy nhằm thu thập thông tin về vòng đời của hải sản từ giai đoạn đánh bắt đến khi chế biến và gia nhập thị trường Hoa Kỳ, cho phép tích hợp, tổng hợp và chia sẻ thông tin giữa các cơ quan quản lý của Hoa Kỳ, từ đó cung cấp chuỗi thông tin tổng hợp, toàn diện cho các nỗ lực nhằm giải quyết tình trạng IUU Fishing. Chương trình không đặt ra các biện pháp hạn chế nhập khẩu; trách nhiệm báo cáo được đặt lên các nhà nhập khẩu là các công ty của Hoa Kỳ (mặc dù rằng trách nhiệm này sẽ được chuyển tiếp sang chính các quốc gia nước ngoài và công ty xuất khẩu hải sản). SIMP không đặt ra chế tài đối với nhà nhập khẩu vi phạm nghĩa vụ báo cáo như việc cấm nhập khẩu sản phẩm cá từ một quốc gia nhất định vào Hoa Kỳ. Trái lại, Chương trình này còn được kèm theo cơ chế tăng cường năng lực, chuyển giao công nghệ cho các công ty đánh bắt cá của quốc gia nước ngoài nhằm tuân thủ các quy định của Chương trình.

Bên cạnh đó, SIMP cũng có những hạn chế nhất định. Đầu tiên, chương trình này không phải là chương trình dán nhãn sản phẩm, do đó các thông tin truy xuất nguồn gốc sẽ không được công khai và khách hàng không được kiểm chứng thông tin. Trong khi đó, khách hàng, người tiêu dùng có thể là động lực quan trọng làm thay đổi hành vi

và thực tiễn đánh bắt thủy hải sản. Vì vậy, Chương trình này vẫn chủ yếu nhằm cung cấp thông tin đồng bộ, tổng hợp, liên thông cho các cơ quan nhà nước để đánh giá về tình trạng IUU Fishing, quản lý việc nhập khẩu hải sản tại cửa khẩu và như kế hoạch của NOAA đã nêu, làm cơ sở xem xét việc mở rộng đối với các loại hải sản khác và cung cấp thông tin cho người tiêu dùng trong tương lai.

Hạn chế thứ hai là chi phí tuân thủ yêu cầu truy xuất nguồn gốc rất cao. Mặc dù NOAA đã ban hành Chương trình hành động nhằm hỗ trợ các quốc gia xuất khẩu và các công ty nhập khẩu tuân thủ yêu cầu truy xuất nguồn gốc, tuy nhiên, thực tế là các hoạt động IUU Fishing thường được thực hiện tại các quốc gia đang phát triển - nơi đánh bắt cá là một trong các phương thức kiếm sống quan trọng khiến cho chi phí để tuân thủ các yêu cầu khắt khe của Hoa Kỳ trở nên rất hạn chế.

Cuối cùng, trách nhiệm báo cáo theo quy định của SIMP là của các nhà nhập khẩu, không phải là trách nhiệm trực tiếp của quốc gia xuất khẩu. Các loài cá thuộc diện phải báo cáo cũng được NOAA xác định trên cơ sở tiêu chí có nguy cơ cao gian lận thương mại hoặc nguy cơ bị đánh bắt ngẫu nhiên trong quá trình tàu đánh bắt cá thực hiện các hoạt động IUU Fishing. Do đó, không có sự liên hệ trực tiếp giữa Chương trình này và quốc gia xuất khẩu; việc chứng minh Chương trình này vi phạm các nghĩa vụ về đối xử quốc gia, đối xử tối huệ quốc, nghĩa vụ không hạn chế thương mại sẽ gặp nhiều khó khăn.

2. Gợi mở cho Việt Nam

Việt Nam là một trong những quốc gia xuất khẩu thủy hải sản đánh bắt tự nhiên và

nuôi trồng lớn vào thị trường Hoa Kỳ. Tuy nhiên, sau khi Lực lượng đặc nhiệm của Tổng thống ra đời vào năm 2014, Việt Nam là một trong những quốc gia bị xem xét của lực lượng này. Từ năm 2015, Lực lượng đặc nhiệm đã bước đầu sử dụng những số liệu có tính chất phỏng đoán, dù chưa kiểm chứng từ các báo cáo của các tổ chức phi chính phủ (NGOs) để xây dựng danh sách và cáo buộc Việt Nam. Có 5 trong tổng số 13 loài thủy hải sản xuất khẩu của Việt Nam (kể cả loại đánh bắt tự nhiên và nuôi trồng) nằm trong danh sách “những loài có nguy cơ” liên quan đến hoạt động IUU Fishing. Lực lượng đặc nhiệm sẽ sử dụng danh sách này làm nền tảng cơ bản để thiết lập hệ thống truy xuất nguồn gốc. Sau đó sẽ buộc các doanh nghiệp xuất khẩu thủy hải sản muốn xuất khẩu vào thị trường Hoa Kỳ phải khai báo đầy đủ 17 hạng mục thông tin đối với hải sản đánh bắt tự nhiên và 14 hạng mục thông tin với thủy sản nuôi trồng. Điều này sẽ gây ra khó khăn rất lớn, gia tăng thêm gánh nặng cho các doanh nghiệp Việt Nam, thậm chí làm ngừng trệ hoạt động xuất khẩu thủy hải sản vào thị trường Hoa Kỳ trong những năm tiếp theo³⁰.

Bên cạnh đó, ngày 23/10/2017, Ủy ban châu Âu (EC) đã ra Thông cáo báo chí cho biết Liên minh châu Âu (EU) đã quyết định áp đặt “thẻ vàng” đối với thủy hải sản Việt Nam. Theo quan điểm của EU, Việt Nam đã không có đủ các chế tài cần thiết để ngăn chặn hoạt động IUU Fishing, không thực hiện các hành động cần thiết để ngăn chặn

³⁰ Nguồn: Mỹ: Tổ công tác IUU xác định các loại thủy sản nguy cơ theo nguyên tắc không hợp lý, http://vasep.com.vn/Tin-Tuc/1461_41494/My-To-co-ng-tac-IUU-xac-dinh-cac-loai-thuy-san-nguy-co-theo-nguyen-tac-khong-hop-ly.htm, truy cập ngày 20/7/2019.

việc tàu cá và ngư dân Việt Nam tham gia IUU Fishing tại vùng biển của các quốc gia trong khu vực, trong đó có các quốc đảo đang phát triển tại Thái Bình Dương. Hơn nữa, Việt Nam cũng không có đủ công cụ để kiểm soát thủy hải sản tại cảng trước khi được xuất khẩu sang thị trường các nước, trong đó có thị trường EU. Tuy nhiên, EU cũng cho biết việc áp đặt thẻ vàng chưa đi kèm với bất kỳ biện pháp hạn chế thương mại nào đối với thủy hải sản Việt Nam xuất khẩu sang thị trường EU, việc áp đặt thẻ này để cảnh báo và khuyến nghị Việt Nam cần nhanh chóng thực hiện các biện pháp khắc phục tình hình trong khoảng thời gian theo quy định³¹. Mặc dù “thẻ vàng” không đi kèm các biện pháp hạn chế thương mại, nhưng việc EU tăng cường kiểm soát nguồn gốc xuất xứ của thủy hải sản Việt Nam xuất khẩu sang EU sẽ làm gia tăng các chi phí lưu kho để nước nhập khẩu kiểm tra nguồn gốc xuất xứ; đồng thời, thủy hải sản Việt Nam cũng có thể sẽ phải đối mặt với nguy cơ bị trả lại do bị xác định là có nguồn gốc từ IUU Fishing³². Sau 2 năm EU cảnh báo

³¹ European Commission, *Commission warns Vietnam over insufficient action to fight illegal fishing* (23 October 2017), nguồn: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4064_en.htm, truy cập ngày 20/7/2019.

³² Theo kế hoạch, đầu tháng 11/2019, Đoàn Thanh tra của Tổng vụ các vấn đề về Biển và Thủy sản của EU (DG-MARE) sang Việt Nam kiểm tra, đánh giá tình hình thực hiện khuyến nghị của EC về IUU Fishing. Đợt kiểm tra này đặc biệt quan trọng, vì đây là thời điểm EC đánh giá kết quả sau hai năm Việt Nam thực hiện các khuyến nghị của EC để có đủ luận chứng đưa ra kết luận có thể gỡ bỏ hoặc duy trì cảnh báo “thẻ vàng” hoặc áp dụng biện pháp cảnh báo “thẻ đỏ” đối với sản phẩm thủy hải sản khai thác của Việt Nam; nguồn: *Nỗ lực gỡ thẻ vàng IUU*, http://vasep.com.vn/Tin-Tuc/1462_58157/No-luc-go-the-vang-IUU.htm, truy cập ngày 25/10/2019.

Thực tế, ngày 14/11/2019, Việt Nam đã đón tiếp Đoàn kiểm tra EC do bà Veronika Veits - Giám đốc

thẻ vàng đối với thủy hải sản khai thác của Việt Nam, xuất khẩu thủy hải sản của Việt Nam sang thị trường EU đã bị tác động rõ rệt, giảm 6,5%, còn gần 390 triệu USD trong năm 2018 và tiếp tục chững lại trong 8 tháng đầu năm 2019 với 251 triệu USD. Từ vị trí thứ 2 trong các thị trường nhập khẩu thủy hải sản Việt Nam, sau thẻ vàng, EU đã tụt xuống đứng thứ 5 và tỷ trọng của thị trường sụt giảm từ 18% xuống 13%³³.

Để khắc phục được tình trạng này, cũng như nâng cao hiệu quả của hoạt động phòng chống IUU Fishing, Việt Nam có thể tham khảo các chính sách cũng như quy định mà pháp luật Hoa Kỳ đã thực hiện nhằm phòng chống, ngăn chặn IUU Fishing. Hiệu quả của hoạt động phòng chống IUU Fishing của Hoa Kỳ tương đối cao, tuy nhiên Việt Nam cần vận dụng linh hoạt các kinh nghiệm này để phù hợp với hoàn cảnh thực

tế. Cụ thể, Việt Nam cần thực hiện một số hoạt động sau:

- Thực hiện việc quản lý, giám sát một cách triệt để việc lắp đặt và sử dụng các thiết bị giám sát hoạt động của tất cả các tàu cá đang treo cờ Việt Nam. Điều này giúp Nhà nước kiểm soát được hoạt động, vị trí của các tàu cá Việt Nam có đang đánh bắt ở các vùng biển cho phép hay không.

- Yêu cầu và có sự hướng dẫn cụ thể cho ngư dân xây dựng hồ sơ lưu trữ về nguồn gốc vòng đời của các loại thủy hải sản đánh bắt tự nhiên (khu vực đánh bắt, loài đánh bắt, phương pháp đánh bắt, khu vực chế biến...). Khi nắm được chính xác các thông tin này, hoạt động xuất khẩu thủy hải sản của chúng ta sẽ dễ dàng hơn tới các thị trường lớn như Hoa Kỳ, châu Âu... vì các thị trường này đều có yêu cầu về truy xuất nguồn gốc sản phẩm.

- Tuyên truyền, phổ biến đồng thời phân tích cụ thể cho ngư dân những thiệt hại, những bất lợi mà ngư dân nói riêng, ngành xuất khẩu thủy hải sản nói chung sẽ gặp phải khi ngư dân thực hiện các hoạt động IUU Fishing. Bên cạnh đó, cán bộ làm việc tại cảng chưa đảm bảo về số lượng và chất lượng, hạ tầng còn hạn chế, xuống cấp. Do đó, các địa phương cần bố trí thêm nguồn lực mới đáp ứng được yêu cầu kiểm soát nghề cá tại cảng.

- Áp dụng chế tài nghiêm khắc với các cá nhân/doanh nghiệp thực hiện các hoạt động IUU Fishing. Chính quyền các địa phương ven biển cũng sẽ phải chịu trách nhiệm nếu không thực hiện triệt để các hoạt động nhằm chống lại IUU Fishing.

- Hợp tác quốc tế với các quốc gia trong khu vực nhằm đưa ra các biện pháp phòng, chống IUU Fishing hiệu quả.

Cơ quan Quản trị Đại dương quốc tế và nghề cá bền vững, Tổng vụ các vấn đề biển và thủy sản làm trưởng đoàn. Bà Veronika đánh giá cao nỗ lực của Việt Nam trong việc chấm dứt khai thác IUU theo những khuyến nghị của EC, có nhiều tiến bộ so với đợt kiểm tra vào tháng 5/2018. Tuy nhiên, trong lần đánh giá này, Việt Nam vẫn chưa gỡ được thẻ vàng vì vẫn còn những tồn tại, hạn chế cần tập trung khắc phục. Quan trọng nhất là tình trạng vi phạm khai thác cá tại các vùng biển quốc tế, việc không lắp đặt hoặc không sử dụng các thiết bị giám sát hành trình, hạn chế trong kiểm soát tàu và thủy hải sản khai thác tại các tàu cá... còn diễn ra. Đáng chú ý, EC cho rằng nhận thức của ngư dân, một số bộ phận của tổ chức, cá nhân đảm nhiệm nhiệm vụ chống khai thác IUU vẫn chưa có sự chuyển biến đáng kể. Nguồn: *Việt Nam lại "tuột" cơ hội gỡ thẻ vàng IUU*, <https://baodautu.vn/viet-nam-lai-tuot-co-hoi-go-the-vang-iuu-d112845.html>, truy cập ngày 17/01/2020.

³³ Nguồn: *Thông cáo báo chí: Doanh nghiệp hải sản Việt Nam kiên định với Cam kết chống khai thác IUU*, http://vasep.com.vn/Tin-Tuc/1186_57890/Thong-cao-bao-chi-Doanh-nghiep-Hai-san-Viet-Nam-ki-en-dinh-voi-Cam-ket-chong-khai-thac-IUU.htm, truy cập ngày 17/1/2020.

KINH NGHIỆM CỦA TRUNG QUỐC, ẤN ĐỘ VỀ XÂY DỰNG PHÁP LUẬT LAO ĐỘNG VÀ AN SINH XÃ HỘI TẠI CÁC ĐẶC KHU KINH TẾ - GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Hà Thị Hoa Phượng*

Tóm tắt: Là những quốc gia có một số nét tương đồng về điều kiện kinh tế - xã hội với Việt Nam, Trung Quốc và Ấn Độ đều lựa chọn việc xây dựng và phát triển các đặc khu kinh tế nhằm thu hút đầu tư, phát triển kinh tế và ổn định xã hội. Bài viết phân tích những thành công của Trung Quốc và thất bại của Ấn Độ trong việc hình thành khung pháp lý về lao động và an sinh xã hội tại các đặc khu kinh tế, từ đó rút ra bài học kinh nghiệm cho Việt Nam khi hoàn thiện Dự án Luật Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt.

Abstract: As countries with socio-economic conditions similar to Vietnam, China and India have chosen to build and develop special economic zones for the purposes of investment attraction, economic growth, and social stability. The article analyzes China's successful experience and the failure of India in formulating a legal framework on labor and social security to draw lessons for Vietnam in a bid to improve the draft Law on Special Administrative - Economic Zones.

1. Kinh nghiệm của Trung Quốc, Ấn Độ về xây dựng pháp luật lao động và an sinh xã hội tại đặc khu kinh tế

1.1. Trung Quốc

Từ đầu những năm 1980, Trung Quốc thành lập 5 đặc khu kinh tế đầu tiên (Thâm Quyển, Chu Hải, Sán Đầu (tỉnh Quảng Đông), Hạ Môn (tỉnh Phúc Kiến) và đảo Hải Nam trực thuộc Trung ương) để phát triển hợp tác kinh tế và trao đổi kỹ thuật với nước ngoài và thực hiện chương trình hiện đại hóa xã hội chủ nghĩa. Sau đó, đến cuối những năm 1980, mở rộng mô hình này ra 14 thành phố ven biển (trong đó có Thượng Hải), rồi chuyển tiếp sang hướng nội địa từ những năm 1990. Sau một thời gian phát triển thành công các đặc khu kinh tế, từ năm 2010, Trung Quốc điều chỉnh chính sách tập trung phát triển một số khu vực với mô

hình, chính sách mở cửa, tự do hóa và đột phá hơn trước. Hiện nay, mỗi đặc khu kinh tế đặt trọng tâm trong một số lĩnh vực nhất định, ví dụ: Đặc khu Thâm Quyển và Thượng Hải là trung tâm thương mại tự do, tài chính quốc tế, tập trung ngành sản xuất công nghệ cao, dịch vụ logistics hàng không, cảng biển, giáo dục, y tế chất lượng cao; trong khi đặc khu Hải Nam lại tập trung phát triển nông nghiệp, dịch vụ nông nghiệp, chế biến sản phẩm nông nghiệp...

Trong giai đoạn đầu hình thành các đặc khu kinh tế, những quy định mới về lao động và tiền lương là một phần quan trọng trong chính sách khuyến khích các nhà đầu tư vào đặc khu kinh tế. Ở một khía cạnh nào đó, có thể coi đây là một cuộc cách mạng, làm thay đổi về cơ bản chế độ lao động truyền thống ở Trung Quốc. Chế độ lao động truyền thống ở Trung Quốc là một chế độ bao cấp về mọi mặt (thường được gọi là

* ThS., Đại học Luật Hà Nội.

“bát cơm sắt”¹), rõ ràng không phù hợp với các nhu cầu của nhà đầu tư về một cơ chế kinh tế tự do, được bảo đảm các quyền về sở hữu, quản lý sản xuất kinh doanh, tự chịu trách nhiệm về kết quả kinh doanh và phân phối lợi nhuận thu được. Vì vậy, như một cách thử nghiệm và sử dụng các lực lượng kinh tế tư bản dưới sự kiểm soát của Nhà nước, Trung Quốc đã đưa vào trong các đặc khu kinh tế những chính sách về lao động và tiền lương phù hợp với tập quán quốc tế; tạo cho các nhà đầu tư điều kiện tự do nhất định về quản lý và sử dụng lao động. Vấn đề này được thể hiện trong Quy chế về đặc khu kinh tế tỉnh Quảng Đông ngày 26/8/1980, Quy định tạm thời về cải cách lao động và việc làm năm 1986... Từ một thể chế kinh tế tập trung theo chủ nghĩa xã hội, các quan hệ lao động dần được hình thành và thừa nhận trên cơ sở hợp đồng lao động. Sức lao động trở thành một loại hàng hoá đặc biệt được trao đổi trên thị trường lao động. Lao động chuyển dần từ các cơ quan, tổ chức nhà nước sang các tổ chức kinh tế tư nhân, nơi mà quan hệ lao động có tính linh hoạt hơn và người lao động hoàn toàn có thể bị cho thôi việc. Tiền lương của người lao động được trả trên cơ sở hao phí lao động thực tế, làm nhiều hưởng nhiều, làm ít hưởng ít. Người lao động phải tự đóng góp bảo hiểm xã hội nhằm đảm bảo các phúc lợi của bản thân. Nhằm phát triển nền kinh tế tư nhân có lợi nhuận, Nhà nước cũng giảm dần sự can thiệp vào các vấn đề chuyên môn và quản lý của người sử dụng

¹ Nguyên văn: “Iron rice bowl”. Thuật ngữ này thường được sử dụng để chỉ chính sách của Nhà nước bảo đảm cho mọi người lao động đều có công việc với thu nhập và lợi ích ổn định, không căn cứ vào công sức lao động, nên có nguy cơ dẫn đến việc triệt tiêu động lực sản xuất và năng suất lao động.

lao động, theo đó chủ yếu phát triển hệ thống quản lý nguồn nhân lực nói chung.

Từ việc thử nghiệm thành công các quy định mới ở đặc khu kinh tế, các chính sách về lao động và an sinh xã hội được áp dụng mở rộng trên khắp các vùng lãnh thổ của Trung Quốc, đánh dấu bằng sự ra đời của Luật Lao động Trung Hoa năm 1994. Hiện nay, việc áp dụng pháp luật và an sinh xã hội tại các đặc khu kinh tế của Trung Quốc được thực hiện trên cơ sở các quy định chung của quốc gia². Trong đó, Luật Lao động giữ vai trò trung tâm, bao gồm 13 chương, quy định lần lượt về các vấn đề cụ thể của quan hệ lao động như: Hợp đồng lao động và hợp đồng tập thể; thời giờ làm việc, nghỉ ngơi; tiền lương; an toàn và sức khỏe nghề nghiệp; bảo vệ đặc biệt đối với lao động nữ và lao động chưa thành niên; đào tạo nghề; bảo hiểm và phúc lợi xã hội; tranh chấp lao động; giám sát và thanh tra³... Trên cơ sở quy định chung của Luật Lao động, Nhà nước hoàn thiện hệ thống pháp luật bằng việc xây dựng các luật chuyên đề (đơn hành) để tiếp tục cụ thể hoá Luật Lao động và bổ sung thêm những quy định mới như: Luật Hợp đồng lao động, Luật Phòng

² Bao gồm: Luật Lao động năm 1994; Luật Công đoàn năm 1992; Luật Bảo vệ quyền và lợi ích của phụ nữ năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2005); Luật Phòng ngừa và điều trị bệnh nghề nghiệp năm 2001; Luật An toàn sản xuất năm 2002 (sửa đổi bổ sung năm 2009); Những quy định về hợp đồng tập thể năm 2004; Luật Hợp đồng lao động năm 2007 (sửa đổi, bổ sung năm 2012); Luật Xúc tiến việc làm năm 2007; Luật Trung gian hoà giải và Trọng tài tranh chấp lao động năm 2007; Luật Bảo vệ người khuyết tật năm 2008; Luật An sinh xã hội năm 2011.

³ *Labour Law of the People's Republic of China in 1994*, tại: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=37357&p_country=CHN&p_count=1161&p_classification=01&p_classcount=195, truy cập ngày 7/12/2019.

ngừa và điều trị bệnh nghề nghiệp, Luật An toàn sản xuất, Luật Xúc tiến việc làm, Luật Trung gian hoà giải và Trọng tài tranh chấp lao động, Luật An sinh xã hội. Với những vấn đề chưa được nâng lên thành luật, Nhà nước ban hành các quy định liên quan để điều chỉnh như quy định về hợp đồng tập thể⁴, xử lý kỷ luật lao động⁵... Mặt khác, để bảo đảm quyền được đối xử bình đẳng của các nhóm lao động đặc thù, bên cạnh quy định chung của Luật Lao động, các văn bản pháp luật độc lập khác cũng đóng góp vai trò nhất định như Luật Bảo vệ quyền và lợi ích của phụ nữ năm 1992 (sửa đổi bổ sung năm 2005); Luật Bảo vệ người khuyết tật năm 2008...

Có thể thấy, một vài sự chuyển biến trong hệ thống pháp luật lao động tại Trung Quốc trong thời gian qua như sau: i) Tổ chức công đoàn trung ương vẫn đi liền với Đảng Cộng sản Trung Quốc và Chính phủ, nhưng theo thời gian đã có sự thay đổi cho phù hợp với bối cảnh kinh tế và chính trị (từ trách nhiệm ban đầu là tăng cường kỷ luật lao động, giờ đây công đoàn có trách nhiệm giám sát việc thực hiện kỷ luật lao động của người sử dụng lao động nhằm tránh các nguy cơ ảnh hưởng đến quyền lợi của người lao động); ii) Cơ chế giải quyết tranh chấp lao động cũng phát triển từ việc giải quyết trong nội bộ đơn vị sử dụng đến sự can thiệp của các cơ quan hoà giải, trọng tài và xét xử của Nhà nước; iii) An toàn và sức

khỏe nghề nghiệp tiếp tục được cải thiện, với việc các tiêu chuẩn luật hiện hành yêu cầu thiết bị an toàn tại nơi làm việc và bồi thường cho người lao động khi có rủi ro về sức khoẻ; iv) An sinh xã hội đã phát triển từ các lợi ích lẻ tẻ, rời rạc lên một hệ thống bảo hiểm toàn diện và có tính bền vững hơn, được bảo đảm từ nguồn đóng góp của người sử dụng lao động, người lao động và Nhà nước.

Bên cạnh thể chế pháp lý chung, ở các đặc khu kinh tế, nhằm duy trì và tăng cường sức hút đầu tư, chính quyền địa phương cũng xây dựng và tổ chức thực hiện một số chính sách đặc thù. Trong giai đoạn đầu xây dựng và phát triển các đặc khu kinh tế, chính quyền trung ương và các đặc khu kinh tế không chú trọng nhiều vấn đề phát triển nguồn nhân lực. Trên thực tế, các đặc khu thành lập ban đầu chỉ tập trung phát triển các ngành nghề gia công, chế tạo nên cần nhiều lao động và thu hút lượng lớn lao động phổ thông, do vậy không đem lại khả năng nâng cấp cơ cấu ngành nghề. Mặt khác, việc tập trung quá đông một lượng lớn lao động phổ thông cũng tạo ra các vấn đề xã hội liên quan cần phải giải quyết như môi trường, tệ nạn xã hội... Để khắc phục tình trạng này, trong giai đoạn phát triển sau đó, cùng với việc xây dựng chiến lược phát triển ngành nghề, Trung Quốc cũng tập trung phát triển nguồn nhân lực tương ứng. Tùy từng giai đoạn, chính quyền các đặc khu có các chính sách ưu đãi nhằm thu hút nguồn nhân lực bao gồm cả các lao động phổ thông và nguồn nhân lực chất lượng cao thông qua việc ban hành các chính sách quản lý nhân khẩu, cư trú và các chính sách đãi ngộ đặc biệt cho nguồn nhân lực chất lượng cao, nhóm chuyên gia và quản lý cấp

⁴ Những quy định về hợp đồng tập thể năm 2004, nguồn: <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/SERIA/L/67073/63607/F946237266/CHN67073.PDF>, truy cập ngày 7/12/2019.

⁵ Điều lệ thưởng phạt đối với công nhân viên doanh nghiệp năm 1982, nguồn: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=5395&p_country=CHN&p_count=1155, truy cập ngày 7/12/2019.

cao như cấp nhà ở, hỗ trợ kinh phí nghiên cứu, kinh phí sinh hoạt... Cùng với việc thành lập các đặc khu kinh tế mới, Trung Quốc tiếp tục vận dụng sáng tạo các chính sách thu hút đầu tư và nguồn nhân lực chất lượng cao nước ngoài bằng sự thuận lợi của cả hệ thống thể chế, xây dựng các thành phố theo các chuẩn mực quốc tế⁶. Khi cơ cấu ngành nghề chuyển dịch dẫn đến đòi hỏi nguồn nhân lực có chất lượng cao hơn, chuyển từ “số lượng” sang “chất lượng”, việc đào tạo và giải quyết việc làm cho người lao động là một vấn đề kinh tế - xã hội lớn của các đặc khu.

Thực hiện phương châm “làm tổ cho phượng hoàng đến đẻ trứng”, Trung Quốc đã tập trung các nguồn lực để đầu tư hạ tầng cứng (giao thông, điện, nước, viễn thông...) và hạ tầng mềm (nguồn nhân lực, giáo dục đào tạo, y tế, khoa học công nghệ...) cho các đặc khu kinh tế. Ví dụ, tại Thâm Quyển, giai đoạn mới thành lập, Chính phủ hỗ trợ ban đầu 30 triệu Nhân dân tệ (NDT) và những năm tiếp theo đầu tư xây dựng sân bay khoảng 500 triệu USD; trợ cấp đối với những người có học vị tiến sĩ, viện sĩ 100.000 NDT và được cấp nhà ở khoảng 200m². Tại Phố Đông, Chính phủ Trung Quốc cũng đã có sự hỗ trợ mạnh mẽ nhằm trong một thời gian ngắn hoàn thiện cơ sở hạ tầng. Tại Kashgar (Tân Cương), Chính phủ đầu tư hạ tầng ban đầu 1,6 tỷ USD; ngoài ra, còn quy định các tỉnh, thành phố khác hàng năm phải đóng góp, hỗ trợ 1% GDP cho Kashgar⁷.

Là một trong những đặc khu kinh tế được thành lập đầu tiên, Thâm Quyển đã xác định thu hút nhân tài và nguồn nhân lực chất lượng cao là một trong những trọng tâm chính sách của đặc khu kinh tế này. Chính sách thu hút nhân tài của Thâm Quyển được xây dựng trên cơ sở 16 chữ: “Tôn trọng trí thức; tôn trọng nhân tài; tôn trọng sáng tạo; tôn trọng lao động” trong đó trọng tâm là thu hút 5 đối tượng: Quản lý cấp cao, đầu tư lập nghiệp, kỹ thuật tay nghề cao, sinh viên xuất sắc mới tốt nghiệp và lưu học sinh xuất sắc ở nước ngoài. Các chính sách ưu đãi nhằm thu hút nhân tài của Thâm Quyển bao gồm: (i) Có cơ chế hỗ trợ cho nghiên cứu, sáng chế (Nhà nước hỗ trợ các hiệp hội doanh nghiệp lớn 40-50 triệu NDT/năm cho các hoạt động nghiên cứu, sáng chế, quảng bá, mở rộng thị trường, thu hút nhân tài); (ii) Ban hành các chính sách đãi ngộ về lương bổng, nhà ở, sinh hoạt (sinh viên mới tốt nghiệp được hỗ trợ về nhà ở với giá thuê nhà chỉ bằng 1/10 giá chung, thạc sĩ được nhà nước trả từ 500 đến 2.000NDT/tháng trong vòng 10 năm đầu tùy theo ngành nghề; tiến sĩ được thành phố cho 80.000 NDT; trung tâm đào tạo cho 2 vạn NDT, trường đại học cho 5 vạn NDT). Kết quả là cho đến nay, số lượng nhân tài nghiên cứu thuộc các lĩnh vực ở Thâm Quyển đã lên đến khoảng 30 vạn người, năng lực và trình độ nghiên cứu, phát minh dẫn đầu Trung Quốc⁸.

Về khởi nghiệp kinh doanh, hiện nay, Khu hợp tác Tiền Hải kết hợp với các đại học Hồng Kông và các công ty nổi tiếng từ

⁶ Trịnh Mạnh Linh (2016), *Đặc khu kinh tế - Kinh nghiệm của Trung Quốc và đề xuất chính sách cho Việt Nam*, Luận án Tiến sĩ Luật học, Học viện Khoa học Xã hội, tr.60.

⁷ Trịnh Mạnh Linh (2016), *Đặc khu kinh tế - Kinh nghiệm của Trung Quốc và đề xuất chính sách cho*

Việt Nam, Luận án Tiến sĩ Luật học, Học viện Khoa học Xã hội, tr.61.

⁸ Đào Nhất Đào (2003), *Báo cáo phát triển Đặc khu kinh tế Trung Quốc*, Nxb. Khoa học Xã hội Trung Quốc, tr.220.

Trung Quốc và quốc tế đã xây dựng chương trình đào tạo nâng cao năng lực của giới trẻ Hồng Kông. Hơn 20 vườn ươm và tổ chức đầu tư hàng đầu của Trung Quốc và nước ngoài đã đến hoạt động tại Tiền Hải để giúp đỡ các thanh niên khởi nghiệp. Những nhà lãnh đạo trẻ có tầm ảnh hưởng đến các cộng đồng thanh niên được tập hợp vào Ủy ban tư vấn các vấn đề thanh niên để thúc đẩy phát triển cho thanh niên. Các chính sách thu hút nhân lực chất lượng cao từ Hồng Kông đối với các nghề luật sư, nhân viên thuế, kế toán, quản lý bất động sản, trung gian, trọng tài, kỹ sư xây dựng được giới thiệu để làm việc tại Khu hợp tác Tiền Hải. Cơ quan quản lý Khu hợp tác Tiền Hải cũng hỗ trợ nhân lực ổn định cuộc sống. Tiền Hải chấp nhận các bằng cấp chứng chỉ của Hồng Kông. Đối với một số nhân tài trình độ cao và rất cần thiết từ Hồng Kông khởi nghiệp hoặc làm việc ở Tiền Hải, Cơ quan quản lý Khu hợp tác Tiền Hải sẽ hỗ trợ 15% phần chênh lệch giữa thuế thu nhập từ lương đã trả cho Cơ quan quản lý Khu hợp tác Tiền Hải và tổng thu nhập, đồng thời miễn thuế đối với phần hỗ trợ này. Cơ quan quản lý Khu hợp tác Tiền Hải đưa ra 16 chính sách giúp thúc đẩy đi lại giữa Thẩm Quyển và Hồng Kông, bao gồm giảm thiểu thủ tục xin Thẻ xanh Trung Quốc, kéo dài thời gian cư trú, xin visa nhân tài (talent visa)⁹.

Năng lực cạnh tranh trên thế giới hiện nay là cạnh tranh về tri thức và khoa học kỹ thuật. Vì vậy, tất cả các đặc khu kinh tế của Trung Quốc, tuy ở các giai đoạn khác nhau, nhưng đều xác định việc xây dựng nguồn

nhân lực chất lượng cao, thu hút lượng lớn nhân tài trong nước và quốc tế là một yếu tố then chốt, đặc biệt là nguồn nhân lực khoa học kỹ thuật cao. Nguồn nhân lực này bao gồm cả các chuyên gia, tầng lớp quản lý cấp cao và nguồn lao động chất lượng cao.

Từ kinh nghiệm của Trung Quốc, sơ bộ có thể nêu một số chính sách nổi bật như sau: Một là, chính sách thu hút nguồn nhân lực chất lượng cao tới làm việc trong đặc khu cần được chú trọng ngay từ giai đoạn đầu với nhiều hình thức, hỗ trợ thu nhập, nhà ở, thanh niên khởi nghiệp, chế độ lương cho cán bộ. Hai là, hướng tới một hệ thống quản lý điện tử, trực tuyến, có tính tự động hóa cao, vừa đảm bảo hiệu quả, năng suất làm việc, vừa đảm bảo tính công khai, minh bạch, liên thông trong quản lý các lĩnh vực (thuế, tài chính, ngân hàng, hải quan, thương mại, kinh doanh...). Đây là mục tiêu mà các đặc khu mới của Trung Quốc đang hướng tới và Việt Nam cũng cần xác định ngay từ đầu.

Bên cạnh những mặt đã đạt được, việc thực hiện pháp luật lao động và an sinh xã hội tại các đặc khu kinh tế ở Trung Quốc hiện nay vẫn còn tồn tại một số hạn chế. Mặc dù tỷ lệ người lao động có hợp đồng chính thức đã tăng lên đáng kể, song 80% trong số các hợp đồng lao động đã ký kết thuộc loại ngắn hạn (thời hạn dưới 2 năm), đồng thời vẫn còn gần 30% số lao động chưa có hợp đồng lao động chính thức, khiến cho những quan hệ lao động này nằm ngoài hệ thống an sinh xã hội và không có các bảo đảm khi rủi ro xảy ra¹⁰. Hiện tượng

⁹ Ban Soạn thảo Luật Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt (2017), *Báo cáo tổng hợp kinh nghiệm quốc tế về xây dựng, phát triển và quản lý mô hình đặc khu kinh tế và các mô hình tương tự khác*, ngày 09/10/2017, tr. 22.

¹⁰ Surendra Pratap (2012), *Political Economy of Special Economic Zones in China and Implications for Labour*, Centre for Workers Education, New Delhi, p.46.

vi phạm pháp luật lao động về thời gian làm thêm vẫn còn xảy ra phổ biến, vì mức lương thấp khiến cho người lao động phải làm thêm giờ để tăng thu nhập. Tình trạng phân biệt đối xử trong lĩnh vực trả lương được minh họa bằng mối tương quan giữa mức lương của lao động nhập cư chỉ bằng 57% mức lương của lao động địa phương (1.748 NDT/3.048 NDT)¹¹. Người lao động và các nhà hoạt động báo cáo rằng sức khỏe và an toàn nghề nghiệp trong các nhà máy đang ở mức dưới mức quy định, đe dọa tính mạng, sức khỏe của người lao động, biểu hiện qua việc 1/3 số lao động phải chịu đựng các điều kiện về nhiệt độ, tiếng ồn và bụi bặm ở mức khắc nghiệt, dẫn đến các nguy cơ chấn thương. 21% số lao động được hỏi trả lời cho biết họ không được huấn luyện về an toàn lao động và chỉ 52% được kiểm tra sức khỏe định kỳ¹². Ngoài ra, ngay cả khi pháp luật quy định năm loại bảo hiểm áp dụng với người lao động tại nơi làm việc thì việc tham gia và thụ hưởng đối với lao động nhập cư vẫn gặp phải những rào cản nhất định, do không có hợp đồng chính thức. Lương hưu và bảo hiểm y tế là những phúc lợi gắn liền chủ yếu với lao động địa phương. Khảo sát của Liên đoàn Công đoàn Trung ương Trung Quốc (ACFTU) cho thấy: 67,7% người lao động nhập cư được bảo hiểm hưu trí; 77,4% có bảo hiểm y tế và 70,3% được bảo hiểm thương tật lao động; chỉ có 55,9% số lao động nhập cư đủ điều kiện tham gia bảo hiểm thất nghiệp và 30,7% cho bảo hiểm thai sản¹³. Vấn đề tự

do liên kết và thương lượng tập thể, vốn là một nội dung mà Trung Quốc chưa cam kết và thừa nhận, vi phạm thậm chí còn trầm trọng hơn. Các báo cáo chỉ ra rằng, việc thương lượng tập thể thực chất hầu như không diễn ra, các cam kết chủ yếu chỉ tồn tại trên giấy, bởi ngay cả tổ chức đại diện tập thể lao động cũng chưa hoàn thành đúng mức vai trò đại diện và bảo vệ quyền lợi người lao động của mình¹⁴. Cho đến nay, Trung Quốc cũng mới chỉ thừa nhận các tổ chức công đoàn nằm trong ACFTU là hệ thống duy nhất đại diện cho người lao động, việc thành lập bất kỳ tổ chức công đoàn nào, dù là ở cấp cơ sở hay cấp ngành, địa phương đều phải được trình lên công đoàn cấp trên trực tiếp để phê duyệt, đồng thời chịu sự quản lý của cấp này. Dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản, ACFTU là một phần của Chính phủ và có nhiệm vụ hỗ trợ Chính phủ trong việc đảm bảo ổn định xã hội khi có những thay đổi kinh tế và bảo vệ người lao động trong nền kinh tế tư nhân. Các cải cách gần đây của ACFTU bao gồm việc thúc đẩy các cuộc bầu cử công đoàn trực tiếp ở cấp doanh nghiệp và việc mở công đoàn cho người lao động nhập cư. Điều này được phản ánh qua số liệu thống kê chính thức cho thấy khoảng 66 triệu công nhân nhập cư hiện thuộc về ACFTU. Tuy nhiên, bất chấp những cải cách này, mức độ tự chủ của hầu hết các công đoàn ở cấp cơ sở vẫn còn thấp, với phần lớn thành phần quản lý được chỉ định trực tiếp hoặc gián tiếp bởi Đảng¹⁵.

¹¹ Surendra Pratap (2012), *Political Economy of Special Economic Zones in China and Implications for Labour*, Centre for Workers Education, New Delhi, p.48.

¹² Surendra Pratap (2012), *tlđđ*, p.49.

¹³ Surendra Pratap (2012), *tlđđ*, p.49.

¹⁴ Surendra Pratap (2012), *tlđđ*, p.50.

¹⁵ International Trade Union Confederation (ITUC) (2010), *Internationally recognised core labour standards in the People's Republic of China: Report for the WTO General Council review of the trade*

1.2. Ấn Độ

Ở Ấn Độ, các đặc khu kinh tế được giới thiệu là thiên đường an toàn cho đầu tư có lợi nhuận¹⁶. Theo đó, việc xây dựng và phát triển đặc khu kinh tế đã được Bộ Thương mại Ấn Độ tích cực thúc đẩy như là một nỗ lực để chống lại các rào cản về thủ tục, thiếu hụt cơ sở hạ tầng, cơ cấu phức tạp và quan liêu do chính sách thương mại, thuế và lao động gây ra. Trong bối cảnh phát triển cơ sở hạ tầng trên khắp lãnh thổ Ấn Độ là không khả thi về mặt kinh tế cũng như thiếu thời gian để cải cách về cơ cấu, Chính phủ đã coi các đặc khu kinh tế là công cụ chiến lược quan trọng để thúc đẩy quá trình phát triển công nghiệp ở một nền kinh tế đang phát triển như Ấn Độ¹⁷.

Mô hình đặc khu kinh tế được triển khai tại Ấn Độ năm 1997 với những chính sách ưu đãi của Chính phủ nhằm thúc đẩy xuất khẩu và tăng sức cạnh tranh của nền kinh tế Ấn Độ. Diện tích của đặc khu kinh tế tùy thuộc vào tính chất của từng đặc khu kinh tế; tuy nhiên, Chính phủ Ấn Độ quy định ít nhất 50% diện tích này được sử dụng cho mục đích xuất khẩu, còn lại để xây dựng các khu chức năng khác. Luật Đặc khu kinh tế của Ấn Độ ban hành năm 2005 quy định Chính quyền trung ương cấp kinh phí hoặc cho vay đối với Ban quản lý đặc khu kinh tế nếu việc sử dụng vốn phù hợp với mục tiêu phát triển đặc khu kinh tế. Ban phê duyệt (Board of Approval) gồm 19 thành viên của

các bộ, ngành, có trách nhiệm xem xét và phê duyệt thành lập các đặc khu kinh tế. Tính đến năm 2010, Ấn Độ đã có 577 đặc khu kinh tế được cấp phép. Tuy nhiên, hiện tại chỉ còn 124 đặc khu kinh tế còn hoạt động, cho thấy việc phát triển tràn lan các đặc khu kinh tế ở Ấn Độ đã dẫn đến nhiều hạn chế.

Có nhiều nguyên nhân dẫn đến thất bại của mô hình đặc khu kinh tế ở Ấn Độ: Mức ưu đãi thuế dài hạn và tỷ lệ ưu đãi lớn gây thất thu cho ngân sách quốc gia; việc lựa chọn các ngành sản xuất và dịch vụ để thu hút đầu tư chưa thực sự phù hợp; mức thuế thay đổi không theo lộ trình làm mất niềm tin của nhà đầu tư, áp dụng đồng thời với các thỏa thuận thương mại tự do (FTA) không hợp lý khiến hàng hoá nhập khẩu vào thị trường nội địa chịu mức thuế quá cao; hệ thống cơ sở hạ tầng, đặc biệt là đường bộ, đường sắt kết nối đặc khu kinh tế tới cảng biển, sân bay còn yếu kém; số lượng các đặc khu kinh tế nhiều, nhưng nhỏ và tách biệt khiến việc đầu tư để đồng bộ các đặc khu kinh tế thực sự khó khăn; chính sách đất đai có nhiều kẽ hở khiến nhiều người đầu cơ trục lợi... Nguyên nhân cuối cùng, nhưng không kém phần quan trọng chính là các quy định của pháp luật lao động và an sinh xã hội áp dụng ở các đặc khu kinh tế Ấn Độ còn nhiều bất cập.

Có hơn 150 luật của tiểu bang và trung ương ở Ấn Độ chi phối các khía cạnh khác nhau của chính sách lao động và an sinh xã hội. Ở các đặc khu kinh tế, do chính quyền đặc khu cũng có thẩm quyền ban hành một số quy định để điều chỉnh các khía cạnh cụ thể của lao động và an sinh xã hội như tiền lương tối thiểu, bảo vệ việc làm, an toàn và sức khỏe nghề nghiệp, các biện pháp bảo vệ lao động nữ và lao động trẻ em... nên việc

policies of the People's Republic of China (Geneva), p.2.

¹⁶ MukundMate (2007), *India's SEZ Policy: Leading to Increased Disparity*, Icfai Journal of Infrastructure, Vol. 5, No. 2, p.36-41.

¹⁷ Sazzad Parwez (2016), *Labour and Labour Welfare in Special Economic Zones in India with Special Reference to Gujarat*, South Asian Survey 23(2), p.135-157.

áp dụng pháp luật thậm chí còn phức tạp hơn. Sự ra đời của Luật Đặc khu kinh tế năm 2005 cũng thay thế cho một số các quy định của pháp luật lao động quốc gia¹⁸. Với tất cả những quy định này, một số vấn đề đang có tính bất cập, thể hiện như sau:

Thứ nhất, về bảo đảm việc làm cho người lao động, để cắt giảm chi phí, có một thông lệ chung giữa các doanh nghiệp hoạt động trong đặc khu kinh tế là việc thuê nhân công được thực hiện thông qua các nhà thầu¹⁹. Tuy vậy, thực tế chỉ ra rằng, hầu hết những người lao động được tuyển dụng theo cách này đều không được cung cấp các giấy tờ hợp đồng hoặc các bằng chứng khác về việc tồn tại quan hệ lao động. Công nhân bị chuyển qua lại giữa những doanh nghiệp khác nhau (những doanh nghiệp có chung nhà thầu nhận cung ứng lao động), công việc không ổn định và thậm chí có thể bị mất việc bất cứ lúc nào mà không cần lý do và không cần báo trước²⁰. Ở một số tiểu bang, như bang Gujarat, việc sửa đổi Đạo luật Tranh chấp công nghiệp năm 2004 cho phép linh hoạt hơn trong thị trường lao động, đặc biệt cho các doanh nghiệp hoạt động trong đặc khu kinh tế được sa thải công nhân mà chỉ báo trước 1 tháng cho người lao động, không cần tới sự cho phép của Chính phủ. Quy định này tiềm ẩn các nguy cơ xâm hại quyền về việc làm của người lao động. Chính quyền bang Gujarat

thậm chí còn cho phép để các nhà đầu tư ký kết hợp đồng lao động xác định thời hạn khác so với quy định thông thường, dẫn đến việc công nhân bị bóc lột nhiều hơn.

Thứ hai, về điều kiện làm việc và phúc lợi xã hội, mặc dù đã có các quy định về tiền lương tối thiểu, thời gian làm việc – nghỉ ngơi và bảo hộ lao động, song các vi phạm xảy ra trên thực tế lại đến mức báo động. Một số nghiên cứu thực nghiệm về đặc khu kinh tế chỉ ra rằng, Đạo luật Tiền lương tối thiểu được quy định trên giấy nhưng người lao động không bao giờ được đảm bảo quyền này. Trong hầu hết các doanh nghiệp, ngoài những người lao động lâu dài, phần còn lại của lực lượng lao động, vốn chiếm tỷ lệ cao hơn, bị từ chối mức lương tối thiểu. Mặc dù giờ làm việc ở Ấn Độ bị giới hạn ở mức 48 giờ mỗi tuần, song số giờ làm việc từ 60 - 72 giờ mới là thông lệ phổ biến ở các đặc khu kinh tế. Các nghiên cứu cũng tiếp tục chỉ ra, môi trường làm việc không an toàn và nguy hiểm ở hầu hết các đặc khu kinh tế, song trên thực tế, các đơn vị này thường không tuân thủ các biện pháp bảo hộ lao động²¹. Các nguy cơ từ môi trường làm việc nặng nhọc, độc hại và nguy hiểm cùng với việc thiếu các biện pháp an toàn đã dẫn đến sự xuất hiện của vấn đề sức khỏe khác nhau như mất nước, phát ban, đột quỵ do nhiệt và các vấn đề về đường tiêu hóa. Trong ngành may mặc, hệ thống thông gió không phù hợp là một vấn đề phổ biến và người lao động thường mắc các bệnh rối loạn hô hấp khác nhau như hen suyễn, khó thở và ho kéo dài. Công nhân

¹⁸ Sazzad Parwez (2016), t.lđđ, p.137.

¹⁹ Sazzad Parwez (2016), t.lđđ, p.138.

²⁰ ILO (2011), *India trade unions and special economic zones in India*. New Delhi, India: NP Centre for Education and Communication (CEC), ILO Bureau for Workers' Activities (ACTRAV), 2012 International Labour Office, p.27, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_221002.pdf, truy cập ngày 7/12/2019.

²¹ Sazzad Parwez (2015), *Modified labour welfare measure for special economic zone and implications*. Shri Ram Centre for Industrial Relations & Human Resources, New Delhi, Indian Journal of Industrial Relations, 50(3), p.386-396.

không được trang bị đồ bảo hộ thích hợp và tai nạn diễn ra phổ biến ở các đặc khu kinh tế. Trên thực tế, hầu hết các nhà máy đã không trải qua các cuộc tập huấn về hỏa hoạn cũng như các biện pháp an toàn và sức khỏe; đồng thời cũng không có cơ sở y tế đa khoa để điều trị kịp thời cho người lao động²². Phúc lợi lao động và các biện pháp an sinh xã hội như Quỹ tiết kiệm, tiền thưởng và y tế cũng chỉ giới hạn ở những người lao động thường xuyên.

Thứ ba, về vấn đề đảm bảo quyền tự do liên kết của người lao động, Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) đã chỉ ra rằng, hoạt động của liên đoàn lao động thường không được khuyến khích hoặc thậm chí không có bóng dáng trong các đặc khu kinh tế của Ấn Độ²³. Chưa kể đến, quyền đình công của người lao động cũng bị hạn chế thông qua quy định của chính quyền về việc hoạt động kinh tế trong các đặc khu kinh tế là “dịch vụ công ích” (public utility service), vì nó đòi hỏi các thủ tục pháp lý phức tạp. Theo đó, người lao động không được đình công nếu không thông báo trước 6 tuần, đồng thời cũng cấm người lao động đình công trong khi tranh chấp đang được hoà giải và trong thời hạn 7 ngày sau khi hoà giải kết thúc²⁴.

²² Swaminathan, P. (2005), *The trauma of 'Wage Employment' and the 'Burden of Work' for women in India*, In K. Kannabiran (Ed.), *The violence of normal times: Essays on women's lived realities* (p.63-103), New Delhi, India: Women Unlimited.

²³ ILO (2011), *India trade unions and special economic zones in India*. New Delhi, India: NP Centre for Education and Communication (CEC), ILO Bureau for Workers' Activities (ACTRAV), 2012 International Labour Office, p.32, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_dialogue/--actrav/documents/publication/wcms_221002.pdf, truy cập ngày 7/12/2019.

²⁴ Section 22 in the Industrial Disputes Act, 1947 states thus: “22. *Prohibition of strikes and lock-outs:*

2. Một số bài học kinh nghiệm cho Việt Nam

Từ thực tiễn tại Trung Quốc và Ấn Độ, có thể nhận thấy rằng, thành công hay thất bại của các quốc gia khi phát triển mô hình đặc khu kinh tế có một phần quan trọng đến từ việc Nhà nước quy định và áp dụng chính sách lao động và an sinh xã hội có phù hợp hay không. Cụ thể, các quy định linh hoạt về việc làm (tiền lương, tuyển dụng, sa thải...) hay chính sách thu hút, quản lý và phát triển nguồn nhân lực đã đem đến sự thành công của đặc khu kinh tế tại Trung Quốc. Ngược lại, việc thành lập tràn lan các đặc khu kinh tế, hạ thấp các tiêu chuẩn lao động làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền của người lao động, áp dụng mức thuế ưu đãi dài hạn với tỷ lệ ưu đãi lớn, gây thất thu cho ngân sách quốc gia là nguyên nhân thất bại chủ yếu của mô hình đặc khu kinh tế tại Ấn Độ.

Ở Việt Nam, trước khi có chủ trương hình thành các đặc khu kinh tế, trong nước đã tồn tại 6 mô hình khu kinh tế, khu công nghiệp bao gồm: (1) Khu chế xuất, (2) Khu công nghiệp, (3) Khu công nghệ cao, (4) Khu kinh tế cửa khẩu, (5) Khu kinh tế mở; (6) Khu kinh tế ven biển. Trong hơn 20 năm hình thành và phát triển, các khu công nghiệp, khu kinh tế đã có đóng góp quan

(1) No person employed in a public utility service shall go on strike in breach of contract - (a) without giving to the employer notice of strike, as herein - after provided, within six weeks before striking; or (b) within fourteen days of giving such notice; or (c) before the expiry of the date of strike specified in any such notice as aforesaid; or (d) during the pendency of any conciliation proceedings before a conciliation officer and seven days after the conclusion of such proceedings”, https://indiacode.nic.in/showdata?actid=AC_CEN_6_6_00039_194714_1517807328510§ionId=24340§ionno=22&orderno=34, truy cập ngày 7/12/2019.

trọng vào quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa. Tuy nhiên, các đặc khu cũng bộc lộ một số hạn chế, như kém linh hoạt; cơ chế, chính sách ưu đãi chưa đủ sức cạnh tranh quốc tế; bộ máy quản lý với thẩm quyền chưa thống nhất và thủ tục hành chính chưa đủ thông thoáng, kết cấu hạ tầng và nguồn nhân lực chưa đáp ứng yêu cầu. Đến nay, có trên 300 khu công nghiệp, chiếm gần 10.000 ha đất, nhưng hàm lượng giá trị gia tăng trong chuỗi giá trị của sản phẩm công nghiệp chế biến chế tạo còn chưa cao. Bên cạnh đó, môi trường, tài nguyên đất cũng chưa được sử dụng hiệu quả, còn nhiều hạn chế²⁵.

Với mục đích hình thành những khu vực tăng trưởng cao có phương thức quản lý mới và ổn định trong một thời gian dài, có môi trường sống hiện đại, nâng cao thu nhập bình quân đầu người và đóng góp cho ngân sách nhà nước; trên cơ sở đó, tạo ra một môi trường đầu tư kinh doanh đặc biệt thuận lợi cho khởi nghiệp sáng tạo, nghiên cứu và phát triển; Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII đã ban hành Nghị quyết số 11 - NQ/TW ngày 03/6/2017 về hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, trong đó xác định: “*Xây dựng một số đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt với thể chế vượt trội để tạo cực tăng trưởng và thử nghiệm đổi mới, hoàn thiện tổ chức bộ máy thuộc hệ thống chính trị*”. Tuy nhiên, do đây là vấn đề mới, phức tạp; nhiều quy định về cơ chế, chính sách

mang tính đột phá cả về tổ chức bộ máy và quan điểm, định hướng phát triển trong điều kiện hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng và bối cảnh tình hình quốc tế và khu vực có nhiều diễn biến phức tạp, dự án Luật Đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt đã được tạm dừng chưa đưa ra Quốc hội biểu quyết thông qua²⁶. Việc lùi thời gian là để tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện, nhằm bảo đảm dự án Luật khi trình Quốc hội thông qua đáp ứng được các yêu cầu, nguyện vọng của các đại biểu Quốc hội, cử tri và nhân dân, xây dựng thành công 3 đặc khu, giữ vững an ninh quốc phòng và chủ quyền quốc gia.

Với các yêu cầu hoàn thiện pháp luật đáp ứng nhu cầu trong nước, có tính khả thi, đồng bộ và phù hợp với các tiêu chuẩn lao động quốc tế; từ kinh nghiệm tại Trung Quốc và Ấn Độ về xây dựng pháp luật lao động và an sinh xã hội ở các đặc khu kinh tế, có thể rút ra một số bài học cho Việt Nam để hoàn thiện các quy định về Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt, nhất là trong lĩnh vực lao động và an sinh xã hội như sau:

Thứ nhất, về lựa chọn mô hình đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt để xây dựng ở Việt Nam

Nhìn chung, thể chế và chính sách ở các đặc khu kinh tế trên thế giới không hoàn toàn giống nhau mà phân hoá thành ba cấp độ²⁷ chủ yếu như sau:

²⁵ Nguyễn Minh Huyền, Mai Thị Hải (2018), *Đặc khu kinh tế: Kinh nghiệm trên thế giới và những kỳ vọng cho Việt Nam*, Tạp chí Công sản điện tử, [http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/Doi-ngoai-va-hoi-nhap/2018/52012/Dac-khu-kinh-te-Kinh-nghiem-tren-the-gioi-va-nhung-ky.aspx](http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/Doi-ngoai-va-hoi-nhap/2018/52012/Dac-khu-kinh-te-Kinh-nghiem-tren-the-gioi-va-nhung-ky-voing-cho-Viet-Nam), truy cập ngày 01/07/2019.

²⁶ Minh Tú, *Vì sao Quốc hội chưa thảo luận về Luật Đặc khu tại Kỳ họp thứ 7?*, Tạp chí Kiểm sát điện tử, <https://kiemsat.vn/vi-sao-quoc-hoi-chua-thao-luan-ve-luat-dac-khu-tai-ky-hop-thu-7-52372.html>, truy cập ngày 01/01/2020.

²⁷ Ban Soạn thảo Luật Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt (2017), *Báo cáo tổng hợp kinh nghiệm quốc tế về xây dựng, phát triển và quản lý mô hình đặc khu kinh tế và các mô hình tương tự khác*, ngày 09/10/2017, tr. 14.

- *Cấp độ 1*, đặc khu được Chính phủ trao quyền tự chủ, linh hoạt trong phạm vi nhất định, theo đó chính quyền đặc khu được quyền điều hành mọi hoạt động kinh tế - xã hội trên địa bàn. Đặc khu được hưởng những quy chế, chính sách mang tính chất ưu đãi đặc biệt, nhất là chính sách miễn thuế để thúc đẩy phát triển nhanh công nghiệp, thương mại và dịch vụ. Điển hình của mô hình này là các đặc khu kinh tế Thâm Quyển, Chu Hải, Sán Đầu, Hạ Môn... của Trung Quốc; đặc khu kinh tế tự do Incheon, Busan – Jinhae... của Hàn Quốc; Trung tâm tài chính quốc tế Dubai của Các Tiểu vương quốc Ả Rập thống nhất, đặc khu Gujarat, Haryana, Madhya Pradesh... của Ấn Độ.

- *Cấp độ 2*, đặc khu có thể chế kinh tế và hành chính độc lập, tự do và vượt trội hơn so với các khu vực khác của đất nước. Theo đó, chính quyền đặc khu được phân cấp thẩm quyền trên tất cả các lĩnh vực, trừ lĩnh vực quốc phòng và ngoại giao. Hệ thống tòa án, luật pháp, thể chế chính trị, đồng tiền lưu hành trong đặc khu kinh tế và các vùng lãnh thổ còn lại của quốc gia giống nhau. Việc xây dựng và phát triển của đặc khu có sự hỗ trợ tích cực của chính quyền Trung ương. Điển hình của mô hình này là thành phố quốc tế tự do Jeju, Hàn Quốc và tỉnh tự trị Trento, Italia.

- *Cấp độ 3*, đặc khu có hệ thống chính trị, thể chế kinh tế và hành chính độc lập so với các khu vực khác của đất nước. Chính quyền Trung ương chịu trách nhiệm về mặt quốc phòng và ngoại giao, không can thiệp vào việc quản lý, điều hành đặc khu. Đặc khu có tính tự trị cao với mức tự do hóa vượt trội trên mọi lĩnh vực: Có hiến pháp riêng, có hệ thống chính trị riêng, có chế độ

bầu cử riêng, có Quốc hội riêng, có đồng tiền riêng, có thể chế kinh tế tự do và hành chính độc lập. Điển hình của mô hình này là đặc khu hành chính Hồng Kông, đặc khu hành chính Macau (Trung Quốc) và Quần đảo Cayman (Vương quốc Anh).

Do có sự khác biệt về thể chế hành chính – kinh tế như trên, định hướng pháp luật điều chỉnh lĩnh vực lao động và an sinh xã hội của các đặc khu kinh tế cũng không hoàn toàn giống nhau. Theo đó, các quy định pháp luật lao động và an sinh xã hội của các đặc khu kinh tế được xây dựng có điểm khác biệt nhất định với hệ thống pháp luật của quốc gia. Xem xét một cách tổng thể, đặc biệt từ góc độ chính trị, mô hình đặc khu kinh tế thứ hai và thứ ba chưa thực sự phù hợp với thể chế và chính sách của Việt Nam. Sẽ là phù hợp hơn nếu chúng ta lựa chọn mô hình đặc khu kinh tế thứ nhất, giống với mô hình mà Trung Quốc xây dựng ở Thâm Quyển. Việc lựa chọn mô hình đặc khu kinh tế như Thâm Quyển (Trung Quốc) cũng phù hợp với các đặc trưng của hệ thống pháp luật lao động ở Việt Nam – luôn coi người lao động là đối tượng yếu thế cần phải bảo vệ trong tương quan so sánh với ưu thế (về tài sản, quyền quản lý và phân phối thu nhập) của người sử dụng lao động; xây dựng các định mức và khuôn khổ của quan hệ lao động gắn với các quyền tối thiểu và nghĩa vụ tối đa của người lao động, từ đó buộc người sử dụng lao động phải đảm bảo các điều kiện làm việc cho người lao động không thấp hơn mức mà pháp luật quy định.

Như vậy, khi xây dựng mô hình đặc khu kinh tế theo mô hình thứ nhất, chính quyền đặc khu được phép điều hành và đưa ra các chính sách ưu đãi cho nhà đầu tư, song cũng

không được làm xấu đi các tiêu chuẩn lao động được hình thành trong pháp luật lao động quốc gia, làm ảnh hưởng đến quyền lợi của người lao động. Đơn cử như quy định về tiền lương tối thiểu, mức chuẩn về trợ giúp xã hội có thể xây dựng ở mức cao hơn so với quy định chung, song không được phép nói lỏng các điều kiện về căn cứ và thủ tục khi người sử dụng lao động chấm dứt hợp đồng với người lao động, vì có nguy cơ dẫn đến việc nhà đầu tư có thể sa thải hàng loạt đối với người lao động làm việc tại các đặc khu kinh tế...

Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, trong quá trình phát triển đặc khu, sự can thiệp từ chính quyền trung ương sẽ làm giảm cơ hội thử nghiệm các ý tưởng táo bạo ở các đặc khu, song nếu trao quyền lực quá lớn cho đặc khu có thể dẫn đến việc thiết lập các Nhà nước bên trong Nhà nước. Đáng quan ngại hơn là các khoản ưu đãi để thu hút nhà đầu tư kéo theo sự méo mó bên trong các nền kinh tế. Nếu không được quản lý chặt chẽ, các đặc khu trở thành nơi ẩn náu của hoạt động rửa tiền, chẳng hạn như việc lập các hóa đơn khống trong xuất khẩu²⁸.

Thứ hai, cần ban hành chính sách ưu đãi cao hơn các luật hiện hành để thu hút và phát triển nguồn nhân lực chất lượng cao tại các đặc khu kinh tế, đảm bảo khả năng cạnh tranh quốc tế

Chủ trương xây dựng và phát triển các đặc khu kinh tế ở Việt Nam đang đối mặt với rất nhiều khó khăn, thách thức và cạnh

tranh quốc tế gay gắt. Việc phát triển đặc khu kinh tế ở Việt Nam trong thời điểm hiện nay nếu chỉ bao gồm ưu đãi về thuế và phí sẽ không phù hợp và chưa tạo động lực để thu hút các nhà đầu tư chiến lược. Bên cạnh đó, trong quá trình hội nhập kinh tế quốc tế ngày càng sâu rộng, Việt Nam đã tham gia và đang đàm phán nhiều hiệp định tự do song phương, đa phương với độ mở cao cho thương mại hàng hóa, dịch vụ, đầu tư áp dụng cho toàn bộ nền kinh tế. Do vậy, việc ban hành các cơ chế, chính sách ưu đãi vượt trội cho mô hình đặc khu kinh tế cần được xem xét trong mối tương quan và tính cạnh tranh so với các cam kết quốc tế và cơ chế, chính sách dành cho mô hình tương tự của các nước trong khu vực. Về vấn đề này, có thể tham khảo các kinh nghiệm của Trung Quốc và các nước xây dựng đặc khu kinh tế thành công khác như sau:

Một là, quy định về miễn thị thực với người nước ngoài có thời gian tạm trú ngắn. Hiện nay, cả đặc khu Thẩm Quyển và Thượng Hải của Trung Quốc đều đang áp dụng chính sách miễn thị thực trong thời hạn tạm trú tối đa 3 ngày (có thể kéo dài đến 6 ngày) với người nước ngoài nhập cảnh vào đặc khu. Tuy nhiên, để tạo sức hút đầu tư cho các đặc khu kinh tế ở Việt Nam, trong khi rất nhiều các đặc khu kinh tế trên thế giới hiện nay đang áp dụng chính sách miễn thị thực trong thời hạn 30 ngày (Singapore, Batam (Indonesia), Quần đảo Virgin (Anh), Jeju (Hàn Quốc)²⁹...), thiết nghĩ chúng ta cần quy định thời hạn tạm trú tối đa được miễn thị thực ít nhất từ

²⁸ Nguyễn Minh Huyền, Mai Thị Hải (2018), *Đặc khu kinh tế: Kinh nghiệm trên thế giới và những kỳ vọng cho Việt Nam*, Tạp chí Công sản điện tử, <http://www.tapchiconsan.org.vn/Home/Doi-ngoai-va-hoi-nhap/2018/52012/Dac-khu-kinh-te-Kinh-nghiem-tren-the-gioi-va-nhung-ky.aspx>, truy cập ngày 01/07/2019.

²⁹ Ban Soạn thảo Luật Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt (2017), *Báo cáo tổng hợp kinh nghiệm quốc tế về xây dựng, phát triển và quản lý mô hình đặc khu kinh tế và các mô hình tương tự khác*, ngày 09/10/2017, tr.5, 36, 47, 61.

30 ngày trở lên, hoặc có thể nâng lên đến 60 ngày như trong dự thảo Luật Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt³⁰. Ngoài ra, việc cấp thẻ tạm trú và thẻ công dân đối với cá nhân nhà đầu tư nước ngoài, đồng thời ưu tiên nhập cư theo trình độ, kinh nghiệm, đóng góp khoa học đối với lao động chất lượng cao cũng là bài học mà Việt Nam cần học hỏi từ Trung Quốc.

Hai là, hỗ trợ chi phí đào tạo nghề ngắn hạn cho người lao động Việt Nam làm việc cho dự án đầu tư tại đặc khu kinh tế theo phương thức chia sẻ giữa Nhà nước và nhà đầu tư.

Ba là, hỗ trợ xây dựng nhà ở hoặc cho người lao động thuê nhà ở với mức phí ưu đãi, phát triển hệ thống hạ tầng và các dịch vụ thiết yếu như y tế, giáo dục một cách đồng bộ, nâng cao dần chất lượng dịch vụ cung cấp. Riêng với lao động chất lượng cao (đáp ứng tiêu chuẩn cụ thể) được Nhà nước hỗ trợ mua nhà, thuê nhà theo giá ưu đãi, với phương thức cho vay thế chấp ngân hàng, trả tiền nhà theo từng giai đoạn; được hỗ trợ nhà ở sau thời gian công hiến.

Bốn là, hình thành các công cụ hỗ trợ mềm để nâng cao chất lượng cuộc sống của người dân và lao động tại các đặc khu kinh tế, nhất là các hoạt động cộng đồng để kết nối người dân từ các nền văn hoá khác nhau, các nhóm an ninh tình nguyện và hỗ trợ cho đối tượng bảo trợ xã hội...

Năm là, vận dụng các tiến bộ khoa học kỹ thuật, xây dựng một hệ thống quản lý

điện tử trực tuyến, có tính tự động hóa cao, vừa đảm bảo hiệu quả, năng suất làm việc, vừa đảm bảo tính công khai, minh bạch, liên thông trong quản lý các lĩnh vực, trong đó có y tế, giáo dục, việc làm, nhà ở... như đặc khu kinh tế Thẩm Quyển và Thượng Hải (Trung Quốc). Bài học này đã được vận dụng thành công ở các đặc khu kinh tế khác ở Đông Nam Á là đặc khu kinh tế tỉnh Tak (Thái Lan)³¹ và các đặc khu kinh tế của Singapore³².

Việc thành lập đặc khu kinh tế nhằm tạo ra một không gian mở thu hút các nguồn vốn đầu tư trong và ngoài nước về đây. Đặc khu sẽ là một nơi tập trung các hoạt động đầu tư với tần suất dày đặc. Vì vậy, khung pháp lý điều chỉnh hoạt động đầu tư tại đặc khu kinh tế vừa phải chặt chẽ, vừa có “độ mở” phù hợp là yêu cầu cấp thiết được đặt ra cho các nhà lập pháp. Theo tính toán của các địa phương, việc áp dụng các cơ chế, chính sách ưu đãi vượt trội phát triển đặc khu kinh tế sẽ tạo thêm nhiều việc làm mới cho người lao động, gia tăng thu nhập bình quân đầu người, hình thành môi trường sống văn minh, hiện đại của các tỉnh xây dựng đặc khu kinh tế. Cụ thể, theo kế hoạch thành lập các đặc khu kinh tế, dự kiến tới năm 2030, đặc khu kinh tế Vân Đồn tạo thêm việc làm mới cho khoảng 132.000 người với mức lương bình quân là 9.500 USD/năm; đặc khu kinh tế Bắc Vân

³⁰ Điều 52 Dự thảo lần thứ 7 Luật Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt (Dự thảo Luật trình cho ý kiến tại kỳ họp thứ 5, Quốc hội khóa XIV), nguồn: http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1319&TabIndex=1&LanID=1513, truy cập ngày 01/01/2020.

³¹ Ban Soạn thảo Luật Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt (2017), *Báo cáo tổng hợp kinh nghiệm quốc tế về xây dựng, phát triển và quản lý mô hình đặc khu kinh tế và các mô hình tương tự khác*, ngày 09/10/2017, tr.49.

³² Ban Soạn thảo Luật Đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt (2017), *Báo cáo tổng hợp kinh nghiệm quốc tế về xây dựng, phát triển và quản lý mô hình đặc khu kinh tế và các mô hình tương tự khác*, ngày 09/10/2017, tr.42.

Phong tạo thêm việc làm mới cho khoảng 65.000 người với mức lương bình quân là 9.000 USD/năm và đặc khu kinh tế Phú Quốc tạo thêm việc làm mới cho khoảng 57.600 người³³.

Thứ ba, sửa đổi các quy định pháp luật lao động trong nước để đáp ứng với các tiêu chuẩn lao động quốc tế và cam kết của Việt Nam trong các Hiệp định thương mại tự do đã ký kết

Tiêu chuẩn lao động quốc tế là tổng hợp các nguyên tắc, định hướng, định mức... về điều kiện lao động và sử dụng lao động, quyền, nghĩa vụ và sự hợp tác của các bên liên quan trong quá trình sử dụng lao động, quản lý và tác động tới thị trường lao động³⁴. Các tiêu chuẩn này được phản ánh trong các Công ước và Khuyến nghị của ILO, đặc biệt là 4 cặp Công ước quan trọng quy định về các nguyên tắc và quyền cơ bản tại nơi làm việc, trong đó quy định hướng tới 4 nội dung chính, bao gồm: (i) Tự do liên kết và quyền thương lượng tập thể³⁵; (ii) Xóa bỏ mọi hình thức lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc³⁶; (iii) Xóa bỏ lao động trẻ em³⁷ và (iv) Xóa bỏ phân biệt đối xử

trong việc làm và nghề nghiệp³⁸. Trong bối cảnh hội nhập kinh tế giữa các quốc gia và vùng lãnh thổ, các tiêu chuẩn lao động quốc tế là một thành tố quan trọng trong khuôn khổ hợp tác quốc tế để đảm bảo sự phát triển của nền kinh tế toàn cầu mang lại lợi ích cho tất cả mọi người³⁹.

Kể từ khi quay trở lại làm thành viên của ILO vào năm 1992 đến nay, Việt Nam đã gia nhập 24 Công ước của tổ chức này, trong đó có 6/8 Công ước liên quan đến tiêu chuẩn lao động quốc tế cơ bản. Về nguyên tắc, Việt Nam chỉ có nghĩa vụ ràng buộc về pháp lý đối với các tiêu chuẩn lao động quốc tế thể hiện trong các công ước liên quan đã phê chuẩn. Tuy nhiên, với Tuyên bố năm 1998 của ILO về các nguyên tắc và quyền cơ bản trong lao động, Việt Nam đã cùng với các nước thành viên khác của ILO cam kết sẽ tôn trọng và thúc đẩy các nguyên tắc và quyền được nêu trong 8 Công ước cơ bản của ILO, dù phê chuẩn hay chưa phê chuẩn những Công ước này⁴⁰. Do đó, trong quan hệ với ILO, Việt Nam có nghĩa vụ nội luật và thực thi đối với 24 Công ước đã phê chuẩn và 2 Công ước chưa phê chuẩn là

³³ Bộ Kế hoạch và Đầu tư (2017), *Báo cáo Đánh giá tác động của Luật đơn vị hành chính – kinh tế đặc biệt*.

³⁴ Trường Đại học Luật Hà Nội (2018), *Giáo trình Luật Lao động Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, tr.44.

³⁵ Công ước số 87 về Tự do hiệp hội và bảo vệ quyền tổ chức (1948) và Công ước số 98 về Áp dụng các nguyên tắc của quyền tổ chức và thương lượng tập thể (1949).

³⁶ Công ước số 29 về Lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc (1930) và Công ước số 105 về Xóa bỏ lao động cưỡng bức (1957).

³⁷ Công ước số 138 về Tuổi lao động tối thiểu (1973) và Công ước số 182 về Xóa bỏ những hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất (1999).

³⁸ Công ước số 100 về Trả công bình đẳng giữa lao động nam và lao động nữ làm công việc có giá trị ngang nhau (1951) và Công ước số 111 về Phân biệt đối xử trong việc làm và nghề nghiệp (1958).

³⁹ ILO (2019), *Introduction to International Labour Standards*, <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/lang--en/index.htm>, truy cập ngày 01/01/2020.

⁴⁰ Chang Hee Lee (Giám đốc Văn phòng ILO tại Việt Nam) (2016), *Tác động của các tiêu chuẩn lao động quốc tế trong Tuyên bố năm 1998 của ILO về những Nguyên tắc và quyền cơ bản trong lao động tới doanh nghiệp ở cấp quốc gia và cạnh tranh trong TPP*, nguồn: www.ilo.org/hanoi/Informationresources/Publicinformation/Speeches/WCMS_469854/lang--vi/index.htm, truy cập ngày 2/1/2020.

Công ước số 87 (1948) và Công ước số 105 (1957). Đánh giá chung về các quy định của pháp luật lao động Việt Nam hiện hành có thể thấy, về cơ bản pháp luật lao động Việt Nam đã tương thích nhiều mặt với các tiêu chuẩn lao động quốc tế cơ bản mà ILO đưa ra. Tuy nhiên, vẫn còn một số bất cập tồn tại, chủ yếu trong việc chưa đảm bảo quyền tự do liên kết và quyền thương lượng tập thể tại nơi làm việc. Đây cũng là một trong những vấn đề đáng lo ngại, được ILO đưa ra và cảnh báo thường xuyên đối với các nước thành viên khi xây dựng và áp dụng các tiêu chuẩn lao động tại các đặc khu kinh tế, đặc biệt tại Ấn Độ, Myanmar, Bangladesh, Philippines, Sri Lanka, Honduras và Trung Quốc⁴¹...

Trong xu hướng hợp tác quốc tế mạnh mẽ giữa Việt Nam với các quốc gia và khu vực, những năm vừa qua, chúng ta đã đạt nhiều thoả thuận nhằm loại bỏ các rào cản về thương mại trên thị trường hàng hoá và dịch vụ quốc tế, chính là các Hiệp định thương mại tự do (Free Trade Agreement – FTA), đặc biệt là các FTA thế hệ mới như Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) và FTA với Liên minh châu Âu (EVFTA), trong đó CPTPP chính thức có hiệu lực đối với Việt Nam từ ngày 14/1/2019⁴². Hiệp định bao

gồm 30 chương điều chỉnh nhiều nội dung lớn về thương mại, tài chính, đầu tư... trong đó có chương 19 về vấn đề lao động. Trên cơ sở khẳng định lại những cam kết đã được nêu trong Tuyên bố của ILO năm 1998 mà Việt Nam là thành viên, Hiệp định CPTPP yêu cầu các quốc gia thành viên (trong đó có Việt Nam) phải “*thông qua và duy trì*” trong luật và trong thực tiễn các tiêu chuẩn lao động cơ bản. Như vậy, mức độ yêu cầu thực hiện cam kết đối với thành viên của Hiệp định CPTPP về tiêu chuẩn lao động cơ bản “*cao hơn*” so với yêu cầu của thành viên ILO (“*tôn trọng và thúc đẩy*”). Do đó, để thực hiện được các cam kết, thỏa thuận trong CPTPP nói riêng và các FTA thế hệ mới nói chung, Việt Nam phải đáp ứng các điều khoản về lao động trên cơ sở mà ILO nêu, đặc biệt là về tự do liên kết và thương lượng tập thể.

Thứ tư, hoàn thiện các thiết chế nhằm đảm bảo thực hiện quy định của pháp luật và nâng cao hiệu quả thực thi

Kinh nghiệm từ Ấn Độ đã chỉ ra rằng, không chỉ cần có một hệ thống các quy định pháp luật phù hợp, mà thành công trong việc xây dựng đặc khu kinh tế ở các quốc gia còn đến từ việc bộ máy nhà nước có đảm bảo việc thực hiện các quy định chặt chẽ và hiệu quả hay không. Theo đó, sự phối hợp phải diễn ra một cách đồng bộ và quyết liệt từ nhiều hệ thống cơ quan khác nhau, thanh tra, kiểm tra, phát hiện và xử lý vi phạm, cả hành chính và hình sự. Chỉ khi hoạt động này được thực hiện một cách thường xuyên thì hiệu quả thực thi các quy định pháp luật mới được đảm bảo.

⁴¹ ILO (2019), *Application of International Labour Standards 2019: Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22, 23 and 35 of the Constitution). Report III (Part A): General Report and observations concerning particular countries. International Labour Conference, 108th Session, Geneva.*

⁴² Vụ Chính sách thương mại đa biên – Bộ Công Thương (2019), *Hiệp định CPTPP chính thức có hiệu lực đối với Việt Nam từ ngày 14/01/2019*, Công

thông tin điện tử Bộ Công Thương, truy cập ngày 01/01/2020.

THẺ LỆ GỬI BÀI CHO TẠP CHÍ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1. Bài viết gửi tới Tạp chí Nhà nước và Pháp luật là các bài nghiên cứu khoa học pháp lý có nội dung mới, công bố kết quả nghiên cứu, giới thiệu kinh nghiệm trong nước và quốc tế, trao đổi khoa học, bình luận, phản biện về những vấn đề lý luận và thực tiễn thuộc lĩnh vực nhà nước và pháp luật.

2. Bài gửi Tạp chí chưa được gửi đăng trên các báo, tạp chí khác. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ, hình ảnh minh họa... trong bài viết.

3. Bài viết gửi Tạp chí có bố cục gồm 3 phần: *i) Tên bài viết; ii) Tóm tắt từ 5 đến 7 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) nêu bật những nội dung chính, đóng góp mới của bài viết; iii) Nội dung bài viết.* Bài gửi Tạp chí cần ghi rõ tên tác giả (đồng tác giả), chức danh khoa học, học vị và cơ quan công tác. Tên bài viết, tên các mục, tiểu mục ngắn gọn, không có dấu chấm ở cuối dòng. Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, cần đánh số theo thứ tự: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

4. Bài gửi Tạp chí phải được đánh máy vi tính, định dạng khổ giấy A4, lề trên và lề dưới 2 cm, lề phải và lề trái 2,5 cm, font chữ Times New Roman, cỡ chữ 14, cách dòng 1.5 lines, trình bày giản dị, không rườm rà, hoa mỹ. *Mỗi bài gửi cho Tạp chí có độ dài tối thiểu là 6 trang, tối đa là 18 trang*, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in.

- Bản điện tử của bài viết có thể gửi qua email theo địa chỉ: tcnnpl@isl.gov.vn hoặc chuyển trực tiếp cho Tòa soạn Tạp chí.

- Bản in của bài viết được gửi theo địa chỉ: *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, phòng 221, số 27, phố Trần Xuân Soạn, Hai Bà Trưng, Hà Nội*; điện thoại: 024.39713333.

5. Các thuật ngữ tiếng nước ngoài sử dụng trong bài viết cần trích dẫn nguyên văn (không phiên âm sang tiếng Việt), kèm theo phân dịch sang tiếng Việt (trừ trường hợp không có thuật ngữ được dịch tương ứng).

6. Viết tắt: Chữ cần viết tắt khi xuất hiện lần đầu trong bài được viết đầy đủ và liền đó đặt ký hiệu viết tắt của chữ đó trong ngoặc đơn. Ký hiệu viết tắt phải được dùng thống nhất trong toàn bài viết. Không viết tắt trong tên bài viết, tên các mục, tiểu mục; không viết tắt những cụm từ ít xuất hiện trong bài.

7. Tài liệu tham khảo và cách thức trích dẫn: Tài liệu tham khảo được sử dụng trong bài phải đảm bảo độ tin cậy khoa học, chính xác, minh bạch. Tác giả bài viết hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc trích dẫn, chú thích nguồn tài liệu tham khảo. Nếu trích dẫn nguyên văn thì phải để trong dấu ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép. Cả 2 cách thức trích dẫn đều phải được chú thích nguồn đầy đủ:

- Đối với tài liệu là các bài tạp chí cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), tên tạp chí, số xuất bản, năm xuất bản, số trang trong tạp chí được trích dẫn. Ví dụ: Nguyễn Văn A, *Bàn về quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2, năm 2010, tr. 32.

- Đối với tài liệu là sách cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên sách (in nghiêng), nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Trần Đình B, *Giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2011, tr. 50.

- Đối với tài liệu trên website cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Phạm Thị H, *Nguyên tắc suy đoán vô tội trong Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, <http://isl.vass.gov.vn>, truy cập ngày 15/5/2011.

8. Khi gửi bài viết, tác giả đồng thời cung cấp cho Tạp chí các thông tin sau: Địa chỉ gửi tạp chí biểu; số tài khoản cá nhân để trả nhuận bút (tên chủ tài khoản, ngân hàng và chi nhánh ngân hàng mở tài khoản), số điện thoại, email để thuận tiện cho Tạp chí trong việc liên lạc, trao đổi với tác giả.

9. Sau khi biên tập xong, Tạp chí sẽ thông báo cho tác giả về việc sử dụng hay không sử dụng bài viết qua đường email. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được đăng tải.

10. Tác giả có bài viết đăng trên Tạp chí được trả nhuận bút theo quy định hiện hành và được biểu 01 cuốn Tạp chí có bài viết của mình.