

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 17 (297)

Kỳ 1 - Tháng 09/2015

- ▶ Giải quyết tranh chấp bằng thủ tục trọng tài theo phụ lục VII - Công ước quốc tế của Liên hợp quốc về Luật biển năm 1982
- ▶ Hoàn thiện các quy định về đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự
- ▶ Quan điểm và giải pháp đảm bảo quyền của các dân tộc thiểu số

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Mục lục 9/2015

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Mỗi quan hệ công tác giữa Ban thư ký với các cơ quan của Quốc hội, các cơ quan thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội và Văn phòng Quốc hội

TS. Bùi Ngọc Thanh

8 Thuật ngữ "trách nhiệm" và thực tiễn pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước

ThS. Bùi Thị Ngọc Mai

14 Giải quyết tranh chấp bằng thủ tục trọng tài theo phụ lục VII - Công ước quốc tế của Liên hợp quốc về Luật biển năm 1982

TS. Ngô Hữu Phước

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

25 Giám sát và giám sát tối cao trong Dự thảo Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân

ThS. Vũ Thu Hằng

30 Hoàn thiện các quy định về đại diện theo ủy quyền trong tố tụng dân sự

TS. Nguyễn Duy Phương

34 Hoàn thiện các quy định về bảo vệ người bị hại, người làm chứng là người chưa thành niên trong pháp luật tố tụng hình sự

PGS, TS. Nguyễn Minh Đức - Nguyễn Ngọc Minh

CHÍNH SÁCH

41 Quan điểm và giải pháp đảm bảo quyền của các dân tộc thiểu số

TS. Nguyễn Lâm Thành

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

48 Kiến nghị sửa đổi một số quy định về cơ sở thường trú doanh nghiệp nước ngoài

ThS. Dương Văn Học

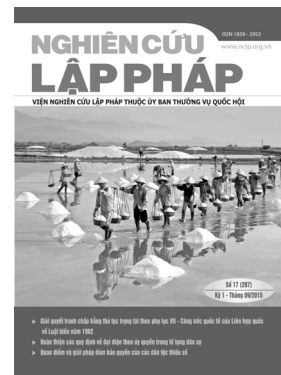
54 Những giải pháp đẩy mạnh thực thi Luật Phòng, chống tác hại của thuốc lá

TS. Bành Quốc Tuấn

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

60 Quy định về định giá tài sản là quyền sở hữu trí tuệ khi góp vốn thành lập doanh nghiệp theo pháp luật Việt Nam và pháp luật Cộng hòa Pháp

ThS. Nguyễn Võ Linh Giang



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS. TS. ĐÌNH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 043.2121202

TÀI KHOẢN:

0011000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

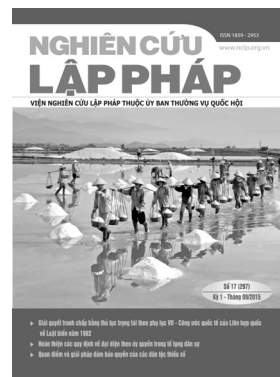
GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Làng Muối

Ảnh: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 9/2015

STATE AND LAW

- 3** Working relationship between the Secretariat and the organs of the National Assembly, the agencies under the Standing Committee of the National Assembly and the National Assembly Office

Dr. Bui Ngoc Thanh

- 8** The term "responsibility" and current legal issues on the responsibility of the head of state administrative bodies

LLM. Bui Thi Ngoc Mai

- 14** Settlement of disputes by arbitration proceedings under Annex VII – United Nations Convention on the Law of the Sea 1982

Dr. Ngo Huu Phuoc

DISCUSSION OF BILLS

- 25** Supervision and supreme supervision in the Draft Law on supervision activities of the National Assembly and People's Councils

LLM. Vu Thu Hang

- 30** Improving the provisions on authorized representatives in civil proceedings

Dr. Nguyen Duy Phuong

- 34** Improving the provisions on protection of juvenile victims and witnesses in criminal law

Prof, Dr. Nguyen Minh Duc – Nguyen Ngoc Minh

POLICIES

- 41** The views and solutions to ensure the rights of ethnic minorities

Dr. Nguyen Lam Thanh

LEGAL PRACTICE

- 48** Recommendations of amending a number of provisions on permanent establishments of foreign enterprises

LLM. Duong Van Hoc

- 54** The solutions to boost the enforcement of the Law on prevention and control of tobacco harms

Dr. Banh Quoc Tuan

FOREIGN EXPERIENCE

- 60** Provisions for valuation of intellectual property assets as contributing capital to establish enterprises under the laws of Vietnam and of the Republic of France

LLM. Nguyen Vo Linh Giang

EDITORIAL:

Prof. Dr. DINH XUAN THAO (Chairman)
Prof. Dr. DAO TRONG THI
Prof. Dr. PHAN TRUNG LY
Dr. NGUYEN SI DUNG
Prof. Dr. TRAN NGOC DUONG
Dr. NGO DUC MANH
Dr. DUONG NGOC NGUU
Prof. Dr. DINH VAN NHA
Prof. Dr. TRAN DINH NHA
Prof. Dr. HOANG VAN TU
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISMENT:

N^o 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

MỐI QUAN HỆ CÔNG TÁC GIỮA BAN THƯ KÝ VỚI CÁC CƠ QUAN CỦA QUỐC HỘI, CÁC CƠ QUAN THUỘC ỦY BAN THƯỜNG VỤ QUỐC HỘI VÀ VĂN PHÒNG QUỐC HỘI

BÙI NGỌC THANH *

Luật Tổ chức Quốc hội được Quốc hội khóa XIII, kỳ họp thứ 8 thông qua ngày 20/11/2014, có hiệu lực thi hành từ ngày 01/01/2016 (sau đây gọi là Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014). Trong Luật này, Chương VI quy định về Tổng thư ký Quốc hội, Ban thư ký; Văn phòng Quốc hội; các cơ quan thuộc Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH).

1. Một số nội dung cần được xem xét trước

1.1 Ba vấn đề để lại cho văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành

- Một là, cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ của Văn phòng Quốc hội (khoản 3 Điều 99).

- Hai là, cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan thuộc UBTVQH (khoản 2 Điều 100).

- Ba là, Ban thư ký thuộc Văn phòng Quốc hội hay trực thuộc Quốc hội (khoản 2 Điều 98).

Đó là những vấn đề mà Luật còn để lại cho văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành. Do chưa có các văn bản hướng dẫn nên phải tạm thời thống nhất với nhau một số điểm trước khi bàn về các mối quan hệ.

Về vấn đề thứ nhất: Chúng tôi dự tính, cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Văn phòng Quốc hội cho đến nay đã tương đối ổn định sau khi UBTVQH đã ban hành Nghị quyết số 618/2013/UBTVQH13 năm 2013 sửa đổi, bổ sung một số nội dung của Nghị quyết số 417 năm 2003. Chỉ có một vấn đề phải bàn và xác định cho rõ, đó là, các đơn vị (Vụ, Trung tâm ...) của các cơ quan thuộc UBTVQH có còn là những đơn vị do Văn phòng Quốc hội quản lý về nhân sự, chính sách, chế độ nữa không? Vì khoản 2 Điều 100 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 quy định, “UBTVQH quy định cơ cấu tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn, chế độ, chính sách áp dụng đối với đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức, người lao động khác làm việc tại các cơ quan này phù hợp với tính chất đặc thù của hoạt động của Quốc hội”. Trên thực tế thì Viện Nghiên cứu Lập pháp thuộc UBTVQH đã thực thi quy định này; còn Vụ Công tác đại biểu, Vụ Dân nguyện và Trung tâm Bồi dưỡng đại biểu dân cử, theo thông tin mà chúng tôi nắm được, thì đang xây dựng đề án theo khoản 2 Điều 100 nói trên. Tuy nhiên, việc này ảnh hưởng không nhiều đến Ban thư ký. Về mối quan

* TS. Nguyên Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội.

hệ công tác được bàn ở đây là mối quan hệ về chuyên môn, nghiệp vụ; còn những vấn đề về cơ sở vật chất - kỹ thuật, điều kiện làm việc có lẽ sẽ bàn ở một phạm vi khác.

Về vấn đề thứ hai: Các cơ quan của UBTVQH đang làm đề án về kiện toàn bộ máy, hoàn thiện cơ cấu tổ chức, làm rõ hơn chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn... nhưng đến nay cũng chưa có những thay đổi lớn, nghĩa là vẫn ổn định, hoạt động bình thường.

Vấn đề thứ ba: Ban thư ký trực thuộc cơ quan nào? Trước đây Đoàn thư ký kỳ họp là tổ chức giúp việc cho Quốc hội tại kỳ họp do Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội - Trưởng đoàn thư ký điều hành. Nay, khoản 2 Điều 98 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 quy định, “Giúp việc cho Tổng thư ký Quốc hội có Ban thư ký. Cơ cấu tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể của Ban thư ký do UBTVQH quy định”. Trước mắt tạm thời vẫn giữ mối quan hệ trực thuộc như hiện tại, nghĩa là Ban thư ký của Quốc hội do Tổng thư ký - Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội điều hành, chỉ thay đổi cơ cấu tổ chức và một số hoạt động (sẽ trình bày ở mục 3).

2.2 Những cách hiểu khác biệt về Thư ký và Ban thư ký

Các Nghị viện trên thế giới tổ chức Ban thư ký và thư ký cũng có những khác biệt. Ở nhiều Nghị viện như Thái Lan, Hàn Quốc, Úc, Phần Lan, Italia... dưới Tổng thư ký là các Ban thư ký của các Ủy ban của Nghị viện. Ban thư ký như một đơn vị cấp Vụ (nếu so sánh với Quốc hội Việt Nam thì chính các Vụ phục vụ Hội đồng Dân tộc, phục vụ các Ủy ban hiện nay là các Ban thư ký). Ban thư ký của các Ủy ban chịu trách nhiệm về công tác tổ chức và chuẩn bị cho các hoạt động của Ủy ban; trợ giúp Ủy ban việc xem xét các vấn đề thuộc phạm vi thẩm quyền của Ủy ban. Các thư ký là những chuyên viên thành thạo các thủ tục tổ chức hoạt động của Ủy ban, của Nghị viện. Nhưng cũng có một số nước (như Đan Mạch) trong Nghị viện chỉ tổ

chức một Ban thư ký chung (trương đương với một Vụ hoặc Tổng vụ) của Nghị viện. Trưởng ban thư ký - Vụ trưởng (Tổng Vụ trưởng) sẽ phân công các thư ký (chuyên viên) phục vụ các Ủy ban (nếu so sánh với Quốc hội Việt Nam thì mô hình này tương tự như Quốc hội từ nhiệm kỳ khóa VIII trở về trước, nghĩa là chỉ có một Vụ phục vụ Hội đồng và các Ủy ban).

Ban thư ký Ủy ban vừa chịu sự lãnh đạo của Ủy ban, vừa chịu sự quản lý điều hành của Tổng thư ký Nghị viện. Như vậy, Ban thư ký là một đơn vị cấp Vụ hay Tổng vụ, còn các chuyên viên trong Ban (Vụ) là thư ký.

Ở Việt Nam, khái niệm thư ký lại khác. Theo *Từ điển tiếng Việt* do Nhà xuất bản Đà Nẵng và Trung tâm Từ điển học ấn hành năm 1997 (trang 936) thì: Thư ký là người giúp việc, viết lách, nói chung làm công việc về giấy tờ hoặc người làm nhiệm vụ soạn thảo những giấy tờ văn bản quan trọng điều hành các công việc hằng ngày của một tổ chức, cơ quan, đoàn thể. Theo cách hiểu này thì Ban thư ký gồm nhiều thư ký, trong đó có một người đứng đầu chịu trách nhiệm chung. Trong nhiều cơ quan ngoài các đơn vị như Vụ, Trung tâm, Ban ... thì vẫn có Ban thư ký; Quốc hội là một cơ quan như thế, bên cạnh Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban, còn có Đoàn (Ban) thư ký.

2. Mô hình Đoàn Thư ký kỳ họp

2.1 Việc ra đời Đoàn thư ký kỳ họp

Quốc hội Việt Nam từ khóa I đến khóa VI chưa có Đoàn thư ký kỳ họp như sau này và hiện nay, mà bắt đầu mỗi kỳ họp phải bầu Đoàn thư ký. Luật Tổ chức Quốc hội đầu tiên được xây dựng theo Hiến pháp năm 1959, được Quốc hội khóa II thông qua ngày 14/7/1960 (có hiệu lực thi hành ngày 26/7/1960) tại Điều 4 quy định: “Bắt đầu mỗi kỳ họp, Quốc hội họp phiên trừ bị đề thông qua chương trình nghị sự, bầu Chủ tịch đoàn và Thư ký đoàn của kỳ họp”. Về nhiệm vụ của Thư ký đoàn, Điều 6 Luật này quy định,

“Thư ký đoàn có nhiệm vụ lập biên bản kỳ họp và biên bản các phiên họp, làm các việc khác do Chủ tịch đoàn giao cho”. Đến Quốc hội khóa VII, kỳ họp thứ nhất ngày 03/7/1981, Quốc hội thông qua Luật Tổ chức Quốc hội và Hội đồng Nhà nước theo Hiến pháp năm 1980. Điều 8 Luật này quy định, “Quốc hội bầu Đoàn thư ký các kỳ họp cho mỗi khóa Quốc hội theo danh sách do Chủ tịch Quốc hội giới thiệu”. Như vậy, từ Quốc hội khóa VII đến nay mới có Đoàn thư ký kỳ họp Quốc hội.

2.2 Đôi nét về hoạt động của Đoàn thư ký kỳ họp

Số lượng thành viên Đoàn thư ký trong các khóa gần đây tăng dần (Khóa IX có 7 thành viên, Khóa X có 8, Khóa XI tăng lên 11, Khóa XII và XIII là 13 thành viên). Về cơ cấu, Trưởng đoàn là Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội; các thành viên khác là Phó Chủ nhiệm các Ủy ban, Phó Chủ tịch Hội đồng Dân tộc. Hai Khóa XII và XIII, trong Đoàn thư ký có 02 thành viên của Ủy ban Pháp luật. Vì tên là Đoàn thư ký kỳ họp Quốc hội nên nó chỉ hoạt động trong kỳ họp, giữa hai kỳ họp hầu như không hoạt động gì. Trong kỳ họp, Đoàn thư ký làm đầy đủ các công việc như giúp Quốc hội ra thông cáo từng phiên họp và toàn bộ kỳ họp, ghi biên bản các buổi họp tổ, các phiên họp toàn thể, góp ý vào các Dự thảo nghị quyết trình Quốc hội, xây dựng đề cương báo cáo kết quả kỳ họp, theo dõi hoạt động của đại biểu... Tuy nhiên, các công việc trên phần lớn chỉ mang danh nghĩa Đoàn thư ký, còn thực chất là các Vụ phục vụ Hội đồng Dân tộc, phục vụ các Ủy ban, Vụ Công tác đại biểu (tùy từng nội dung, tùy từng dự án) mà thực hiện dưới sự chỉ đạo về nội dung của lãnh đạo Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban và sự điều hành kết nối của Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội. Điều đó cũng nói lên một thực tế là, các phiên họp của UBTVQH giữa hai kỳ họp tuy không có Đoàn thư ký nhưng mọi việc như ra thông

cáo, ghi biên bản, kết luận các vấn đề ... vẫn hoàn thành trôi chảy, vì các Vụ nói trên vẫn hoạt động liên tục như một dòng chảy theo chức năng, nhiệm vụ của mình.

Như vậy, Đoàn thư ký hoạt động mang tính hình thức hơn là nội dung thực chất. Cần nói thêm rằng, trong thời kỳ công nghệ thông tin chưa phát triển (từ Khóa X trở về trước) thì Đoàn thư ký còn có một số việc như quan sát đại biểu giơ bảng số để ghi chép thứ tự, giúp Chủ tọa mời đại biểu phát biểu. Một số văn bản phải sửa bằng bút trên bản thảo bằng giấy... Nay các phương tiện công nghệ thông tin đã khá đầy đủ nên các thư ký tại các phiên họp toàn thể hầu như không phải làm gì ngoài việc đọc các dự thảo văn bản trình để thông qua vào cuối kỳ họp (mà đó lại là công việc của Thường trực các Ủy ban).

Tình hình trên gợi cho chúng ta suy nghĩ: tới đây, cơ cấu nhân sự và chức năng, nhiệm vụ của Ban thư ký như thế nào để hoạt động thực chất, có hiệu quả theo nguyên lý “công việc đòi hỏi tổ chức và con người chứ không phải vì con người mà sinh ra tổ chức”.

3. Quan hệ công tác của Ban thư ký với các cơ quan Quốc hội, các cơ quan thuộc Ủy ban thường vụ Quốc hội và Văn phòng Quốc hội

3.1 Xác định thời gian làm việc và loại công việc chủ yếu của Ban thư ký Quốc hội

Mặc dù Quốc hội bình thường chỉ họp hai kỳ trong năm (Điều 90 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014), nhưng UBTVQH thường kỳ mỗi tháng họp một phiên (Điều 61), các cơ quan của Quốc hội (Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban), Viện, các Ban vẫn hoạt động thường xuyên, liên tục theo chức năng, nhiệm vụ của mình. Bởi vậy, Ban thư ký cũng phải làm việc thường xuyên, liên tục trong suốt cả năm, suốt cả nhiệm kỳ để phục vụ Quốc hội, UBTVQH và thực hiện các công việc cần thiết khác như giúp Chủ tịch Quốc hội tiếp nhận các chất vấn, phân loại,

gửi đến các địa chỉ phải trả lời, nhận các văn bản trả lời ...).

Tên của Ban thư ký cũng cần được xác định đầy đủ, chính thức. Theo chúng tôi, nếu ở Chương VI Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 đã quyết định chức danh *Tổng thư ký Quốc hội*, thì tiếp theo đó, Ban thư ký cũng nên là *Ban thư ký Quốc hội*.

3.2 Chức năng, nhiệm vụ của Ban thư ký Quốc hội

Ban thư ký Quốc hội có chức năng giúp Quốc hội, UBTVQH về quy trình, thủ tục, điều hành các hoạt động của Quốc hội, UBTVQH và đánh giá các kết quả hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội. Về nhiệm vụ, Ban thư ký Quốc hội có thể có các nhiệm vụ:

- Giúp UBTVQH xây dựng Chương trình làm việc của kỳ họp Quốc hội, Chương trình làm việc của phiên họp UBTVQH.

- Làm biên bản mỗi phiên họp và biên bản toàn kỳ họp Quốc hội; chuẩn bị thông cáo về phiên họp của Quốc hội; tổng hợp ý kiến của đại biểu Quốc hội trong mỗi dự án luật, các dự án khác, các vấn đề kinh tế - xã hội.

- Làm biên bản mỗi ngày làm việc và toàn bộ phiên họp của UBTVQH; chuẩn bị thông cáo về ngày làm việc của UBTVQH; tổng hợp ý kiến của các thành viên UBTVQH, các đại biểu Quốc hội dự phiên họp về các dự án luật, pháp lệnh, các dự án khác, các vấn đề kinh tế - xã hội.

- Phối hợp với Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội và các cơ quan hữu quan để chỉnh lý các dự án luật, pháp lệnh, dự thảo nghị quyết của Quốc hội, của UBTVQH.

- Chuẩn bị đề cương báo cáo kết quả kỳ họp để đại biểu Quốc hội báo cáo với cử tri; báo cáo kết quả phiên họp UBTVQH để phục vụ công tác thông tin tuyên truyền.

- Chuẩn bị các bài phát biểu của Chủ tịch Quốc hội, Phó Chủ tịch Quốc hội trong các

kỳ họp Quốc hội, các phiên họp UBTVQH và các bài phát biểu khác khi có yêu cầu.

- Những nhiệm vụ khác do Chủ tịch Quốc hội giao.

3.3 Cơ cấu tổ chức, số lượng thành viên của Ban thư ký Quốc hội

a/ Các căn cứ chủ yếu để cơ cấu nhân sự

- Ban thư ký Quốc hội và từng thành viên phải hoạt động thực chất, thực sự có “sản phẩm” chứ không thể hoạt động hình thức như hiện nay.

- Phải căn cứ vào chức năng, nhiệm vụ của Ban để cơ cấu nhân sự (nhiệm vụ nói trên thuộc đơn vị nào đang thực hiện thì cần được cơ cấu rõ).

- Thành viên Ban thư ký không nhất thiết là đại biểu (như nhiều Nghị viện trên thế giới, Tổng thư ký và Thư ký không thể là nghị sĩ) nhưng phải là những chuyên gia, chuyên viên giỏi trong bộ máy giúp việc của Quốc hội/Nghị viện; phải là những người rất tường minh, thông thạo quy trình, thủ tục hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội.

b/ Các phương án lựa chọn

- *Phương án 1:* Tổng thư ký Quốc hội do Quốc hội bầu theo luật định. Các thư ký, gồm 10 lãnh đạo (Vụ trưởng hoặc Phó Vụ trưởng) hoặc chuyên viên chính, chuyên viên cao cấp của 10 vụ phục vụ Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, một thành viên là của Vụ Tổng hợp (Vụ này đang làm Chương trình kỳ họp Quốc hội, Chương trình phiên họp UBTVQH và một số việc liên quan), một thành viên của Vụ Phục vụ hoạt động giám sát, trong đó có hoạt động chất vấn tại kỳ họp Quốc hội và phiên họp UBTVQH, giám sát chuyên đề, một thành viên là Phó Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội để giúp Tổng thư ký - Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội trong quá trình phối hợp công tác với Văn phòng Quốc hội, với các cơ quan của

Quốc hội, các cơ quan thuộc UBTVQH. Tổng cộng toàn Ban thư ký có 14 thành viên.

Ưu điểm của phương án này là các thư ký nghe và làm trực tiếp các công việc phục vụ Quốc hội, UBTVQH. Khắc phục tình trạng người khác làm rồi “gắn mác” Đoàn thư ký vào. Theo lĩnh vực của mình, lãnh đạo Hội đồng Dân tộc, lãnh đạo các Ủy ban vẫn chỉ đạo nghiệp vụ đối với thư ký chịu trách nhiệm phần việc được giao. Nhược điểm (không quan trọng lắm) là có trường hợp người ngồi trên bàn thư ký kỳ họp có vẻ không “bề thế” bằng Phó Chủ nhiệm Ủy ban hay Phó Chủ tịch Hội đồng Dân tộc.

- *Phương án 2*: Như phương án 1, nhưng mỗi Ủy ban và Hội đồng Dân tộc thêm một người là cấp phó, do đó số lượng thành viên Ban thư ký sẽ là 24. Ưu điểm của phương án này là có bước chuyển đổi kế thừa mô hình Đoàn thư ký. Nhưng có nhược điểm là công kênh, có phần hình thức không cần thiết.

Ngoài ra, có thể có *phương án 3* giữ nguyên như mô hình Đoàn thư ký hiện nay (chỉ đổi tên gọi) nhưng các thư ký phải làm việc thực chất, có sản phẩm cụ thể. Ưu điểm của phương án này là “bề thế” về hình thức, dễ được chấp nhận; nhưng nhược điểm là lặp lại tính hình thức, các thư ký là Phó Chủ nhiệm Ủy ban, Phó Chủ tịch Hội đồng không thể trực tiếp tự mình làm mà vẫn phải chỉ đạo Vụ nghiệp vụ thực hiện công việc.

Chúng tôi thiên về *phương án 1*.

3.4 Mối quan hệ công tác giữa Ban thư ký Quốc hội với Văn phòng Quốc hội, các cơ quan Quốc hội và các cơ quan thuộc UBTVQH

a/ Với Văn phòng Quốc hội

Nếu theo *phương án 1* về nhân sự thì trong quản lý điều hành, toàn bộ các thành viên Ban thư ký đều nằm trong Văn phòng Quốc hội. Quan hệ trong công việc, phân công, phân nhiệm, phối hợp sẽ khá thuận lợi. Trên giác độ thư ký thì Tổng thư ký điều

hành công việc đối với các thư ký. Còn trên giác độ lãnh đạo thì Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội chỉ đạo các cán bộ dưới quyền của mình. Nói chung, hiệu lực và hiệu quả sẽ tương đối cao. Còn theo *phương án 2* thì Tổng thư ký phải thường xuyên trao đổi công việc với lãnh đạo Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban, nhiều khi không thật sự cần thiết và tiêu hao thời gian lao động nhiều hơn mà hiệu quả thấp hơn.

b/ Với Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban:

Ban thư ký quan hệ với các cơ quan của Quốc hội theo ba khối công việc chính (ba chức năng của Quốc hội) là lập pháp, giám sát, quyết định và theo từng lĩnh vực. Ví dụ về lập pháp, nếu là các dự án luật về lao động, việc làm thì quan hệ với Ủy ban về Các vấn đề xã hội; nếu là các dự án luật về tài chính, tiền tệ thì quan hệ với Ủy ban Tài chính, Ngân sách ... Về hoạt động giám sát và quyết định các vấn đề quan trọng của quốc gia thì Ban thư ký cũng thực hiện quan hệ theo các lĩnh vực như vậy. Theo chúng tôi, đây là mối quan hệ ràng buộc, cộng đồng trách nhiệm tối đa (không phải quan hệ chỉ đạo trên dưới, qua lại).

c/ Với các cơ quan thuộc UBTVQH:

Các cơ quan thuộc UBTVQH không có chức năng thẩm tra và giám sát như các cơ quan Quốc hội, nhưng có thể có các kiến nghị. Ví dụ: thông qua công tác tiếp công dân; tiếp nhận, phân loại và xử lý đơn thư khiếu nại, tố cáo của cử tri, Ban Dân nguyện có thể kiến nghị với UBTVQH giám sát vấn đề đền bù giải tỏa mặt bằng ở một địa phương nào đó. Tương tự như vậy, Ban Công tác đại biểu có thể kiến nghị UBTVQH hủy bỏ một văn bản của Hội đồng nhân dân một tỉnh nào đó trái với Hiến pháp, pháp luật... Do vậy, quan hệ giữa Ban thư ký Quốc hội với các cơ quan thuộc UBTVQH là mối quan hệ theo những công việc của các cơ quan đó có liên quan đến Quốc hội, đến UBTVQH và cũng là mối quan hệ cộng đồng trách nhiệm ■

THUẬT NGỮ “TRÁCH NHIỆM” VÀ THỰC TIỄN PHÁP LUẬT VỀ TRÁCH NHIỆM CỦA NGƯỜI ĐỨNG ĐẦU CƠ QUAN HÀNH CHÍNH NHÀ NƯỚC

BÙI THỊ NGỌC MAI *

1. Thuật ngữ “trách nhiệm”

Trong tiếng Anh, có hai thuật ngữ cùng được hiểu là “trách nhiệm”: “responsibility” và “accountability”. Hai thuật ngữ này thường được dùng thay thế cho nhau, nhưng có một sự khác biệt cơ bản giữa hai thuật ngữ này. Trách nhiệm với nghĩa là “responsibility” thường được hiểu là việc phải làm, như là bổn phận, nghĩa vụ. Còn “accountability” có nghĩa rộng hơn responsibility, không chỉ có nghĩa là những việc phải làm, mà còn bao gồm việc đứng ra nhận và chịu trách nhiệm về kết quả thực hiện những việc đó. Accountability có thể được hiểu là tổng hợp của *Trách nhiệm* (responsibility), *Khả năng biện minh* (answerability) và *Nghĩa vụ pháp lý* (liability)¹. “Trách nhiệm” theo nghĩa là accountability thể hiện khả năng của một cá nhân/tổ chức thừa nhận về những gì mình đã

làm khi thực hiện một việc nào đó; đồng thời, nó bao hàm nghĩa vụ giải thích, báo cáo, thông tin, biện giải về những việc đó và những hệ quả, cũng như việc sẵn sàng chịu sự đánh giá, phán xét, thậm chí là trừng phạt cả về mặt pháp lý và đạo đức đối với những hệ quả đó.

Chúng tôi cho rằng, đối với lĩnh vực quản lý nhà nước (QLNN) nói chung và quản lý hành chính nhà nước (HCNN) nói riêng, trách nhiệm cần được hiểu theo nghĩa của từ accountability.

Thuật ngữ “accountability” có nguồn gốc từ tiếng Anglo-Norman (tiếng Pháp dùng ở Anh thời Trung cổ). Ban đầu nó rất gần với thuật ngữ “accounting” với nghĩa là Sổ kế toán (bookkeeping). Theo Dubnick (2002), nguồn gốc của từ này có từ thời William I trong nhiều thập kỷ sau năm 1066 khi người Norman xâm

* **ThS. Khoa Tổ chức và Quản lý Nhân sự, Học viện Hành chính.**

1 Phạm Thị Ly, *Học phí đại học và vấn đề giải trình trách nhiệm*, Thời báo Kinh tế Saigon online, <http://www.thesaigontimes.vn/66420/Hoc-phi-dai-hoc-va-van-de-giai-trinh-trach-nhiem.html>, đăng ngày 29/11/2011, truy cập ngày 3/6/2012.

lược nước Anh. Năm 1085, William yêu cầu tất cả những người được giao giữ tài sản trong vương quốc của ông phải kê khai tài sản mà họ sở hữu. Tất cả những tài sản này được đánh giá và ghi chép trong một cuốn sổ của hoàng gia gọi là Domesday Books. Việc ghi chép này không chỉ nhằm mục đích thu, nộp thuế mà còn là phương tiện để thiết lập nền tảng cho sự quản lý của Hoàng gia. Trải qua nhiều thế kỷ sau thời của vua William I và đến nay, thuật ngữ “trách nhiệm” không còn gắn liền với duy nhất một lĩnh vực là quản lý tài chính hay sổ sách kế toán nữa, mà nó còn được coi là cơ sở của hệ thống quản lý công bằng, vô tư và khách quan².

Ở nước ta hiện nay cũng có nhiều cách hiểu khác nhau về thuật ngữ “trách nhiệm”.

Một số tác giả tiếp cận thuật ngữ “trách nhiệm” theo nghĩa là nghĩa vụ, nhiệm vụ, bổn phận, quyền hạn. Ví dụ, có tác giả hiểu trách nhiệm là “bổn phận phải thực hiện, nó còn là điều không được làm, được làm, phải làm và nên làm (...). Trách nhiệm là những gì mà họ buộc phải làm và phải chịu sự giám sát của người khác”³. Tác giả khác cho rằng, trách nhiệm “thường được hiểu là khả năng của con người ý thức được những kết quả hoạt động của mình, đồng thời là khả năng thực hiện một cách tự giác những nghĩa vụ được đặt ra cho mình”⁴. Một tác giả khác lại cho rằng, “trách nhiệm là sự thực hiện bổn phận, nghĩa vụ của chủ thể đối với người

khác, với xã hội một cách tự giác. Trách nhiệm đối lập với vô trách nhiệm, gắn liền với chịu trách nhiệm”⁵.

Nhìn chung, các tác giả trên đây đều tiếp cận trách nhiệm theo nghĩa là *nghĩa vụ, nhiệm vụ, bổn phận, quyền hạn*. Với nghĩa này, trách nhiệm là nghĩa vụ, bổn phận phải làm, nên làm, được làm hoặc không được làm, có thể từ sự tự nguyện, tự giác hay buộc phải thực hiện do yêu cầu, đòi hỏi của các quy phạm xã hội (pháp luật, đạo đức...).

Một số tác giả lại hiểu trách nhiệm có nghĩa là “chịu trách nhiệm”, với hàm ý là phải gánh chịu một hậu quả bất lợi nào đó. Ví dụ, có người cho rằng, trách nhiệm “đó là hậu quả bất lợi (sự phản ứng mang tính trừng phạt của Nhà nước) mà công chức phải gánh chịu khi không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ được giao phó, tức là khi vi phạm trách nhiệm theo nghĩa tích cực. Trách nhiệm tiêu cực thể hiện trong việc áp dụng các biện pháp xử lý những chủ thể vi phạm các nghĩa vụ và quyền”⁶. Các tác giả cuốn *Giáo trình Luật Hành chính và tài phán hành chính Việt Nam* thì quan niệm trách nhiệm công vụ “là sự phản ứng của Nhà nước đối với cơ quan, cá nhân cán bộ, công chức khi thực hiện một hành vi hành chính trong quá trình thực thi công vụ, trái pháp luật hoặc quyết định của cơ quan cấp trên gây thiệt hại, xâm phạm tới quyền, tự do, lợi ích hợp pháp của công dân, thể hiện ở sự áp

2 Nguyễn Thị Hồng Hải, *Một số vấn đề cần quan tâm nhằm nâng cao trách nhiệm của cán bộ, công chức trong công vụ*, *Nội san Khoa học Tổ chức và Quản lý nhân sự* số 14, tháng 7/2013, tr. 4-8.

3 Đỗ Minh Hợp, *Tự do và trách nhiệm trong đạo đức học hiện sinh*, *Tạp chí Triết học*, số 12/2007, tr. 27-33.

4 Nguyễn Văn Phúc (2008), *Tự do và trách nhiệm trong hoạt động của con người*, trong: *Phạm Văn Đức và các cộng sự*, (chủ biên), *Công bằng xã hội trách nhiệm xã hội và đoàn kết xã hội*, Nxb. Khoa học Xã hội, Hà Nội, tr. 330-331.

5 Cao Minh Công (2012), *Trách nhiệm công vụ và đạo đức công chức ở nước ta hiện nay*, *Luận án TS*, Viện Khoa học xã hội Việt Nam, Hà Nội, tr. 43.

6 Lê Như Thanh (2009), *Cơ sở lý luận và thực tiễn về quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của công chức Việt Nam hiện nay*, *Luận án TS*, Học viện Hành chính, Hà Nội, tr. 43.

dụng các chế tài pháp luật tương ứng, hậu quả là cơ quan, cá nhân cán bộ, công chức gánh chịu những hậu quả bất lợi, thiệt hại về vật chất, tinh thần do cơ quan nhà nước (CQNN), người có thẩm quyền thực hiện”⁷.

Theo hướng tiếp cận này, trách nhiệm là chịu trách nhiệm, là sự gánh chịu phần hậu quả về những việc đã làm, với hàm nghĩa rằng chủ thể trách nhiệm phải chịu một thiệt hại nào đó. Ví dụ, là công chức, nếu vi phạm pháp luật về công vụ, công chức sẽ phải chịu các hình thức xử lý kỷ luật hành chính (như khiển trách, cảnh cáo, buộc thôi việc...) hay phải chịu trách nhiệm dân sự, trách nhiệm hình sự... tùy thuộc vào mức độ, tính chất của hành vi vi phạm. Ở đây, *trách nhiệm đồng nghĩa với hậu quả bất lợi phải gánh chịu, là chịu trách nhiệm khi thực hiện không đúng trách nhiệm theo nghĩa là nghĩa vụ, nhiệm vụ, bổn phận, quyền hạn.*

2. Thuật ngữ “trách nhiệm” trong các văn bản pháp luật về người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước ở Việt Nam

Nghiên cứu các văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) liên quan đến trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN, ví dụ như Luật Cán bộ, công chức năm 2008, các văn bản dành riêng điều chỉnh trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị, hay các văn bản quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các chức danh cụ thể như Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Chủ tịch UBND... có thể nhận thấy thuật

ngữ “trách nhiệm” xuất hiện với tần suất cao. Tuy nhiên, thế nào là “trách nhiệm” của các chức danh này thì lại có nhiều cách hiểu khác nhau, chưa có sự thống nhất về nội hàm. Cùng một thuật ngữ “trách nhiệm”, nhưng một số văn bản hiểu “trách nhiệm” là *những việc người đứng đầu phải làm, được làm, không được làm*, một số văn bản hiểu là *bị xử lý trách nhiệm (chịu trách nhiệm)*, và một số văn bản khác thì hiểu *theo cả hai nghĩa trên.*

Trường hợp thứ nhất, trách nhiệm được hiểu là “nhiệm vụ, quyền hạn”. Ví dụ, trong Nghị định số 36/2012/NĐ-CP của Chính phủ quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ, khi quy định “trách nhiệm của Bộ trưởng”, đã liệt kê ra những việc mà Bộ trưởng được làm, phải làm, không được làm đối với Bộ, đối với Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ, đối với các Bộ trưởng khác, đối với UBND các cấp, đối với các cơ quan của Quốc hội, đại biểu Quốc hội, với cử tri⁸... Với cách quy định này, có thể thấy, trách nhiệm ở đây được hiểu là “nhiệm vụ, quyền hạn”. Và trên thực tế, có rất nhiều văn bản về trách nhiệm của các chức danh trong các cơ quan HCNN đều quy định theo cách này.

Trường hợp thứ hai, trách nhiệm được hiểu theo nghĩa là “bị xử lý”, “chịu trách nhiệm”. Ví dụ, trong Luật Cán bộ, Công chức năm 2008, Điều 70 quy định về các trường hợp “Miễn trách nhiệm đối với cán

7 Học viện Hành chính (2008), *Giáo trình Luật Hành chính và tài phán hành chính Việt Nam*, Phạm Hồng Thái (chủ biên), Nxb Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội, tr. 177-178.

8 Đơn cử, Điều 24 Nghị định này quy định trách nhiệm của Bộ trưởng đối với Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ như sau: 1. Thực hiện đầy đủ chức năng QLNN của Bộ về các ngành, lĩnh vực. 2. Không chuyển công việc thuộc nhiệm vụ, thẩm quyền của mình lên Thủ tướng Chính phủ. Đối với những vấn đề vượt quá thẩm quyền hoặc tuy đúng thẩm quyền nhưng không đủ khả năng và điều kiện để giải quyết, Bộ trưởng phải chủ động làm việc với Bộ trưởng có liên quan để hoàn chỉnh hồ sơ trình Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ xem xét quyết định. 3. Thực hiện đầy đủ nhiệm vụ và trách nhiệm của thành viên Chính phủ theo Quy chế làm việc của Chính phủ. Các điều khoản khác về trách nhiệm của Bộ trưởng đối với các chủ thể khác cũng có cách quy định tương tự như vậy.

bộ, công chức” như sau: *Cán bộ, công chức được miễn trách nhiệm trong các trường hợp sau đây: 1. Phải chấp hành quyết định trái pháp luật của cấp trên nhưng đã báo cáo người ra quyết định trước khi chấp hành; 2. Do bất khả kháng theo quy định của pháp luật.* “Miễn trách nhiệm” ở đây được hiểu là “không phải chịu trách nhiệm, không phải gánh chịu chế tài xử lý”. Như vậy, trách nhiệm ở đây được hiểu là “chịu trách nhiệm”.

Trường hợp thứ ba, trách nhiệm được dùng theo cả hai nghĩa: việc được làm, phải làm, không được làm, và nếu vi phạm sẽ bị xử lý. Ví dụ, Nghị định số 157/2007 sử dụng cụm từ “chế độ trách nhiệm” đối với người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị của Nhà nước trong thi hành nhiệm vụ, công vụ và có giải thích cụm từ này như sau: “Chế độ trách nhiệm” đối với người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị của Nhà nước là toàn bộ các quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và thẩm quyền được Nhà nước giao cho người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu; trường hợp vi phạm sẽ bị xử lý” (Khoản 2 Điều 3). Theo cách giải thích này, chế độ trách nhiệm của người đứng đầu bao gồm: nghĩa vụ, quyền và việc xử lý (chịu trách nhiệm) nếu vi phạm các quy định về nghĩa vụ và quyền.

3. Những vấn đề đặt ra

Từ góc độ lý luận

Chúng tôi cho rằng, mỗi góc độ tiếp cận trách nhiệm theo nghĩa là *nghĩa vụ, nhiệm vụ, bổn phận, quyền hạn* hay nghĩa là *hậu quả bất lợi phải gánh chịu, là chịu trách nhiệm* đều có những điểm hợp lý, tùy vào mục đích vận dụng mà có thể dùng cách hiểu nào cho phù hợp. Tuy nhiên, chúng tôi cũng cho rằng, đặt trong bối cảnh của hành chính công, của hoạt động QLNN, nếu chỉ hiểu thuần túy theo một trong hai cách trên đây,

thì dường như là chưa đầy đủ khi nói về trách nhiệm.

Theo chúng tôi, trong lĩnh vực hành chính công nói riêng và QLNN nói chung, cần hiểu trách nhiệm theo hướng *thống nhất nội hàm của cả hai cách tiếp cận về trách nhiệm nêu trên*. Bởi lẽ, đối với hoạt động QLNN nói chung và hoạt động của người đứng đầu cơ quan HCNN nói riêng, việc hiểu theo chỉ một trong hai cách hiểu này có thể dẫn đến những khó khăn trong việc quy định, xem xét, đánh giá trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN. Ví dụ, khi nói đến “trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN”, nên hiểu đó là “những bổn phận, nghĩa vụ của người đứng đầu cơ quan HCNN”, hay nên hiểu đó là “việc chịu trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN”?

Trường hợp thứ nhất, nếu hiểu trách nhiệm theo nghĩa tích cực, thì trách nhiệm của người đứng đầu tổ chức là nghĩa vụ, bổn phận, quyền hạn... mà người đứng đầu phải làm, được làm một cách tự nguyện, tự giác. Vậy giả sử khi người đứng đầu thực hiện bổn phận, nghĩa vụ, quyền hạn... không đúng, không đủ, kết quả không tốt... thì sao? Họ hoàn toàn có thể nói: “Tôi đã hoàn thành trách nhiệm”. Ở đây, “hoàn thành trách nhiệm” nghĩa là “Tôi đã thực hiện nghĩa vụ, quyền hạn được giao”. Nếu hiểu như vậy về trách nhiệm là chưa đầy đủ, bởi nếu “hoàn thành trách nhiệm” chỉ có nghĩa là “đã thực hiện các nghĩa vụ, quyền hạn” mà không cần biết thực hiện nghĩa vụ, quyền hạn đó có tốt không, kết quả đạt được như thế nào, và nếu kết quả thực hiện không tốt thì cũng không phải chịu trách nhiệm gì. Chính cách hiểu về trách nhiệm như vậy nên có thể khiến các chủ thể có cơ hội để trốn tránh, để “né” việc chịu trách nhiệm.

Trường hợp thứ hai, nếu hiểu trách nhiệm là việc người đứng đầu phải chịu trách

nhiệm, là những chế tài xử lý đối với người đứng đầu, là hậu quả bất lợi mà người đứng đầu phải gánh chịu, thì cách hiểu này hơi hẹp và dường như thiếu sự liên kết với yếu tố nguyên nhân, tức là, dựa trên cơ sở nào để quy kết trách nhiệm cho người đứng đầu tổ chức?

Từ góc độ pháp luật

Như đã phân tích, trong các văn bản pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN hiện nay vẫn tồn tại nhiều cách hiểu khác nhau về thuật ngữ “trách nhiệm”. Vì lẽ đó, trong thực tiễn áp dụng pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu, nhiều ý kiến cho rằng: thuật ngữ “trách nhiệm” ở Việt Nam hiện nay là một khái niệm hết sức “mờ ảo”, không rõ ràng, và “trách nhiệm của người đứng đầu” cũng theo đó mà trở nên “mơ hồ”, khó xác định.

Theo chúng tôi, đây là một hạn chế. Bởi lẽ, khi đặt vấn đề trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN, thì việc thống nhất cách hiểu về thuật ngữ “trách nhiệm” - nó có nghĩa là gì, được hiểu như thế nào - là một vấn đề rất quan trọng. Tuy nhiên, trong các văn bản hiện hành lại có sự thiếu thống nhất về nội hàm thuật ngữ này, mặc dù đây là thuật ngữ được sử dụng với tần suất cao. Chúng tôi cho rằng, về cùng một vấn đề, cùng một thuật ngữ, có thể có nhiều cách tiếp cận và nhiều cách hiểu khác nhau, và thuật ngữ “trách nhiệm” cũng không phải là ngoại lệ. Tuy nhiên, sự đa dạng đó có thể được chấp nhận ở các lĩnh vực khác, còn trong các VBQPPL và việc thực thi các văn bản pháp luật thì nên có sự nhất quán. Bởi, pháp luật là công cụ quan trọng và cơ bản trong QLNN. Nếu cùng một thuật ngữ “trách

nhiệm” mà lại có thể được hiểu theo nhiều cách khác nhau thì khó có thể có tác dụng điều chỉnh hành vi theo cùng một chiều hướng như nhau. Do đó, việc chưa thống nhất cách hiểu về khái niệm trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN có thể dẫn đến cách tư duy, cách hành xử và thái độ không thống nhất đối với việc thực hiện “trách nhiệm” của từng người đứng đầu cơ quan HCNN cũng như đối với việc xử lý trách nhiệm người đứng đầu cơ quan HCNN của các CQNN. Điều đó đi ngược lại với các nguyên tắc của pháp luật.

4. Khuyến nghị

Một là, về mặt lý luận, quan điểm của chúng tôi là cần tiếp cận về thuật ngữ trách nhiệm theo hướng kết hợp cả hai cách hiểu trên đây. Khi bàn về trách nhiệm trong lĩnh vực QLNN nói chung và trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN nói riêng, cần xem xét đó là một chỉnh thể của hai yếu tố:

- Thứ nhất, những việc phải làm, được làm (nghĩa vụ, quyền)
- Thứ hai, việc chịu trách nhiệm về kết quả thực hiện những việc phải làm, được làm đó.

Với đặc thù của hoạt động quản lý HCNN, khi nói về trách nhiệm cần thiết phải nhấn mạnh mối quan hệ mật thiết giữa hai nhóm yếu tố này. Bởi hoạt động của cơ quan HCNN cần phải đảm bảo tính hiệu lực, hiệu quả, trong đó, tính hiệu lực phải được đặt lên hàng đầu. Mà muốn đảm bảo tính hiệu lực thì không thể chỉ dựa vào sự tự nguyện, tự giác của cán bộ, công chức, đặc biệt là người đứng đầu cơ quan HCNN, mà phải có tính bắt buộc, do đó, nó cần gắn với những chế tài để bắt buộc các chủ thể phải thực hiện

đúng các nghĩa vụ, bổn phận. Vì thế, không thể chỉ quy định những điều cần làm, nên làm, phải làm, được làm, mà phải quy định rõ cả chế tài: nếu không làm hoặc làm không đúng thì sẽ như thế nào, phải chịu trách nhiệm ra sao. Do đó, tiếp cận về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN với hai thành tố cơ bản là nghĩa vụ, quyền và gắn liền với nó là sự cam kết với kết quả và việc chịu trách nhiệm với kết quả đó là một hướng tiếp cận theo chúng tôi là đầy đủ và phù hợp. Và theo cách hiểu này, thì thiếu đi bất cứ một vế nào trong hai vế, thì đều có thể dẫn đến một cách hiểu không đầy đủ, không trọn nghĩa về trách nhiệm.

Điều này cũng phù hợp với cách hiểu về “trách nhiệm” trong Từ điển Tiếng Việt. Theo Từ điển Tiếng Việt, trách nhiệm được hiểu theo hai nghĩa như sau: Nghĩa thứ nhất: *Phần việc được giao cho hoặc coi như được giao cho, phải bảo đảm làm tròn, nếu kết quả không tốt thì phải gánh chịu phần hậu quả*; Nghĩa thứ hai: *Sự ràng buộc đối với lời nói, hành vi của họ, bảo đảm đúng đắn, nếu sai trái thì phải gánh chịu phần hậu quả*⁹. Điểm chung của cả hai cách hiểu trên, đó là đều xem xét trách nhiệm gồm hai thành phần cơ bản: một là những việc phải làm, được làm, như là bổn phận, nhiệm vụ, quyền hạn; hai là sự cam kết đối với kết quả thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn và chịu trách nhiệm đối với kết quả đó. Theo chúng tôi, đây là một cách hiểu hợp lý, đầy đủ, toàn diện về trách nhiệm, trong đó, vế thứ nhất được coi là tiền đề, là nguyên nhân, và vế thứ hai, là hệ quả tất yếu. Do đó, có thể hiểu: *Trách nhiệm là phần việc, công việc được giao cho phải bảo đảm hoàn thành với kết quả tốt, nếu kết quả không tốt sẽ phải gánh chịu phần hậu quả*.

Hai là, với các văn bản pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN nói riêng và của cán bộ, công chức nói chung, chúng tôi cho rằng, *trách nhiệm*

của người đứng đầu cơ quan HCNN cần được quy định rõ ràng, nhất quán, cần được hiểu theo một nghĩa thống nhất.

Chúng tôi cho rằng, trong lĩnh vực QLNN, nên xem trách nhiệm bao gồm ba yếu tố cấu thành: những việc phải làm, không được làm (nghĩa vụ, nhiệm vụ), những việc được làm, những thứ được nhận (quyền hạn, quyền lợi), và chế tài xử lý (chịu trách nhiệm). Do đó, các thuật ngữ: “nghĩa vụ”/“nhiệm vụ”, “quyền”/“quyền hạn”, “chịu trách nhiệm” cần được phân biệt với nhau một cách rõ ràng.

- Nếu như đó là *việc phải làm, không được làm*, thì nên gọi đó là *nghĩa vụ/nhiệm vụ*;

- Nếu như đó là *việc được làm, được nhận*, thì gọi đó là *quyền (quyền hạn, quyền lợi)*;

- Nếu như đó là *hậu quả phải gánh chịu* do thực hiện không đúng, không tốt nghĩa vụ và quyền, thì gọi là *việc chịu trách nhiệm*.

- Còn nếu đã nói đến “trách nhiệm”, “chế độ trách nhiệm”, thì cần hội tụ đầy đủ cả ba yếu tố nghĩa vụ, quyền, việc chịu trách nhiệm.

Do đó, trong các quy định về “trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN” phải bao gồm một tổng thể thống nhất tương thích của ba yếu tố: nghĩa vụ, quyền, việc chịu trách nhiệm. Đây sẽ là tiền đề cho việc thống nhất cách hiểu về thuật ngữ “trách nhiệm”, tránh tình trạng khi thì được hiểu với nghĩa là “nhiệm vụ, quyền hạn”, khi thì hiểu là “chịu trách nhiệm”, từ đó giảm thiểu sự nhầm lẫn hoặc có cách hiểu không thống nhất đối với các quy định về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan HCNN nói riêng và trách nhiệm của cán bộ, công chức nói chung, tạo tiền đề cho tính rõ ràng, thống nhất, khả thi của hệ thống pháp luật Việt Nam ■

GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP BẰNG THỦ TỤC TRỌNG TÀI THEO PHỤ LỤC VII - CÔNG ƯỚC QUỐC TẾ CỦA LIÊN HỢP QUỐC VỀ LUẬT BIỂN NĂM 1982

NGÔ HỮU PHƯỚC*

Bài viết phân tích phương thức lựa chọn, chức năng, thủ tục tố tụng và giá trị pháp lý của phán quyết của Trọng tài quốc tế về luật biển được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS quốc tế của Liên hợp quốc về Luật biển. Đồng thời, phân tích xu hướng lựa chọn Trọng tài để giải quyết tranh chấp biển của các quốc gia trên thế giới hiện nay và quan điểm của Việt Nam về giải quyết tranh chấp trên Biển Đông.

1. Dẫn nhập

Ngày 30/4/1982, Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển (UNCLOS) đã được thông qua tại New York và mở cho các quốc gia ký tại Montego Bay-Jamaica ngày 10/12/1982 sau 5 năm trù bị (1968 -1973) và 09 năm đàm phán chính thức (1973-1982) với 11 khóa họp. UNCLOS chính thức có hiệu lực vào ngày 16/11/1994¹. Với 320 điều và 9 phụ lục, có thể khẳng định rằng, cho đến nay, UNCLOS là điều ước quốc tế đồ sộ nhất của luật quốc tế nói chung và luật biển quốc tế nói riêng. Về nội dung, UNCLOS là cơ sở

pháp lý quốc tế quan trọng nhất giúp các quốc gia xác lập, thực thi chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán của quốc gia trên biển cũng như quản lý, khai thác, sử dụng biển và đại dương một cách hiệu quả nhất. Đặc biệt, UNCLOS đã dành một vị trí rất quan trọng quy định các vấn đề pháp lý về giải quyết tranh chấp. Cụ thể, UNCLOS đã dành 27/320 Điều (21 điều trong Phần XV và 6 điều trong Mục 5 của Phần XI) và 4 Phụ lục², trực tiếp quy định về thủ tục giải quyết tranh chấp. Ngoài ra, nếu so sánh số lượng các điều trong 9 Phụ lục của UNCLOS thì có

* **TS, Trưởng Bộ môn luật quốc tế Khoa Luật Quốc tế, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.**

1 Theo quy định tại Điều 308 của UNCLOS, UNCLOS sẽ có hiệu lực sau 12 tháng kể từ ngày nước thứ 60 phê chuẩn. Việt Nam đã phê chuẩn UNCLOS vào ngày 23/6/1994 và nộp lưu chiểu Liên hợp quốc vào ngày 25/7/1994.

2 Phụ lục V- Hòa giải; Phụ lục VI- Quy chế của Tòa án quốc tế về luật biển; Phụ lục VII Trọng tài; Phụ lục VIII- Trọng tài đặc biệt.

4 Phụ lục liên quan đến thủ tục giải quyết tranh chấp gồm 74 điều, trong khi 5 Phụ lục còn lại chỉ có 44 điều. Với các quy định cụ thể và chi tiết, UNCLOS đã thiết lập một hệ thống riêng biệt và hoàn toàn mới các quy định về các biện pháp giải quyết tranh chấp phù hợp với thực tiễn nhằm tạo thuận lợi cho việc giải quyết hòa bình các tranh chấp trên cơ sở đảm bảo sự thống nhất trong việc giải thích và áp dụng UNCLOS.

Các quy định về giải quyết tranh chấp của UNCLOS là cơ sở pháp lý quan trọng nhất để các quốc gia vận dụng giải quyết các tranh chấp phát sinh liên quan đến giải thích và áp dụng UNCLOS. Bởi lẽ, UNCLOS quy định hệ thống các biện pháp giải quyết tranh chấp đa dạng bao gồm các biện pháp ngoại giao (đàm phán, thương lượng, hòa giải) và các biện pháp tài phán quốc tế (Tòa án Công lý quốc tế, Tòa án quốc tế, Trọng tài quốc tế và Trọng tài đặc biệt về luật biển). Trong đó, giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, đặc biệt là trọng tài quốc tế về luật biển là biện pháp giải quyết tranh chấp rất mềm dẻo, linh hoạt và được ngày càng nhiều quốc gia lựa chọn để giải quyết các tranh chấp liên quan đến giải thích và áp dụng UNCLOS.

Từ thực tiễn pháp lý đó, chúng tôi phân tích các vấn đề pháp lý liên quan đến trọng tài và trọng tài đặc biệt về luật biển - hai trong số bốn cơ quan tài phán quốc tế có chức năng giải quyết các tranh chấp liên quan đến giải thích và áp dụng UNCLOS.

2. Trọng tài quốc tế về luật biển

2.1. Thành lập trọng tài quốc tế về luật biển (phần này gọi tắt là trọng tài)

Theo quy định tại Phần XV, Mục I của UNCLOS về giải quyết các tranh chấp bằng

các thủ tục bắt buộc dẫn đến các quyết định bắt buộc, thủ tục trọng tài sẽ được sử dụng nếu các bên tranh chấp đã tìm kiếm giải pháp giải quyết tranh chấp và đã tiến hành trao đổi quan điểm, thương lượng hay bằng các biện pháp hòa bình khác nhưng tranh chấp vẫn không được giải quyết³. Trong trường hợp thủ tục trọng tài được chọn để giải quyết tranh chấp thì một hoặc các bên tranh chấp sẽ tiến hành các thủ tục để thành lập trọng tài. Vận dụng các quy định này, ngày 22/01/2013, Philippines đã gửi Thông báo và tuyên bố khởi kiện Trung Quốc ra trọng tài để giải quyết các tranh chấp liên quan đến việc giải thích và áp dụng UNCLOS. Trong văn bản này, Philippines đã nêu rõ rằng, Philippines đã tiến hành trao đổi quan điểm, đàm phán với Trung Quốc nhưng tranh chấp không thể giải quyết được. Do vậy, Philippines quyết định khởi kiện Trung Quốc theo thủ tục trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS⁴. Theo quy định của Điều 3, Phụ lục VII về trọng tài, trọng tài gồm 5 thành viên, trừ khi các bên tranh chấp có thỏa thuận khác. Có nghĩa là, nếu các bên tranh chấp thỏa thuận thì cơ cấu của trọng tài có thể nhiều hơn 5 thành viên nhưng phải là số lẻ để trọng tài có thể ra phán quyết theo đa số. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, nếu vụ tranh chấp có nhiều bên tham gia thì các bên cùng một phía sẽ cùng nhau thỏa thuận cử một thành viên đại diện. Trong đó, nguyên đơn sẽ chọn và đề cử một thành viên từ danh sách trọng tài viên, người này có thể là công dân của mình⁵. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được thông báo giải quyết tranh chấp bằng trọng tài của nguyên đơn, bị đơn trong vụ tranh chấp sẽ chọn một trọng tài

3 Khoản 1 Điều 281, Điều 279 và Khoản 1 Điều 283 của UNCLOS.

4 Xem toàn văn Thông báo và Tuyên bố khởi kiện của Philippines tại địa chỉ website: http://nghiencuubiendong.vn/trung-tam-du-lieu-bien-dong/doc_details/744-thong-bao-va-tuyen-b-khi-kin-trung-quc-ca-philippines-ti-bin-ong.

5 Xem Điều 2, Điều 3 Phụ lục VII của UNCLOS.

viên từ danh sách trọng tài, người này có thể là công dân của quốc gia mình. Trong thời hạn này, nếu bị đơn không cử trọng tài viên đại diện cho mình thì nguyên đơn có thể yêu cầu tiến hành việc cử thành viên đó trong vòng hai tuần sau khi hết thời hạn 30 ngày. Sau đó, các bên sẽ thỏa thuận cử ba trọng tài viên còn lại. Ba thành viên này được các bên lựa chọn trong danh sách trọng tài viên và phải là công dân của nước thứ ba, trừ khi các bên có thỏa thuận khác. Chánh tòa trọng tài sẽ được các bên cử ra trong số ba thành viên đó.

Trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày nhận được thông báo yêu cầu giải quyết tranh chấp bằng trọng tài của nguyên đơn, nếu các bên tranh chấp không thể thỏa thuận về việc chỉ định một hay nhiều thành viên của trọng tài mà họ phải cử theo thỏa thuận chung hay liên quan đến việc cử Chánh tòa, thì theo yêu cầu của bất kỳ bên nào trong vụ tranh chấp, Chánh án Tòa án quốc tế về luật biển sẽ thực hiện công việc này, trừ khi các bên tranh chấp thỏa thuận giao cho một người hoặc một nước thứ ba thực hiện. Nếu Chánh án Tòa án quốc tế về luật biển bận công tác khác hoặc là công dân của một trong các bên tranh chấp, thì việc cử trọng tài viên sẽ do thẩm phán có thâm niên cao nhất của Tòa án quốc tế về luật biển thực hiện. Các trọng tài viên được cử phải có quốc tịch khác nhau, không được làm việc cho một bên nào trong vụ tranh chấp và không phải là công dân của một trong các bên tranh chấp, không có nơi thường trú trên lãnh thổ của nước liên quan đến vụ tranh chấp⁶. Quy định này nhằm bảo đảm tính khách quan, vô tư và công bằng của trọng tài trong quá trình giải quyết vụ việc.

2.2. Chức năng của trọng tài, giới hạn và ngoại lệ của việc áp dụng thủ tục trọng tài

Theo quy định tại Điều 4, Phụ lục VII của UNCLOS, trọng tài thi hành các chức năng theo đúng Phụ lục VII và các quy định khác của UNCLOS. Như vậy, từ quy định của UNCLOS và Phụ lục VII, trọng tài có chức năng giải quyết các tranh chấp về giải thích và áp dụng UNCLOS khi:

(1) “Một quốc gia thành viên tham gia vào một vụ tranh chấp mà không được một tuyên bố còn hiệu lực bảo vệ thì được xem là đã chấp nhận thủ tục trọng tài”⁷. Có nghĩa là, vào thời điểm ký, phê chuẩn hoặc tham gia UNCLOS, nếu không tuyên bố lựa chọn phương thức, thủ tục giải quyết tranh chấp nào theo quy định tại khoản 1 Điều 287 thì coi như quốc gia đó đã chấp nhận giải quyết tranh chấp theo thủ tục trọng tài⁸. Quy định này đã được Philippines vận dụng triệt để để khởi kiện Trung Quốc theo thủ tục trọng tài vào ngày 22/01/2013. Cụ thể, với lập luận rằng, vì cả Philippines và Trung Quốc đều không đưa ra tuyên bố về việc lựa chọn thủ tục nào trong bốn thủ tục đã được UNCLOS trừ định nên trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII sẽ được áp dụng để giải quyết tranh chấp liên quan đến việc giải thích và áp dụng UNCLOS giữa hai nước. Trên cơ sở đó, Philippines đã quyết định khởi kiện Trung Quốc theo thủ tục trọng tài.

(2) “Nếu các bên không chấp nhận cùng một thủ tục để giải quyết tranh chấp thì vụ tranh chấp đó sẽ được giải quyết theo thủ tục trọng tài”⁹. Theo các quy định trên, các bên tranh chấp “đương nhiên” được cho là đã lựa chọn trọng tài để giải quyết tranh chấp nếu

6 Xem điểm d, điểm e Điều 3 Phụ lục VII của UNCLOS.

7 Khoản 3 Điều 287 của UNCLOS.

8 Xem danh sách và nội dung Tuyên bố của các quốc gia tại địa chỉ website: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm.

9 Khoản 5 Điều 287 UNCLOS.

các bên đã lựa chọn các thủ tục giải quyết tranh chấp khác nhau. Có nghĩa là, sẽ không có một biện pháp nào khác có thể thay thế trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS để giải quyết tranh chấp. Theo chúng tôi, đây là quy định mang tính bắt buộc, có phần “gượng ép”, trái với sự tự nguyện trong việc thỏa thuận lựa chọn biện pháp để giải quyết tranh chấp theo quy định tại Điều 33 của Hiến chương Liên hợp quốc. Chính vì vậy, trong trường hợp bị đơn (đặc biệt là các cường quốc) không chấp nhận giải quyết bằng trọng tài thì việc giải quyết và thi hành phán quyết của trọng tài sẽ rất khó khăn và hầu như không thể thực hiện được trên thực tế. Bởi lẽ, sự đồng thuận của các bên trong việc lựa chọn biện pháp giải quyết tranh chấp là điều kiện tiên quyết để các cơ quan tài phán quốc tế nói chung và trọng tài quốc tế về luật biển nói riêng giải quyết có hiệu quả các tranh chấp quốc tế.

Về giới hạn áp dụng, theo Điều 297 của UNCLOS, việc giải quyết tranh chấp theo các thủ tục đã được trừ định ở Mục 2 - các thủ tục bắt buộc dẫn đến các quyết định bắt buộc trong đó có thủ tục trọng tài được quy định khá chi tiết. Theo đó, đối với các vụ tranh chấp *liên quan đến việc giải thích hay áp dụng UNCLOS về việc thi hành các quyền thuộc chủ quyền hay quyền tài phán của quốc gia ven biển* sẽ được giải quyết trong ba trường hợp sau đây:

(i) Khi thấy rằng, quốc gia ven biển đã không tuân thủ các quy định của UNCLOS liên quan đến tự do và quyền hàng hải, hàng không hoặc tự do và quyền đặt dây cáp và ống dẫn ngầm, cũng như đến việc sử dụng biển vào các mục đích khác mà quốc tế thừa nhận đã nêu ở Điều 58 (các quyền và nghĩa vụ của các quốc gia khác trong vùng đặc quyền kinh tế);

(ii) Khi thấy rằng, việc thi hành các tự do hoặc việc sử dụng các quyền này, một quốc gia đã không tuân theo UNCLOS hay các luật hoặc các quy định do quốc gia ven biển đề ra phù hợp với các quy định của UNCLOS và các quy tắc khác của pháp luật quốc tế không trái với UNCLOS;

(iii) Khi thấy rằng, quốc gia ven biển đã không tuân thủ các quy tắc hay quy phạm quốc tế đã được xác định nhằm bảo vệ và gìn giữ môi trường biển có thể áp dụng cho quốc gia này và đã được UNCLOS đặt ra, hay được đặt ra thông qua một tổ chức quốc tế có thẩm quyền hay một hội nghị ngoại giao hành động phù hợp với UNCLOS¹⁰.

Đối với các vụ tranh chấp *liên quan đến việc giải thích hay áp dụng các quy định của UNCLOS về việc nghiên cứu khoa học biển* sẽ được giải quyết theo thủ tục trọng tài và các thủ tục khác được trừ định tại Điều 287 của UNCLOS, trừ hai trường hợp (i) quốc gia ven biển không chấp nhận cách giải quyết như vậy đối với một vụ tranh chấp phát sinh từ việc quốc gia này thi hành một quyền tùy ý quyết định theo đúng Điều 246 (việc nghiên cứu khoa học biển trong vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa); (ii) quyết định của quốc gia này ra lệnh đình chỉ hoặc chấm dứt tiến hành một dự án nghiên cứu theo đúng quy định của UNCLOS tại Điều 253 (việc đình chỉ hoặc chấm dứt công việc nghiên cứu khoa học biển).

Đối với các vụ tranh chấp *liên quan đến việc giải thích hay áp dụng các quy định của UNCLOS về đánh bắt hải sản* sẽ được giải quyết theo thủ tục trọng tài quốc tế và các thủ tục khác được trừ định tại Điều 287 của UNCLOS, trừ khi quốc gia ven biển không chịu chấp nhận cách giải quyết như vậy về một vụ tranh chấp liên quan đến các quyền thuộc chủ quyền của mình đối với các tài

10 Khoản 1 Điều 297 của UNCLOS.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

nguyên sinh vật thuộc vùng đặc quyền về kinh tế của mình, hay liên quan đến việc thi hành các quyền này, kể cả quyền tùy ý quy định khối lượng đánh bắt có thể chấp nhận được và khả năng đánh bắt của mình, phân phối số dư ra giữa các quốc gia khác, quyết định các thể thức, điều kiện đặt ra trong các luật và quy định của mình về bảo vệ và quản lý.

Về ngoại lệ của thủ tục giải quyết tranh chấp bằng trọng tài và các thủ tục tài phán khác theo quy định của Phần XV, Mục 2, Điều 298 của UNCLOS quy định, khi ký kết, phê chuẩn hay tham gia UNCLOS hoặc vào bất kỳ thời điểm nào sau đó, với điều kiện không phương hại đến các nghĩa vụ phát sinh từ Mục 1 (các quy định chung về giải quyết tranh chấp), một quốc gia có thể tuyên bố bằng văn bản rằng, họ không chấp nhận một hay nhiều thủ tục giải quyết các tranh chấp đã được trừ định ở Mục 2 có liên quan đến một hay bốn loại tranh chấp sau đây:

(1) Giải thích hay áp dụng Điều 15 (phân định lãnh hải), Điều 74 (phân định vùng đặc quyền kinh tế) và Điều 83 (phân định thềm lục địa) hay các tranh chấp về các vịnh hay danh nghĩa lịch sử;

(2) Hoạch định ranh giới các vùng biển đã được một thỏa thuận giữa các bên giải quyết dứt khoát, cũng như đối với các vụ tranh chấp phải được giải quyết theo đúng thỏa thuận song phương hoặc đa phương có tính chất ràng buộc các bên;

(3) Hoạt động quân sự, kể cả hoạt động quân sự của tàu thuyền và phương tiện bay nhà nước được sử dụng cho một dịch vụ phi thương mại và các vụ tranh chấp liên quan đến các hành động bắt buộc chấp hành, đã được thực hiện trong việc thi hành các quyền

thuộc chủ quyền hoặc quyền tài phán mà khoản 2 và 3 Điều 297 đã loại trừ khỏi thẩm quyền của một Tòa án;

(4) Các vụ tranh chấp mà Hội đồng Bảo an Liên hợp quốc có trách nhiệm giải quyết, trừ phi Hội đồng Bảo an quyết định xóa vấn đề đó trong chương trình nghị sự của mình hay yêu cầu các bên tranh chấp giải quyết tranh chấp đó bằng các biện pháp đã được quy định trong UNCLOS.

Vận dụng các quy định trên rất linh hoạt, Philippines đã quyết định khởi kiện Trung Quốc theo thủ tục trọng tài ngay cả khi Trung Quốc đã tuyên bố không chấp nhận bất kỳ thủ tục nào được quy định tại Mục 2 Phần XV của UNCLOS đối với tất cả các loại tranh chấp nói trên. Cụ thể, tại điểm 40 của Thông báo và Tuyên bố khởi kiện của mình, Philippines đã khẳng định, “Đơn kiện của Philippines không nằm trong phạm vi của Tuyên bố ngày 25/8/2006 của Trung Quốc vì chúng không liên quan đến việc giải thích và áp dụng các Điều 15, 74, 83 liên quan đến phân định ranh giới biển; hay liên quan đến vịnh hay danh nghĩa lịch sử hiểu theo các quy định liên quan của UNCLOS; hay liên quan đến các hoạt động quân sự hoặc thực thi pháp luật; hay liên quan đến những vấn đề mà Hội đồng Bảo an đang thực thi các chức năng được trao theo Hiến chương Liên hợp quốc”¹¹.

Tuy nhiên, theo Điều 299 của UNCLOS, bất kỳ tranh chấp nào đã bị loại khỏi các thủ tục giải quyết các tranh chấp được trừ định ở Mục 2, Điều 297 hoặc bằng một tuyên bố theo đúng Điều 298, thì tranh chấp đó chỉ có thể đưa ra giải quyết theo các thủ tục bắt buộc dẫn đến các quyết định bắt buộc thông

11 Xem toàn văn Thông báo và Tuyên bố khởi kiện của Philippines tại địa chỉ website: http://nghiencuubiendong.vn/trung-tam-du-lieu-bien-dong/doc_details/744-thong-bao-va-tuyen-b-khi-kin-trung-quc-ca-philippines-ti-bin-ong và Tuyên bố của Trung Quốc ngày 25/8/2006 tại địa chỉ website: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm#China Upon ratification. Trong tuyên bố này Trung Quốc khẳng định, “Chính phủ nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa không chấp nhận bất kỳ thủ tục quy định tại Mục 2 Phần XV của UNCLOS đối với tất cả các loại tranh chấp quy định tại khoản 1 (a) (b) và (c) với Điều 298 của UNCLOS”.

qua sự thỏa thuận của các bên liên quan và không một quy định nào của mục này đụng chạm đến quyền và nghĩa vụ của các bên tranh chấp trong việc thỏa thuận sử dụng một thủ tục khác để giải quyết vụ tranh chấp đó. Như vậy, nếu không có sự thỏa thuận của các quốc gia trong vụ tranh chấp, thì trọng tài cũng như các thủ tục tài phán quốc tế khác sẽ không thể xem xét một vụ tranh chấp nào liên quan đến chủ quyền và các quyền khác trên lãnh thổ đất liền, đảo hay quần đảo của các quốc gia.

2.3. Thủ tục tố tụng và giá trị pháp lý của phán quyết của trọng tài

Thủ tục giải quyết tranh chấp tại trọng tài được bắt đầu bằng Thông báo bằng văn bản của nguyên đơn gửi tới bị đơn. Thông báo phải kèm theo bản trình bày các yêu sách và lý do làm căn cứ cho các yêu sách đó. Trừ khi các bên có thỏa thuận khác, trọng tài sẽ tự quy định thủ tục giải quyết bằng cách tạo điều kiện cho mỗi bên có khả năng bảo vệ quyền và trình bày các căn cứ của mình tại Tòa¹².

Nhằm giúp trọng tài giải quyết hiệu quả các vụ tranh chấp, theo quy định của UNCLOS, các bên liên quan có nghĩa vụ cung cấp cho trọng tài mọi tài liệu, các điều kiện thuận lợi, sự chỉ dẫn thích đáng và khả năng, nếu điều đó là cần thiết, dẫn đến và nghe các nhân chứng, hoặc chuyên gia tại phiên tòa. Nếu một trong số các bên tranh chấp không ra Tòa hoặc không trình bày các lý lẽ của mình, thì bên kia có thể yêu cầu Tòa tiếp tục trình tự tố tụng và phán quyết. Do vậy, việc một bên vắng mặt hoặc không trình bày các lý lẽ của mình cũng không cản trở tiến trình giải quyết tranh chấp tại Tòa trọng tài¹³.

Trước khi ra phán quyết, Tòa trọng tài cần phải chắc chắn rằng, vụ việc thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa và đơn kiện là có cơ sở về mặt thực tế và pháp lý.

Phán quyết của Tòa trọng tài được thông qua theo đa số. Trong trường hợp số phiếu ngang nhau thì phiếu của Chánh tòa có giá trị quyết định. Về nội dung, phán quyết trọng tài chỉ giới hạn trong phạm vi nội dung của vụ tranh chấp và phải nêu rõ căn cứ mà trọng tài dựa vào để đưa ra phán quyết. Về hình thức, phán quyết của Tòa trọng tài phải nêu tên các thành viên của Tòa đã tham gia giải quyết và thời gian ra quyết định. Bất kỳ thành viên nào của Tòa cũng có thể đính kèm vào phán quyết ý kiến riêng hoặc bất đồng của mình. Về nguyên tắc, phán quyết của trọng tài có giá trị chung thẩm, không được kháng cáo, trừ khi các bên có thỏa thuận về thủ tục này. Nếu các bên tranh chấp có thỏa thuận trước về việc kháng cáo thì vụ việc có thể được xem xét lại. Tất cả các bên tranh chấp phải tuân theo quyết định của trọng tài. Bất kỳ tranh cãi nào có thể xảy ra giữa các bên liên quan đến việc giải thích hay thực hiện phán quyết của trọng tài thì bên nào cũng có quyền đưa ra trọng tài đã giải quyết để quyết định. Ngoài ra, nếu tất cả các bên trong vụ tranh chấp thỏa thuận, thì các tranh chấp về giải thích và thực hiện phán quyết của Tòa trọng tài có thể được đưa ra bất kỳ Tòa án nào theo Điều 287 của UNCLOS để giải quyết (Tòa án Công lý quốc tế hoặc Tòa án quốc tế về luật biển).

Có thể nói rằng, từ khi UNCLOS có hiệu lực, thủ tục giải quyết tranh chấp bằng trọng tài là thủ tục được các quốc gia ưu tiên lựa chọn để giải quyết các tranh chấp liên quan

12 Xem Điều 1, Phụ lục VII của UNCLOS.

13 Các quy định này đã được Hội đồng trọng tài được thành lập theo đơn kiện của Philippines kiện Trung Quốc ngày 22/01/2013 vận dụng triệt để. Trên thực tế, bất chấp việc Trung Quốc tuyên bố bác bỏ vụ kiện thì việc chọn và chỉ định trọng tài viên, Chủ tịch Hội đồng trọng tài để xem xét đơn kiện của Philippines vẫn được tiến hành và chắc chắn trong thời gian tới phán quyết của Hội đồng trọng tài sẽ được ban hành ngay cả khi Trung Quốc không tham gia tiến trình tố tụng.

đến giải thích và áp dụng UNCLOS¹⁴. Theo tìm hiểu của chúng tôi, đến nay, trọng tài quốc tế về luật biển đã và đang giải quyết một số vụ tranh chấp điển hình sau đây:

(1) Vụ Bangladesh kiện Ấn Độ về việc phân định biên giới biển giữa hai nước theo Điều 287, Phụ lục VII của UNCLOS vào tháng 10 năm 2009. Ngày 7/7/2014, Tòa án Trọng tài Thường trực (PCA) ở La Hay, Hà Lan đã ra phán quyết về biên giới trên biển giữa Bangladesh và Ấn Độ trong vịnh Bengal. Điều này đã giúp giải quyết một tranh chấp kéo dài giữa hai bên và sẽ giúp tạo cơ sở vững chắc cho việc quản lý mang tính hợp tác về vịnh này cũng như các nguồn tài nguyên của nó. Phán quyết này là quan trọng do bên cạnh sự phụ thuộc của quốc gia ven biển vào nguồn cá của vịnh, khu vực này được cho là có trữ lượng phong phú về dầu mỏ và khí đốt tự nhiên. Phán quyết này là diễn biến tích cực đối với an ninh biển ở khu vực, giải quyết căng thẳng trong vịnh Bengal và mở đường cho sự hợp tác hiệu quả hơn trong việc quản lý vịnh cũng như các nguồn tài nguyên của nó. Phán quyết này đưa đến một kết quả “cùng thắng” cho tất cả các bên. Thiện chí giải quyết tranh chấp một cách hòa bình và sẵn sàng chấp nhận phán quyết của trọng tài đã nâng cao uy tín của Ấn Độ với tư cách là cường quốc ở Nam Á. Đây là một ví dụ mà Việt Nam, Philippines và các bên liên quan có tranh chấp, yêu sách ở Biển Đông, đặc biệt là Trung Quốc, tham khảo. Thay vì phủ nhận sự tồn tại của các tranh chấp, sử dụng và đe dọa sử dụng vũ lực, Trung Quốc nên chấp nhận giải quyết hòa bình các tranh chấp trong đó có thủ tục trọng tài. Ngoài ra, phán quyết này đã chứng minh

rằng, với ý chí chính trị và quyết tâm của mình, các tranh chấp biển có thể được giải quyết một cách hòa bình trên cơ sở tôn trọng và tuân thủ luật pháp quốc tế.

(2) Vụ Ireland kiện Vương quốc Anh liên quan đến nhà máy MOX tháng 11 năm 2011. Hiện nay vụ việc này đang được tiến hành;

(3) Vụ Malaysia kiện Singapore liên quan đến khai thác và sử dụng biển vào tháng 7 năm 2003. Vụ việc này đã được giải quyết bằng phán quyết của Tòa trọng tài ngày 01/9/2005;

(4) Vụ Barbados kiện Trinidad và Tobago về việc phân định ranh giới vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa tháng 02/2004. Vụ việc này đã được giải quyết bằng phán quyết của Tòa trọng tài ngày 11/4/2006;

(5) Vụ Guyana kiện Suriname liên quan đến việc phân định biên giới trên biển giữa hai nước ngày 24/02/2004. Vụ việc này đã được giải quyết bằng phán quyết của Tòa trọng tài ngày 17/9/2007.

(6) Vụ Mauritius kiện Vương quốc Anh về khu bảo tồn biển xung quanh quần đảo Chagos vào ngày 20/9/2010. Vụ việc này đang được giải quyết¹⁵.

(7) Vụ Philippines kiện Trung Quốc về các yêu sách về chủ quyền và quyền chủ quyền của Trung Quốc trên biển Đông (đặc biệt là đường chữ U chín đoạn) ngày 22/01/2013. Ngày 25/6/2013, 5 trọng tài tham gia giải quyết vụ kiện đã được lựa chọn gồm: Jean-Pierre Cot người Pháp, Alfred Soons người Hà Lan, Thomas Mensah người Ghana - Chủ tịch Trọng tài (thay thế thẩm phán Chris Pinto người Sri Lanka người được chọn vào tháng 4/2013 nhưng đã xin

14 Xem danh sách Tuyên bố chọn trọng tài quốc tế được thành lập theo Phụ lục VII để giải quyết tranh chấp liên quan đến giải thích và áp dụng UNCLOS tại địa chỉ website: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_declarations.htm.

15 Xem thông tin và nội dung của vụ kiện tại địa chỉ website: <http://www.ejiltalk.org/mauritius-v-united-kingdom-submission-of-the-dispute-on-the-marine-protected-area-around-the-chagos-archipelago-to-arbitration/>.

rút vì có vợ là người Philippines nhằm bảo đảm tính khách quan cho việc giải quyết vụ kiện), Rudiger Wolfrum người Đức và ông Stanislaw Pawlak. Từ ngày 17/7/2013 Hội đồng trọng tài đã tiến hành các thủ tục để xem xét đơn kiện của Philippines. Theo lịch trình và kế hoạch làm việc, dự kiến Tòa sẽ có phán quyết thứ nhất trong phiên tranh luận diễn ra từ ngày 7-13/7/2015 về việc Tòa có thẩm quyền giải quyết vụ kiện này hay không. Tuy nhiên, theo tiến trình làm việc dự kiến của Tòa thì khả năng Tòa sẽ đưa ra phán quyết này vào cuối năm 2015. Hy vọng rằng, Tòa sẽ khẳng định, trọng tài có thẩm quyền giải quyết và ra phán quyết công bằng, khách quan, phù hợp với luật pháp quốc tế nói chung và UNCLOS nói riêng. Về phương diện chính trị, pháp lý quốc tế, một phán quyết như vậy sẽ là bàn đạp lý tưởng để các quốc gia trong khu vực, trong đó có Việt Nam lựa chọn thủ tục trọng tài để giải quyết các tranh chấp liên quan đến giải thích và áp dụng UNCLOS trong tương lai.

3. Kết luận và kiến nghị

Theo quy định của UNCLOS, các tranh chấp liên quan đến giải thích và áp dụng UNCLOS có thể được giải quyết bằng biện pháp thương lượng, hòa giải hoặc giải quyết theo các thủ tục tài phán tại Tòa án Công lý quốc tế, Tòa án quốc tế về luật biển, Trọng tài quốc tế về luật biển và Trọng tài đặc biệt về luật biển. Tuy nhiên, hiện nay các quốc gia có xu hướng chọn trọng tài quốc tế về luật biển để giải quyết các tranh chấp liên quan. Bởi lẽ, với thủ tục tổ tụng mềm dẻo và linh hoạt, các bên có thể thỏa thuận về số lượng trọng tài viên và trọng tài viên đại diện cho mình cũng như hiệu quả giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, khác với các vụ việc do Tòa án quốc tế về luật biển hay Tòa án Công lý của Liên hợp quốc giải quyết, không có thủ tục nào cho phép bên thứ ba can dự vào tiến trình giải quyết của trọng tài quốc tế về luật biển được thành lập theo Phụ lục VII của

UNCLOS. Do vậy, quan điểm cho rằng, Việt Nam nên chuẩn bị các tình huống, thủ tục, hồ sơ pháp lý cần thiết để xem xét và quyết định có thể can dự vào tiến trình giải quyết vụ kiện của Philippines đang kiện Trung Quốc nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của Việt Nam, là hoàn toàn không có cơ sở pháp lý. Tuy nhiên, trong phiên điều trần đầu tiên để xem xét và trả lời câu hỏi “Tòa Trọng tài quốc tế về luật biển được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS có thẩm quyền xét xử vụ kiện hay không?”, Tòa trọng tài này đã thông báo, sau khi nhận được những đề nghị bằng văn bản của các nước và tham khảo ý kiến từ các bên, Tòa cho phép các nước Malaysia, Indonesia, Việt Nam, Thái Lan và Nhật Bản, cử phái đoàn nhỏ đến tham dự với tư cách là quan sát viên. Như vậy, Việt Nam không thể tham dự vào tiến trình giải quyết vụ Philippines kiện Trung Quốc mà chỉ có thể tham gia với tư cách là quan sát viên để theo dõi, nắm bắt tiến trình giải quyết vụ tranh chấp này của Tòa trọng tài. Điều này có ý nghĩa đặc biệt quan trọng với Việt Nam. Khi đó, Việt Nam cũng như các nước tham dự sẽ được chứng kiến toàn bộ tiến trình giải quyết vụ việc và nêu những có vấn đề gì liên quan đến quyền lợi của mình thì chúng ta có thể lên tiếng bảo vệ ngay tại Tòa. Mặt khác, với tư cách “quan sát viên” Việt Nam sẽ có nhiều bài học kinh nghiệm quý báu từ vụ kiện này của Philippines để vận dụng vào công cuộc đấu tranh bằng pháp lý nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích chính đáng, hợp pháp của mình trong tương lai.

Theo chúng tôi, đối với các tranh chấp trên biển Đông mà Việt Nam là một bên liên quan thì Việt Nam cần tiếp tục và kiên trì chính sách nhất quán của mình là “... sẽ cùng các nước liên quan, thông qua thương lượng trên cơ sở tôn trọng độc lập, chủ quyền của nhau, phù hợp với luật pháp và tập quán quốc tế, giải quyết các vấn đề về các vùng biển và thềm lục địa của mỗi bên” và “... giải quyết

tranh chấp về chủ quyền lãnh thổ cũng như các bất đồng khác liên quan đến biển Đông thông qua thương lượng hòa bình trên tinh thần bình đẳng, hiểu biết và tôn trọng lẫn nhau, tôn trọng pháp luật quốc tế, đặc biệt là UNCLOS của Liên hợp quốc về Luật biển năm 1982, tôn trọng quyền chủ quyền và quyền tài phán của các nước ven biển đối với vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa...¹⁶. Chúng tôi cho rằng, đây là biện pháp hiệu quả và khả thi nhất trong bối cảnh tranh chấp ở biển Đông hiện nay. Bởi lẽ, đàm phán là cơ hội, là điều kiện thuận lợi nhất để các bên tranh chấp trực tiếp bày tỏ quan điểm, lập trường, yêu sách của mình về vấn đề tranh chấp và cùng nhau thương lượng, nhượng bộ để giải quyết. Đồng thời, đàm phán sẽ loại trừ khả năng can thiệp của các bên thứ ba nhằm làm phức tạp thêm các vụ tranh chấp vốn đã rất căng thẳng và phức tạp hiện nay giữa các bên ở biển Đông. Mặt khác, các tranh chấp ở biển Đông mà Việt Nam là một bên liên quan bao gồm cả tranh chấp về chủ quyền (đối với quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa) và các tranh chấp liên quan đến việc giải thích và áp dụng UNCLOS. Trong khi đó, các quy định về giải quyết tranh chấp của UNCLOS chỉ áp dụng để giải quyết các tranh chấp liên quan đến việc giải thích và áp dụng UNCLOS mà thôi.

Tuy nhiên, chúng ta cũng cần chủ động nghiên cứu, chuẩn bị hồ sơ pháp lý để có thể vận dụng các thủ tục giải quyết tranh chấp bằng tài phán, nhất là thủ tục giải quyết tranh chấp bằng trọng tài quốc tế về luật biển được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS. Đặc biệt, nếu Tòa trọng tài đang giải quyết vụ Philippines kiện Trung Quốc khẳng định có thẩm quyền giải quyết vụ kiện và ra một phán quyết công bằng, khách quan có lợi cho

Philippines, bác bỏ các yêu sách vô lý và phi pháp của Trung Quốc trên Biển Đông, thì chúng ta có thể sử dụng thủ tục này trong trường hợp cần thiết. Chúng tôi cho rằng, với các tranh chấp liên quan đến giải thích và áp dụng UNCLOS hiện nay giữa Việt Nam và Trung Quốc như: tranh chấp liên quan đến tuyên bố của Trung Quốc về đường chữ U chín đoạn ngày 7/5/2009; tranh chấp liên quan đến sự kiện Trung Quốc hạ đặt trái phép giàn khoan Hải Dương 981 trong vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của Việt Nam; tranh chấp liên quan đến hành vi sử dụng và đe dọa sử dụng vũ lực trên Biển Đông của Trung Quốc trong thời gian gần đây, đặc biệt là từ đầu năm 2014 đến nay Trung Quốc đã tiến hành bồi đắp, xây dựng với quy mô rất lớn trên 7 bãi đá Gạc Ma, Châu Viên, Chữ Thập, Gaven, Tư Nghĩa, Xu Bi, Vành Khăn mà Trung Quốc đã sử dụng vũ lực chiếm đóng từ năm 1988 đến nay (bãi Vành Khăn Trung Quốc chiếm từ năm 1995), chúng ta có đầy đủ cơ sở pháp lý để khởi kiện Trung Quốc theo thủ tục trọng tài quốc tế về luật biển dựa trên 5 luận điểm cơ bản sau đây:

(1) Giữa Việt Nam và Trung Quốc hiện đang tồn tại tranh chấp

Mặc dù Trung Quốc đang cố tình né tránh, không thừa nhận có tranh chấp và luôn cho rằng, họ đang thực hiện các “quyền đương nhiên”, “lợi ích cốt lõi” của họ trên Biển Đông thì thực tế hiện nay giữa Việt Nam và Trung Quốc vẫn đang tồn tại tranh chấp liên quan đến việc Trung Quốc đã giải thích và áp dụng sai UNCLOS. Đó chính là cơ sở, điều kiện cơ bản, mang tính quyết định cả về thủ tục và nội dung để Việt Nam tiến hành một vụ kiện theo thủ tục trọng tài.

16 Xem Điều 7 Tuyên bố ngày 12/5/1977 của Chính phủ Cộng hòa XHCN Việt Nam về lãnh hải, tiếp giáp lãnh hải, đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của Việt Nam và Nghị quyết của Quốc hội nước Cộng hòa XHCN Việt Nam ngày 23/6/1994 phê chuẩn UNCLOS.



(2) Việt Nam đã tích cực sử dụng các biện pháp chính trị - ngoại giao để giải quyết tranh chấp với Trung Quốc nhưng Trung Quốc không hợp tác, tranh chấp không được giải quyết

Căn cứ vào Phần XV- về giải quyết tranh chấp, Mục 1- Các quy định chung từ Điều 280 đến Điều 285 của UNCLOS, đặc biệt là Điều 281 đã quy định, “1. Khi các quốc gia thành viên tham gia vào một vụ tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay áp dụng UNCLOS đã thỏa thuận tìm cách giải quyết tranh chấp này bằng một phương pháp hòa bình theo sự lựa chọn của mình, thì các thủ tục được trù định trong phần này chỉ được áp dụng nếu không đạt được một cách giải quyết bằng phương pháp này và nếu sự thỏa thuận giữa các bên không loại trừ khả năng tiến hành một thủ tục khác. 2. Nếu các bên cùng thỏa thuận về một thời hạn, thì khoản 1 chỉ được áp dụng kể từ khi kết thúc thời hạn này”. Theo các quy định trên, từ khi phát sinh các tranh chấp, Việt Nam đã tiến hành đàm phán, trao đổi quan điểm với Trung Quốc nhưng Trung Quốc vẫn không thiện chí để giải quyết và cũng không có bất kỳ thỏa thuận nào với Việt Nam, tranh chấp không

được giải quyết và ngày càng căng thẳng, phức tạp. Đây chính là căn cứ quan trọng để Việt Nam sử dụng biện pháp tài phán theo quy định tại Điều 287 của UNCLOS. Phần XV- Giải quyết tranh chấp, Mục 2- Các thủ tục bắt buộc dẫn tới các quyết định bắt buộc trong đó có thủ tục trọng tài.

(3) Việt Nam và Trung Quốc không bị ràng buộc bởi nghĩa vụ giải quyết tranh chấp cụ thể nào trong các điều ước quốc tế song phương hoặc đa phương

Cho đến nay, Việt Nam và Trung Quốc không bị ràng buộc bởi nghĩa vụ giải quyết tranh chấp cụ thể nào từ các hiệp định chung, hiệp định khu vực hay hai bên nào theo Điều 282 của UNCLOS. Trên thực tế, Việt Nam và Trung Quốc chỉ bị ràng buộc bởi Tuyên bố về cách ứng xử của các bên ở Biển Đông năm 2002 (DOC); Hiệp ước thân thiện và hợp tác giữa các quốc gia Đông Nam Á (TAC) năm 1976; Thỏa thuận về những nguyên tắc cơ bản giải quyết vấn đề biên giới, lãnh thổ giữa Cộng hòa XHCN Việt Nam và Cộng hòa nhân dân Trung Hoa năm 1993 và Thỏa thuận về nguyên tắc 6 điểm giải quyết các vấn đề trên biển năm 2011. Tuy nhiên, các văn bản này không định bắt

kỳ biện pháp giải quyết tranh chấp cụ thể nào mà chỉ quy định chung về hòa bình giải quyết tranh chấp trên cơ sở luật pháp quốc tế mà giải quyết tranh chấp bằng thủ tục Trọng tài theo Phụ lục VII của UNCLOS là một biện pháp pháp lý, rất tiến bộ và hòa bình.

(4) Thủ tục trọng tài quốc tế về luật biển được thành lập theo Phụ lục VII là thủ tục mặc nhiên

Như chúng tôi đã đề cập, UNCLOS mặc nhiên coi quốc gia là một bên tranh chấp đã chọn trọng tài quốc tế về luật biển được thành lập theo Phụ lục VII nếu quốc gia đó không được một tuyên bố còn có hiệu lực bảo vệ, thì được xem là đã chấp nhận thủ tục trọng tài được trừ định tại Phụ lục VII (khoản 2 Điều 287 UNCLOS). Cho đến nay, cả Việt Nam và Trung Quốc đều chưa có tuyên bố nào về lựa chọn biện pháp giải quyết tranh chấp liên quan đến giải thích hay áp dụng UNCLOS theo quy định tại khoản 1 Điều 287. Do vậy, chiếu theo khoản 3 Điều 287 thì Việt Nam và Trung Quốc mặc nhiên đã chọn Tòa trọng tài quốc tế về luật biển được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS để giải quyết tranh chấp về giải thích và áp dụng UNCLOS.

(v) Về phạm vi và nội dung khởi kiện của Việt Nam (nếu thực hiện) là không vi phạm giới hạn và các ngoại lệ theo quy định tại Điều 297 và Điều 298 của UNCLOS

Theo quy định tại Điều 297 - giới hạn áp dụng Mục 2 (giải quyết tranh chấp theo thủ tục bắt buộc dẫn tới các quyết định bắt buộc) của UNCLOS thì phạm vi và nội dung khởi kiện của Việt Nam (nếu thực hiện) là hoàn toàn phù hợp (các vụ tranh chấp nói trên là tranh chấp liên quan đến việc giải thích và áp dụng UNCLOS về thực thi quyền chủ quyền và quyền tài phán của quốc gia ven biển, về nghiên cứu khoa học biển và đánh bắt hải sản. Mặt khác, nội dung các vụ kiện của Việt Nam (nếu thực hiện) sẽ không vi phạm các quy định tại Điều 298 của UNC-

LOS về những ngoại lệ không bắt buộc giải quyết trước các cơ quan tài phán mà Trung Quốc đã tuyên bố bảo lưu.

Chúng tôi cho rằng, nếu Việt Nam chọn giải pháp pháp kiện Trung Quốc ra trọng tài quốc tế về luật biển được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS sẽ có một số thuận lợi sau đây:

- Tòa trọng tài quốc tế về luật biển được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS sẽ giải quyết vụ kiện kể cả khi Trung Quốc không đồng ý;

- Việt Nam có thể học tập kinh nghiệm từ vụ kiện của Philippines và các quốc gia đã giải quyết tại Tòa trọng tài quốc tế về luật biển như: Barbados, Trinidad và Tobago, Ireland, Anh, Guayna, Suriname, Ấn Độ, Bangladesh... trong việc chuẩn bị hồ sơ khởi kiện và chiến thuật tranh tụng tại Tòa;

- Việt Nam sẽ nhận được sự hỗ trợ về quy trình, thủ tục, chọn trọng tài viên và các thủ tục pháp lý khác trên cơ sở Hiệp định hợp tác giữa Chính phủ nước Cộng hòa XHCN Việt Nam và Trọng tài quốc tế thường trực PCA ngày 23/6/2014;

- Nếu phán quyết trọng tài có lợi cho Việt Nam sẽ có ý nghĩa chính trị - pháp lý rất lớn trong việc ngăn ngừa các hành động tiếp theo của Trung Quốc;

- Tạo niềm tin và nguồn động viên to lớn đối với nhân dân Việt Nam trong công cuộc bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền biển đảo hiện nay.

Tuy nhiên, theo chúng tôi, giải pháp khởi kiện Trung Quốc theo thủ tục trọng tài quốc tế được thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS chỉ nên được sử dụng sau khi chúng ta đã vận dụng tất cả các biện pháp chính trị - ngoại giao nhưng không mang lại kết quả, và Trung Quốc vẫn tiếp tục tiến hành các hoạt động xâm phạm đến chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán của chúng ta trên Biển Đông ■

GIÁM SÁT VÀ GIÁM SÁT TỐI CAO TRONG DỰ THẢO LUẬT HOẠT ĐỘNG GIÁM SÁT CỦA QUỐC HỘI VÀ HỘI ĐỒNG NHÂN DÂN

VŨ THU HẰNG*

Hoạt động giám sát của Quốc hội là một nội dung rất quan trọng trong thực thi nguyên tắc kiểm soát quyền lực nhà nước. Quốc hội thực hiện quyền giám sát tối cao đối với hoạt động lập pháp, hành pháp và tư pháp trên cơ sở hoạt động giám sát của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội (ĐBQH) và ĐBQH. Hiệu quả của việc thực hiện quyền giám sát tối cao phụ thuộc vào hiệu quả hoạt động giám sát của Quốc hội. Trên tinh thần đó, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân (HĐND) được xây dựng nhằm góp phần nâng cao hiệu quả hoạt động giám sát của các cơ quan đại diện cho nhân dân.

1. Phân biệt giữa quyền giám sát tối cao và hoạt động giám sát của Quốc hội

Hiến pháp năm 2013 tiếp tục khẳng định Quốc hội Việt Nam là cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước.

Thuật ngữ “quyền giám sát tối cao” của Quốc hội lần đầu tiên được quy định trong Hiến pháp năm 1980. Điều 82, 83 Hiến pháp năm 1980 quy định: Quốc hội thực hiện quyền giám sát tối cao đối với toàn bộ hoạt động của Nhà nước; thực hiện quyền giám sát tối cao việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật. So sánh các quy định của pháp luật về

quyền giám sát tối cao của Quốc hội Việt Nam qua các bản Hiến pháp cho thấy, Hiến pháp năm 1980 quy định phạm vi của quyền giám sát tối cao rộng hơn. Theo quy định của Hiến pháp năm 1980, Quốc hội không chỉ thực hiện quyền giám sát đối với Chính phủ (như Hiến pháp năm 1946), giám sát việc thi hành Hiến pháp (như Hiến pháp năm 1959), giám sát tối cao đối với các văn bản do Quốc hội ban hành (như Hiến pháp năm 1992, Hiến pháp năm 2013) mà giám sát tối cao đối với việc tuân thủ Hiến pháp và pháp luật (toàn bộ hệ thống văn bản pháp luật trong hệ thống pháp luật Việt Nam).

Có nhiều quan điểm khoa học khác nhau về khái niệm quyền giám sát tối cao. Quan điểm thứ nhất cho rằng, giám sát tối cao là quyền hạn và nhiệm vụ của Quốc hội xem

* ThS. Giảng viên Trường Đại học Nội vụ Hà Nội.

xét hoạt động của Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, các thành viên khác của Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC), Viện Kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC) trong việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật; trong các hoạt động thực tiễn về tổ chức và thực hiện Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội; về năng lực, trình độ và trách nhiệm của những người do Quốc hội bầu và phê chuẩn bằng các phương thức giám sát do luật xác định, được tiến hành tại các kỳ họp của Quốc hội. Căn cứ vào kết quả giám sát, Quốc hội xác định các hậu quả pháp lý phù hợp với nội dung giám sát thể hiện bằng hình thức văn bản nghị quyết¹. Với quan điểm này, khái niệm về quyền giám sát tối cao đã thể hiện tương đối đầy đủ các yếu tố cấu thành. Chủ thể của quyền giám sát tối cao thuộc về Quốc hội. Đối tượng của quyền giám sát tối cao bao gồm: hoạt động (hoạt động tuân thủ Hiến pháp, luật, nghị quyết; hoạt động tổ chức thực hiện Hiến pháp, luật, nghị quyết) và năng lực, trình độ, trách nhiệm của các chủ thể đứng đầu nhà nước (Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, các thành viên khác của Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC). Phương thức của hoạt động giám sát tối cao chỉ được tiến hành tại các kỳ họp của Quốc hội. Hoạt động giám sát của UBTVQH, Hội đồng Dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội không thuộc phạm vi của quyền giám sát tối cao. Thêm vào đó, quan điểm này cũng cho thấy hệ quả pháp lý của quyền giám sát tối cao chính là ý chí tập thể của Quốc hội được thể hiện dưới hình thức văn bản là nghị quyết về vấn đề được giám sát.

Quan điểm thứ hai cho rằng, quyền giám sát tối cao không chỉ được thực hiện tại kỳ họp

của Quốc hội. Để tiến hành hoạt động giám sát tối cao, Quốc hội phải tiến hành các hoạt động giám sát đa dạng trong một quy trình giám sát cụ thể có sự tham gia của các chủ thể khác nhau thuộc cơ cấu của Quốc hội tại kỳ họp hoặc giữa hai kỳ họp. Do đó, trong quy trình giám sát tối cao còn có giám sát do UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, Đoàn ĐBQH, ĐBQH. Như vậy, quan điểm thứ hai cho rằng giám sát tối cao của Quốc hội được hiểu là quá trình Quốc hội thực hiện hoạt động theo dõi, kiểm tra, đánh giá, kiến nghị về hoạt động tuân thủ theo Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH đối với toàn bộ hoạt động của Nhà nước, đồng thời đưa ra các biện pháp chế tài xác định trách nhiệm pháp lý và trách nhiệm chính trị của đối tượng bị giám sát nhằm mục đích phát hiện, phòng ngừa, ngăn chặn và xử lý những vi phạm pháp luật có thể hoặc đã xảy ra².

Quan điểm thứ ba cho rằng, hoạt động giám sát tối cao có nghĩa là quyền được áp dụng đối với cả trung ương và địa phương, các ngành, các cấp, các cơ sở và đối với mọi người. Theo quan điểm này, đối tượng của hoạt động giám sát tối cao không chỉ là hoạt động của các cơ quan, cá nhân đứng đầu Nhà nước mà đối tượng của giám sát tối cao là toàn bộ hoạt động của các cơ quan nhà nước từ trung ương đến địa phương³.

Sự khác biệt giữa các quan điểm về quyền giám sát tối cao tập trung vào những vấn đề về chủ thể, đối tượng và phương thức của hoạt động giám sát tối cao.

Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003 được ban hành trên cơ sở của quan điểm thứ nhất bởi những lý do sau:

Một là, Luật đã có sự phân định giữa

1 GS.TS. Trần Ngọc Đường, *Giám sát và cơ chế giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở nước ta hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 158.

2 Trương Thị Hồng Hà, *Hoàn thiện cơ chế pháp lý đảm bảo chức năng giám sát của Quốc hội*, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2009, tr. 60 - 62.

3 GS.TSKH. Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1997, tr. 723.

quyền giám sát tối cao của Quốc hội và hoạt động giám sát của UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, Đoàn ĐBQH và ĐBQH.

Điều 1 của Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003 quy định: “Quốc hội thực hiện quyền giám sát tối cao của mình tại kỳ họp trên cơ sở hoạt động giám sát của UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, Đoàn ĐBQH và ĐBQH”. Như vậy, quyền giám sát tối cao của Quốc hội chỉ được thực hiện tại kỳ họp của Quốc hội. Còn giám sát là việc Quốc hội, UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, Đoàn ĐBQH và ĐBQH theo dõi, xem xét, đánh giá hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát trong việc thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH.

Hai là, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003 cũng đã chỉ rõ đối tượng, phạm vi của hoạt động giám sát tối cao phải là hoạt động của Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, các thành viên của Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC, các chủ thể cao nhất ở trung ương. Điều 7 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003 quy định Quốc hội giám sát thông qua các hoạt động:

- Xem xét báo cáo công tác của Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC;

- Xem xét báo cáo của UBTVQH về tình hình thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội;

- Xem xét văn bản quy phạm pháp luật của Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội;

- Xem xét việc trả lời chất vấn của Chủ tịch nước, Chủ tịch Quốc hội, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và các thành viên khác

của Chính phủ, Chánh án TANDTC, Viện trưởng VKSNDTC;

- Thành lập Ủy ban lâm thời để điều tra về một vấn đề nhất định và xem xét báo cáo kết quả điều tra của Ủy ban.

Dự thảo Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND (Dự thảo Luật)⁴ một lần nữa khẳng định lại quan điểm này. Theo Dự thảo Luật, giám sát là việc chủ thể giám sát theo dõi, xem xét, đánh giá hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát trong việc thi hành Hiến pháp và pháp luật, xử lý theo thẩm quyền hoặc kiến nghị cơ quan có thẩm quyền xem xét, xử lý (Khoản 2 Điều 3). Còn giám sát tối cao là việc theo dõi, xem xét, đánh giá hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát trong việc thi hành Hiến pháp, pháp luật do Quốc hội tiến hành tại kỳ họp của Quốc hội và xử lý theo thẩm quyền (Khoản 3 Điều 3).

Trên cơ sở những quy định chung về giám sát và giám sát tối cao, Điều 5 Dự thảo Luật quy định: Quốc hội giám sát tối cao việc tuân theo Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội; giám sát tối cao hoạt động của Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và các thành viên khác của Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC, Hội đồng Bầu cử quốc gia, Kiểm toán Nhà nước và các cơ quan khác do Quốc hội thành lập; giám sát văn bản quy phạm pháp luật của Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC, Kiểm toán Nhà nước.

Như vậy, sự phân biệt giữa quyền giám sát tối cao của Quốc hội với hoạt động giám sát của Quốc hội trên cơ sở hoạt động giám sát của các cơ quan do Quốc hội thành lập thể hiện rõ nét ở hai tiêu chí:

- Về chủ thể giám sát: Chủ thể giám sát tối cao chỉ thuộc về Quốc hội - cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước

4 Dự thảo Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND trình Quốc hội cho ý kiến tại kỳ họp thứ 9, Quốc hội khóa XIII.

Cộng hòa XHCN Việt Nam. Hoạt động giám sát của Quốc hội được thực hiện bởi ĐBQH và các cơ quan do Quốc hội thành lập (UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội).

- Về đối tượng giám sát: Đối tượng của giám sát tối cao là hoạt động của các thiết chế cao nhất trong bộ máy nhà nước bao gồm: Chủ tịch nước, UBTVQH, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng và các thành viên khác của Chính phủ, TANDTC, VKSNDTC, Hội đồng Bầu cử quốc gia, Kiểm toán Nhà nước. Trong khi đó, đối tượng của hoạt động giám sát là hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát trong việc thi hành Hiến pháp và pháp luật (có thể được hiểu là các cơ quan, tổ chức, cá nhân ở trung ương và địa phương).

- Về phương thức giám sát: Quyền giám sát tối cao chỉ được tiến hành trong kỳ họp của Quốc hội. Còn đối với hoạt động giám sát, phương thức giám sát được thực hiện chủ yếu ngoài kỳ họp của Quốc hội thông qua vai trò của các chủ thể giám sát.

2. Một số kiến nghị về giám sát tối cao và hoạt động giám sát của Quốc hội trong Dự thảo Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân

Tại kỳ họp của Quốc hội, hình thức giám sát chủ yếu được thực hiện đó là xem xét báo cáo, chất vấn và xem xét việc trả lời chất vấn. Các hoạt động tuân thủ Hiến pháp, luật, nghị quyết, các hoạt động tổ chức thực thi Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội là đối tượng quan trọng trong hoạt động giám sát của Quốc hội đều được tiến hành bởi UBTVQH, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, Đoàn ĐBQH, ĐBQH. Hoạt động giám sát phải tuân thủ một quy trình với các giai đoạn chặt chẽ: giai đoạn xác nhận (xác nhận tình trạng thực tế của sự việc); giai đoạn phân tích (đánh giá, so sánh, đối chiếu tình trạng thực tế của sự việc với

mục đích giám sát); giai đoạn soạn thảo các biện pháp nhằm cải thiện và chỉnh sửa quá trình quản lý, đưa ra biện pháp để thực hiện chúng⁵. Do đó, cần phân biệt giữa “quyền giám sát tối cao” và hoạt động giám sát tối cao. Theo chúng tôi, hoạt động giám sát tối cao là hoạt động của Quốc hội trong việc xem xét báo cáo, xem xét việc chất vấn và trả lời chất vấn, xem xét văn bản trái Hiến pháp, luật, nghị quyết, bỏ phiếu tín nhiệm tại kỳ họp của Quốc hội. Còn quyền giám sát tối cao chính là quyền kết luận cuối cùng về vấn đề giám sát trên cơ sở của hoạt động giám sát tối cao. Cũng có thể hiểu quyền giám sát tối cao chính là quyền quyết định hậu quả pháp lý của hoạt động giám sát của Quốc hội. Do vậy, khái niệm “giám sát tối cao” trong Dự thảo Luật đã tồn tại hai nội hàm sau:

- Theo dõi, xem xét, đánh giá hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát trong việc thi hành Hiến pháp và pháp luật do Quốc hội tiến hành tại kỳ họp (nội dung này được hiểu là hoạt động giám sát tối cao).

- Xử lý theo thẩm quyền (nội dung này được hiểu là quyền giám sát tối cao).

Trên cơ sở làm rõ nội hàm khái niệm của “giám sát tối cao”, khoản 3 Điều 3 và điểm a khoản 1 Điều 5 Dự thảo Luật cần phải được điều chỉnh đảm bảo sự thống nhất.

Theo Khoản 3 Điều 3 Dự thảo Luật, giám sát tối cao được thực hiện đối với việc “thi hành Hiến pháp, pháp luật”. Tuy nhiên, điểm a, khoản 1 Điều 5 lại quy định: “Quốc hội giám sát tối cao việc tuân theo Hiến pháp, luật, nghị quyết”. Ở đây có hai điểm khác biệt về đối tượng và phạm vi giám sát tối cao. Về đối tượng, giám sát việc thi hành Hiến pháp, pháp luật có nhiều điểm khác với giám sát việc tuân theo Hiến pháp, pháp luật. Thi hành pháp luật là một quá trình với nhiều quy trình, thủ tục khác nhau. Việc theo dõi, xem xét, đánh giá hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát trong việc thi

5 GS.TS. Võ Khánh Vinh, *Giám sát và cơ chế giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở nước ta hiện nay*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2009, Tr. 17).

hành Hiến pháp, pháp luật không thể thực hiện được trong kỳ họp của Quốc hội. Theo dõi, xem xét, đánh giá hoạt động thi hành pháp luật phải được tiến hành ngoài kỳ họp và do các cơ quan của Quốc hội, ĐBQH tiến hành. Theo dõi, xem xét, đánh giá việc thi hành Hiến pháp, pháp luật thuộc nội hàm của hoạt động giám sát, không thể thuộc nội hàm của hoạt động giám sát tối cao.

Về phạm vi, nếu quy định phạm vi giám sát tối cao như khoản 3 Điều 3 Dự thảo Luật hiện nay thì phạm vi giám sát tối cao của Quốc hội sẽ giống phạm vi giám sát được quy định ở Hiến pháp năm 1980. Quốc hội giám sát tối cao việc tuân theo Hiến pháp và pháp luật. Phạm vi này quá rộng và chưa thống nhất với khoản 2 Điều 70 Hiến pháp 2013, điểm a khoản 1 Điều 5: *Quốc hội giám sát tối cao việc tuân theo Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội*. Việc quy định phạm vi giám sát tối cao như Khoản 1 Điều 5 Dự thảo Luật hiện nay là hợp lý và phân định được đối tượng, phạm vi của giám sát tối cao và giám sát. Theo đó, Quốc hội giám sát tối cao việc tuân theo Hiến pháp, luật, nghị quyết. Các cơ quan của Quốc hội, Đoàn ĐBQH và ĐBQH giám sát việc thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết.

Với cách tiếp cận như trên, khái niệm “giám sát tối cao” trong Dự thảo Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND cần được điều chỉnh như sau:

Giám sát tối cao là việc theo dõi, xem xét, đánh giá hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát trong việc tuân theo Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội do Quốc hội tiến hành tại kỳ họp Quốc hội và xử lý theo thẩm quyền.

Khi khái niệm giám sát tối cao được chính thức quy định, một vấn đề cần phải tiếp tục quan tâm đó là những quy định về hậu quả pháp lý của giám sát tối cao (bản chất của việc Quốc hội thực hiện quyền giám sát tối cao - quyền xử lý theo thẩm quyền đối với các cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát).

Điểm tiến bộ hơn so với Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội năm 2003 đó là Dự

thảo Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND hiện nay đã có quy định rất cụ thể nội dung nghị quyết về kết quả giám sát và vấn đề bảo đảm việc thực hiện kết luận, kiến nghị giám sát. Về cơ bản, nội dung nghị quyết về kết quả giám sát phải đánh giá mức độ, kết quả đạt được, tồn tại, hạn chế và nguyên nhân; trách nhiệm của người đứng đầu; xác định mục tiêu, chỉ tiêu cụ thể đối với từng lĩnh vực; các giải pháp để thực hiện; trách nhiệm thi hành của cơ quan, cá nhân; trách nhiệm báo cáo kết quả thực hiện nghị quyết về giám sát. Nghị quyết về giám sát phải được công khai và có giá trị pháp lý bắt buộc thực hiện. Các cơ quan của Quốc hội, Đoàn ĐBQH, ĐBQH có trách nhiệm thường xuyên theo dõi, đôn đốc việc thực hiện kết luận, kiến nghị và nghị quyết giám sát; trường hợp cơ quan, tổ chức, cá nhân chịu sự giám sát không thực hiện hoặc thực hiện không đúng yêu cầu trong kết luận, kiến nghị, nghị quyết giám sát thì xử lý theo thẩm quyền hoặc kiến nghị các cơ quan có thẩm quyền xử lý (Điều 92). Tuy nhiên, việc quy định hậu quả pháp lý của giám sát và giám sát tối cao của Quốc hội vẫn thiếu tính cụ thể trong cơ chế pháp lý thực hiện quyền giám sát tối cao của Quốc hội. Để giải quyết vấn đề này, Dự thảo Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND cần tiếp tục nghiên cứu cơ chế giám sát đối với nghị quyết về kết quả giám sát của Quốc hội. Đây phải là một cơ chế đặc thù riêng, phải đảm bảo sự gắn kết giữa hậu quả pháp lý của việc giám sát với các phương thức chất vấn, bỏ phiếu tín nhiệm.

Có thể khẳng định rằng, việc nâng cao hiệu quả trong hoạt động giám sát và giám sát tối cao của Quốc hội phụ thuộc nhiều vào một cơ chế giám sát hoàn chỉnh, chặt chẽ từ nội dung, phương thức, trách nhiệm của các chủ thể giám sát, đối tượng giám sát, cơ chế phối hợp trong giám sát và hậu quả pháp lý của giám sát... Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và HĐND phải thiết lập được cơ chế để Quốc hội thực sự trở thành cơ quan giám sát tối cao hoạt động của Nhà nước chứ không phải là cơ quan chỉ xác nhận và xử lý kết quả của các chủ thể trực tiếp giám sát ■

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ ĐẠI DIỆN THEO ỦY QUYỀN TRONG TỔ TỤNG DÂN SỰ

NGUYỄN DUY PHƯƠNG*

Theo quy định của Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS) năm 2004 được sửa đổi, bổ sung năm 2011 (Bộ luật TTDS), khi tham gia tố tụng trong các vụ án dân sự, các đương sự có thể trực tiếp tham gia hoặc có thể ủy quyền cho người khác thực hiện quyền và nghĩa vụ tố tụng của mình. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết các vụ án dân sự có ủy quyền đã nảy sinh một số vướng mắc nhất định dẫn đến tính thiếu thống nhất trong giải quyết của các Tòa án. Chúng tôi nêu lên một số vướng mắc, bất cập về vấn đề ủy quyền, đồng thời đề xuất một số giải pháp để khắc phục.

Thứ nhất, về quyền ký đơn khởi kiện, ký đơn kháng cáo của người đại diện theo ủy quyền trong TTDS

Khoản 3 Điều 73 Bộ luật TTDS quy định: “Người đại diện theo ủy quyền được quy định trong Bộ luật Dân sự (BLDS) là người đại diện theo ủy quyền trong TTDS”. Khoản 2 Điều 74 Bộ luật TTDS quy định: “Người đại diện theo ủy quyền trong TTDS thực hiện các quyền, nghĩa vụ TTDS theo nội dung văn bản ủy quyền”. Như vậy, người đại diện theo ủy quyền có các quyền, nghĩa vụ của đương sự tùy thuộc vào nội dung, phạm vi ủy quyền. Tùy theo địa vị tố tụng của đương sự ủy quyền là nguyên đơn, bị đơn hay người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan mà người đại diện theo ủy quyền có các quyền và nghĩa vụ tố tụng tương ứng quy định tại các Điều 58, 59, 60 Bộ luật TTDS. Người đại diện theo ủy quyền chỉ được thực hiện các quyền, nghĩa vụ theo nội dung ủy quyền, nếu thực hiện hành vi vượt quá phạm vi ủy quyền thì phải tự chịu trách nhiệm về phần vượt quá đó.

Theo quy định tại Điều 161 Bộ luật TTDS: “Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện vụ án (sau đây gọi chung là người khởi kiện) tại Tòa án có thẩm quyền đề yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình”¹. Căn cứ vào Điều luật này, có thể hiểu việc khởi kiện có thể là do cá nhân, cơ quan, tổ chức tự mình thực hiện hoặc cũng có thể do người đại diện (bao gồm người đại diện theo pháp luật và người đại diện theo ủy quyền) thực hiện. Tuy nhiên, khi hướng dẫn điều luật này Nghị quyết số 05/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 của Hội đồng Thẩm phán (HĐTP) Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) hướng dẫn thi hành một số quy định phần thứ hai “thủ tục giải quyết vụ án tại Tòa án cấp sơ thẩm” của Bộ luật TTDS lại hướng dẫn như sau: “Đối với cá nhân có đầy đủ năng lực hành vi TTDS, thì có thể tự mình hoặc nhờ người khác làm hộ đơn khởi kiện vụ án. Tại mục tên, địa chỉ của người khởi kiện trong đơn phải ghi họ tên, địa chỉ

* TS. Phó Hiệu trưởng Trường Đại học Luật, Đại học Huế.

1 Điều 161 Bộ luật TTDS

của cá nhân đó. Đồng thời ở phần cuối đơn, cá nhân đó phải ký tên hoặc điểm chỉ.

Đối với cá nhân là người từ đủ mười lăm tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi không mất năng lực hành vi dân sự, không bị hạn chế năng lực hành vi dân sự đã tham gia lao động theo hợp đồng lao động hoặc giao dịch dân sự bằng tài sản riêng của mình, thì có thể tự mình hoặc nhờ người khác làm hộ đơn khởi kiện vụ án về tranh chấp có liên quan đến hợp đồng lao động hoặc giao dịch dân sự đó. Tại mục tên, địa chỉ của người khởi kiện trong đơn phải ghi họ tên, địa chỉ của cá nhân đó. Đồng thời ở phần cuối đơn, cá nhân đó phải ký tên hoặc điểm chỉ.

Đối với cơ quan, tổ chức thì người đại diện hợp pháp của cơ quan, tổ chức đó có thể tự mình hoặc nhờ người khác làm hộ đơn khởi kiện vụ án. Tại mục tên, địa chỉ của người khởi kiện phải ghi tên, địa chỉ của cơ quan, tổ chức và họ tên, chức vụ của người đại diện hợp pháp của cơ quan, tổ chức đó. Đồng thời ở phần cuối đơn, người đại diện hợp pháp của cơ quan, tổ chức phải ký tên và đóng dấu của cơ quan, tổ chức đó².

Theo hướng dẫn trong Nghị quyết này của HĐTP TANDTC thì người đại diện theo ủy quyền của đương sự là cá nhân không được ký đơn khởi kiện. Theo chúng tôi, hướng dẫn của Nghị quyết này không phù hợp với quy định tại Điều 161 Bộ luật TTDS: “Cá nhân, cơ quan, tổ chức có quyền tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện vụ án (sau đây gọi chung là người khởi kiện) tại Tòa án có thẩm quyền để yêu cầu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình” và khoản 2 Điều 74 Bộ luật TTDS quy định: “Người đại diện theo ủy quyền trong TTDS thực hiện các quyền, nghĩa vụ TTDS theo nội dung văn bản ủy quyền”. Quy định này cũng không phù hợp với nguyên tắc tự quyền quyết định, tự thỏa thuận và tự định đoạt của đương sự trong TTDS và cũng không phù hợp với thực tế đặc biệt là những trường hợp

người Việt Nam định cư ở nước ngoài khởi kiện vụ án dân sự ở Việt Nam. Trong các trường hợp đó, vì lý do thời gian và khoảng cách địa lý nên họ đều ủy quyền cho người khác tham gia tố tụng.

Về nguyên tắc, đơn khởi kiện là cơ sở pháp lý để Tòa án xem xét thụ lý vụ án dân sự; cá nhân, cơ quan, tổ chức có thể ủy quyền cho người đại diện khởi kiện để bảo vệ lợi ích của mình. Khi xác lập quan hệ ủy quyền, người được ủy quyền sẽ thay mặt và đại diện cho người ủy quyền thực hiện các quyền và nghĩa vụ tố tụng trong phạm vi và nội dung ủy quyền, đồng thời chịu trách nhiệm về công việc ủy quyền. Bên cạnh đó, về nội dung, điểm 1 khoản 2 Điều 164 Bộ luật TTDS không cấm người đại diện ủy quyền đứng tên trong đơn khởi kiện.

Theo chúng tôi, việc không chấp nhận người đại diện theo ủy quyền của đương sự ký đơn khởi kiện là gây khó khăn cho đương sự, bởi vì ý chí của người khởi kiện vẫn được thể hiện đầy đủ nếu người đại diện theo ủy quyền ký vào đơn khởi kiện, kèm theo đơn khởi kiện là văn bản ủy quyền được công chứng, chứng thực hợp pháp. Mặt khác, thực tiễn tham gia tố tụng tại Tòa án cho thấy, trong trường hợp đương sự ủy quyền toàn bộ thì mặc dù người ủy quyền là người ký đơn khởi kiện ban đầu nhưng người đại diện theo ủy quyền vẫn có thể thay đổi, bổ sung, rút bớt một phần nội dung yêu cầu khởi kiện ban đầu tại phiên tòa sơ thẩm theo quy định tại Điều 217 Bộ luật TTDS mà không cần có ý kiến bằng văn bản của người ủy quyền, nhưng vẫn được Hội đồng xét xử chấp nhận.

Như đã trình bày ở trên, mặc dù Nghị quyết số 05/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 của HĐTP TANDTC không chấp nhận người đại diện theo ủy quyền ký đơn khởi kiện; trong khi đó Nghị quyết số 06/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 của HĐTP TANDTC hướng dẫn thi hành một số quy định phần thứ hai “thủ tục giải quyết vụ

2 Điều 2 Nghị quyết số 05/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 của HĐTP TANDTC hướng dẫn thi hành một số quy định phần thứ hai “thủ tục giải quyết vụ án tại tòa án cấp sơ thẩm” của Bộ luật TTDS.

án tại Tòa án cấp phúc thẩm” của Bộ luật TTDS lại quy định cho phép người đại diện theo ủy quyền được quyền kháng cáo³.

Từ phân tích trên, chúng tôi kiến nghị cần sửa đổi Điều 164 Bộ luật TTDS theo hướng cho phép người đại diện theo ủy quyền có quyền ký đơn khởi kiện.

Thứ hai, hình thức ủy quyền trong TTDS

Theo Điều 73 Bộ luật TTDS, người đại diện theo ủy quyền được quy định trong BLDS là người đại diện theo ủy quyền trong TTDS, do đó hình thức văn bản ủy quyền trong TTDS tuân theo những quy định trong BLDS. Khoản 2 Điều 142 BLDS năm 2005 quy định: “Hình thức ủy quyền do các bên thỏa thuận, trừ trường hợp pháp luật quy định việc ủy quyền phải lập thành văn bản”. Điều 586 BLDS năm 2005 quy định cụ thể hơn về hợp đồng ủy quyền: “Hợp đồng ủy quyền phải lập thành văn bản; nếu có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định, thì hợp đồng ủy quyền phải có chứng nhận của công chứng nhà nước hoặc chứng thực của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp có thẩm quyền”. Nghị quyết số 06/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 của HĐTP TANDTC hướng dẫn thi hành một số quy định phần thứ hai “thủ tục giải quyết vụ án tại Tòa án cấp phúc thẩm” của Bộ luật TTDS quy định: “Việc ủy quyền được hướng dẫn tại các khoản 4, 5 và 6 Điều này phải được làm thành văn bản có công chứng, chứng thực hợp pháp, trừ trường hợp văn bản ủy quyền đó được lập tại Tòa án có sự chứng kiến của Thẩm phán hoặc cán bộ Tòa án được Chánh án Tòa án phân công”⁴.

Mặc dù pháp luật quy định việc ủy quyền trong TTDS phải lập thành văn bản có công chứng, chứng thực nhưng quy định này chưa cụ thể, rõ ràng dẫn đến khi áp dụng có nhiều trường hợp vi phạm quy định về hình

thức văn bản ủy quyền.

Trong thực tế, việc ủy quyền thường được lập thành văn bản và có nhiều hình thức văn bản khác nhau như: giấy ủy quyền, hợp đồng ủy quyền, biên bản ủy quyền, vv.. Chính vì có nhiều hình thức văn bản ủy quyền nên đã không có sự thống nhất về cách hiểu và cách thức thực hiện, cụ thể là:

- Về giấy ủy quyền: Do pháp luật hiện hành về chứng thực chưa có quy định về thẩm quyền, thủ tục chứng thực giấy ủy quyền nên một số UBND cấp xã vận dụng quy định tại điểm b khoản 2 Điều 5 Nghị định số 79/2007/NĐ-CP thực hiện chứng thực chữ ký trong giấy ủy quyền. Việc chứng thực này có hợp pháp hay không? Nếu hiểu giấy ủy quyền là một loại giấy tờ, văn bản bằng tiếng Việt, thì UBND cấp xã chứng thực chữ ký trong giấy ủy quyền là đúng thẩm quyền theo quy định tại Nghị định số 79/2007/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 18/5/2007 về cấp bản sao từ sổ gốc, chứng thực bản sao từ bản chính, chứng thực chữ ký, nhưng nếu hiểu ủy quyền là một giao dịch thì phải lập thành hợp đồng và thẩm quyền chứng thực phải là UBND cấp huyện theo quy định tại Nghị định số 75/2000/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 8/12/2000 về công chứng, chứng thực⁵.

- Về việc chứng thực hợp đồng ủy quyền: Nếu xem ủy quyền chính là một giao dịch thì việc chứng thực đối với hợp đồng ủy quyền sẽ thuộc phạm vi điều chỉnh của Nghị định số 75/2000/NĐ-CP. Theo quy định của Nghị định số 75/2000/NĐ-CP thì việc chứng thực hợp đồng giao dịch liên quan đến bất động sản theo thẩm quyền địa hạt và hợp đồng, giao dịch liên quan đến động sản có giá trị dưới 50 triệu đồng (bao gồm cả hợp đồng ủy quyền liên quan đến những giao dịch này) thuộc thẩm quyền của UBND cấp huyện (không thuộc thẩm quyền của UBND cấp xã).

3 Điều 2 Nghị quyết số 06/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 của HĐTP TANDTC hướng dẫn thi hành một số quy định phần thứ hai “thủ tục giải quyết vụ án tại Tòa án cấp phúc thẩm” của Bộ luật TTDS.

4 Khoản 8 Điều 2 Nghị quyết số 06/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 của HĐTP TANDTC hướng dẫn thi hành một số quy định phần thứ hai “thủ tục giải quyết vụ án tại Tòa án cấp phúc thẩm” của Bộ luật TTDS đã được sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật TTDS.

Sự phân tích trên cho thấy, các quy định về ủy quyền chưa làm rõ trường hợp nào phải công chứng, trường hợp nào phải chứng thực, điều này liên quan đến tính hợp pháp của việc đại diện theo ủy quyền trong TTDS tại Tòa án. Vì vậy, cần có những quy định cụ thể về việc công chứng, chứng thực văn bản ủy quyền.

Thứ ba, nội dung và phạm vi đại diện theo ủy quyền trong TTDS

Khoản 3 Điều 73 Bộ luật TTDS và Điều 581 BLDS năm 2005 không quy định cụ thể nội dung ủy quyền trong TTDS là gì, mà chỉ quy định chung chung là theo sự thỏa thuận của các bên. Do đó, trong TTDS thường có hai dạng thỏa thuận trong văn bản ủy quyền: (1) liệt kê rõ ràng từng nội dung ủy quyền trong văn bản (người đại diện theo ủy quyền chỉ được làm những gì được liệt kê trong văn bản ủy quyền); (2) ủy quyền toàn bộ quyền và nghĩa vụ tố tụng. Thực tiễn giải quyết các vụ án dân sự cho thấy, đa số trong các trường hợp ủy quyền thường rơi vào dạng thứ hai, đó là ủy quyền toàn bộ.

Như vậy, trường hợp trong văn bản ủy quyền ghi rõ người đại diện theo ủy quyền được nhân danh và toàn quyền quyết định mọi việc thì họ có các quyền và nghĩa vụ tố tụng như chính là người ủy quyền. Tuy nhiên, trong thực tế, khi người đại diện theo ủy quyền thực hiện một số công việc trong phạm vi ủy quyền như: viết bản tự khai, kháng cáo bản án, quyết định v.v.. thì không được các cơ quan tiến hành tố tụng chấp nhận với lý do văn bản ủy quyền không ghi rõ nội dung các công việc này.

Theo chúng tôi, nên tôn trọng nguyên tắc quyền quyết định và tự định đoạt của đương sự, khi các bên đã xác lập phạm vi đại diện theo ủy quyền là toàn bộ thì người đại diện theo ủy quyền có thể thực hiện tất cả các quyền và nghĩa vụ của người đã ủy quyền. Điều này phù hợp với quy định tại Điều 74 Bộ luật TTDS: “Người đại diện theo pháp

luật trong TTDS thực hiện các quyền, nghĩa vụ TTDS của đương sự mà mình là đại diện; người đại diện theo ủy quyền trong TTDS thực hiện các quyền, nghĩa vụ TTDS theo nội dung văn bản ủy quyền”⁶. Do đó, trong TTDS các cơ quan tiến hành tố tụng nên chấp nhận toàn bộ công việc mà người đại diện theo ủy quyền thực hiện có liên quan đến việc giải quyết vụ việc.

Thứ tư, chấm dứt đại diện theo ủy quyền trong TTDS

Điều 77 Bộ luật TTDS quy định việc chấm dứt đại diện theo ủy quyền trong TTDS được thực hiện như việc chấm dứt đại diện theo ủy quyền được quy định trong BLDS. Tuy nhiên, tại các Điều 147, 588 và 589 BLDS không quy định rõ việc chấm dứt đại diện theo ủy quyền có phải cần được công chứng, chứng thực không? Vậy, việc chấm dứt đại diện theo ủy quyền trong TTDS có bắt buộc cũng phải thể hiện bằng văn bản có công chứng, chứng thực không, hay chỉ cần một bên thể hiện ý chí đơn phương của mình bằng cách nộp văn bản chấm dứt sự ủy quyền cho Tòa án? Trong thực tế, vấn đề này được vận dụng rất khác nhau: có Tòa án cho rằng, nếu việc đại diện theo ủy quyền được thể hiện dưới hình thức hợp đồng ủy quyền có đầy đủ chữ ký của bên ủy quyền và bên đại diện theo ủy quyền và được công chứng, chứng thực thì khi chấm dứt cũng buộc phải có đầy đủ chữ ký của hai bên và phải được công chứng, chứng thực; có Tòa án thì chấp nhận chỉ cần bên ủy quyền hoặc bên đại diện theo ủy quyền nộp văn bản từ chối việc đại diện theo ủy quyền là được.

Theo chúng tôi, do việc ủy quyền được thực hiện bằng văn bản có công chứng, chứng thực nên cần quy định theo hướng: Việc chấm dứt ủy quyền cũng phải lập thành văn bản có công chứng, chứng thực; nếu việc chấm dứt ủy quyền đó được tiến hành tại Tòa án thì phải có sự chứng kiến của Thẩm phán hoặc cán bộ Tòa án được Chánh án Tòa án phân công ■

5 Lương Thị Lanh, Chứng thực văn bản ủy quyền - một vướng mắc cần sớm được tháo gỡ, Cổng thông tin điện tử Bộ Tư pháp, ngày 26/02/2014.

6 Khoản 1, 2 Điều 74 Bộ luật TTDS.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ BẢO VỆ NGƯỜI BỊ HẠI, NGƯỜI LÀM CHỨNG LÀ NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN TRONG PHÁP LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

NGUYỄN MINH ĐỨC*
NGUYỄN NGỌC MINH**

Từ trước tới nay, vấn đề bảo vệ quyền lợi hợp pháp của người chưa thành niên (NCTN) trong tố tụng hình sự (TTHS) rất được coi trọng. Điều đó thể hiện rất rõ ở các quy định chặt chẽ liên quan đến bị can, bị cáo, người bị tạm giữ là NCTN. Tuy nhiên, vấn đề bảo vệ quyền, lợi ích của người bị hại, người làm chứng là NCTN trong TTHS vẫn chưa được đặt vấn đề xứng đáng với tầm quan trọng của nó¹. Bài viết đánh giá tổng quát các quy định của pháp luật hiện hành liên quan đến người bị hại và người làm chứng là NCTN; phân tích, so sánh làm rõ những điểm bất cập, hạn chế; từ đó gợi ý một số định hướng sửa đổi và hoàn thiện.

1. Quy định về bảo vệ người bị hại, người làm chứng là người chưa thành niên trong tố tụng hình sự

Tương đồng với những quy định về chính sách hình sự đối với NCTN trong Bộ luật Hình sự (BLHS), Bộ luật TTHS Việt Nam dành một chương riêng, quy định về thủ tục tố tụng đối với NCTN. Đáng tiếc rằng, những thủ tục tố tụng đặc biệt này bị giới hạn, chỉ áp dụng đối với NCTN là người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, mà không bao gồm người bị hại, người làm chứng².

Nghiên cứu toàn bộ Bộ luật TTHS, chúng tôi nhận thấy, chỉ có 02 điều luật có đề cập đến vấn đề bảo vệ NCTN là người bị hại, người làm chứng. Cụ thể, Điều 59 Bộ luật TTHS xác định: “Đối với đương sự là NCTN, thì người bảo vệ quyền lợi của họ có quyền có mặt khi cơ quan tiến hành tố tụng lấy lời khai của người mà mình bảo vệ”. Điều 211 Bộ luật TTHS quy định trong quá trình xét xử tại phiên tòa “nếu người làm chứng là NCTN thì chủ tọa phiên tòa có thể yêu cầu cha, mẹ, người đỡ đầu hoặc thầy giáo, cô giáo giúp đỡ để hỏi”.

* PGS, TS. Giám đốc Trung tâm Nghiên cứu Tội phạm học và Điều tra tội phạm - Học viện Cảnh sát nhân dân.

** Phó Trưởng Khoa nghiệp vụ Cảnh sát Kinh tế - Học viện Cảnh sát nhân dân.

1 NCTN vốn thuộc nhóm yếu thế trong xã hội, với sự phát triển chưa hoàn thiện, cả về thể chất, tâm lý và sinh lý. Do vậy, những hậu quả, thiệt hại cả về vật chất và tinh thần mà NCTN phải gánh chịu do tội phạm gây ra càng trở nên nghiêm trọng hơn, có ảnh hưởng lâu dài hơn đến sự hoàn chỉnh nhân cách so với người trưởng thành. Không chỉ như vậy, nếu không chú trọng bảo vệ đặc biệt đối với người bị hại, người làm chứng là NCTN trong quá trình TTHS, thì trong nhiều trường hợp, quá trình tố tụng không những không đạt mục đích, mà chính quá trình tố tụng lại một lần nữa làm tổn thương đến sự phát triển lành mạnh, toàn diện của NCTN.

2 Xem Điều 301 Bộ Luật TTHS Việt Nam năm 2003.

Để bổ sung cho những thiếu sót trong Bộ luật TTHS, ngày 12/07/2011, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Tư pháp, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội đã ban hành Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật TTHS đối với người tham gia tố tụng là NCTN (sau đây gọi tắt là Thông tư 01). Điểm đáng ghi nhận của Thông tư 01 là đã mở rộng phạm vi điều chỉnh đối với NCTN, không chỉ bao gồm người bị tạm giữ, bị can, bị cáo mà còn với cả người bị hại, người làm chứng. Thông tư đã xác định rõ một số vấn đề quan trọng bao gồm: người tiến hành tố tụng phải bảo đảm tôn trọng quyền của NCTN trong suốt quá trình tố tụng; bảo đảm giữ bí mật thông tin cá nhân, danh dự, nhân phẩm của NCTN; ưu tiên giải quyết nhanh chóng, chính xác, kịp thời các vụ án liên quan đến NCTN³. Tùy theo lứa tuổi, mức độ trưởng thành và nhu cầu cá nhân, mà NCTN cần được bảo vệ theo đúng quy định của pháp luật khi tham gia TTHS⁴. Cụ thể, Thông tư 01 đã đề cập đến các vấn đề như:

(i) Vấn đề giám hộ, trợ giúp về pháp lý, tâm lý, y tế và sức khỏe, cũng như bảo vệ quyền lợi của người bị hại là NCTN trong quá trình tố tụng, đặc biệt là nhóm trẻ em không có gia đình, lang thang cơ nhỡ, trẻ em không nơi nương tựa, trẻ em bị buôn bán, đánh tráo, chiếm đoạt;

(ii) Những vấn đề cần chú ý khi lấy lời khai người bị hại, người làm chứng là NCTN như: giảm đến mức thấp nhất số lần phải lấy lời khai, số lần tiếp xúc với bị can, bị cáo, bảo đảm có sự tham dự của người giám hộ, bảo đảm không làm ảnh hưởng tới tâm lý, danh dự, nhân phẩm và quyền bí mật thông tin cá nhân của NCTN;

(iii) Vấn đề thành phần Hội đồng xét xử vụ án có người bị hại là NCTN cần tương đồng với vụ án có bị cáo là NCTN; bố trí phòng xử án nhằm làm giảm cảm giác căng thẳng, sợ hãi; cân nhắc các tình tiết liên quan đến vụ án để quyết định có xét xử kín hay không; quyết định việc xét xử vụ án khi người bị hại, người làm chứng là NCTN vắng mặt, đặc biệt là trong vụ án xâm phạm tình dục trẻ em, mua bán trẻ em; có thể cho phép người bị hại, người làm chứng là NCTN đứng sau màn chắn, bình phong để không nhìn thấy bị cáo hoặc làm chứng trực tiếp tại một phòng khác thông qua kết nối hệ thống camera.

Đánh giá một cách tổng quát, Thông tư 01 đã có những quy định cụ thể và khá hợp lý ở một số vấn đề cốt lõi, trọng yếu trong bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của NCTN, thể hiện sự tiến bộ vượt bậc so với các quy định của Bộ luật TTHS trong bảo vệ quyền lợi hợp pháp của người bị hại, người làm chứng là NCTN trong TTHS, phần nào đáp ứng yêu cầu thực tiễn hoạt động TTHS.

Bên cạnh những điểm tiến bộ, hệ thống pháp luật TTHS hiện hành trong bảo vệ người bị hại, người làm chứng là NCTN vẫn còn tồn tại một số điểm bất cập chủ yếu sau đây:

(i) Mặc dù các quy định của Thông tư 01 là tiến bộ và có nhiều điểm hợp lý, nhưng về hiệu lực pháp lý, đây chỉ là quy định của một Thông tư liên tịch, chưa được ghi nhận trong văn bản có giá trị pháp lý cao hơn là Bộ luật TTHS. Bộ luật TTHS hiện hành vẫn quy định quá sơ sài về vấn đề bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị hại, người làm chứng là NCTN. Do vậy trên thực tế, các quy định trong Thông tư 01 về quyền và lợi ích hợp pháp của người bị hại, người làm chứng

3 Điều 3 Thông tư liên tịch số 01/2011/TTLT-VKSTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐTBXH ngày 12/07/2011 hướng dẫn thi hành một số quy định của Bộ luật TTHS đối với người tham gia tố tụng là NCTN.

4 Điều 1 Thông tư liên tịch số 01, *ttđđ*.

là NCTN chưa được các cơ quan tiến hành tố tụng quan tâm thực sự thỏa đáng⁵.

(ii) Nhiều nội dung quan trọng trong bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người làm chứng, người bị hại chưa thành niên chưa được quy định chi tiết về trình tự, thủ tục áp dụng và những bảo đảm kèm theo nên mới chỉ dừng lại ở dạng nguyên tắc chung, chưa phát huy được vai trò của nó trong thực tiễn xét xử, cụ thể bao gồm:

- Quyền nhận được sự giúp đỡ chuyên môn về sức khỏe, tâm lý, pháp lý của người bị hại, quyền được đảm bảo an toàn về tính mạng, sức khỏe của người làm chứng là NCTN chưa được quy định cụ thể và chi tiết. Điều này không chỉ không đảm bảo tốt quyền và lợi ích hợp pháp của NCTN mà còn ảnh hưởng trực tiếp đến tính hiệu quả của hoạt động tố tụng vì người làm chứng, thậm chí cả người bị hại tìm cách lẩn tránh việc tham gia khai báo, làm rõ tội phạm do chưa tin tưởng vào khả năng bảo vệ của các cơ quan chức năng;

- Quyền được đảm bảo bí mật thông tin cá nhân của người bị hại, người làm chứng chưa thành niên trong quá trình TTHS chưa có cơ chế đảm bảo thực hiện. Điều này dẫn đến tình trạng trong không ít các vụ án hình sự, đặc biệt là những vụ án điểm, thông tin về người bị hại, người làm chứng chưa thành niên vẫn bị khai thác quá mức và sử dụng vào các mục đích mang tính thương mại của một số phương tiện thông tin đại chúng, ảnh hưởng nghiêm trọng đến cuộc sống và sự phát triển lành mạnh của NCTN.

- Quyền miễn trừ làm chứng chưa được ghi nhận trong luật TTHS Việt Nam ngay cả đối với người làm chứng là NCTN, mặc dù quyền miễn trừ làm chứng đã được đề cập đến trong một số điều ước quốc tế như Tuyên ngôn chung về Quyền, tự do của con người

và công dân năm 1948, Công ước về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966 của Liên hợp quốc⁶.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện chế định bảo vệ người bị hại, người làm chứng là người chưa thành niên trong tố tụng hình sự

Trong những năm vừa qua, chúng ta đã có nhiều cố gắng trong việc hoàn thiện pháp luật TTHS bảo vệ NCTN, trong đó có người bị hại, người làm chứng. Tuy nhiên, để tạo môi trường xét xử thân thiện, đáp ứng những yêu cầu bảo vệ và thúc đẩy các quyền của trẻ em và NCTN theo chuẩn mực quốc tế, thì những quy định về thủ tục tố tụng đối với người bị hại, người làm chứng là NCTN nhìn chung còn thiếu rõ ràng và chưa đầy đủ. Với những hạn chế, bất cập của pháp luật TTHS hiện hành trong bảo vệ người bị hại, người làm chứng là NCTN, theo chúng tôi, trong thời gian tới cần chú trọng sửa đổi và hoàn thiện những vấn đề cụ thể sau đây:

- *Pháp điển hóa các quy định tiến bộ về bảo vệ người bị hại, người làm chứng là NCTN trong Thông tư 01 vào Bộ luật TTHS*

Để đảm bảo hiệu lực và thống nhất của các quy định bảo vệ người bị hại, người làm chứng là NCTN trong TTHS, trên cơ sở kế thừa những điểm tiến bộ trong Thông tư 01, cần bổ sung một chương mới về thủ tục đặc biệt áp dụng cho người bị hại, người làm chứng chưa thành niên tham gia quá trình TTHS, trong đó cần quy định các vấn đề quan trọng như: luôn đặt lợi ích của NCTN lên vị trí cao nhất trong quá trình TTHS khi trẻ em phải tham gia với tư cách là người bị hại, người làm chứng; giảm bớt thời gian đối với tất cả các bước trong quá trình tố tụng khi vụ án có người bị hại chưa thành niên; quy định thủ tục tố tụng theo hướng thân thiện với trẻ em, bao gồm danh sách các “biện pháp đặc biệt” được áp dụng để hỗ trợ

5 Xem Lê Minh Thăng, *Bảo đảm quyền của người chưa thành niên trong TTHS ở Việt Nam*, Luận án Tiến sĩ Luật học, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh, 2012.

6 Xem Nguyễn Thái Phúc, *Bảo vệ người làm chứng và quyền miễn trừ người làm chứng*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số tháng 3 (40)/2007.

cho trẻ em tham gia vào quá trình tố tụng; cho phép các nhân viên hoạt động xã hội, đại diện cơ quan bảo vệ trẻ em hoặc tổ chức quần chúng tham gia vào quá trình tố tụng những vụ án có người làm chứng, người bị hại chưa thành niên; quy định vai trò, trách nhiệm của cá nhân, gia đình và các cơ quan hỗ trợ người bị hại, người làm chứng chưa thành niên trong công tác tư vấn, phục hồi và tái hòa nhập. Các nội dung phù hợp trong Thông tư 01 như: vấn đề giám hộ, trợ giúp về pháp lý, tâm lý, y tế và sức khỏe, cũng như bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị hại là NCTN trong quá trình tố tụng; vấn đề cần chú ý khi lấy lời khai người bị hại, người làm chứng là NCTN; vấn đề thành phần Hội đồng xét xử vụ án có người bị hại là NCTN; vấn đề bố trí phòng xử án và các quy định đặc biệt trong xét xử như xử kín, làm chứng trước tòa qua màn chắn bình phong, camera... cần được tiếp thu, xem xét và pháp điển hóa trong quá trình sửa đổi, bổ sung Bộ luật TTHS.

- Xác định nguyên tắc trẻ vị thành niên không phải ra tòa làm chứng, trừ trường hợp ngoại lệ

Tòa án và cụ thể phòng xử án là nơi trang trọng, thâm nghiêm với quốc huy rực rỡ, với thẩm phán, kiểm sát uy nghi, luật sư nghiêm nghị. Dưới góc độ tâm lý học trẻ em, cách bố trí đồ vật và vị trí của người tiến hành tố tụng trong phòng xử án không thể không đem lại cảm giác căng thẳng, sợ hãi đối với trẻ em, đặc biệt khi họ phải tham gia với tư cách người làm chứng, phải chứng kiến sự tranh luận, đối đáp, phải hồi tưởng lại sự kiện phạm tội và trả lời những câu hỏi bất ngờ, khác nhau được đưa ra từ những người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng. Đối với đa số các vụ án xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm con người, quá trình xét xử không tránh khỏi làm sâu sắc thêm cảm giác hốt hoảng và sợ hãi ở người làm chứng chưa thành niên.

Cho dù có bỏ qua những khác biệt về khả năng chịu đựng những áp lực giữa

NCTN và người trưởng thành, khi trẻ em, NCTN phải ra làm chứng trước tòa, ít nhất các em sẽ phải chịu đựng các áp lực sau đây: (i) kể từ ngày được thông báo ra tòa làm chứng đến ngày xét xử, trẻ em sẽ phải đối mặt với một thời gian dài chờ đợi ngày xét xử, với sự hồi hộp, với áp lực gia tăng, điều đó chắc chắn sẽ ảnh hưởng đến cuộc sống bình thường và thời gian học tập của các em; (ii) do thiếu tri thức pháp lý cần thiết và kinh nghiệm cuộc sống, trẻ em rất dễ có tâm lý sợ hãi, nhầm lẫn trong nhận thức về sự thật vụ án trong quá trình làm chứng trước tòa; (iii) sự lạ lẫm, thậm chí khác xa so với tưởng tượng của trẻ em về cách bố trí phòng xử án và không khí thâm nghiêm của tòa án sẽ làm gia tăng áp lực đối với trẻ em; (iv) người làm chứng chưa thành niên khi phải đối mặt trực diện với bị cáo, người phạm tội sẽ nảy sinh áp lực tâm lý ảnh hưởng đến quá trình làm chứng trước tòa; (v) trong quá trình thẩm vấn, hỏi đáp, áp lực tâm lý đối với người làm chứng chưa thành niên có thể lên tới đỉnh điểm, khi luật sư của bị cáo và người tiến hành tố tụng đưa ra những câu hỏi xa lạ, chứa đựng nhiều ý đồ, với ngôn ngữ chuyên nghiệp hoàn toàn xa lạ đối với trẻ em. Với sự hiểu biết giản đơn, khả năng biểu đạt hạn chế, sự chịu đựng mong manh của NCTN, sau khi trải nghiệm cảm giác và áp lực của người làm chứng trước tòa, những “trải nghiệm” đó sẽ ảnh hưởng không nhỏ đến quá trình hình thành nhân cách của trẻ em.

Đối mặt với những “nhân chứng dễ bị tổn thương”, một vấn đề đặt ra khi pháp luật buộc phải xem xét lựa chọn: một bên là khả năng thu thập chứng cứ chứng minh tội phạm, bảo vệ sự công chính của pháp luật, một bên là sự cần thiết phải bảo vệ trẻ vị thành niên và hạn chế thấp nhất sự ảnh hưởng, tổn thương cho trẻ em trong quá trình tố tụng. Trước sự lựa chọn này, chúng ta cần nhận thức rõ một tiên đề: “Con người là chủ thể chứ không phải là phương tiện; quá trình tìm kiếm sự thực là quan trọng, nhưng không

thể lấy con người trở thành công cụ để hy sinh”⁷. Chúng ta không có quyền yêu cầu một đứa trẻ tâm trí còn chưa phát triển hoàn thiện đã sớm phải đối mặt với những hiện tượng xã hội tiêu cực nhất - tội phạm. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, “trẻ em không phải làm chứng trước tòa” phải trở thành nguyên tắc chung đối với người làm chứng chưa thành niên. Trong trường hợp đặc biệt, buộc phải ra làm chứng trước tòa, nhất định phải xem xét kỹ vấn đề làm thế nào để giảm thiểu đến mức thấp nhất áp lực tâm lý và cảm giác sợ hãi, ảnh hưởng đến sự phát triển tâm lý và tinh thần của trẻ vị thành niên. Các hình thức cho phép người làm chứng chưa thành niên đứng sau màn chắn, bình phong để không nhìn thấy bị cáo hoặc làm chứng trực tiếp tại một phòng khác thông qua kết nối hệ thống camera cần được xem xét và áp dụng trong trường hợp này. Điều đó đảm bảo sự cân bằng quyền lợi của người làm chứng chưa thành niên và các nguyên tắc tố tụng, cũng chính là đảm bảo thực hiện thống nhất mục tiêu nhân đạo trong TTHS.

- *Công nhận và xây dựng cơ chế thực hiện quyền miễn trừ làm chứng đối với trẻ vị thành niên trong các trường hợp đặc biệt*

Một trong những nội dung tiên bộ thể hiện tư tưởng nhân đạo của TTHS nhiều nước trên thế giới chính là quyền miễn trừ làm chứng, một chế định có cội nguồn sâu xa trong lịch sử xã hội loài người. Quyền miễn trừ làm chứng đã được đề cập đến trong một số điều ước quốc tế như Tuyên ngôn chung về Quyền, tự do của con người và công dân 1948, Công ước về các Quyền dân sự và chính trị 1966 của Liên hợp quốc. Quyền miễn trừ làm chứng còn được xưng gọi là “chứng ngôn đặc miễn quyền”, nhằm chỉ đặc quyền của người làm chứng được cụ tuyệt không cung cấp lời khai trong những

trường hợp pháp luật quy định. Quyền miễn trừ làm chứng không vi phạm nghĩa vụ làm chứng của công dân, không đồng nhất với trường hợp từ chối làm chứng không có lý do chính đáng. Từ thực tiễn lập pháp trên thế giới, có thể xác định quyền miễn trừ làm chứng áp dụng trong 04 trường hợp chủ yếu sau đây: (i) từ chối làm chứng chống lại những người thân thích (vợ, chồng hay người thân) của chính mình; (ii) quyền từ chối làm chứng sản sinh do những nghề nghiệp nhất định tạo ra, chẳng hạn như luật sư miễn trừ làm chứng chống lại khách hàng, linh mục miễn trừ làm chứng chống lại người xưng tội, bác sĩ miễn trừ làm chứng chống lại bệnh nhân; (iii) quyền miễn trừ làm chứng chống lại chính mình, buộc tội chính mình - quyền miễn trừ đặc biệt; và (iv) quyền miễn trừ làm chứng liên quan đến những bí mật an ninh quốc gia⁸.

Khác với người trưởng thành, NCTN do hạn chế về độ tuổi và nhận thức, chưa thể tham gia vào nhiều hoạt động xã hội, chưa hình thành các mối quan hệ đa dạng, phức tạp. Do vậy quyền miễn trừ làm chứng của NCTN chủ yếu tập trung và trường hợp thứ nhất: từ chối làm chứng chống lại những người thân thích của chính mình. Trong trường hợp này, quyền miễn trừ làm chứng được thừa nhận không phải chỉ vì lợi ích của người làm chứng mà còn vì mục đích thực hiện tổng thể các quyền tự do dân chủ hiến định - một trong những tiền đề cần thiết và quan trọng bảo đảm quyền con người trong TTHS⁹. Luật TTHS ở một số quốc gia cũng ghi nhận quyền miễn trừ làm chứng như là một nguyên tắc cơ bản của TTHS. Thí dụ, Điều 308 BLHS Liên bang Nga quy định: “Người làm chứng không phải chịu trách nhiệm hình sự trong trường hợp từ chối trình bày lời khai chống lại bản thân mình, vợ

7 Lâm Kỳ Đông, *Luật bảo vệ trẻ em khái luận*, Đài Loan quốc lập biên dịch quán, Đài Bắc, 1972.

8 *Phiên Sùng Nghĩa*, *Khoa học chứng cứ*, Nxb. Bắc Kinh, 2003, tr. 165.

9 Nguyễn Thái Phúc, *tłđđ*.

hoặc chồng hoặc người thân của mình”. Điều 52 Bộ luật TTHS Đức quy định: “1. Những người sau đây, được hưởng quyền miễn trừ làm chứng: Người có quan hệ thân thích trực hệ trong phạm vi ba đời với bị cáo hoặc là vợ, chồng của bị cáo; 2. NCTN do khả năng nhận thức chưa hoàn thiện chưa thể nhận thức đầy đủ ý nghĩa của quyền miễn trừ làm chứng, chỉ trong trường hợp họ tự nguyện làm chứng và được cha, mẹ hoặc người giám hộ của họ đồng ý, mới có thể lấy lời khai với tư cách nhân chứng”.

Đối với pháp luật TTHS của nước ta, có thể dễ dàng nhận thấy Bộ luật TTHS năm 2003 mặc dù được sửa đổi, bổ sung sau BLHS năm 1999 nhưng đã không tiếp thu được tư tưởng nhân đạo của nó khi Điều 22 BLHS năm 1999 không quy định hành vi không tố giác tội phạm của những người là ông bà, cha, mẹ, con, cháu, anh, chị em ruột, vợ hoặc chồng của kẻ phạm tội là hành vi phạm tội (trừ trường hợp các tội đặc biệt nghiêm trọng hoặc tội phạm xâm phạm an ninh quốc gia). Quy định này thể hiện tư tưởng nhân đạo và sự quan tâm của Nhà nước đối với khía cạnh đạo đức, truyền thống trong quá trình giải quyết mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân. Nhà nước đã đặt lợi ích của mình - lợi ích về đấu tranh chống tội phạm thấp hơn lợi ích cá nhân để phù hợp với truyền thống đạo đức của dân tộc. Rất tiếc là Bộ luật TTHS năm 2003 khi quy định về nghĩa vụ của người làm chứng đã không tiếp thu và phát triển được tư tưởng nhân văn này¹⁰.

Với những lý do trên, để đảm bảo quyền, lợi ích hợp pháp của người làm chứng nói chung và người làm chứng chưa thành niên nói riêng, Bộ luật TTHS cần được xem xét sửa đổi, bổ sung quyền miễn trừ làm chứng trong những trường hợp cụ thể, ít nhất là đối với trẻ vị thành niên. Cho phép trẻ vị thành niên thực hiện quyền miễn trừ làm chứng

trong những tình huống cụ thể, chính là thể hiện sự tôn trọng, xây dựng và nuôi dưỡng tình cảm gia đình thân thuộc ở trẻ em, bảo vệ sự ổn định quan hệ của gia đình với tư cách là tế bào của xã hội. Điều đó cũng đồng nghĩa với sự tôn trọng tự do ý chí và bảo đảm quyền về nhân phẩm, danh dự con người.

- Xây dựng các quy định cụ thể thực hiện quyền được đảm bảo bí mật đời tư (quyền riêng tư) của người bị hại, người làm chứng là NCTN

Bảo vệ người bị hại, người làm chứng trong TTHS là vấn đề không thể tách rời với việc đảm bảo thực hiện quyền riêng tư của người bị hại, người làm chứng, đặc biệt đối với NCTN. Đảm bảo quyền riêng tư của cá nhân chính là sự tôn trọng nhân cách con người. Bảo vệ lợi ích tinh thần của cá nhân là nhu cầu cơ bản trong quan hệ giữa người với người, là một bộ phận quan trọng của quyền con người. Tuy nhiên, vấn đề này chưa thực sự được quan tâm trong pháp luật TTHS nước ta. Theo Điều 18 Bộ luật TTHS thì việc xét xử của tòa án được tiến hành công khai, mọi người đều có quyền tham dự. Tòa án chỉ xử kín trong trường hợp đặc biệt. Điều 307 Bộ luật TTHS về xét xử với bị cáo chưa thành niên chỉ quy định tòa án có thể quyết định xét xử kín trong trường hợp cần thiết. Như vậy, việc xét xử của Tòa án nhìn chung là công khai, NCTN chỉ có thể được xét xử kín khi được Tòa án chấp thuận, nhưng hiện nay cũng chưa có hướng dẫn cụ thể nào về xét xử kín theo yêu cầu giữ bí mật của người bị hại, người làm chứng chưa thành niên. Mặt khác, theo Luật Báo chí thì báo chí không được đăng, phát ảnh của cá nhân mà có chú thích không rõ ràng hoặc làm ảnh hưởng đến uy tín, danh dự của cá nhân đó, ngoại trừ ảnh và thông tin các cuộc xét xử công khai của tòa án. Như vậy, theo quy định này thì danh tính của NCTN trong các phiên tòa xét xử công khai có thể bị đăng

10 Nguyễn Thái Phúc, tldd.

lên báo chí. Theo quyết định số 01/2004/QĐ-TTg ngày 5/1/2004 của Thủ tướng Chính phủ và Quyết định số 30/2004/QĐ-BCA (A11) ngày 8/1/2004 của Bộ trưởng Bộ Công an thì hồ sơ vụ án nói chung (trừ những vụ án về các tội xâm phạm an ninh quốc gia) không nằm trong danh mục các tài liệu mật hoặc tối mật. Như vậy, hồ sơ vụ án liên quan đến NCTN không được bảo vệ như tài liệu mật và có thể bị tiết lộ ra ngoài. Phân tích những quy định trên cho thấy, so với yêu cầu quốc tế thì những quy định của pháp luật liên quan đến việc bảo vệ quyền riêng tư đối với bị cáo, người bị hại, người làm chứng là NCTN hiện nay chưa được đảm bảo đầy đủ.

Do vậy, để bảo đảm quyền riêng tư của người bị hại, người làm chứng chưa thành niên, pháp luật TTHS cần xem xét quy định cụ thể những vấn đề như: (i) người tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng cần bảo mật các thông tin về nhân thân và các thông tin khác liên quan đến người bị hại vị thành niên. Đối với các văn bản tố tụng công khai cần chú ý không tiết lộ các thông tin của người bị hại, hoặc có thể suy đoán ra người bị hại vị thành niên; (ii) không mặc cảnh phục, đi xe cảnh sát đến trường học, nhà ở để lấy lời khai người bị hại, người làm chứng chưa thành niên; (iii) chưa được sự đồng ý của người làm chứng, người bị hại vị thành niên và người giám hộ của họ, cùng với sự cho phép của cơ quan tiến hành tố tụng, các phương tiện thông tin đại chúng không được tiết lộ các thông tin về nhân thân cá nhân hoặc những thông tin có thể suy đoán ra thông tin cá nhân của người bị hại, người làm chứng là NCTN; (iv) người làm chứng chưa thành niên có quyền yêu cầu giữ bí mật về cá nhân khi họ ra làm chứng tại phiên tòa và tòa án có thể cấm báo chí không được phát hình ảnh hay đăng báo ảnh chụp về họ, không được ghi âm lời khai người làm chứng. Đồng thời cũng cần xem xét, quy

định việc xét xử kín đối với những vụ án có người bị hại, người làm chứng là NCTN, quy định quy trình tố tụng phải đảm bảo bí mật cá nhân và ngăn chặn làm lộ thông tin các vụ án có người bị hại, người làm chứng chưa thành niên, đảm bảo quyền riêng tư của NCTN được thực sự tôn trọng trong TTHS.

- *Quy định bảo đảm nhanh chóng, kịp thời cung cấp sự giúp đỡ chuyên môn về sức khỏe, tâm lý, pháp lý cho người bị hại chưa thành niên*

Hành vi phạm tội không chỉ tạo thành những xâm hại về mặt thể chất đối với NCTN mà còn tạo ra những ảnh hưởng tâm lý tiêu cực nghiêm trọng, trong đa số trường hợp đều nghiêm trọng hơn so với người trưởng thành. Các nghiên cứu gần đây cho thấy, những hậu quả về tinh thần do hành vi phạm tội gây ra đối với trẻ vị thành niên bao gồm: rối loạn tâm thần, tự kỷ, mất tạm thời năng lực ngôn ngữ, hoang loạn tâm lý, rối loạn hành vi... ảnh hưởng nghiêm trọng, lâu dài đến sinh hoạt và cuộc sống¹¹. Chính vì vậy, bên cạnh việc kịp thời điều trị những xâm hại về sức khỏe, thể chất của người bị hại vị thành niên, càng cần kịp thời tiến hành các biện pháp tâm lý trị liệu, làm giảm xuống đến mức thấp nhất những thiệt hại về tinh thần do tội phạm gây ra.

Do vậy, trong pháp luật TTHS cần quy định cụ thể các biện pháp trợ giúp đối với người bị hại là NCTN, đảm bảo người bị hại là NCTN, nhất là trẻ em nhận được sự trợ giúp chuyên môn về mặt y tế, sức khỏe, tâm lý phù hợp; quy định rõ vai trò trách nhiệm của cá nhân, gia đình và các cơ quan hỗ trợ người bị hại chưa thành niên trong công tác tư vấn, phục hồi và tái hòa nhập, đảm bảo kịp thời, nhanh chóng giảm thiểu hậu quả của tội phạm, hạn chế đến mức thấp nhất ảnh hưởng của tội phạm đến sự phát triển hoàn thiện của trẻ em và NCTN ■

11 Lưu Lô, Bảo vệ người bị hại vị thành niên trong tư pháp hình sự, Tạp chí khoa học Đại học Xích Phong, Trung Quốc, Số 27, kỳ 1 năm 2006.

QUAN ĐIỂM VÀ GIẢI PHÁP ĐẢM BẢO QUYỀN CỦA CÁC DÂN TỘC THIỂU SỐ

NGUYỄN LÂM THÀNH*

Luật Xử lý vi phạm hành chính (VPHC) năm 2012 có hiệu lực¹ từ ngày 01/07/2013. Đây là một đạo luật rất quan trọng vì đối tượng chịu sự tác động rất lớn, là cơ sở pháp lý quan trọng góp phần bảo đảm trật tự, kỷ cương quản lý hành chính, an ninh, trật tự an toàn xã hội, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, tổ chức, đồng thời giáo dục mọi người ý thức tuân thủ pháp luật. Tuy nhiên, sau hơn một năm triển khai thực hiện, những bất cập của Luật Xử lý VPHC đã phần nào làm hạn chế hiệu quả của Luật trên thực tế. Bài viết đề cập đến những bất cập về xử phạt VPHC của Luật Xử lý VPHC và nêu một số kiến nghị.

1. Quan điểm, đường lối của Đảng ta trong việc bảo đảm quyền của các dân tộc thiểu số

Công cuộc đổi mới do Đảng ta khởi xướng năm 1986 đã đem lại những thay đổi đáng kể trên nhiều mặt kinh tế - xã hội, trong đó phải kể đến sự phát triển của đường lối, chính sách, hệ thống luật pháp của Nhà nước nhằm khẳng định các giá trị về quyền con người, thực thi và bảo vệ các giá trị đó. Xây dựng nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, dân chủ hóa đời sống xã hội gắn với xây dựng nhà nước pháp quyền của dân, do dân, vì dân; đặt con người vào vị trí trung tâm với vị trí, vai trò vừa là mục tiêu, vừa là động lực của công cuộc phát triển là những nền tảng tư tưởng chủ đạo đem lại sự phát triển vượt bậc về nhận thức lý luận phát triển

kinh tế - xã hội cũng như các giá trị về quyền con người ở nước ta.

Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ tiến lên chủ nghĩa xã hội (Cương lĩnh 1991) đã xác định tầm quan trọng của chính sách dân tộc, trong đó nhấn mạnh quyền bình đẳng chính trị của các dân tộc thiểu số (DTTS) là: “Thực hiện chính sách bình đẳng, đoàn kết, tương trợ giữa các dân tộc, tạo mọi điều kiện để các dân tộc phát triển đi lên con đường văn minh tiến bộ, gắn bó mật thiết với sự phát triển chung của cộng đồng các dân tộc Việt Nam. Tôn trọng lợi ích, truyền thống, văn hoá, ngôn ngữ, tập quán, tín ngưỡng của các dân tộc, chống tư tưởng dân tộc lớn và dân tộc hẹp hòi, kỳ thị và chia rẽ dân tộc”.

Nghị quyết 22 của Bộ Chính trị năm

* TS. Phó Chủ tịch Hội đồng Dân tộc của Quốc hội.

1989 (khoá VI) về một số chủ trương, chính sách lớn phát triển kinh tế - xã hội miền núi cũng chỉ rõ về nguyên tắc để thực hiện quyền bình đẳng giữa các dân tộc: “để thực hiện trên thực tế quyền bình đẳng giữa các dân tộc, một mặt, pháp luật phải bảo đảm quyền bình đẳng đó; mặt khác, phải có chính sách và tạo điều kiện để nhân dân các dân tộc miền núi vươn lên mạnh mẽ, phát triển kinh tế, văn hóa, từng bước nâng cao năng suất lao động, nâng cao đời sống vật chất và tinh thần của nhân dân, coi trọng đào tạo cán bộ người dân tộc; tôn trọng và phát huy những phong tục, tập quán và truyền thống văn hóa tốt đẹp của các dân tộc. Nền văn minh ở miền núi phải được xây dựng trên cơ sở mỗi dân tộc phát huy bản sắc văn hóa của mình, vừa tiếp thu tinh hoa văn hóa của các dân tộc khác và góp phần phát triển nền văn hóa chung của cả nước, tạo ra sự phong phú, đa dạng trong nền văn minh của cộng đồng các dân tộc Việt Nam”.

Nghị quyết số 24-NQ/TW ngày 12/3/2003 của Hội nghị Trung ương lần thứ bảy khoá IX đã đề ra nhiều giải pháp thực hiện chính sách dân tộc nhằm bảo đảm các quyền của đồng bào DTTS, đó là: “Phát triển toàn diện chính trị, kinh tế, văn hoá, xã hội và an ninh - quốc phòng trên địa bàn vùng dân tộc và miền núi; gắn tăng trưởng kinh tế với giải quyết các vấn đề xã hội, thực hiện tốt chính sách dân tộc; quan tâm phát triển, bồi dưỡng nguồn nhân lực; chăm lo xây dựng đội ngũ cán bộ DTTS; giữ gìn và phát huy những giá trị, bản sắc văn hoá truyền thống các DTTS trong sự nghiệp phát triển chung của cộng đồng dân tộc Việt Nam thống nhất”.

Có thể thấy rằng, trải qua các giai đoạn cách mạng, Đảng, Nhà nước ta luôn nhất quán chủ trương, nguyên tắc trong đường lối chính sách dân tộc, đó là xây dựng khối đoàn kết, bình đẳng giữa cộng đồng các dân tộc, phát triển toàn diện về kinh tế - chính trị - xã

hội nhằm bảo đảm các quyền và tiếp cận các quyền của đồng bào DTTS trên mọi mặt của đời sống trên cơ sở hệ thống pháp luật quốc gia và một số chính sách đặc thù đối với vùng đồng bào dân tộc.

2. Hiến pháp và pháp luật bảo đảm quyền con người cho mọi người, mọi công dân, trong đó có đồng bào các dân tộc thiểu số

Hiến pháp năm 1992 ra đời trên cơ sở Cương lĩnh 1991, đã hội tụ nhiều yếu tố, vừa mang tư tưởng cốt lõi về nhà nước pháp quyền dân chủ nhân dân, vừa mang hơi thở giá trị phát triển của nhân loại về quyền con người, quyền công dân, vừa mang yếu tố dân tộc thời đại. Đây là bản Hiến pháp đầu tiên đã đề cập đến khái niệm quyền con người và khẳng định: “Ở nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, các quyền con người về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa và xã hội được tôn trọng, thể hiện ở các quyền công dân và được quy định trong Hiến pháp và luật”¹.

Cùng với sự phát triển về “quyền con người”, các quyền con người liên quan đến từng nhóm đối tượng xã hội, thành phần xã hội cũng được đề cập như: quyền phụ nữ, quyền bình đẳng giới, quyền trẻ em, quyền của người khuyết tật, quyền được phát triển, quyền của các DTTS v.v.. là sự cụ thể hóa các khía cạnh và mức độ sâu sắc về quyền con người và đã được từng bước thể chế hóa bằng các văn bản pháp luật.

Về quyền của các dân tộc, Hiến pháp năm 2013 tiếp tục khẳng định: Các dân tộc bình đẳng, đoàn kết, tôn trọng và giúp nhau cùng phát triển; nghiêm cấm mọi hành vi kỳ thị, chia rẽ dân tộc. Ngôn ngữ quốc gia là tiếng Việt. Các dân tộc có quyền dùng tiếng nói, chữ viết, giữ gìn bản sắc dân tộc, phát huy phong tục, tập quán, truyền thống và văn hóa tốt đẹp của mình. Nhà nước thực hiện chính sách phát triển toàn diện và tạo điều kiện để các DTTS phát huy nội lực, cùng

1 Điều 50 Hiến pháp năm 1992.

phát triển với đất nước (Điều 5); Công dân có quyền tự do đi lại và cư trú ở trong nước (Điều 23); Công dân có quyền được bảo đảm an sinh xã hội (Điều 34); Mọi người có quyền hưởng thụ và tiếp cận các giá trị văn hoá, tham gia vào đời sống văn hóa, sử dụng các cơ sở văn hóa (Điều 41); Công dân có quyền xác định dân tộc của mình, sử dụng ngôn ngữ mẹ đẻ, lựa chọn ngôn ngữ giao tiếp (Điều 42); Nhà nước, xã hội đầu tư phát triển sự nghiệp bảo vệ, chăm sóc sức khỏe của Nhân dân, thực hiện bảo hiểm y tế toàn dân, có chính sách ưu tiên chăm sóc sức khỏe cho đồng bào DTTS, đồng bào ở miền núi, hải đảo và vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn (Điều 58); Nhà nước ưu tiên phát triển giáo dục ở miền núi, hải đảo, vùng đồng bào DTTS và vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn; ưu tiên sử dụng, phát triển nhân tài; tạo điều kiện để người khuyết tật và người nghèo được học văn hoá và học nghề (Điều 61).

Những quyền cơ bản đó được thể hiện ở các nhóm quyền dân sự, chính trị, kinh tế và Nhà nước Việt Nam đã xây dựng hệ thống pháp luật với việc ban hành hàng loạt các văn bản luật, quy phạm pháp luật nhằm bảo đảm các quyền con người, quyền công dân.

- Về quyền dân sự, được quy định với những quyền cơ bản về: quyền sở hữu tài sản (bao gồm cả tư liệu sản xuất), quyền tự do kinh doanh những gì mà pháp luật không cấm², quyền được thông tin theo luật định, quyền về chỗ ở, quyền tự do cư trú, quyền bình đẳng của các tôn giáo, quyền bất khả xâm phạm về tính mạng... được quy định trong Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng dân sự, Luật Quốc tịch Việt Nam, Luật Hôn nhân và Gia đình, Luật Cư trú, Luật Hộ tịch, Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp v.v..

- Về quyền chính trị, quy định về bình đẳng trong ứng cử, bầu cử, quyền tham chính,

quyền tự do lập hội, hội họp, quyền bình đẳng trước pháp luật... được quy định trong Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân, Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Tổ chức chính quyền địa phương v.v..

- Về quyền kinh tế, xã hội, văn hóa, bao gồm: các quyền về lao động, việc làm, quyền tiếp cận giáo dục, chăm sóc y tế, quyền được bảo đảm an sinh xã hội, quyền tiếp cận và hưởng thụ văn hóa... quy định trong Luật Đất đai, Bộ luật Lao động, Luật Việc làm, Luật Giáo dục, Luật Bảo hiểm xã hội, Luật Bảo hiểm y tế...

Đồng bào DTTS là các công dân Việt Nam, được hưởng quyền của “mọi công dân đều bình đẳng trước pháp luật”, được hưởng đầy đủ các quyền theo luật định. Bên cạnh đó, do những yếu tố đặc thù về trình độ phát triển và đặc điểm kinh tế - văn hóa, hệ thống pháp luật còn quy định thêm những điều khoản cụ thể hay chính sách có liên quan nhằm bảo đảm cơ chế thực thi để đồng bào DTTS có cơ hội tiếp cận và thụ hưởng các quyền này. Quy định về quyền của các DTTS thể hiện rõ quan điểm, đường lối chính sách của Đảng, Nhà nước Việt Nam đối với các DTTS, với việc giải quyết vấn đề dân tộc ở Việt Nam, đồng thời cũng là mục tiêu, động lực của công cuộc phát triển đất nước.

Xét dưới góc độ quyền con người và quyền của các DTTS, hệ thống pháp luật của nước ta đã có những bước phát triển và tiến bộ đáng kể trong quá trình hòa nhập vào sự phát triển chung các giá trị tiên bộ của nhân loại. Bên cạnh những quy định bảo đảm quyền con người nói chung còn có những điều luật quy định đặc thù và các chính sách cụ thể như chính sách về đất đai, giáo dục, y tế, vay vốn tạo việc làm, chính sách bảo tồn và phát triển kinh tế - xã hội các dân tộc rất ít người v.v.. nhằm bảo đảm quyền và thúc đẩy thực thi quyền cho các đối tượng đồng

2 Hiến pháp năm 2013.

bào DTTS, phần đầu cho mục tiêu chung là thực hiện quyền bình đẳng giữa các dân tộc.

3. Một số kết quả thực hiện việc bảo đảm các quyền của đồng bào dân tộc thiểu số trong thời gian qua

Trên cơ sở đường lối, quan điểm, chủ trương, chính sách của Đảng, hệ thống pháp luật của Nhà nước và tổ chức thực hiện của Chính phủ thông qua các quy định và chính sách cụ thể, trong thời gian qua, quyền của các DTTS đã được thực hiện tốt trên nhiều mặt.

Về các quyền chung, đồng bào DTTS được đối xử bình đẳng trước pháp luật như mọi con người, công dân Việt Nam trên tất cả các lĩnh vực của đời sống kinh tế, chính trị, xã hội mà không có sự phân biệt đối xử hay có trường hợp ngoại lệ. Nhất là các quyền về tự do cư trú, đi lại, quyền quốc tịch, quyền bảo đảm an toàn về tính mạng. Bên cạnh đó, nhiều quy định luật pháp và chính sách đặc thù của Nhà nước đã thúc đẩy đồng bào dân tộc tiếp cận các quyền cơ bản đó một cách thuận lợi và đầy đủ hơn nhằm thực hiện nguyên tắc “bình đẳng” do những điều kiện bất lợi về điều môi trường sống, chênh lệch về trình độ phát triển kinh tế - xã hội và khác biệt về văn hóa đưa lại. Nội dung này được thể hiện trên các mặt sau đây:

3.1. Về chính trị

Quyền tham gia bầu cử, ứng cử là quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân. Trong những kỳ bầu cử vừa qua, tỷ lệ cử tri đi bỏ phiếu ở vùng đồng bào dân tộc thường chiếm tỷ lệ rất cao, là minh chứng rõ nét cho việc thực hiện và bảo đảm quyền chính trị của công dân nói chung. Việc tham gia bộ máy nhà nước, tổ chức chính trị đại diện cho nhân dân cũng đạt thành tựu đáng kể, tăng cả về số lượng, chất lượng và cơ cấu thành phần các cấp qua các nhiệm kỳ. Số lượng đại biểu Quốc hội người DTTS đã tăng theo các

khóa: Khóa I (1946) chiếm 10,2%, Khóa XIII chiếm 15,6%, cao hơn tỷ lệ dân số DTTS. Về đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp là người DTTS: Khóa XI (2002-2007): có 14% ở cấp tỉnh, thành phố; có 17% ở cấp huyện, có 19% ở cấp xã, phường; Khóa XIII (2011-2016): đạt tỉ lệ 18,0% cấp tỉnh; 20,10% ở cấp huyện; 22,46% ở cấp xã³.

Đồng bào dân tộc với tư cách là người dân được tham gia vào các hoạt động quản lý nhà nước, quản lý xã hội thông qua đại diện và cả trực tiếp theo những quy định cụ thể, rõ ràng, nhất là hành lang “Quy chế dân chủ ở cơ sở”. Nhiều nội dung, điều khoản quy định trong các luật, nghị quyết, văn bản hướng dẫn chính sách và ngay cả Chương trình 135 đều quy định rất rõ yêu cầu tham gia của người dân vào trong hoạt động quản lý kinh tế - xã hội ở cơ sở trên nguyên tắc “dân biết, dân bàn, dân kiểm tra”. Đây là kênh quan trọng để thúc đẩy quyền về chính trị và tham gia các hoạt động quản lý nhà nước đối với đồng bào DTTS.

3.2. Về kinh tế

- Tiếp cận điều kiện cơ sở hạ tầng: Cơ sở hạ tầng được xây dựng đáng kể đã cải thiện bộ mặt nông thôn miền núi, vùng đồng bào dân tộc. Hiện đã có 92% số xã có đường ô tô đến trung tâm xã; 95% số xã có điện; 80% số xã có thủy lợi nhỏ; 65% số xã có công trình nước sinh hoạt v.v..⁴ là những cố gắng rất đáng kể của Nhà nước nhằm bảo đảm quyền tiếp cận các dịch vụ công của đồng bào DTTS.

Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành nhiều chính sách giúp người dân bảo đảm và tiếp cận nguồn lực đất đai, rừng, cải thiện các điều kiện sống như: Quyết định số 134/2004/QĐ-TTg về hỗ trợ hộ đồng bào DTTS nghèo, đời sống khó khăn về nhà ở, đất ở, đất sản xuất và nước sinh hoạt; Quyết định số 135 về phát triển kinh tế - xã hội các

3 Báo cáo giám sát của Hội đồng Dân tộc 2014.

4 Báo cáo đánh giá triển khai thực hiện chính sách vùng dân tộc và miền núi, Ủy ban Dân tộc, 2013.

xã đặc biệt khó khăn .v.v.. Những chính sách này đã phần nào góp phần giải quyết tình trạng thiếu đất, ổn định đời sống đồng bào dân tộc ở các địa phương cho hàng trăm ngàn hộ, tập trung nhiều nhất là ở các huyện trọng điểm nghèo theo Nghị quyết 30a, góp phần giảm tỷ lệ nghèo và từng bước cải thiện đời sống của nhân dân. Thực hiện Đề án 1956 về dạy nghề nông thôn, trong 3 năm (2010-2013) đã có 223.792 người lao động DTTS được học nghề (chiếm tỷ lệ 25,24% so với tổng số lao động được đào tạo)⁵.

3.3. Về giáo dục, y tế, văn hóa

- Bảo đảm quyền tiếp cận giáo dục: Đây là mục tiêu cơ bản trong chính sách phát triển của Nhà nước. Hệ thống cơ sở vật chất đã được xây dựng tương đối đồng bộ ở tất cả các xã vùng dân tộc cùng hệ thống điểm trường ở thôn bản, hệ thống các trường dân tộc nội trú, trường bán trú dân nuôi, cùng với chính sách hỗ trợ sinh hoạt phí cho học sinh nghèo đã giúp cho con em đồng bào dân tộc có cơ hội đến trường, tiếp cận nền giáo dục quốc gia. Đến 2012, tỷ lệ biết chữ trong độ tuổi từ 10 tuổi trở lên trong đồng bào dân tộc là 83,8% - một con số rất đáng kể so với thời kỳ trước năm 1975. Một số dân tộc chỉ có tỷ lệ không biết đọc biết viết thấp như Tày: 5,1%, Mường: 5,5%. Tỷ lệ hoàn thành cấp tiểu học khu vực miền núi phía Bắc đạt 89,4%; Tây Nguyên 83,65 và Tây Nam Bộ 86,4%⁶.

Ngôn ngữ DTTS cũng được chú ý. Năm học 2012 - 2013, cả nước có 21 tỉnh, thành phố tổ chức dạy tiếng DTTS tại 668 trường, 4.764 lớp và hơn 100.000 học sinh, chủ yếu cấp tiểu học đối với 7 thứ tiếng gồm: Mông, Ba Na, Ê Đê, Gia Rai, Chăm, Hoa, Khmer, ngoài ra có tiếng Pa li trong hệ thống các trường Phật giáo Nam Bộ.

- Bảo đảm quyền tiếp cận y tế: Hệ thống y tế, đặc biệt là mạng lưới y tế cơ sở được

củng cố và phát triển rộng khắp, kể cả ở vùng sâu, vùng xa, vùng DTTS. Việc tăng đầu tư chung cho lĩnh vực y tế đã giúp cho việc xây mới, nâng cấp, sửa chữa cơ sở hạ tầng và đầu tư trang thiết bị y tế cho hầu hết các cơ sở y tế vùng đặc biệt khó khăn, với mạng lưới 99% số xã có trạm y tế và 94% số thôn, bản có cán bộ y tế và hệ thống bệnh viện đa khoa tuyến huyện được xây dựng đồng bộ trên cả nước.

Đồng bào DTTS được khám chữa bệnh và hưởng chính sách bảo hiểm y tế toàn diện, được tiếp cận những thành quả của quá trình phát triển, có quyền sử dụng dịch vụ y tế tại tuyến y tế cơ sở cho người dân, nhất là người nghèo, người dân tộc thiểu số.

- Về văn hóa: Các thiết chế văn hóa cơ sở như nhà văn hóa, thư viện, câu lạc bộ, trung tâm sinh hoạt cộng đồng... ở vùng đồng bào DTTS được chỉ đạo tập trung xây dựng ở các làng, thôn, bản, buôn, phum, sóc... Hầu hết các xã vùng dân tộc, miền núi có nhà văn hóa hoặc bưu điện văn hóa; nhiều thôn, bản có nhà sinh hoạt cộng đồng. Đây là nơi sinh hoạt, tổ chức các hoạt động văn hóa cộng đồng với nhiều dạng thức phong phú. Nhiều lễ hội ở các vùng dân tộc được khôi phục, tổ chức nhằm bảo tồn và phát huy giá trị các bản sắc văn hóa các dân tộc, kể cả các DTTS rất ít người. Đời sống văn hóa của đồng bào các DTTS được nâng lên rõ rệt, nhiều công trình văn hóa đặc sắc đã được vinh danh di sản văn hóa phi vật thể nhân loại như: Không gian văn hóa cồng chiêng Tây Nguyên, Hát then của đồng bào Tày - Nùng ở Việt Bắc v.v..

4. Một số vấn đề đặt ra trong việc bảo đảm quyền của các dân tộc thiểu số trong điều kiện hiện nay

Đất nước ta hiện nay đã bước vào giai đoạn phát triển mới, tiềm lực quốc gia được tăng cường, vị thế chính trị ngày càng được

5 Báo cáo giám sát của Hội đồng Dân tộc 2013.

6 Báo cáo đánh giá thực hiện mục tiêu phát triển Thiên niên kỷ vùng dân tộc thiểu số, Ủy ban Dân tộc, 2015.

củng cố trên trường quốc tế. Điều này đem lại sự thuận lợi đối với việc giải quyết vấn đề dân tộc và thực hiện chính sách dân tộc của Đảng và Nhà nước ta. Bên cạnh những thuận lợi đó, cũng có những tác động ảnh hưởng nhất định đến vùng đồng bào dân tộc.

- Đồng bào DTTS nước ta phần lớn sống ở vùng núi, vùng có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn và đặc biệt khó khăn, cơ sở hạ tầng còn yếu kém, sản xuất chưa phát triển nên khả năng tiếp cận và thụ hưởng các dịch vụ cơ bản xã hội như giao thông, thông tin liên lạc, giáo dục, y tế và chăm sóc sức khỏe còn hạn chế. Bên cạnh đó là các điều kiện về bảo đảm lương thực, nhu cầu mặc và chỗ ở đảm bảo an toàn vẫn còn là thách thức đối với một số vùng, nhóm dân cư do sinh sống ở các khu vực có môi trường tự nhiên không thuận lợi.

- Chất lượng giáo dục, chất lượng nguồn nhân lực hạn chế, lao động trong độ tuổi qua đào tạo thấp, chỉ đạt từ 5 - 20% (tùy dân tộc). Vẫn còn tình trạng một bộ phận dân cư mù chữ hoặc tái mù chữ, cộng với trình độ văn hóa thấp đã hạn chế khả năng tiếp cận và hưởng thụ các thành quả phát triển gắn với tiêu chí về các quyền cơ bản. Cùng với nó, trình độ năng lực hạn chế sẽ dẫn đến khả năng tự bảo vệ các quyền cơ bản của con người, quyền công dân của cá nhân được luật pháp thừa nhận cũng hạn chế do những phức tạp, phong phú của đời sống xã hội.

- Bản sắc văn hóa của nhiều dân tộc đang đứng trước nguy cơ mai một, bị đồng hóa, nhất là ở các cộng đồng vùng nghèo dưới tác động của đời sống kinh tế - xã hội hiện đại, xâm thực văn hóa, xâm nhập và biến đổi tôn giáo - tín ngưỡng diễn ra ngày càng mạnh mẽ. Nhiều tổ chức quản lý làng, bản truyền thống gắn với các cộng đồng không gian văn hóa bị phá vỡ (hoặc phá bỏ do chính sách phát triển gần đây), luật tục bị tháo bỏ hoặc không được công nhận cùng với một số giá

trị sở hữu truyền thống. Sức bảo vệ trước dòng chảy văn hóa của một số cộng đồng DTTS trở nên suy yếu, cần có những chính sách trợ lực để bảo vệ bản sắc văn hóa cộng đồng dân tộc.

- Chất lượng và số lượng hoạt động của bộ máy hành chính, các tổ chức cung cấp dịch vụ công, việc thực thi nhiệm vụ, thi hành pháp luật của bộ máy công chức, viên chức nhà nước cũng là vấn đề cần quan tâm trong việc đảm bảo các quyền cơ bản của công dân, đặc biệt là đối với đồng bào DTTS. Sự hiểu biết, trách nhiệm và lòng kiên trì là những phẩm chất cần thiết đối với những cán bộ, công chức công tác ở vùng dân tộc và lĩnh vực dân tộc.

Bối cảnh và tình hình chính trị, kinh tế - xã hội nói trên đã tác động không nhỏ đến chính sách dân tộc cũng như việc bảo đảm các quyền của đồng bào dân tộc, cả thuận lợi và khó khăn, cả thách thức và cơ hội. Trong đó, thuận lợi vẫn là nét cơ bản, nhất là sự phát triển không ngừng vững mạnh của đất nước, công cuộc đổi mới và dân chủ hóa đời sống xã hội. Đặc biệt Hiến pháp 2013 là nền tảng pháp lý quan trọng cho việc thực hiện các quyền cơ bản con người, quyền công dân mà trong đó có đồng bào DTTS.

5. Một số giải pháp bảo đảm các quyền của đồng bào dân tộc thiểu số hiện nay

Đảng ta luôn xác định: “Chính sách dân tộc của Đảng là thực hiện triệt để quyền bình đẳng về mọi mặt giữa các dân tộc, tạo những điều kiện cần thiết để xoá bỏ tận gốc sự chênh lệch về trình độ kinh tế, văn hóa giữa các dân tộc ít người và dân tộc đông người, làm cho tất cả các dân tộc đều có cuộc sống ấm no, văn minh và hạnh phúc, đoàn kết giúp nhau tiến bộ, cùng làm chủ tập thể Tổ quốc Việt Nam XHCN”⁷.

Đây là nguyên tắc cơ bản để thực hiện

7 Văn kiện Đại hội IV của Đảng.

các quyền của DTTS trong một quốc gia nhiều dân tộc, khẳng định tính ưu việt của chế độ XHCN hướng tới xây dựng xã hội dân chủ, hạnh phúc và văn minh, ở đó các giá trị quyền con người được đề cao.

Để bảo đảm các quyền của đồng bào DTTS hiện nay cần giải quyết tốt các vấn đề sau:

- Xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, bảo đảm cơ sở pháp lý ngày càng đầy đủ hơn cho việc bảo vệ và thúc đẩy, phát triển các quyền con người, quyền công dân theo tinh thần Hiến pháp năm 2013 và các công ước quốc tế mà Việt Nam tham gia, yêu cầu tăng cường hoạt động lập pháp của Quốc hội như là điều kiện tiên quyết để bảo đảm quyền con người. Trong đó, tập trung xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật bảo đảm các quyền con người về dân sự, chính trị; các quyền về kinh tế, xã hội và văn hóa nói chung và quyền của nhóm đối tượng DTTS nói riêng.

- Việc bảo đảm các quyền cho đồng bào DTTS phải được coi là đối tượng ưu tiên trong việc bảo vệ, yêu cầu đặt ra cho việc hoàn thiện pháp luật bảo vệ quyền lợi của nhóm đối tượng này. Không có bất kỳ sự phân biệt đối xử nào trong các quy định của pháp luật và quyền lợi của họ phải được bảo đảm trên thực tế trên các lĩnh vực dân sự, chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội; thực hiện trên cơ sở nguyên tắc bình đẳng giữa các dân tộc, bình đẳng trước pháp luật của công dân.

- Việc bảo đảm các quyền của người dân phải được thể chế hóa bằng luật pháp, chính sách, được luật pháp tôn trọng, bảo vệ và có giá trị thực tiễn. Bảo đảm tính thống nhất giữa pháp luật chung với những quy định mang tính đặc thù. Việc thể chế hóa các nội dung quyền cụ thể căn cứ vào điều kiện, hoàn cảnh kinh tế - xã hội cụ thể của đất nước phù hợp trong từng giai đoạn theo chủ trương, nghị quyết của Đảng, Quốc hội.

- Thực thi một cách đồng bộ và toàn diện

các chương trình, chính sách phát triển hạ tầng, kinh tế - xã hội, xóa đói giảm nghèo, cải thiện dịch vụ xã hội và bảo tồn các giá trị văn hóa ở vùng dân tộc nhằm bảo đảm quyền kinh tế cho mọi người, thực hiện công bằng xã hội và dần dần giảm sự phân cách giàu nghèo giữa các vùng, các nhóm dân tộc là đặc biệt quan trọng. Cần có những chính sách đặc biệt; thực thi các quyền đó để tạo nên sự thay đổi toàn diện trong đời sống chính trị - kinh tế - văn hóa của người dân một cách cơ bản theo các mục tiêu phát triển.

- Xây dựng chế độ trách nhiệm thực thi nhiệm vụ của cán bộ công chức, nhất là cán bộ công tác ở vùng DTTS, bảo đảm mỗi người có thể phát huy hết năng lực cá nhân; đồng thời, xác định cụ thể trách nhiệm của mình trong quá trình thực thi công vụ, giảm thiểu nguy cơ có thể xâm phạm các quyền của công dân, quyền con người đối với đồng bào dân tộc là các đối tượng trình độ năng lực pháp lý hạn chế, dễ bị tổn thương và ít có khả năng tự bảo vệ.

- Xây dựng năng lực nội sinh là một ưu tiên để đồng bào dân tộc thực thi, hội nhập trong chính sách phát triển quốc gia, biết tự chọn lọc, tự bảo vệ các giá trị và quyền lợi cơ bản cá nhân cũng như cộng đồng trong khuôn khổ hệ thống pháp luật nói chung. Nhất là làm tốt công tác giáo dục, nâng cao chất lượng nguồn nhân lực, tăng cường nhận thức và phổ biến giáo dục pháp luật cho các tầng lớp đồng bào dân tộc.

- Tăng cường công tác kiểm tra, giám sát trong thực thi pháp luật, chú trọng đặc biệt công tác xét xử, công tác tư pháp. Tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với cơ quan tư pháp để bảo đảm sự lãnh đạo chỉ đạo theo đường lối, chủ trương lớn của Đảng ở tầm vĩ mô; tăng cường sự giám sát của Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp đối với cơ quan tư pháp và sự giám sát của đoàn thể, tổ chức chính trị xã hội trong thực thi pháp luật ở vùng dân tộc và chính sách dân tộc ■

KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI MỘT SỐ QUY ĐỊNH VỀ CƠ SỞ THƯỜNG TRÚ DOANH NGHIỆP NƯỚC NGOÀI

DƯƠNG VĂN HỌC*

Cơ sở thường trú doanh nghiệp nước ngoài là điểm mốc để xác định thẩm quyền đánh thuế đối với các hoạt động kinh doanh xuyên quốc gia. Về nguyên tắc, thẩm quyền này sẽ được chia sẻ giữa quốc gia nơi doanh nghiệp nước ngoài cư trú và quốc gia nguồn phát sinh thu nhập. Đối với doanh nghiệp đến từ nước có ký kết Hiệp định tránh đánh thuế với Việt Nam thì áp dụng quy định tại Hiệp định (được hướng dẫn thi hành bởi Thông tư số 205/2013/TT-BTC của Bộ Tài chính); còn đối với doanh nghiệp đến từ nước chưa có Hiệp định với Việt Nam thì áp dụng Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp (TNDN) 2008 (sửa đổi, bổ sung 2013) và các văn bản hướng dẫn. Bài viết phân tích các quy định của pháp luật Việt Nam (cả Hiệp định và Luật Thuế nội địa) về khái niệm cơ sở thường trú và phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú.

1. Khái niệm cơ sở thường trú doanh nghiệp nước ngoài

Chế định cơ sở thường trú doanh nghiệp nước ngoài (gọi tắt là cơ sở thường trú - permanent establishment) được định nghĩa tại Điều 5 trong các Mẫu hiệp định và cũng tại vị trí này trong các Hiệp định tránh đánh thuế được ký kết bởi các quốc gia. Trong quá trình mở cửa nền kinh tế, để thu hút đầu tư và phát triển thương mại, cho đến nay, Việt Nam đã đàm phán, ký kết Hiệp định tránh đánh thuế hai lần với 69 quốc gia và vùng lãnh thổ¹. Tại các Hiệp định, về cơ bản, cơ sở thường trú được định nghĩa giống

nau: “là một cơ sở kinh doanh cố định mà qua đó một xí nghiệp thực hiện toàn bộ hay một phần hoạt động kinh doanh của mình”². Đây là định nghĩa khái quát về cơ sở thường trú, nó nêu lên những điều kiện cần thiết (thresholds) để xác định cơ sở thường trú là: sự tồn tại một cơ sở kinh doanh, tính cố định của cơ sở kinh doanh và doanh nghiệp nước ngoài thực hiện hoạt động kinh doanh thông qua cơ sở đó.

Luật Thuế TNDN 2008 (sửa đổi, bổ sung 2013), định nghĩa *cơ sở thường trú của doanh nghiệp nước ngoài là cơ sở sản xuất, kinh doanh mà thông qua cơ sở này, doanh*

* ThS. Giảng viên khoa Luật Trường Đại học Cần Thơ.

1 Số liệu cập nhật ngày 23/2/2015 tại Website Tổng cục Thuế.

2 Điều 5 (1), Hiệp định tránh đánh thuế hai lần giữa Việt Nam và Pháp.

*ngành nước ngoài tiến hành một phần hoặc toàn bộ hoạt động sản xuất, kinh doanh tại Việt Nam*³. Xét về mặt câu chữ, giữa hai định nghĩa có một điểm khác biệt. Hiệp định và Thông tư số 205/2013/TT-BTC hướng dẫn áp dụng Hiệp định dùng từ “cơ sở kinh doanh *cố định*” thay vì “cơ sở sản xuất, kinh doanh” như được quy định tại Luật Thuế TNDN hiện hành. Vậy là, Luật Thuế TNDN đã bỏ từ *cố định* trong định nghĩa của mình nên đã mâu thuẫn với Hiệp định tránh đánh thuế và Thông tư số 205/2013/TT-BTC.

Chúng tôi đặt ra hai giả thuyết. Thứ nhất, Luật Thuế TNDN 2008 (sửa đổi, bổ sung 2013) đưa ra khái niệm như thế với mục đích không muốn xem xét đến tính cố định khi xác định cơ sở thường trú. Tức là, chỉ cần doanh nghiệp nước ngoài có hiện diện thương mại tại Việt Nam, nếu tạo ra thu nhập, sẽ “bị” thu thuế trên tư cách là một cơ sở thường trú mà không cần thiết phải xem xét rằng cơ sở đó hiện diện bao lâu. Thứ hai, đây chỉ là sự thiếu sót do kỹ thuật lập pháp khi viện dẫn định nghĩa cơ sở thường trú từ Hiệp định qua Luật nhưng bỏ rơi từ “*cố định*”. Chúng tôi cho rằng, giả thuyết thứ hai khó có thể xảy ra, vì lần lượt Luật Thuế TNDN các năm 2003, 2008, và gần đây được sửa đổi, bổ sung năm 2013 đều không tồn tại từ “*cố định*” trong định nghĩa về cơ sở thường trú. Nếu mỗi lần sửa luật đều xem xét, rà soát sự thống nhất giữa Luật và Hiệp định thì đã có sự bổ sung từ “*cố định*” ở những Luật mới sau này. Thế cho nên, chỉ có khả năng ý định của Luật Thuế TNDN hiện hành không “tính toán” đến tính cố định của cơ sở thường trú.

Xem xét giả thuyết thứ nhất, không có từ “*cố định*”, định nghĩa cơ sở thường trú của

Luật Thuế TNDN hiện hành đã “chệch hướng” với ý định mà các chuyên gia thuế quốc tế muốn đưa nó vào trong các Hiệp định tránh đánh thuế. Điều này đã phản nào lập lại ý tưởng của Mexico Model 1943⁴ mà ý tưởng đó đã không được chấp nhận trong việc xây dựng và hoàn thiện các Hiệp định thuế mẫu. Pháp luật thuế quốc tế đã khẳng định thông qua các Hiệp định tránh đánh thuế rằng cơ sở kinh doanh “*cố định*” là điều kiện tiên đề để phân định thẩm quyền thu thuế giữa các quốc gia, được thay thế bằng tên gọi khác là cơ sở thường trú. Từ “*thường trú - permanent*” hay từ “*cố định - fixed*” được dùng để chỉ sự gắn kết giữa doanh nghiệp nước ngoài với quốc gia sở tại, và gắn kết này phải đủ lớn để đạt đến mức “*cố định*”. Cho nên, dù áp dụng để xác định cơ sở thường trú đối với doanh nghiệp đến từ quốc gia mà Việt Nam chưa có Hiệp định, vấn đề về tính cố định phải được định nghĩa trong Luật Thuế quốc nội.

Từ những lập luận trên, ta có thể thấy rằng, không phải bất kỳ hiện diện thương mại nào tại quốc gia sở tại đều tạo thành cơ sở thường trú của doanh nghiệp nước ngoài tại quốc gia đó. Theo đó, cho mục đích xác định nghĩa vụ thuế TNDN, hiện diện thương mại đó phải đạt những tiêu chuẩn, trong đó có tính cố định. “*Bỏ mất*” từ *cố định* khi định nghĩa trong Luật Thuế TNDN hiện hành, dù là áp dụng cho doanh nghiệp đến từ quốc gia chưa có Hiệp định với Việt Nam, là không tương thích với các Hiệp định tránh đánh thuế cũng như các chuẩn mực đã được chấp nhận rộng rãi trong thực tiễn thuế quốc tế. Do đó, bổ sung từ “*cố định*” vào khái niệm cơ sở thường trú trong Luật Thuế TNDN 2008 (sửa đổi, bổ sung 2013) là điều cần thiết.

3 Điều 2 (3), Luật Thuế TNDN 2008 (sửa đổi, bổ sung 2013).

4 Art 4 (1), Mexico Draft (1943): “Income from any industrial, commercial or agricultural business and from any other gainful activity shall be taxable only in the State where the business or activity is carried out”.

2. Phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú doanh nghiệp nước ngoài

Nguyên tắc “Force of Attraction” về phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú doanh nghiệp nước ngoài

Cơ sở để xác định phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú dựa vào nguyên tắc *Force of Attraction*. Nguyên tắc *Force of Attraction* được hiểu là lợi tức thu được từ tất cả các hoạt động kinh doanh (liên quan hay không liên quan đến cơ sở thường trú) tại một nước sẽ được tính cho cơ sở thường trú tại nước đó khi xác định thuế⁵. Về bản chất, nguyên tắc *Force of Attraction* được lý giải rằng, khi doanh nghiệp nước ngoài tồn tại cơ sở thường trú thì nó đã “tham gia vào đời sống kinh tế” của quốc gia sở tại, và cũng bởi vì có sự tồn tại của cơ sở thường trú nên quốc gia này có thẩm quyền đánh thuế trên tất cả lợi nhuận mà doanh nghiệp có được trên lãnh thổ của mình⁶. Điều này đưa đến kết quả là lợi tức đó sẽ bị đánh thuế, thậm chí những hoạt động kinh doanh này không thực hiện thông qua cơ sở thường trú⁷. Và, một điều cần phải làm rõ là, người nộp thuế ở đây không phải là cơ sở thường trú mà chính là doanh nghiệp nước ngoài có cơ sở thường trú tại quốc gia nơi phát sinh thu nhập.

Tuy nhiên, việc áp dụng nguyên tắc *Force of Attraction* là khác nhau ở các Hiệp định tránh đánh thuế hai lần giữa các quốc gia, giữa Mẫu hiệp định của OECD và UN⁸, và cũng dần trở nên hạn chế trong thực tiễn áp dụng.

Mẫu hiệp định OECD không chấp nhận nguyên tắc *Force of Attraction*, vì vậy, những thu nhập phát sinh không do hoạt động của cơ sở thường trú đem lại không được dùng để xác định lợi tức phân bổ cho cơ sở thường trú⁹: “Các khoản lợi tức của một xí nghiệp tại một Nước ký kết sẽ chỉ phải nộp thuế tại Nước đó, trừ trường hợp xí nghiệp trên có tiến hành hoạt động kinh doanh tại Nước ký kết kia thông qua một cơ sở thường trú nằm tại Nước kia. Nếu xí nghiệp có hoạt động kinh doanh theo cách trên, thì các khoản lợi tức của xí nghiệp có thể bị đánh thuế tại Nước kia nhưng *chỉ trên phần lợi tức phân bổ cho cơ sở thường trú tại Nước đó*”.

Việc không chấp nhận nguyên tắc *Force of Attraction* của Mẫu hiệp định OECD là sự giới hạn thẩm quyền thu thuế của quốc gia nơi phát sinh thu nhập đối với cơ sở thường trú, khi đó, quốc gia này chỉ có thẩm quyền thu thuế đối với thu nhập phát sinh từ hoạt động kinh doanh của cơ sở thường trú mà không đánh thuế trên thu nhập mà doanh nghiệp nước ngoài có được không thông qua hoạt động của cơ sở thường trú tại quốc gia mình¹⁰.

Ngược lại, Mẫu hiệp định UN chấp nhận một phần nguyên tắc *Force of Attraction* dẫn đến phạm vi thu thuế của quốc gia nơi phát sinh thu nhập được mở rộng hơn¹¹: “Lợi nhuận của một doanh nghiệp đến từ một nước ký kết chỉ bị đánh thuế tại nước đó trừ trường hợp doanh nghiệp đó kinh doanh tại nước ký kết còn lại thông qua một cơ sở

5 OECD Committee on Fiscal Affairs (2010), *Model Tax Convention on Income and Capital (condensed version)*, OECD Publishing, France, pp.132-33.

6 Peter Harris and David Oliver (2010), *International Commercial Tax*, Cambridge University Press, New York - USA, p.157.

7 Như trên.

8 Nhằm tạo thuận lợi cho các quốc gia trong việc đàm phán và ký kết các Hiệp định tránh đánh thuế hai lần, OECD (Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế), UN (Liên hợp quốc) đã phát hành Mẫu hiệp định tránh đánh thuế hai lần và phần bình luận kèm theo nhằm phục vụ cho mục đích trên. Nó được xem là luật tập quán trong lĩnh vực thuế quốc tế.

9 Art. 7 (1), OECD Model.

10 Chú thích 7.

11 Art. 7 (1), UN Model.

thường trú đặt tại nước này. Nếu một doanh nghiệp kinh doanh như trên, lợi nhuận của doanh nghiệp có thể bị đánh thuế tại nước ký kết còn lại chỉ trên lợi nhuận phân bổ cho (a) cơ sở thường trú; (b) doanh số bán tại nước còn lại của cùng loại hàng hóa hoặc tương tự như những loại bán tại cơ sở thường trú; hoặc (c) các hoạt động kinh doanh thực hiện tại nước còn lại tương tự như những hoạt động tại cơ sở thường trú”.

Theo đó, lợi tức từ thu nhập mà doanh nghiệp thu được từ hoạt động mua bán hàng hóa hoặc tài sản giống như phương thức chúng thực hiện thông qua cơ sở thường trú và lợi tức đối với thu nhập phát sinh từ những hoạt động kinh doanh giống như những gì cơ sở thường trú thực hiện sẽ bị quy kết cho cơ sở thường trú khi xác định thuế ở nước sở tại¹². Đây cũng là điểm khác biệt cơ bản giữa hai Mẫu hiệp định của OECD và UN.

Như vậy, Mẫu hiệp định của OECD và UN có hai cách tiếp cận khác nhau đối với nguyên tắc *Force of Attraction* khi xác định phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú. Trong đó, OECD không chấp nhận nguyên tắc *Force of Attraction* (rejected approach) và UN tiếp cận nguyên tắc này một cách có giới hạn (limited approach). Từ đây, ta có thể suy ra rằng, phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú được xác định bởi hai nhóm thu nhập. Nhóm thu nhập thứ nhất phát sinh từ cơ sở thường trú, được xác định một cách thống nhất, là thu nhập mà cơ sở thường trú có được trên phạm vi toàn cầu (worldwide)¹³. Ngược lại, đối với nhóm thứ hai - thu nhập mà doanh nghiệp nước ngoài có được tại quốc gia sở tại không thông qua cơ sở

thường trú - thì việc đánh thuế hay không hoặc đánh thuế như thế nào phụ thuộc vào cách tiếp cận của các nước đối với nguyên tắc *Force of Attraction*.

Phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú doanh nghiệp nước ngoài trong các Hiệp định tránh đánh thuế hai lần của Việt Nam

Hiệp định tránh đánh thuế của Việt Nam tiếp cận không giống nhau về phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú đến từ nước ký kết. Khảo sát các quy định của Hiệp định, ta thấy, có hai nhóm Hiệp định tiếp cận nguyên tắc *Force of Attraction* theo hai hướng khác nhau.

Nhóm thứ nhất tiếp cận theo cách của Mẫu hiệp định OECD, tức là không chấp nhận áp dụng nguyên tắc *Force of Attraction* khi xác định phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú. Và như thế, Việt Nam chỉ đánh thuế đối với những khoản thu nhập phát sinh từ hoạt động của cơ sở thường trú. Theo kết quả khảo sát của chúng tôi đối với các Hiệp định hiện đang có hiệu lực tại Việt Nam, có 30/61 Hiệp định tránh đánh thuế tiếp cận theo hướng này (chiếm 49,1%)¹⁴. Đơn cử, Điều 7 (1), Hiệp định tránh đánh thuế hai lần giữa Việt Nam và Australia quy định: “Các khoản lợi tức của một xí nghiệp tại một Nước ký kết sẽ chỉ phải nộp thuế tại Nước đó, trừ trường hợp xí nghiệp trên có tiến hành hoạt động kinh doanh tại Nước ký kết kia thông qua một cơ sở thường trú nằm tại Nước kia. Nếu xí nghiệp có hoạt động kinh doanh theo cách trên, thì các khoản lợi tức của xí nghiệp có thể bị đánh thuế tại Nước kia *nhưng chỉ trên phần lợi tức phân bổ cho cơ sở thường trú tại Nước đó*”.

12 Art. 7(1), UN Model.

13 Roy Rohatgi (2002), *Basic International Taxation*, Kluwer Law International, Netherlands, p. 83.

14 Đó là các Hiệp định giữa Việt Nam với Australia, Austria, Belarus, Bulgaria, Canada, China, Czech, France, Germany, Israel, Italia, Japan, North Korea, Laos, Luxembourg, Malaysia, Myanmar, Netherlands, Palestine, Seychelles, Singapore, South Korea, Spain, Sweden, Switzerland, Taipei, Thailand, United Kingdom, Ukraine, Venezuela (số liệu cập nhật đến 30/11/2014).

Nhóm thứ hai tiếp cận theo cách của Mẫu hiệp định UN, chấp nhận nguyên tắc *Force of Attraction* một cách giới hạn. Tỷ lệ Hiệp định tiếp cận hạn chế nguyên tắc này là 31/61 (chiếm 50,9%), trong đó: 24 Hiệp định quy định giống với UN Model¹⁵, 3 Hiệp định (Hong Kong, Phần Lan, Na Uy) giống với UN Model nhưng kèm theo yếu tố chứng minh¹⁶, 2 Hiệp định (Nga và Hungari) hẹp hơn UN Model¹⁷, 1 Hiệp định (New Zealand) hẹp hơn UN Model nhưng cần yếu tố chứng minh và 1 Hiệp định (Ấn Độ) cũng tiếp cận hạn chế nguyên tắc *Force of Attraction* nhưng quy định khác với Mẫu hiệp định UN¹⁸.

Thông tư số 205/2013/TT-BTC hướng dẫn thi hành Hiệp định tránh đánh thuế hai lần ở Việt Nam quy định về vấn đề này như sau: “Theo quy định tại Hiệp định, thu nhập từ hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp nước ngoài chỉ bị đánh thuế tại Việt Nam nếu doanh nghiệp đó có một cơ sở thường trú tại Việt Nam và thu nhập đó *liên quan trực tiếp hoặc gián tiếp* đến cơ sở thường trú đó. Trong trường hợp này doanh nghiệp đó chỉ bị đánh thuế tại Việt Nam trên phần thu nhập phân bổ cho cơ sở thường trú đó”.

Ta thấy, quy định của Thông tư số 205/2013/TT-BTC tương tự như trong Hiệp định giữa Việt Nam với Ấn Độ, nhưng, Hiệp định này đã đính kèm luôn lời giải thích cho chúng. Theo chúng tôi, để hướng dẫn thi hành các Hiệp định, cụm từ thu nhập *liên quan trực tiếp* được hiểu là những thu nhập do doanh nghiệp nước ngoài có được ở Việt Nam thông qua hoạt động của cơ sở thường trú; còn thu nhập *liên quan gián tiếp* sẽ được hiểu là hoạt động mua bán hàng hóa hay tài

sản hoặc hoạt động sản xuất kinh doanh mà doanh nghiệp nước ngoài thực hiện giống với cơ sở thường trú. Cách hiểu này nhằm mục đích hướng dẫn các Hiệp định có cách tiếp cận nguyên tắc *Force of Attraction* theo hướng của Mẫu hiệp định UN.

Tóm lại, đối với doanh nghiệp đến từ quốc gia có Hiệp định tránh đánh thuế với Việt Nam, phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú được xác định tùy thuộc vào các Hiệp định theo hai xu hướng chính là tiếp cận hạn chế (theo Mẫu hiệp định UN) hay không chấp nhận (Mẫu hiệp định OECD) nguyên tắc *Force of Attraction*.

Phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú doanh nghiệp nước ngoài theo Luật Thuế TNDN hiện hành

Luật Thuế TNDN 2008 (sửa đổi, bổ sung 2013) quy định phạm vi đánh thuế đối với cơ sở thường trú của doanh nghiệp đến từ nước mà Việt Nam không có Hiệp định tại Điều 2 (2b,c) như sau: “b) Doanh nghiệp nước ngoài có cơ sở thường trú tại Việt Nam nộp thuế đối với thu nhập chịu thuế phát sinh tại Việt Nam và thu nhập chịu thuế phát sinh ngoài Việt Nam *liên quan đến hoạt động của cơ sở thường trú đó*; c) Doanh nghiệp nước ngoài có cơ sở thường trú tại Việt Nam nộp thuế đối với thu nhập chịu thuế phát sinh tại Việt Nam mà khoản thu nhập này *không liên quan đến hoạt động của cơ sở thường trú*”.

Tóm lược lại, phạm vi đánh thuế theo quy định ở trên được phân loại dựa vào thu nhập đó có liên quan đến cơ sở thường trú hay không. Đối với thu nhập liên quan đến cơ sở thường trú, doanh nghiệp nước ngoài bị đánh thuế trên khoản thu nhập phát sinh trên phạm vi toàn cầu. Điều này giống với

15 Hiệp định giữa Việt Nam với các nước tiếp cận theo hướng của UN Model là Bangladesh, Belgium, Brunei, Cuba, Denmark, Iceland, Indonesia, Ireland, Kuwait, Mongolia, Morocco, Oman, Pakistan, Philippines, Poland, Qatar, Romani, Saudi Arabia, Slovak, Sri Lanka, Tunisia, U.A.E, Uzbekistan (số liệu cập nhật đến 30/11/2014).

16 Điều 7(1), Hiệp định tránh đánh thuế giữa Việt Nam và Phần Lan.

17 Điều 7(1), Hiệp định tránh đánh thuế giữa Việt Nam và Nga.

18 Điều 7(1), Hiệp định tránh đánh thuế giữa Việt Nam và Ấn Độ.

cách tiếp cận của các Hiệp định mà Việt Nam ký kết. Nhưng, đối với thu nhập không liên quan đến cơ sở thường trú, nếu hiểu theo câu chữ của điều luật thì doanh nghiệp nước ngoài sẽ bị đánh thuế trên mọi khoản thu nhập mà doanh nghiệp có được nếu khoản thu nhập đó phát sinh trên phạm vi lãnh thổ Việt Nam. Ở đây, có thể hiểu là bất kỳ hoạt động do doanh nghiệp nước ngoài thực hiện tại Việt Nam tạo ra thu nhập, có giống với những hoạt động mà chúng được thực hiện qua cơ sở thường trú hay không, thì lợi tức từ những hoạt động này cũng được quy kết cho cơ sở thường trú khi xác định thuế. Nếu đúng theo cách hiểu trên, Luật Thuế TNDN Việt Nam đã tiếp cận một cách đầy đủ (full approach) đối với nguyên tắc *Force of Attraction*. Quy định này là không phù hợp với các Hiệp định tránh đánh thuế và tiêu chuẩn của OECD và UN.

OECD cho rằng, không nên áp dụng nguyên tắc *Force of Attraction* bởi vì lợi tức mà quốc gia có được nên được xem xét thành những nguồn riêng lẻ chiếu theo từng điều khoản của Hiệp định và điều này giúp cho việc quản trị thuế được hiệu quả hơn, phù hợp với cách thức kinh doanh ngày nay của các doanh nghiệp¹⁹. Đồng tình với OECD, các nước phát triển cho rằng áp dụng nguyên tắc này sẽ tạo ra sự không rõ ràng cho doanh nghiệp nước ngoài khi tuân thủ pháp luật thuế của quốc gia sở tại. UN cũng thừa nhận rằng nguyên tắc này chỉ nên áp dụng hạn chế đối với các hoạt động kinh doanh giống với cơ sở thường trú mà thôi²⁰.

Với quy định hiện tại, Luật Thuế nội địa Việt Nam tỏ ra không thuyết phục các doanh nghiệp và cũng không phản ánh đúng bản chất của hoạt động sản xuất kinh doanh hiện đại. Ví dụ, nếu doanh nghiệp nước ngoài tồn

tại một công trình xây dựng tại Việt Nam (đáp ứng điều kiện của một cơ sở thường trú), ngoài ra doanh nghiệp này còn có thu nhập từ đầu tư chứng khoán tại đây thì liệu gom khoản thu nhập “không liên quan” này cho cơ sở thường trú khi xác định thuế có là hợp lý và đảm bảo tính khả thi? Do vậy, phạm vi đánh thuế ở văn bản này cần được sửa đổi. Chúng tôi đề xuất rằng, Luật Thuế TNDN hiện hành nên theo cách tiếp cận của Mẫu hiệp định UN vì nó ngăn ngừa việc doanh nghiệp nước ngoài tránh thuế bằng cách tách riêng các hoạt động phát sinh lợi nhuận tại quốc gia sở tại ra khỏi các hoạt động của cơ sở thường trú. Tức là, ngoài khoản thu nhập phát sinh từ cơ sở thường trú, doanh nghiệp nước ngoài còn bị đánh thuế tại Việt Nam đối với thu nhập mà doanh nghiệp nước ngoài có được khi thực hiện hoạt động kinh doanh giống với cơ sở thường trú.

3. Kết luận

Luật Thuế TNDN 2008 (sửa đổi, bổ sung 2013) cần phải loại bỏ những điểm chưa tương thích với Hiệp định và cùng nhau tiệm cận với chuẩn mực quốc tế, phù hợp với thực tiễn hoạt động kinh doanh. Dù có Hiệp định hay không, cơ sở thường trú của doanh nghiệp đến từ các nước phải được xử lý “không quá” khác biệt như những quy định hiện tại. Vì thế, cần thiết phải bổ sung từ “cố định” vào khái niệm về cơ sở thường trú và giới hạn lại phạm vi đánh thuế đối với chúng trong Luật Thuế TNDN hiện hành. Có Hiệp định tránh đánh thuế là một lợi thế cho doanh nghiệp nhưng cũng nên thừa nhận rằng, các tiêu chuẩn về cơ sở thường trú đã là tập quán mang tính quốc tế. Mà đã là tập quán thì sẽ ít có sự khác biệt ■

¹⁹ Chú thích 6, tr.133.

²⁰ United Nations Department of Economic and Social Affairs (2011), *United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, United Nations, New York - USA, p.143.

NHỮNG GIẢI PHÁP ĐẨY MẠNH THỰC THI LUẬT PHÒNG, CHỐNG TÁC HẠI CỦA THUỐC LÁ

BÀNH QUỐC TUẤN*

1. Kết quả đạt được trong việc thực thi pháp luật về phòng, chống tác hại của thuốc lá

Việt Nam là quốc gia thứ 47 đã phê chuẩn Công ước khung về Kiểm soát thuốc lá của Tổ chức Y tế thế giới từ năm 2004 (Công ước khung) và đồng thời cũng là một trong số ít các quốc gia trên thế giới đã ban hành Luật Phòng, chống tác hại (PCTH) của thuốc lá vào năm 2013. Sau 10 năm thực hiện Công ước khung và gần ba năm áp dụng Luật PCTH của thuốc lá và các văn bản hướng dẫn thi hành đã góp phần quan trọng trong việc tạo lập hành lang pháp lý cho các biện pháp giảm nhu cầu sử dụng thuốc lá, biện pháp kiểm soát nguồn cung cấp thuốc lá và điều kiện bảo đảm để PCTH của thuốc lá. Đến thời điểm hiện tại, Việt Nam đã triển khai thực hiện phần lớn các biện pháp do Công ước khung khuyến nghị nhằm PCTH của thuốc lá. Những kết quả đạt được trên thực tế là rất đáng khích lệ xuất phát từ việc áp dụng có hiệu quả các quy định của pháp luật nhằm thực hiện các cam kết trong Hiệp định khung. Cụ thể¹:

Thứ nhất, đối với việc giảm tỷ lệ sử dụng

thuốc lá: Thống kê đến thời điểm cuối năm 2014 tỷ lệ hút thuốc lá ở nam giới trưởng thành đã giảm từ 56,1% năm 2001 xuống 47,4% năm 2010. Tỷ lệ sử dụng thuốc lá ở thanh thiếu niên (từ 13-15 tuổi) giảm từ 3,3% năm 2007 xuống 2,5% vào năm 2014. Nhận thức của người dân về tác hại của thuốc lá được nâng cao, 95% người trưởng thành tin rằng hút thuốc lá gây bệnh tật, 87% người trưởng thành tin rằng người hút thuốc thụ động cũng mắc các bệnh giống như người hút thuốc. Hành vi hút thuốc lá tại nơi làm việc, trường học đã giảm, hành vi hút thuốc không còn là hành vi phổ biến được chấp nhận như trước.

Thứ hai, đối với việc xây dựng và mở rộng các mô hình môi trường không khói thuốc lá: Đến thời điểm hiện tại, các cơ sở y tế, cơ sở giáo dục, nơi làm việc, phương tiện giao thông công cộng đều đã triển khai đồng bộ mô hình môi trường không khói thuốc lá và các mô hình này đang được nhiều tỉnh, thành phố tích cực hưởng ứng. Trong giai đoạn sắp tới, phạm vi áp dụng các mô hình này sẽ được mở rộng đến các không gian công cộng như bến xe, sân bay, nhà hát...

* TS. Khoa Luật, Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

1 Xem: 10 năm thực hiện Công ước khung về kiểm soát thuốc lá tại Việt Nam. Nguồn: <http://www.baomoi.com/10-nam-thuc-hien-cong-uoc-khung-ve-kiem-soat-thuoc-la-tai-VietNam/144/16873126.epi>

nhằm tiến tới việc xây dựng một môi trường hoàn toàn không khói thuốc lá.

Thứ ba, kiện toàn nhân lực và nâng cao năng lực của bộ máy hoạt động PCTH của thuốc lá: Xây dựng và củng cố Ban chủ nhiệm Chương trình quốc gia PCTH của thuốc lá với sự tham gia của các bộ, ngành và tổ chức xã hội. Mở rộng, tăng cường mạng lưới hoạt động tại 63 tỉnh, thành phố. Một trong những công việc quan trọng là việc bảo đảm nguồn tài chính bền vững cho công tác PCTH của thuốc lá. Quỹ PCTH của thuốc lá đã được thành lập, trực thuộc Bộ Y tế, hoạt động không vì mục đích lợi nhuận, có chức năng huy động, cung cấp và điều phối nguồn lực tài chính của Quỹ cho các hoạt động PCTH của thuốc lá trên phạm vi toàn quốc.

Thứ tư, quy định cấm quảng cáo thuốc lá, khuyến mại, tiếp thị thuốc lá trực tiếp tới người tiêu dùng dưới mọi hình thức được quy định trong Luật PCTH của thuốc lá đã được thực thi nghiêm túc trên thực tế. Các hoạt động tài trợ của các công ty sản xuất, kinh doanh thuốc lá chỉ được thực hiện cho các hoạt động vì mục đích xóa đói giảm nghèo, thiên tai nhưng không được thông báo trên các phương tiện giao thông công cộng. Việc in cảnh báo sức khỏe bằng hình ảnh trên vỏ bao thuốc lá chiếm diện tích 50% cả mặt trước và mặt sau của vỏ bao thuốc lá được thực hiện tại Việt Nam với 6 mẫu cảnh báo...

Thứ năm, Việt Nam đã không ngừng kiện toàn các quy định của pháp luật về PCTH của thuốc lá. Bên cạnh việc ban hành Luật PCTH của thuốc lá ngày 18/6/2012 (văn bản pháp lý cao nhất và toàn diện về PCTH của thuốc lá), Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 229/QĐ - TTg ngày 25/1/2013 về việc phê duyệt Chiến lược quốc gia về PCTH của thuốc lá đến năm 2020, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 67/2013/NĐ-CP ngày 27/6/2013 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật PCTH của thuốc lá về kinh doanh thuốc

lá, Nghị định số 77/2013/NĐ-CP ngày 17/7/2013 quy định chi tiết thi hành Luật PCTH của thuốc lá về một số biện pháp PCTH của thuốc lá... Bên cạnh đó, các quy định của pháp luật có liên quan cũng được kiện toàn để đảm bảo tính đồng bộ. Cụ thể: thuế thuốc lá đã tăng theo lộ trình kể từ ngày 01/01/2016. Theo đó, thuế suất thuế tiêu thụ đặc biệt đối với mặt hàng thuốc lá sẽ tăng thêm 5%, từ 65% lên mức 70% và từ ngày 01/01/2019 sẽ tăng từ 70% lên 75%. Việt Nam cũng luôn tuân thủ báo cáo thực hiện Công ước khung theo quy định thông qua hệ thống giám sát quốc gia và toàn cầu, triển khai các nghiên cứu đánh giá quốc tế nhằm hỗ trợ bằng chứng xây dựng và đánh giá chính sách phù hợp, tích cực thúc đẩy hợp tác quốc tế để trao đổi thông tin, chuyển giao kỹ thuật và nâng cao năng lực, nghiên cứu và đánh giá với Ban Thư ký Công ước khung về kiểm soát thuốc lá. Ngoài ra, Việt Nam còn mở rộng hợp tác với các quốc gia thành viên ASEAN và các tổ chức quốc tế, trường đại học, viện nghiên cứu hàng đầu thế giới về PCTH của thuốc lá.

2. Những vấn đề phát sinh và giải pháp để nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật trong giai đoạn tới

Những thành tựu đạt được trong việc PCTH của thuốc lá trong thời gian qua là rất khả quan và được sự đánh giá cao của WHO. Tuy nhiên, vẫn còn một số quy định của Luật PCTH của thuốc lá vẫn chưa phát huy hiệu quả điều chỉnh trên thực tế và cần phải có sự đánh giá một cách toàn diện nhằm đề xuất các giải pháp nâng cao hiệu quả áp dụng trong thời gian tới.

2.1. Về nguyên tắc PCTH của thuốc lá

Điều 3 Luật PCTH của thuốc lá quy định 4 nguyên tắc PCTH của thuốc lá, tập trung vào công tác thông tin, giáo dục, truyền thông để nâng cao nhận thức về tác hại của thuốc lá nhằm giảm dần tỷ lệ sử dụng thuốc lá và tác hại do thuốc lá gây ra. Đây cũng là

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

một biện pháp trong gói 6 biện pháp kiểm soát thuốc lá hiệu quả do Công ước khung đưa ra². Tuy nhiên, thực tế cho thấy, công tác tuyên truyền đạt hiệu quả không cao. Trong thời gian qua, việc triển khai các hình thức tuyên truyền để người dân nhận thức được tác hại của việc sử dụng thuốc lá đã được triển khai rất tốt. Tuy nhiên, việc yêu cầu người dân phải hiểu và tuân thủ nghiêm túc các quy định của pháp luật là điều khó thực hiện được trong thời gian ngắn, bởi lẽ trong xã hội Việt Nam, tại các nơi sinh hoạt cộng đồng thì vấn đề sử dụng thuốc lá, uống rượu, bia đôi khi thuộc về hoạt động văn hóa và được gắn với đời sống văn hóa cộng đồng. Đây là những thói quen hình thành trong thời gian lâu dài và được mặc nhiên chấp nhận. Chính vì vậy, quan điểm của nhà lập pháp cho rằng, không thể cấm mà chỉ có thể khuyến khích và tuyên truyền người dân hạn chế hút thuốc lá, uống rượu, bia để bảo đảm sức khỏe cho bản thân và cộng đồng. Và điều này được thể hiện trong quy định của Luật PCTH của thuốc lá chỉ cấm hút thuốc lá ở các địa điểm công cộng trong nhà và một số địa điểm có ảnh hưởng đến sức khỏe như trong khuôn viên bệnh viện, trường học... còn các hoạt động ngoài trời, người dân vẫn được hút thuốc và vẫn hút thuốc. Một kết quả điều tra năm 2014 về tình hình sử dụng thuốc lá ở thanh thiếu niên từ 13 đến 15 tuổi cho thấy, tỷ lệ thanh thiếu niên ở độ tuổi này hút thuốc lá là 2,5%, giảm 0,8% so với năm 2007. Tỷ lệ hút thuốc thụ động tại nhà của học sinh là 47,7%. Tỷ lệ học sinh bị phơi nhiễm với khói thuốc ở nơi công cộng là trên 66%. Những con số này có giảm nhưng

không đáng kể so với trước khi Luật PCTH của thuốc lá có hiệu lực thi hành. Việc hút thuốc lá tại các điểm công cộng lại càng khó kiểm soát hơn³.

Với thực tế như trên, trong giai đoạn sắp tới, việc tăng cường tuyên truyền, giáo dục để người dân nhận thức được tác hại của việc sử dụng thuốc lá vẫn tiếp tục là một trong những giải pháp cơ bản để đưa các quy định của pháp luật về PCTH của thuốc lá đi vào cuộc sống. Tuy nhiên, như đã phân tích ở trên, việc thay đổi một thói quen được xem như là nét sinh hoạt văn hóa của cộng đồng là điều không dễ thực hiện được trong thời gian ngắn. Vì vậy, trong giai đoạn sắp tới, bên cạnh việc tăng cường công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật, cần mở rộng phạm vi những địa điểm cấm hút thuốc, đặc biệt là những địa điểm công cộng thuộc nơi sinh sống của cộng đồng dân cư. Giải pháp được đề xuất phù hợp với tập quán, lối sống của người Việt Nam chính là khuyến khích các địa phương đưa quy định cấm hút thuốc ở những nơi này vào hương ước, nội quy của cộng đồng dân cư. Giải pháp này một mặt tiếp tục đẩy mạnh công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật, mặt khác dễ dàng được người dân chấp nhận và thực hiện một cách tự giác bởi vì hương ước, nội quy của cộng đồng dân cư giữ một vai trò rất quan trọng trong cuộc sống của người Việt Nam, đặc biệt là ở những khu vực nông thôn, trình độ văn hóa pháp lý của người dân chưa cao.

Bên cạnh đó, để người dân thực hiện nghiêm túc các quy định trong Luật PCTH của thuốc lá thì bên cạnh việc tuyên truyền, việc áp dụng chế tài của pháp luật vẫn là cần

2 6 biện pháp này được gọi tắt là MPOWER, bao gồm: Monitoring (Giám sát sử dụng thuốc lá và các chính sách kiểm soát thuốc lá); Protecting (Bảo vệ con người khỏi khói thuốc thụ động); Offering (Cung cấp trợ giúp để cai thuốc lá); Warning (Cảnh báo mọi người về tác hại của thuốc lá); Enforcing (Thực thi quy định cấm quảng cáo, khuyến mại và tài trợ thuốc lá); Raising (Tăng thuế thuốc lá).

3 Xem thêm: Sau hai năm Luật PCTH của thuốc lá vẫn nằm trên giấy. Nguồn: <http://www.baomoi.com/Sau-hai-nam-Luat-Phong-chong-tac-hai-cua-thuoc-la-van-nam-tren-giay/45/16732137.epi>

thiết. Đây là giải pháp góp phần giải quyết triệt để việc sử dụng thuốc lá trên thực tế, đặc biệt là ở những nơi công cộng. Để thực hiện được điều này, cần phải bổ sung nguyên tắc xử phạt hành chính vào Điều 3 Luật PCTH của thuốc lá để đảm bảo những quy định của Luật được thực thi nghiêm túc trên thực tế. Tuy nhiên, cần phải thấy rằng, xử phạt hành chính không phải là giải pháp đảm bảo thực thi hiệu quả nhất đối với lĩnh vực pháp luật này mà tuyên truyền, nhắc nhở để người vi phạm hiểu được tác hại của thuốc lá và tự nguyện không sử dụng nữa vẫn là giải pháp cơ bản và phù hợp nhất. Trong giai đoạn sắp tới, cần tăng cường thẩm quyền xử phạt hành vi hút thuốc lá nơi công cộng của Ủy ban nhân dân các cấp, mà đứng đầu là Chủ tịch Ủy ban nhân dân. Về đối tượng bị xử phạt, cần xử phạt cả những người đứng đầu các địa điểm công cộng để xảy ra các tình trạng vi phạm. Điều này sẽ góp phần tăng cường các điều kiện thực thi của pháp luật trên thực tế.

Tóm lại, để tăng cường hiệu quả thực thi các quy định của pháp luật về PCTH của thuốc lá trên thực tế trong giai đoạn sắp tới, việc tuyên truyền cho người dân về tác hại của thuốc lá vẫn là giải pháp cơ bản. Tuy nhiên, cần thiết phải tăng cường các biện pháp xử phạt hành chính đối với hành vi vi phạm như là một trong những nguyên tắc PCTH của thuốc lá để đảm bảo tính răn đe của pháp luật trên thực tế.

2.2. Chính sách của Nhà nước về PCTH của thuốc lá

Theo khoản 2 Điều 4 Luật PCTH của thuốc lá và Công ước khung, một trong những giải pháp để giảm sức mua thuốc lá là tăng giá bán thông qua tăng thuế. Việt Nam đã có lộ trình tăng thuế thuốc lá nhưng theo các chuyên gia, mức tăng này vẫn chưa đủ để đạt mục tiêu. Theo khuyến cáo của các chuyên gia, trung bình, khi tăng thuế để giá thuốc lá tăng thêm 10% thì mức tiêu dùng sẽ giảm từ 4 đến 8%, còn doanh thu từ thuốc lá sẽ tăng khoảng 7%. Mức thuế thuốc lá tối ưu

khi thuế chiếm tỷ lệ 65% đến 80% giá bán lẻ. Tuy nhiên, hiện tại Việt Nam vẫn còn ở rất xa con số này. Mức thuế tiêu thụ đặc biệt của thuốc lá theo Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt năm 2008 là 65% giá xuất xưởng. Trên thực tế, thuế thuốc lá (đã bao gồm 10% thuế giá trị gia tăng), khi tính ra tỷ lệ phần trăm giá bán lẻ chỉ chiếm 41,6%. Tỷ lệ này thấp hơn nhiều so với khuyến nghị của WHO. Với mức 41,6%, Việt Nam hiện là một trong hai quốc gia có mức thuế thuốc lá thấp nhất trong khu vực ASEAN và rất thấp so với các nước phát triển (Pháp 80%, Đức 73%, Australia 60%). Theo Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt năm 2008, sửa đổi, bổ sung năm 2014, kể từ ngày 01/01/2016, thuế suất thuế tiêu thụ đặc biệt đối với mặt hàng thuốc lá sẽ tăng thêm 5%, từ 65% lên 70%; từ ngày 01/01/2019 sẽ tăng từ 70% lên 75%. Tuy nhiên, tính toán của Bộ Y tế cho thấy, thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá tăng lên 5% thì giá bán lẻ sẽ tăng hơn 2%. So với mức tăng trưởng thu nhập bình quân đầu người của Việt Nam khoảng 5%, sức mua đối với các sản phẩm thuốc lá vẫn tăng. Như vậy, Việt Nam khó đáp ứng được mục tiêu theo Công ước khung là dùng biện pháp thuế để giảm hút thuốc.

Có thể nhận thấy, Công ước khung hướng đến mục tiêu dùng biện pháp tài chính để tác động vào việc hút thuốc nhằm làm giảm tỷ lệ người hút thuốc lá, số lượng thuốc lá hút, qua đó sẽ giảm tác hại của thuốc lá là giải pháp phù hợp với lĩnh vực pháp luật này và càng phù hợp hơn với hoàn cảnh thực tế của Việt Nam. Tuy nhiên, do biện pháp thực hiện chưa quyết liệt, chưa tương xứng với mục tiêu đề ra nên kết quả thực tế vẫn còn rất hạn chế. Và để thực hiện tốt hơn nữa việc PCTH của thuốc lá, WHO khuyến nghị Việt Nam phải tăng cường thực thi Luật, tăng thuế thuốc lá và thay đổi cấu trúc thuế, đẩy mạnh hoạt động của Quỹ PCTH của thuốc lá và thành lập dịch vụ cai nghiện thuốc lá. Một trong những giải pháp đề xuất là tăng thuế



thuốc lá lên 100%. Với mức thuế này, mỗi năm Việt Nam có thể cứu được 16.000 sinh mạng khỏi tử vong do thuốc lá⁴.

Xuất phát từ thực tế này, trong giai đoạn sắp tới, việc tăng thuế đánh vào thuốc lá là biện pháp bắt buộc phải thực hiện bên cạnh các biện pháp đã phân tích trên. Trong đó, thuế tiêu thụ đặc biệt là loại thuế phù hợp nhất để hiện thực hóa mục đích sử dụng công cụ tài chính làm giảm lượng thuốc lá tiêu thụ, đồng thời có thể sử dụng một phần số tiền thuế thu được để triển khai các công việc nhằm hạn chế tác hại của thuốc lá trên thực tế. So với thuế suất thuế tiêu thụ đặc biệt của những hàng hóa, dịch vụ được quy định theo Biểu thuế tiêu thụ đặc biệt của Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt (sửa đổi, bổ sung năm 2014) thì thuế suất của thuốc lá là cao nhất nhưng vẫn còn thấp hơn thuế suất của một số hàng hóa đã từng chịu thuế tiêu thụ đặc biệt trong quá khứ khi Nhà nước muốn hạn chế sự tiêu thụ như ô tô từ 5 chỗ ngồi trở xuống là 100% theo Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt năm 1998, pháo là 100% theo Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt năm 1990, sửa đổi, bổ sung năm 1993... Như vậy,

hoàn toàn có cơ sở pháp lý và thực tiễn để tiếp tục nâng mức thuế suất của thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá trong giai đoạn sắp tới theo khuyến nghị của WHO. Và giải pháp tăng mức thuế suất lên 100% là hoàn toàn có thể chấp nhận được, nhằm tiếp tục tăng giá bán thuốc lá để đạt được mục tiêu giảm tỷ lệ người hút thuốc lá, số lượng thuốc lá hút, qua đó sẽ giảm tác hại của thuốc lá.

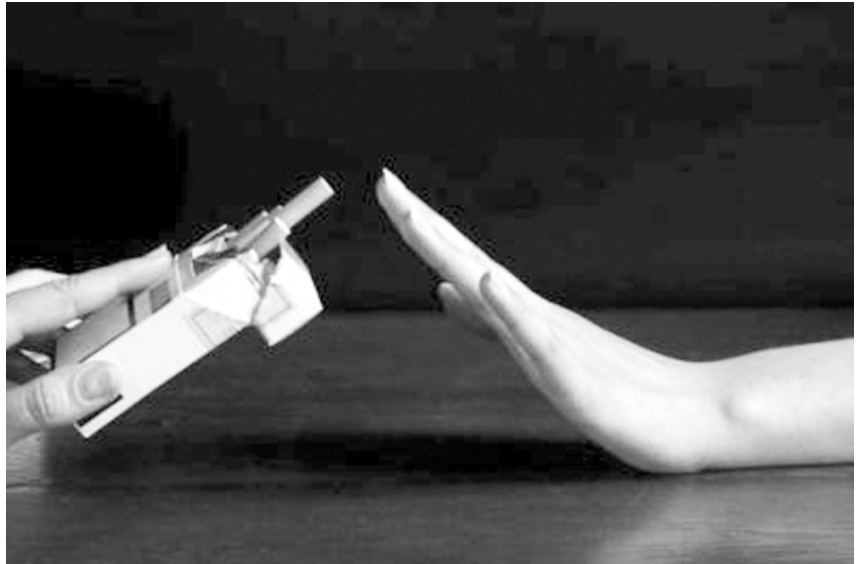
Tóm lại, bên cạnh việc gia tăng các biện pháp chế tài đối với hành vi vi phạm pháp luật về thuốc lá, việc sử dụng biện pháp tăng thuế sẽ là một trong những biện pháp tài chính hữu hiệu nhất để hạn chế việc hút thuốc, qua đó góp phần thực thi có hiệu quả các quy định của Luật PCTH của thuốc lá trên thực tế. Giải pháp này cũng phù hợp với các khuyến nghị của Công ước khung cũng như khuyến nghị của các chuyên gia quốc tế, đồng thời phù hợp với điều kiện thực tế của Việt Nam. Vì vậy, cần tiếp tục sửa đổi Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt theo hướng tăng thuế suất đối với thuốc lá lên 100% thay vì 70% trong giai đoạn từ 01/01/2016.

2.3. Về hợp tác quốc tế trong PCTH của thuốc lá

Một trong những nội dung quan trọng của hợp tác quốc tế trong PCTH của thuốc lá được quy định tại điểm a khoản 2 Điều 8 Luật PCTH của thuốc lá là “Hợp tác trong phòng, chống thuốc lá nhập lậu, thuốc lá giả”. Chức năng chống buôn lậu hàng hóa nói chung, thuốc lá nói riêng được giao cho nhiều cơ quan như quản lý thị trường, bộ đội biên phòng, cảnh sát biển... Chính phủ cũng

⁴ Xem thêm: Sau hai năm Luật PCTH của thuốc lá vẫn nằm trên giấy, Tlđd.

đã thành lập Ban Chỉ đạo quốc gia Chống buôn lậu, gian lận thương mại và hàng giả (gọi tắt là Ban Chỉ đạo 389) để tổ chức các lực lượng, triển khai các biện pháp chống buôn lậu thuốc lá. Bên cạnh những kết quả rất quan trọng đã đạt được thì nạn buôn lậu thuốc lá ở Việt Nam vẫn diễn biến rất phức tạp với số lượng ngày càng lớn.



Những khu vực sôi động như biên giới Việt Nam - Campuchia thuộc địa bàn các tỉnh Tây Ninh, Long An luôn là điểm nóng về việc buôn lậu và chống buôn lậu thuốc lá. Đáng chú ý, sau khi các cơ quan chức năng Việt Nam tập trung triệt phá quyết liệt việc buôn lậu thuốc lá qua biên giới, thì buôn lậu thuốc lá chuyên địa bàn hoạt động xuống đường biển. Điển hình là vụ bắt giữ container hơn 100.000 bao thuốc lá ở cảng Phước Long (Thành phố Hồ Chí Minh), vụ bắt giữ container hơn 200.000 bao thuốc lá tại cảng Hải Phòng...⁵

Những số liệu trên cho thấy, việc triển khai trên thực tế các biện pháp tăng cường hợp tác quốc tế trong PCTH của thuốc lá theo Điều 8 Luật PCTH của thuốc lá gặp rất nhiều khó khăn và Việt Nam khó hoàn thành các cam kết được quy định trong Công ước khung. Nạn buôn lậu thuốc lá không chỉ là câu chuyện của riêng Việt Nam mà là vấn nạn chung của thế giới. Ngày 01/6/2015, Tổng thư ký Liên hợp quốc Ban Ki moon đã lên tiếng kêu gọi các nước nỗ lực hơn nữa để

chấm dứt tình trạng buôn lậu các sản phẩm thuốc lá giá rẻ, để bảo vệ sức khỏe cộng đồng và đảm bảo phát triển bền vững. Từ nhiều góc độ, buôn lậu các sản phẩm thuốc lá là một trong những mối lo ngại chính trên toàn cầu liên quan đến sức khỏe, luật pháp và kinh tế. Các nghiên cứu về thị trường thuốc lá cho thấy, nếu kiểm soát và ngăn chặn thật tốt nguồn thuốc lá lậu, các quốc gia sẽ thu thêm hàng tỷ USD tiền thuế của mặt hàng này mỗi năm. Theo thống kê, buôn bán thuốc lá phi pháp mỗi năm lên tới 580 tỷ điều thuốc, chiếm 10% tổng lượng cung ứng thuốc lá trên thị trường⁶. Như vậy, trong giai đoạn sắp tới, việc quyết liệt chống nạn buôn lậu thuốc lá là biện pháp bắt buộc phải tăng cường áp dụng để đảm bảo thực thi các quy định của Luật PCTH của thuốc lá trên thực tế. Điều này còn góp phần thực hiện các cam kết của Việt Nam đối với Công ước khung cũng như xây dựng môi trường minh bạch đối với việc sản xuất, kinh doanh thuốc lá nói riêng, hàng hóa dịch vụ nói chung ■

5 Xem thêm: *Buôn lậu thuốc lá chuyên địa bàn ra biển*. Nguồn: <http://nld.com.vn/thoi-su-trong-nuoc/buon-lau-thuoc-la-chuyen-dia-ban-ra-bien-20150521215811993.htm>

6 Xem thêm: *Liên hiệp quốc kêu gọi chấm dứt tình trạng buôn lậu thuốc lá*. Nguồn: <http://www.vietnamplus.vn/lien-hop-quoc-keu-goi-cham-dut-tinh-trang-buon-lau-thuoc-la/325659.vnp>

QUY ĐỊNH VỀ ĐỊNH GIÁ TÀI SẢN LÀ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ KHI GÓP VỐN THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM VÀ PHÁP LUẬT CỘNG HÒA PHÁP

NGUYỄN VÕ LINH GIANG*

Với sự tiến bộ của khoa học, kỹ thuật, công nghệ, nhu cầu góp vốn bằng tài sản là quyền sở hữu trí tuệ (STTT) ngày càng phổ biến trên khắp thế giới và cả ở Việt Nam. Tài sản là quyền SHTT là một tài sản đặc biệt và việc định giá đối với tài sản này cũng cần những phương pháp đặc biệt. Do tính đặc biệt của tài sản là quyền SHTT nên việc định giá không chính xác so với giá trị thật sự của tài sản là việc không thể tránh khỏi. Vì vậy, để quy trách nhiệm của tổ chức, cá nhân định giá nhằm hạn chế định giá sai thì quy định về định giá tài sản góp vốn phải chặt chẽ tránh những thiệt hại đáng tiếc xảy ra.

Khi góp vốn bằng quyền SHTT nói chung và quyền sở hữu công nghiệp nói riêng, việc cần làm trước nhất là phải tiến hành định giá giá trị quyền tài sản góp vào doanh nghiệp. Người góp vốn thường có khuynh hướng định giá cao hơn giá trị thật sự của tài sản, điều này rất nguy hiểm vì hành vi sai trái này không chỉ ảnh hưởng đến mối quan hệ giữa các thành viên hoặc cổ đông khi thỏa thuận cho phép thành viên hoặc cổ đông góp vốn bằng quyền SHTT nắm giữ nhiều quyền hơn số vốn thực tế họ đã góp vào công ty, mà còn tạo nên hình ảnh sai lệch về khả năng thanh toán của công ty

đối với người thứ ba¹. Do đó, quy định về định giá tài sản góp vốn là quyền SHTT cần được quy định chặt chẽ để hạn chế tình trạng đánh giá vượt giá trị thật của quyền tài sản được góp vốn.

1. Các quy định của pháp luật Việt Nam về định giá tài sản góp vốn

Hiện nay, pháp luật Việt Nam chưa quy định chặt chẽ về vấn đề định giá tài sản góp vốn là quyền tài sản nói chung và tài sản là quyền SHTT nói riêng.

Định giá tài sản góp vốn được quy định tại Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014 như sau: “1. Tài sản góp vốn không phải

* ThS. Đại học Toulouse 1 - Capitole

¹ Bruno Dondero, Luật về công ty, HyperCours, Bài giảng và Hướng dẫn, tái bản lần thứ 3, Nxb. Dalloz, 2013, tr. 40.

là Đồng Việt Nam, ngoại tệ tự do chuyển đổi, vàng phải được các thành viên, cổ đông sáng lập hoặc tổ chức.

2. Tài sản góp vốn khi thành lập doanh nghiệp phải được các thành viên, cổ đông sáng lập định giá theo nguyên tắc nhất trí hoặc do một tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá. Trường hợp tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá thì giá trị tài sản góp vốn phải được đa số các thành viên, cổ đông sáng lập chấp thuận.

Trường hợp tài sản góp vốn được định giá cao hơn so với giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn thì các thành viên, cổ đông sáng lập cùng liên đới góp thêm bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá; đồng thời liên đới chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do cố ý định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế.

3. Tài sản góp vốn trong quá trình hoạt động do chủ sở hữu, Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh, Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần và người góp vốn thỏa thuận định giá hoặc do một tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá. Trường hợp tổ chức thẩm định giá chuyên nghiệp định giá thì giá trị tài sản góp vốn phải được người góp vốn và doanh nghiệp chấp thuận.

Trường hợp nếu tài sản góp vốn được định giá cao hơn giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn thì người góp vốn, chủ sở hữu, thành viên Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh, thành viên Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần cùng liên đới góp thêm bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá; đồng thời, liên đới chịu

trách nhiệm đối với thiệt hại do việc cố ý định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế”.

Ngoài điều luật trên thì đến nay, chưa có một văn bản hoặc quy định nào điều chỉnh vấn đề định giá tài sản góp vốn, đặc biệt là định giá tài sản góp vốn là quyền STTT nói chung và quyền sở hữu công nghiệp nói riêng. Và chỉ với quy định này thì chúng ta đều thấy là nó quá chung chung và khó áp dụng trên thực tế.

2. Hạn chế từ quy định tại Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014 và so sánh với pháp luật Cộng hòa Pháp

2.1. Liên quan đến trình tự thủ tục xác định tổ chức định giá chuyên nghiệp

Quy định tại Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ nhắc đến tổ chức định giá chuyên nghiệp mà không hề nhắc đến tổ chức này được chọn theo trình tự nào, do chủ thể nào tiến hành chọn.

Theo pháp luật Cộng hòa Pháp, việc định giá tài sản góp vốn là hiện vật nói chung và quyền SHTT nói riêng, do Hội đồng về góp vốn² định giá. Hội đồng này được chỉ định bởi Chánh Tòa thương mại theo yêu cầu thống nhất giữa những thành viên tương lai của công ty hoặc sáng lập viên hoặc một trong những sáng lập viên³. Đối với tài sản là quyền SHTT - một loại tài sản đặc biệt hơn so với các tài sản vô hình khác - việc định giá tài sản trí tuệ không thể được thực hiện bởi một tổ chức định giá không chuyên nghiệp trong lĩnh vực SHTT.

Theo pháp luật Việt Nam thì không nhất thiết các bên phải chọn một tổ chức định giá chuyên nghiệp đối với mỗi loại tài sản đặc thù. Vì vậy, có thể dẫn đến việc định giá sai tài sản góp vốn. Trong khi đó, theo luật Cộng hòa Pháp thì Hội đồng về vốn được chọn trong danh sách Hội đồng kiểm toán hoặc

2 Commissaires aux apports.

3 Điều L, 223-9 và L. 225-8 Bộ luật Thương mại Cộng hòa Pháp.

giữa các chuyên gia đã đăng ký trong danh sách của tòa án⁴. Các chuyên gia trong danh sách của tòa án thuộc nhiều lĩnh vực khác nhau, vì vậy, khi tài sản góp vốn thuộc lĩnh vực nào thì chuyên gia ở lĩnh vực đó sẽ được chọn. Các chuyên gia có kiến thức chuyên sâu về lĩnh vực của họ nên sẽ không dẫn đến tình trạng định giá sai. Tòa án có thẩm quyền chỉ định là tòa án nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính⁵.

2.2. Trách nhiệm khi định giá sai

Như đã nói, tài sản trí tuệ đặc biệt hơn các tài sản hữu hình khác, vì vậy việc định giá khó tránh khỏi sai lầm. Luật chỉ quy định chung chung là các thành viên, cổ đông sáng lập cùng liên đới góp thêm bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá trong trường hợp vốn được định giá cao hơn giá trị thực tế tại thời điểm góp vốn; đồng thời liên đới chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do cố ý định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế. So với Luật Doanh nghiệp năm 2005, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã quy định được trách nhiệm của thành viên, cổ đông sáng lập khi định giá cao hơn giá trị thực tế của tài sản SHTT được góp vốn. Tuy nhiên, pháp luật vẫn chưa quy định trách nhiệm của tổ chức định giá chuyên nghiệp khi tổ chức này định giá tài sản góp vốn nói chung và quyền SHTT nói riêng.

Về vấn đề này, pháp luật Cộng hòa Pháp quy định rất chi tiết. Luật quy định cả trách nhiệm dân sự và hình sự đối với những chủ thể tiến hành định giá sai. Nếu Hội đồng về góp vốn tiến hành định giá tài sản trí tuệ được góp vốn vào công ty trách nhiệm hữu hạn, Hội đồng này phải chịu trách nhiệm về

tính chính xác về giá trị định giá. Nếu không có Hội đồng về góp vốn hoặc khi giá trị được xác định khác với giá trị do Hội đồng về góp vốn định giá, thì các thành viên chịu trách nhiệm liên đới với người thứ ba trong vòng năm năm về giá trị góp vốn bằng tài sản trí tuệ khi thành lập công ty⁶.

Về trách nhiệm hình sự, người có hành vi định giá vượt quá giá trị thực tế của tài sản góp vốn thì bị phạt tù năm năm và đóng phạt số tiền 350.000 euro. Hình phạt này áp dụng đối với tất cả những người tham gia định giá⁷.

Khi định giá cao hơn giá trị thật sự của tài sản trong trường hợp góp vốn bằng hiện vật⁸ trong đó có quyền SHTT khi góp vốn vào công ty cổ phần, cổ đông/người đã tiến hành định giá giá trị vốn góp có thể chịu trách nhiệm với những cổ đông khác khi mà những cổ đông khác bị thiệt hại do hành vi định giá vượt giá trị thật của tài sản. Thiệt hại mà các cổ đông khác phải chịu do sự gia tăng vô căn cứ về quyền của người góp vốn có hành vi định giá sai là những thiệt hại không phải là hệ quả từ những thiệt hại của công ty thì cổ đông có thể yêu cầu bồi thường cho từng cá nhân bị thiệt hại, trách nhiệm hình sự thì tương tự như trường hợp của công ty cổ phần.

2.3. Về thời điểm kết thúc định giá

Theo quy định tại Điều 37 Luật Doanh nghiệp năm 2014, thì thành viên phải chịu trách nhiệm liên đới về khoảng chênh lệch giữa giá trị định giá và giá trị thực tế của tài sản trí tuệ tại thời điểm kết thúc định giá. Vấn đề là khi thời điểm phát hiện việc định giá chênh lệch cách xa thời điểm kết thúc định giá thì không thể nào xác định được

4 Khoản 1, Điều R. 223-6 Bộ luật Thương mại Cộng hòa Pháp.

5 Tòa phúc thẩm Paris ngày 26/5/1993; Tòa phúc thẩm Versailles 01/02/1996.

6 Điều L. 233-9 Bộ luật Thương mại Cộng hòa Pháp.

7 Khoản 1 Điều L. 241-3 Bộ luật Thương mại Cộng hòa Pháp.

8 Apport en nature.

khoảng chênh lệch để ấn định trách nhiệm của thành viên định giá. Tài sản trí tuệ là loại tài sản đặc biệt, giá trị của những tài sản này thay đổi theo thời gian. Vì vậy, việc xác định giá tại thời điểm định giá là rất khó khăn.

2.4. Việc góp vốn khi công ty đã hoạt động

Theo pháp luật Việt Nam, việc định giá tài sản trí tuệ khi góp vốn do chủ sở hữu, Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh, Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần và người góp vốn thực hiện. Khi định giá cao hơn giá trị thực tế của tài sản góp vốn, chủ sở hữu, thành viên Hội đồng thành viên đối với công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty hợp danh, thành viên Hội đồng quản trị đối với công ty cổ phần cùng liên đới góp thêm bằng số chênh lệch giữa giá trị được định giá và giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm kết thúc định giá; đồng thời, liên đới chịu trách nhiệm đối với thiệt hại do việc cố ý định giá tài sản góp vốn cao hơn giá trị thực tế. Quy định này có thể xác định được cá nhân hoặc nhóm cá nhân nào của doanh nghiệp tiến hành định giá.

Trong trường hợp góp vốn khi doanh nghiệp đã hoạt động, việc định giá tài sản góp vốn có thể do tổ chức định giá chuyên nghiệp thực hiện. Lúc này, giá trị tài sản góp vốn phải được doanh nghiệp và người góp vốn chấp thuận. Tại đây, lại thấy vấn đề tương tự như Luật Doanh nghiệp năm 2005 là không thể xác định được chủ thể nào của doanh nghiệp có thẩm quyền chấp thuận giá trị định giá của tổ chức định giá. Những chủ thể đã liệt kê trước đó có thẩm quyền định giá có được suy đoán là có quyền chấp thuận giá trị định giá của tổ chức định giá chuyên

ng nghiệp hay không? Và tương tự như vấn đề khi góp vốn thành lập doanh nghiệp, quy định này vẫn không nêu quy trình chọn lựa tổ chức định giá chuyên nghiệp cũng như trách nhiệm của tổ chức này khi định giá cao hơn giá trị thực tế của tài sản góp vốn nói riêng là tài sản là quyền SHTT nói chung.

Khác với pháp luật Việt Nam, pháp luật Cộng hòa Pháp quy định chặt chẽ hơn về phương diện này. Đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, Hội đồng về góp vốn được chỉ định theo quyết định thống nhất của các thành viên, nếu không, bởi một quyết định tư pháp theo yêu cầu của một thành viên hoặc người quản lý. Khi không có Hội đồng về góp vốn hoặc khi giá trị được các thành viên công nhận khác với giá trị do Hội đồng về góp vốn đề nghị, những người quản lý của công ty và những người đã đăng ký góp tăng vốn liên đới chịu trách nhiệm trong thời hạn năm năm, đối với người thứ ba, về giá trị đóng góp của việc góp vốn⁹.

Việc góp vốn vào công ty cổ phần đang hoạt động thì người góp vốn sẽ ký một hợp đồng góp vốn với doanh nghiệp. Về phía doanh nghiệp, người ký hợp đồng góp vốn này là Chủ tịch Hội đồng quản trị sau khi được sự cho phép của Hội đồng quản trị và dưới sự phê chuẩn của Đại hội đồng cổ đông. Để định giá tài sản, một hoặc nhiều Hội đồng về góp vốn được chỉ định bởi Chánh Tòa thương mại, theo yêu cầu của Chủ tịch Hội đồng quản trị¹⁰.

3. Kiến nghị

Về tổ chức định giá chuyên nghiệp

Quy định về tổ chức định giá chuyên nghiệp cần được thay thế bằng Hội đồng về góp vốn như luật Cộng hòa Pháp quy định. Hội đồng về góp vốn do các thành viên sáng

9 Điều L.223-33 Luật số 2012-387 ngày 22/3/2012.

10 Điều L.225-10 Bộ luật Thương mại Cộng hòa Pháp.



lập thống nhất chỉ định, nếu không chỉ định được hoặc không chỉ định, thì theo quyết định của Tòa kinh tế thuộc Tòa án nhân dân nơi doanh nghiệp đăng ký kinh doanh. Thành viên hội đồng về góp vốn phải được chọn trong danh sách các chuyên gia đã đăng ký tại tòa án.

Trách nhiệm khi định giá không chính xác giá trị của tài sản góp vốn

Về quy định này, luật nên quy định cả trách nhiệm dân sự và hình sự đối với những chủ thể có hành vi định giá không chính xác giá trị của tài sản góp vốn. Cụ thể, cần nêu rõ trách nhiệm của thành viên hoặc cổ đông sáng lập và/hoặc thành viên hoặc cổ đông tiến hành định giá đối với các thành viên hoặc cổ đông còn lại của công ty và trách nhiệm đối với công ty khi có hành vi định giá sai. Trách nhiệm này có thể là trách nhiệm dân sự và/hoặc trách nhiệm kỷ luật.

Trách nhiệm hình sự cũng nên được áp dụng cho trường hợp định giá sai giá trị thật sự của tài sản góp vốn là tài sản SHTT. Trách nhiệm hình sự nên theo hướng tính toán đến giá trị chênh lệch so với giá trị thật của tài sản. Nếu giá trị định giá bằng hoặc lớn hơn hai lần giá trị thật sự của tài sản SHTT thì

thành viên hoặc cổ đông định giá phải chịu trách nhiệm hình sự.

Tại đây cũng nên phân biệt trách nhiệm của tổ chức định giá chuyên nghiệp và trách nhiệm của những thành viên/cổ đông sáng lập/người có trách nhiệm phê duyệt các phương án về vốn khi doanh nghiệp đang hoạt động khi định giá sai về giá trị của tài sản góp vốn. Khi tổ chức định giá chuyên nghiệp định giá cần gửi báo cáo cho thành viên/cổ đông sáng lập, nếu thành viên/cổ đông sáng lập/người có trách nhiệm phê duyệt phương án về vốn khi doanh nghiệp

đang hoạt động đồng ý với giá do Hội đồng về góp vốn báo cáo thì Hội đồng về góp vốn chịu trách nhiệm về giá trị được định giá trong thời hạn năm năm kể từ ngày kết thúc định giá. Trong trường hợp thành viên/cổ đông sáng lập/người có trách nhiệm phê duyệt phương án về vốn khi doanh nghiệp đang hoạt động không đồng ý với giá do Hội đồng về góp vốn đề nghị thì những người này chịu trách nhiệm hoặc dân sự hoặc hình sự về quyết định của họ.

Về định giá khi công ty đang hoạt động

Về phương diện này, pháp luật nên quy định về thỏa thuận định giá giữa công ty và người góp vốn hoặc một tổ chức định giá chuyên nghiệp. Khi tổ chức chuyên nghiệp định giá thì giá trị của tài sản góp vốn do tổ chức này xác định phải được Chủ tịch Hội đồng quản trị/Chủ tịch Hội đồng thành viên đồng ý dưới sự cho phép của Hội đồng quản trị/Hội đồng thành viên và được sự phê chuẩn của Đại hội đồng cổ đông. Nếu giá trị đó cao hơn giá trị thực tế của tài sản góp vốn tại thời điểm góp vốn, người góp vốn hoặc tổ chức định giá chuyên nghiệp và người đại diện hợp pháp của doanh nghiệp chịu trách nhiệm liên đới về giá trị được định giá trong thời hạn năm năm kể từ ngày định giá ■