

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953
<http://lapphap.vn>



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



Số 04 (404)

Kỳ 2 - Tháng 2/2020

- ♦ Khả năng viện dẫn các quy định về bảo vệ quyền con người trong các tranh chấp đầu tư quốc tế
- ♦ Vấn đề miễn trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ thanh toán trong trường hợp bất khả kháng - Covid-19
- ♦ Thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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



Mục lục Số 4/2020

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Khả năng viện dẫn các quy định về bảo vệ quyền con người trong các tranh chấp đầu tư quốc tế
TS. Nguyễn Đức Vinh

- 11** Vấn đề miễn trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ thanh toán trong trường hợp bất khả kháng – Covid-19
Trương Nhật Quang – Ngô Thái Ninh

- 16** Một số vấn đề pháp lý về quyền được chuyển đổi giới tính của người chuyển giới tại Việt Nam
Nguyễn Thị Kim Tiến

- 21** Tự do hóa dịch vụ phân phối tại Việt Nam trong khuôn khổ cộng đồng kinh tế Asean
ThS. Nguyễn Lê Lý

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 30** Thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính
ThS. Nguyễn Nhật Khanh

- 38** Hoàn thiện quy định pháp luật về quyền sử dụng đất ở, nhà ở của người Việt Nam định cư ở nước ngoài
Trần Vang Phú - Trần Thụy Quốc Thái

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 43** Hoàn thiện pháp luật về tổ chức đơn vị sự nghiệp công lập ở nước ta hiện nay
PGS, TS. Nguyễn Minh Phương

- 49** Luật phòng, chống bệnh truyền nhiễm và công cuộc phòng, chống đại dịch COVID-19 ở nước ta
ThS. Lê Văn Tranh – Đặng Lương Mạnh Hà

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 55** Quy định về cổ động sáng lập trong pháp luật Việt Nam và pháp luật ở một số quốc gia trên thế giới
TS. Trần Huỳnh Thanh Nghị

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS. TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS. TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS. TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS. TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỀN
PGS. TS. NGÔ HUY CƯỜNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

TRỤ SỞ:

35 NGÔ QUYÊN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

0991000023097
VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM
(VIETCOMBANK), CHI NHÁNH TÂY HỒ
MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: **25.000 ĐỒNG**

Ảnh bìa: Cột cờ Hà Nội tại Mũi Cà Mau
Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM



Legis No 4/2020

STATE AND LAW

- 3** Invocation of Human Rights Protection in International Investment Disputes
Dr. Nguyen Duc Vinh

- 11** Civil Liability Waiver due to Breach of Payment Obligation in case of Force Majeure of Covid-19
Truong Nhat Quang - Ngo Thai Ninh

- 16** Legal Issues on Right of Transgender to the Transgender in Vietnam
Nguyen Thi Kim Tien

- 21** Liberalization of Distribution Services in Vietnam under the Framework Agreement on Services of ASEAN Economic Community
LLM. Nguyen Le Ly

DISCUSSION OF BILLS

- 30** Competence for Enforcement to Decisions on Sanctioning Administrative Violations
LLM. Nguyen Nhat Khanh

- 38** Improvements of Legal Provisions on the Right to Use Residential Land and Housing of the Overseas- residing Vietnamese
Tran Vang Phu - Tran Thuy Quoc Thai

LEGAL PRACTICE

- 43** Improvement of Current Legal Regulations on the Organization of Public non-business Units in our Country
Prof. Dr. Nguyen Minh Phuong

- 49** The Law on Prevention and Control of Infectious Diseases in the Current Fight against Pandemic of COVID-19 in our Country
Le Van Tranh - Dang Luong Manh Ha

FOREIGN EXPERIENCE

- 55** Regulations on Founding Shareholders in Vietnamese Law and the Laws in a Number of Foreign Countries
Dr. Tran Huynh Thanh Nghi

EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)
Dr. NGUYEN VAN GIAU
Prof. Dr. NGUYEN THANH HAI
Prof. Dr. DINH VAN NHA
Prof. Dr. LE BO LINH
Dr. NGUYEN VAN LUAT
Prof. Dr. HOANG VAN TU
Dr. NGUYEN VAN HIEN
Prof. Dr. NGO HUY CUONG
Dr. NGUYEN HOANG THANH

DEPUTY EDITOR:

Dr. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HANOI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: **25.000 VND**

KHẢ NĂNG VIỆN DẪN CÁC QUY ĐỊNH VỀ BẢO VỆ QUYỀN CON NGƯỜI TRONG CÁC TRANH CHẤP ĐẦU TƯ QUỐC TẾ

Nguyễn Đức Vinh *

* TS. Giảng viên Trường Đại học Ngoại thương, TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tranh chấp đầu tư quốc tế, quyền con người, viện dẫn quyền con người.

Lịch sử bài viết:

Ngày nhận bài : 05/01/2020

Biên tập : 19/01/2020

Duyệt bài : 21/01/2020

Article Information:

Keywords: International investment dispute, human rights, invocation of human rights.

Article History:

Received : 05 Jan. 2020

Edited : 19 Jan. 2020

Approved : 21 Jan. 2020

Tóm tắt:

Trong pháp luật quốc tế, có hai nhóm quy định thoạt nhìn có vẻ đối lập nhau: các quy định về bảo vệ nhà đầu tư và các quy định về bảo vệ quyền con người. Sự đối lập này trở nên rõ hơn khi một bên viện dẫn các quy định về quyền con người để chứng minh cho sự không vi phạm các nghĩa vụ về đầu tư. Tòa trọng tài có các cách giải thích không giống nhau về phạm vi cũng như nội hàm và các tác động của các quy định về bảo vệ quyền con người đối với các quy định về bảo vệ nhà đầu tư. Vì vậy, việc nghiên cứu thực tiễn xét xử là hết sức cần thiết để có thể viện dẫn hiệu quả nhất các quy định của điều ước quốc tế nhằm bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của nhà đầu tư. Bài viết này phân tích cơ sở của quyền viện dẫn các quy định về quyền con người trong tranh chấp đầu tư quốc tế, thực tiễn viện dẫn các quy định này trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế và đưa ra một số khuyến nghị đối với Việt Nam.

Abstract:

In international law, there are two sets of provisions that appear to be at odds with one another: regulations on investor protection and regulations on the protection of human rights. This opposition becomes clearer when one party invokes human rights regulations to justify non-infringement of investment obligations. The arbitral tribunal has different interpretations of the scope as well as the implications and effects of regulations on human rights protection against the regulations on investor protection. Therefore, the studies of judicial practice is necessary to be able to most effectively cite the provisions of international treaties to protect the human rights, the civil rights, the rights and legitimate interests of the investors. This article provides analysis of the ground for invoking human rights provisions in international investment disputes and the invocation of the human rights in settlement practices of international investment disputes and suggestions for Vietnam.

1. Cơ sở viện dẫn quy định bảo vệ quyền con người

Quyền con người có thể được viện dẫn khi Hiệp định đầu tư¹ (BIT) có quy định về bảo vệ quyền con người. Tuy nhiên, số lượng các BIT có quy định về bảo vệ quyền con người không nhiều và trong thực tiễn giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế, một bên vẫn có thể viện dẫn các quy định bảo vệ quyền con người ngay cả khi BIT liên quan không có quy định.

1.1. Khi có quy định về quyền con người trong BIT

Trước đây, các BIT thường không quy định về bảo vệ quyền con người và nếu có thì cũng rất chung chung và phạm vi hẹp. Năm 2014, một nghiên cứu được tiến hành trong khuôn khổ Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) đối với hơn 2100 BIT cho thấy, 10% BIT có quy định liên quan đến bảo vệ môi trường và chỉ 0,5% BIT có quy định về bảo vệ quyền con người theo nghĩa rộng². Số ít các BIT có quy định về bảo vệ quyền con người thường chỉ đề cập đến quyền con người trong lời mở đầu³ hoặc nếu có đưa vào các chương thì cũng chỉ dừng lại ở các tuyên bố khuyến nghị⁴. Chỉ đến các

hiệp định thương mại tự do (FTA) thế hệ mới như Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – Liên minh châu Âu (EVFTA) hay Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) mới có các quy định rõ cả về nội dung và tính ràng buộc thực thi. Có thể nói rằng, trong các FTA thế hệ mới, quy định về nhân quyền đóng vai trò ngày càng quan trọng⁵. Phạm vi quy định về nhân quyền trong FTA được mở rộng, bao gồm không chỉ nhóm các quy định thế hệ 1 (các quyền dân sự và chính trị như: quyền được sống, quyền tự do ngôn luận, quyền tự do tín ngưỡng,...), mà cả các nhóm quy định thế hệ 2 (các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa như: quyền được làm việc, quyền được hưởng an sinh xã hội, quyền tiếp cận giáo dục, quyền nghỉ ngơi và giải trí,...) và cả các quy định thế hệ thứ 3 (bao hàm cả các quyền liên quan tới môi trường, an ninh và phát triển).

Liên quan đến Việt Nam và EU, Hiệp định thương mại (EU-VN Free Trade Agreement) và Hiệp định bảo hộ đầu tư (EU-VN Investment Protection Agreement - IPA) cùng với Thỏa thuận hợp tác chung (Partnership Cooperation Agreement – PCA) tạo thành khuôn khổ nền tảng điều

- 1 Các quy định về đầu tư có thể nằm trong nhiều điều ước có tên gọi khác nhau, như Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư, Hiệp định đối tác kinh tế, Hiệp định thương mại... Để ngắn gọn chúng tôi sử dụng khái niệm Hiệp định song phương về đầu tư và viết tắt theo tiếng Anh là BIT.
- 2 OECD (2014), *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey*, OECD, Paris, tr. 2.
- 3 Ví dụ: Agreement for the Promotion and Protection of Investment between the Republic of Austria and the Republic of Tajikistan, 15 December 2010; Agreement for the Promotion and Reciprocal Protection of Investment between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Republic of Kazakhstan, 12 January 2010; Agreement on Free Trade and Economic Partnership between Japan and the Swiss Confederation, 19 February 2009.
- 4 Ví dụ: Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Colombia, 21 November 2008, article 816; Free Trade Agreement between Canada and the Republic of Panama, 14 May 2010, article 9.17; Free Trade Agreement between Canada and Peru, 29 May 2008, article 810.
- 5 Đặc biệt trong các FTA mà một bên là EU. Khi đàm phán các hiệp định quốc tế với các nước ngoài khối, sự tuân thủ các quy định bảo vệ nhân quyền thường được EU đưa ra như là một điều kiện đối với các nước ngoài khối muốn thiết lập quan hệ hợp tác với Liên minh. Thực tế, các điều khoản nhân quyền (như quy định bảo vệ các quyền con người cốt lõi và cơ bản) đã được đưa vào trong các hiệp định của EU với hơn 120 quốc gia trên thế giới. Để rõ hơn, xem: Ngô Quốc Chiến (2019), “Vấn đề nhân quyền trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2 (370) năm 2019.

chính hoạt động đầu tư. Tại Điều 1 của PCA, các bên đã khẳng định cam kết “*tôn trọng các nguyên tắc dân chủ và nhân quyền, như quy định trong Tuyên ngôn của Đại hội đồng Liên hợp quốc về nhân quyền và những văn kiện quốc tế về nhân quyền có liên quan*” và nguyên tắc này là “*một bộ phận cơ bản của Hiệp định này*”⁶. Lời mở đầu của EVFTA cũng quy định mối quan hệ hợp tác thương mại giữa các bên phải dựa trên những nguyên tắc và giá trị được phản ánh trong PCA, trong đó có các giá trị nhân quyền. Cụ thể hơn, đoạn 2, Điều 17.22, Chương 17 EVFTA khẳng định, Hiệp định này là một phần của quan hệ song phương tổng thể theo quy định tại PCA và sẽ là một phần của khuôn khổ thể chế chung. Ngoài ra, đoạn 2, Điều 17.18 EVFTA quy định, trong trường hợp một bên vi phạm cơ bản PCA (theo Điều 57 PCA, vi phạm các nguyên tắc về nhân quyền được coi là một vi phạm cơ bản PCA), thì bên kia có thể áp dụng các biện pháp thích hợp theo quy định của Hiệp định này. Điều này có thể được hiểu là khi một bên không thực hiện các cam kết về nhân quyền thì bên kia có quyền sử dụng các biện pháp “*trả đũa*” thương mại, ví dụ như tạm ngưng một số ưu đãi đã cam kết trong EVFTA. Ngoài ra, EVFTA cũng bao hàm một số quy định

liên quan đến quyền con người như: quy định về thương mại và phát triển bền vững, trong đó nhấn mạnh các tiêu chuẩn về môi trường và lao động⁷, minh bạch hóa⁸ và xây dựng cơ chế phối hợp giữa các bên nhằm đối thoại, rà soát và kiểm tra thực thi các cam kết liên quan tới nhân quyền⁹.

Khi BIT liên quan có quy định về bảo vệ quyền con người, nhà đầu tư có thể trực tiếp viện dẫn các quy định trong Hiệp định đó để bảo vệ quyền lợi chính đáng của mình. Trong khi đó, do cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước bằng phương thức trọng tài đầu tư quốc tế là cơ chế “*một chiều*”, tức chỉ có nhà đầu tư kiện Nhà nước nhằm mục đích bảo vệ các quyền lợi của mình trước các hành vi của Nhà nước, chứ không ngược lại, nên Nhà nước chỉ có thể viện dẫn các quy định về bảo vệ quyền con người trong các yêu cầu phản tố¹⁰ để chứng minh nhà đầu tư đã vi phạm các quy định về quyền con người của nước tiếp nhận đầu tư. Mặc dù Tòa trọng tài không có thẩm quyền để xét các tranh chấp về vi phạm các quy định về quyền con người với tư cách là một yêu cầu độc lập, nhưng một khi sự vi phạm này có liên quan đến đầu tư, nó sẽ trở thành một bộ phận của tranh chấp đầu tư và do đó phải được Tòa trọng tài

6 Toàn văn PCA có thể xem được tại: <https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/pca.pdf> [truy cập ngày 24/12/2019].

7 Chương 13 EVFTA.

8 Chương 14 EVFTA.

9 Chương 17 EVFTA.

10 Quyền phản tố được quy định Công ước ICSID (Điều 46) và Quy tắc trọng tài ICSID (Điều 40(1)), Quy tắc trọng tài UNCITRAL năm 1976, sửa đổi, bổ sung năm 2010 và 2013 (Điều 19(3)), cũng như trong các hiệp định về đầu tư. Cụ thể, khoản 2, Điều 9:19 TPP quy định: “*Khi bên nguyên đơn nộp hồ sơ khởi kiện [...], bên bị đơn có thể nộp hồ sơ phản tố liên quan đến cơ sở pháp lý và căn cứ thực tế của hồ sơ khởi kiện hoặc trên cơ sở hồ sơ khiếu nại khoản khấu trừ mà bên nguyên đơn còn nợ bên bị đơn*”. Quy định này đã không còn được giữ lại trong CPTPP. Tuy nhiên, CPTPP vẫn quy dẫn đến các Công ước ICSID và Quy tắc về Thủ tục Tố tụng Trọng tài của ICSID (với điều kiện cả bị đơn và Quốc gia của nguyên đơn là thành viên của Công ước ICSID); Cơ chế phụ trợ ICSID (với điều kiện bị đơn hoặc Quốc gia của nguyên đơn là thành viên của Công ước ICSID, trường hợp này đúng với Việt Nam) và Quy tắc trọng tài UNCITRAL. Tương tự, EVIPA cũng quy dẫn đến các cơ chế trên. Về quyền phản tố của nhà nước tiếp nhận đầu tư, xem: Đào Kim Anh (2018), “*Quyền phản tố của Nhà nước trong giải quyết tranh chấp với nhà đầu tư nước ngoài tại trọng tài quốc tế*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số tháng 8 (366) năm 2018.

đầu tư phân xử¹¹. Ngoài ra, Nhà nước¹² cũng có thể viện dẫn các quy định về bảo vệ quyền con người để biện minh cho sự vi phạm các quy định về bảo vệ nhà đầu tư của mình.

1.2. Khi BIT không có điều khoản về bảo vệ quyền con người

Ngay cả khi các hiệp định về đầu tư liên quan không có quy định trực tiếp về quyền con người thì các bên vẫn có thể viện dẫn các quy định này. Khả năng này đã được hình thành từ án lệ, thông qua vụ *Georges Pinson*, trong đó Ủy ban hỗn hợp Pháp-Mêxico lập luận rằng “mọi công ước quốc tế phải được coi là mặc định quy dẫn đến pháp luật quốc tế chung, đối với tất cả những vấn đề mà bản thân điều ước đó không giải quyết bằng các quy định minh thị”¹³.

Khi viện dẫn các quy định về bảo vệ quyền con người nằm ngoài BIT thì một vấn đề mà bên viện dẫn cần phải giải quyết, đó là sự xung đột giữa các điều ước quốc tế¹⁴. Thông thường, bên viện dẫn sẽ lập luận rằng, các quy định về quyền con người trong các công ước về quyền con người mà nước đó tham gia là các quy định có giá trị ưu tiên áp dụng cao hơn so với các quy định về đầu tư, vì vậy cần phải được áp dụng để bảo vệ các quyền cơ bản của công dân (như quyền tiếp

cận giáo dục, quyền sử dụng nước...). Ví dụ, trong vụ *EDF international c. Argentina*¹⁵, mặc dù BIT Argentina-Pháp không có bất kỳ quy định nào về bảo vệ quyền con người¹⁶, Chính phủ Argentina vẫn viện dẫn rằng, các biện pháp mà Nhà nước áp dụng là phù hợp với các nghĩa vụ của mình về bảo vệ quyền con người. Chính phủ Argentina lập luận rằng cần phải áp dụng các biện pháp đó [các biện pháp mà nhà đầu tư cho rằng đã vi phạm BIT] để đảm bảo các quyền con người cơ bản (quyền được sống, quyền được đảm bảo sức khỏe, quyền được toàn vẹn thân thể, quyền được giáo dục, quyền sử dụng nước sạch...). Chính phủ Argentina còn lập luận rằng, trong mọi trường hợp, các quyền của nhà đầu tư không thể dẫn đến hậu quả tước đoạt các quyền cơ bản của công dân Argentina như đã được quy định trong các công ước quốc tế về quyền con người mà Argentina là thành viên.

Khi vấp phải vấn đề xung đột giữa các điều ước về quyền con người và các điều ước về đầu tư, Tòa trọng tài thường tìm cách dung hòa giữa hai loại quy định để sao cho tất cả các quy định đều được áp dụng trong chừng mực có thể¹⁷. Trong vụ *SAUR international c. Argentine*¹⁸, Chính phủ

- 11 C. Reiner, Ch.Schreuer (2009), “Human Rights and International Investment Arbitration”, in P.-M. Dupuy, F. Francioni, E.-U. Petersmann (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, New York, p. 84.
- 12 Ngoài Nhà nước, chúng ta còn có thể thấy các tổ chức dân sự (bên thứ ba) viện dẫn các quy định về bảo vệ quyền con người. Tuy nhiên, sự tham gia của bên thứ ba vào phiên tòa là một cơ chế đặc biệt cần được trình bày trong một khuôn khổ của một nghiên cứu khác.
- 13 *Georges Pinson (France) v. United Mexican States*, French-Mexican Claims Commission, Decision n° 1, 19th october 1928, R.S.A., p. 422; http://legal.un.org/riaa/cases/vol_V/327-466.pdf.
- 14 Về vấn đề này, xem: Ngô Quốc Chiến (2017), “Xung đột điều ước quốc tế và hướng giải quyết”, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 2 (346) năm 2017.
- 15 Phán quyết có thể xem được tại: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf>, truy cập ngày 6/11/2019.
- 16 Toàn văn BIT này có thể xem được tại: <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw6009%281%29.pdf>, truy cập ngày 6/11/2019.
- 17 J. Wouters, N. Hachez (2009), “When Rules and Values Collide: How Can a Balanced Application of Investor Protection Provisions and Human Rights Be Ensured?”, *Human Rights and International Legal Discourse*, vol. 3, 2009, n° 2, tr. 334.
- 18 *SAUR International SA c. République d’Argentine*, ICSID/ARB/04/4. Có thể xem được tại: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1015.pdf>, truy cập ngày 7/11/2019.

Argentina khẳng định rằng, sự can thiệp của Nhà nước (đơn phương chấm dứt hợp đồng nhượng quyền) là cần thiết để bảo đảm quyền cơ bản tiếp cận nước sạch cho người dân địa phương. Argentina lập luận rằng việc bảo vệ đầu tư không thể có hậu quả là làm thay đổi các nghĩa vụ của Nhà nước bảo vệ quyền con người¹⁹. Trước lập luận đó, Tòa trọng tài đã không trả lời câu hỏi tại sao các nghĩa vụ phát sinh từ BIT không được áp dụng để ưu tiên áp dụng các quy định về quyền con người (quyền sử dụng nước), mà tìm cách áp dụng dung hòa cả hai nhóm quy định này. Tòa ghi nhận rằng, các quyền con người nói chung và quyền tiếp cận nước nói riêng là một trong các nguồn luật cần được áp dụng để giải quyết tranh chấp. Tòa khẳng định rằng, “tiếp cận nước sạch, trên góc độ của Nhà nước, là một dịch vụ công tối cần thiết và, đối với công dân, là một quyền cơ bản”²⁰. Trên cơ sở khẳng định này, Tòa trọng tài đã thừa nhận quyền của Nhà nước giám sát, thậm chí chấm dứt hợp đồng nhượng quyền để bảo vệ lợi ích chung. Tuy nhiên, Tòa trọng tài cũng tìm cách dung hòa khi lập luận rằng “[...] Nhà đầu tư cũng có các quyền được BIT bảo vệ. Quyền cơ bản tiếp cận nước và quyền của nhà đầu tư được BIT bảo vệ cần được thực hiện trên hai góc độ khác nhau: doanh nghiệp nhận quyền khai thác dịch vụ công cơ bản bị phụ thuộc vào chính quyền vốn có các quyền lực công đặc biệt để bảo đảm việc thực hiện quyền của

mình [...]; nhưng các quyền này không thể được thực hiện một cách tuyệt đối, ngược lại, phải bảo đảm hài hòa với sự tuân thủ các quyền của nhà đầu tư theo BIT”²¹. Như vậy, với lập luận dung hòa này, các biện pháp mà Nhà nước đã đưa ra không thể tước đoạt quyền được bảo vệ của nhà đầu tư, vì vậy nhà đầu tư vẫn có thể được bồi thường, nhưng không toàn bộ²². Trong khá nhiều tranh chấp, Tòa trọng tài cũng xem xét cách ứng xử của nhà đầu tư để tính toán số tiền mà Nhà nước phải bồi thường²³.

Trong trường hợp, hai nhóm quy định cùng được áp dụng dẫn đến các quyết định trái ngược nhau, tới mức mà cần phải chọn một trong hai quy định này để áp dụng thì vấn đề trở nên khó khăn hơn. Trong thực tế, nhiều Tòa trọng tài đã ưu tiên áp dụng các quy định bảo vệ quyền con người. Trong vụ *Sawhoyamaya c. Paraguay*²⁴ liên quan đến một khoản đầu tư trên lãnh thổ mà cộng đồng người bản địa đòi quyền. Khoản đầu tư này được BIT Paraguay – Đức bảo vệ. Tòa nhân quyền liên bang Mỹ đã ưu tiên áp dụng các quy định về quyền con người khi xét rằng: “*Việc tuân thủ các hiệp định thương mại song phương sẽ phù hợp nghĩa vụ của Nhà nước [về bảo vệ quyền con người] theo Công ước liên bang Mỹ; ngược lại, việc tuân thủ các nghĩa vụ về bảo vệ đầu tư phải luôn phù hợp với công ước liên bang Mỹ, [vì] đó là một công ước đa phương về quyền con người nằm trong một nhóm riêng và tạo*

-
- 19 SAUR International SA c. République d’Argentine, ICSID/ARB/04/4, Quyết định về thẩm quyền và hợp lệ của đơn khởi kiện, 6/6/2012, § 328.
 20 SAUR International SA c. République d’Argentine, ICSID/ARB/04/4, Quyết định về thẩm quyền và hợp lệ của đơn khởi kiện, 6 juin 2012, § 330.
 21 SAUR International SA c. République d’Argentine, ICSID/ARB/04/4, § 331.
 22 L. LIBERTI (2007), “Investissements et droits de l’homme” [Đầu tư và quyền con người], in Ph. KAHN, Th. W#LDE, (ed.), *Nouveaux aspects du droit international des investissements – New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, p.833.
 23 MTD Equity v. Chile, ICSID/ARB/01.7, Award, 25 May 2004, § 243. Phán quyết có thể xem được tại: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>, truy cập ngày 7/11/2019.
 24 CIADH, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, 29 March 2006. Có thể xem được tại: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf, truy cập ngày 7/11/2019.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

*ra các quyền con người cho các cá nhân và không phụ thuộc vào các nghĩa vụ đối ứng giữa các quốc gia*²⁵.

Như vậy, có thể nói rằng, khả năng viện dẫn quyền con người có thể được thực hiện ngay cả khi BIT không quy định về bảo vệ quyền con người. Nhà đầu tư viện dẫn quyền con người thường là để chứng minh sự vi phạm của Nhà nước đối với các quyền cơ bản mà nhà đầu tư được hưởng, dù các quyền này không được BIT quy định; Nhà nước viện dẫn các quy định về bảo vệ quyền con người trong các yêu cầu phản tố thường để chứng minh mình đã không vi phạm nghĩa vụ bảo vệ nhà đầu tư khi đưa ra các biện pháp nhằm bảo vệ quyền cơ bản của công dân nước mình.

- Ví dụ về trường hợp nhà đầu tư viện dẫn quyền con người. Trong vụ *Spyridon Roussalis c/ Romania*²⁶ được xét xử bởi Tòa trọng tài ICSID, thành lập trên cơ sở BIT Hy Lạp – Romania ngày 23/3/1997. Vụ tranh chấp này được tóm tắt như sau: Trước năm 1998, S.C. Malimp S.A. là một công ty nhà nước của Romania chịu sự quản lý của Cơ quan quản lý vốn nhà nước (The Authority for State Assets Recovery, viết tắt là AVAS). Năm 1991, Công ty này đã được cổ phần hóa một phần: 30% cổ phần được bán cho tư nhân, 70% cổ phần còn lại vẫn do AVAS quản lý. Ngày 4/9/1998, AVAS thông báo đấu giá cổ phần của của mình tại S.C. Malimp S.A. Công ty S.C. Continent Marine Enterprise Import Export S.R.L (do nhà đầu tư Hy Lạp kiểm soát) trúng thầu với giá là 32.591 ROL mỗi cổ phiếu, đồng thời đề xuất đầu tư thêm 1,4 triệu USD. Công ty này sau đó được đổi tên thành S.C. Continent marine enterprise S.A. (viết gọn là Continent SA). Tuy nhiên, việc thực hiện khoản đầu tư thêm cũng như phát hành cổ phiếu tăng vốn sau

đó gặp rất nhiều trở ngại. Continent SA cho rằng, Chính phủ Romania đã đưa ra các biện pháp nhằm tước đoạt gián tiếp, đối xử không công bằng và làm suy giảm đáng kể trị giá đầu tư của mình; đồng thời cho rằng, các biện pháp mà Chính phủ Romania áp dụng đã vi phạm Điều 6 Công ước châu Âu về bảo vệ quyền con người và các quyền tự do cơ bản (quyền được xét xử công bằng) và Điều 1 Nghị định thư bổ sung Công ước (về bảo vệ quyền sở hữu). Ngoài ra, nhà đầu tư còn viện dẫn Điều 10 BIT Hy Lạp - Romania: “*Trường hợp các quy định của pháp luật của mỗi Bên ký kết hoặc các nghĩa vụ theo luật quốc tế hiện có hoặc sẽ được các Bên thiết lập trong tương lai bổ sung cho Thỏa thuận này, có quy định chung hoặc cụ thể dành các ưu đãi thuận lợi hơn so với quy định của Thỏa thuận này cho các khoản đầu tư của các nhà đầu tư của Bên ký kết kia thì quy định thuận lợi hơn này sẽ được ưu tiên áp dụng so với Thỏa thuận này*”. Theo nhà đầu tư, các quy định về quyền con người nêu trên, đặc biệt là Điều 1 Nghị định thư bổ sung Công ước (về bảo vệ quyền sở hữu), là thuận lợi hơn so với quy định của BIT, và như vậy Tòa trọng tài cần phải áp dụng chúng để giải quyết nội dung tranh chấp.

Chính phủ Romania phản bác yêu cầu này khi lập luận rằng, Tòa trọng tài ICSID bị giới hạn trong khuôn khổ các quy định của Công ước Washington về tranh chấp đầu tư, tức là Tòa trọng tài chỉ được áp dụng các quy định về đầu tư. Chính phủ Romania lập luận thêm rằng, việc Tòa Tối cao Romania đã từng áp dụng các quy định về tố tụng dân sự của Romania một cách phù hợp với Công ước châu Âu về quyền con người và các quyền tự do cơ bản không đồng nghĩa với việc Tòa trọng tài đầu tư cũng phải làm như vậy, khi mà các bên tranh chấp không có bất

25 CIADH, *Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay*, § 140.

26 *Spyridon Roussalis c/ Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1. Phán quyết trọng tài có thể xem được tại <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>, truy cập ngày 5/11/2019.

kỳ thỏa thuận nào về việc áp dụng các quy định của Công ước này²⁷.

Tòa trọng tài đầu tư đã đưa ra quan điểm khác với lập luận của Chính phủ Romania về phản đối việc áp dụng các quy định của các văn kiện không thuộc pháp luật đầu tư quốc tế. Tòa trọng tài đầu tư cho rằng, ngôn từ của Điều 10 BIT có thể bao hàm các nghĩa vụ bắt nguồn từ các điều ước đa phương mà Hy Lạp và Romania là thành viên và đặc biệt là Công ước châu Âu về quyền con người và Nghị định thư thứ nhất của công ước này. Tuy nhiên, theo Tòa trọng tài đầu tư, trong vụ việc này hoàn toàn không cần áp dụng các quy định của các công ước về quyền con người theo cách quy dẫn của Điều 10 BIT Hy Lạp - Romania, bởi vì bản thân BIT này đã có các quy định bảo vệ lớn hơn dành cho các nhà đầu tư của các quốc gia Hy Lạp và Romania so với các quy định rất chung của Công ước châu Âu về quyền con người và Nghị định thư thứ nhất của công ước này²⁸.

Như vậy, trong vụ việc này, quy định về bảo vệ quyền con người của Công ước quốc tế về quyền con người đã được nhà đầu tư viện dẫn nhưng không được áp dụng. Tuy nhiên, phải lưu ý rằng, sở dĩ các quy định này không được áp dụng không phải là vì chúng không có căn cứ để áp dụng, mà chỉ đơn giản là vì các quy định của BIT bảo vệ nhà đầu tư tốt hơn.

- Ví dụ về việc Nhà nước viện dẫn quy định bảo vệ quyền con người. Trong vụ *El*

Paso Energy International Company c/ Argentina, Chính phủ Argentina lập luận rằng “BIT không phải là một hệ thống pháp luật khép kín và chỉ đưa ra các quy định pháp luật nội dung có khả năng áp dụng trực tiếp, mà phải được đặt trong một khuôn khổ pháp luật rộng lớn hơn và được bổ khuyết bằng các quy tắc pháp luật quốc gia và quốc tế”²⁹. Chính phủ Argentina cũng tỏ ra nhất quán khi viện dẫn các quy định về bảo vệ quyền con người trong các vụ tranh chấp liên quan đến các hợp đồng nhượng quyền khai thác và cung cấp nước ký giữa các chính quyền địa phương và nhà đầu tư nước ngoài³⁰. Theo đó, Argentina đã viện dẫn ghi chú số 15(2002) của Hội đồng kinh tế, xã hội và văn hóa của Liên hợp quốc: “Để đảm bảo rằng giá nước sinh hoạt là hợp lý, các Quốc gia thành viên phải áp dụng các biện pháp cần thiết, đặc biệt: a) sử dụng các kỹ thuật và công nghệ phù hợp với giá hợp lý; b) áp dụng chính sách giá phù hợp bằng cách quy định chẳng hạn một sự phân phối nước sinh hoạt miễn phí hoặc rất rẻ; và c) trợ cấp cho doanh nghiệp sản xuất nước sinh hoạt. Giá dịch vụ phải được thiết lập trên cơ sở công bằng, làm sao cho các dịch vụ này, dù được cung cấp bởi các nhà cung cấp công hay nhà cung cấp tư, là có thể tiếp cận được đối với tất cả mọi người, kể cả các nhóm xã hội khó khăn. Sự công bằng đòi hỏi rằng nước sinh hoạt không chiếm một phần chi phí quá lớn đối với các hộ gia đình nghèo nhất so với các hộ gia đình giàu có nhất”³¹.

27 Spyridon Roussalis c/ Romania, § 275.

28 Spyridon Roussalis c/ Romania, § 312.

29 *El Paso Energy International Company c/ Argentina*, ICSID/ARB/03/15, Award, 31 October 2011, § 131. Có thể xem phán quyết tại: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>, truy cập ngày 7/11/2019.

30 Xem các vụ: *Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Inter Agua Servicios Integrales del Agua S.A. c/ Argentina*, ICSID/ARB/03/17, Decision on liability, 30 July 2010 ; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. c/ The Argentine Republic*, ICSID/ARB/03/19; *AWG c/ The Argentine Republic, UNCITRAL*, Decision on liability, 30 July 2010. Các phán quyết đối với các tranh chấp này đều có thể xem được tại <https://www.italaw.com/>.

31 Hội đồng kinh tế và xã hội Liên Hợp Quốc (2003), “Questions de fond concernant la mise en œuvre du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels - Observation générale no 15 (2002)”, 20/1/2003, E/C.12/2002/11, § 27.

Argentina khẳng định rằng, mình đã áp dụng các biện pháp (mà nhà đầu tư phản đối) để bảo vệ quyền được sử dụng nước sạch của người dân, đồng thời nhấn mạnh mối quan hệ giữa quyền này với các quyền cơ bản khác như quyền được sống và quyền được chăm sóc sức khỏe. Do nước sinh hoạt không phải là một loại hàng hóa như các hàng hóa khác, nên Argentina cho rằng, Chính phủ phải có khả năng điều chỉnh lớn hơn so với các hàng hóa khác³². Án lệ về vấn đề này có vẻ tương đối thống nhất. Tòa trọng tài thường ghi nhận rằng, việc cung cấp nước cho người dân là một lợi ích cơ bản nhưng không làm phá vỡ quan điểm là

việc chấm dứt hợp đồng khai thác mà không đền bù là cách duy nhất để thỏa mãn lợi ích cơ bản này³³.

2. Kết luận

Tòa trọng tài có các cách giải thích không giống nhau về phạm vi cũng như nội hàm và các tác động của các quy định về bảo vệ quyền con người đối với các quy định về bảo vệ nhà đầu tư theo BIT. Vì vậy, việc nghiên cứu thực tiễn xét xử là hết sức cần thiết để có thể viện dẫn hiệu quả nhất các quy định của điều ước quốc tế nhằm bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của nhà đầu tư ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. C. Reiner, Ch.Schreuer (2009), "Human Rights in International Investment Arbitration", in P.-M. DUPUY, F. FRANCONI, E.-U. PETERSMANN (eds), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, New York.
2. J. Wouters, N.hachez (2009), "When Rules and Values Collide: How Can a Balanced Application of Investor Protection Provisions and Human Rights Be Ensured?", *Human Rights and International Legal Discourse*, vol. 3, 2009, n° 2.
3. L. Liberti (2007), "Investissements et droits de l'homme" [Đầu tư và quyền con người], in Ph. Kahn, Th. Wilde, (ed.), *Nouveaux aspects du droit international des investissements – New Aspects of International Investment Law*, Leiden, Nijhoff, 2007.
4. Ngô Quốc Chiến (2019), "Vấn đề nhân quyền trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới", *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 2 (370) năm 2019.
5. Ngô Quốc Chiến (2017), "Xung đột điều ước quốc tế và hướng giải quyết", *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 2 (346) năm 2017.
6. OECD (2014), *Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey*, Paris, 2014.

32 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c/ The Argentine Republic, ICSID/ARB/03/17, Decision on liability, 30 July 2010, § 232 ; Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. c/ The Argentine Republic, ICSID/ARB/03/19 và AWG c/ The Argentine Republic, UNCITRAL, Decision on liability, 30 July 2010, § 252. Các phán quyết đối với các tranh chấp này đều có thể xem được tại <https://www.italaw.com/>.

33 Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c/ The Argentine Republic, ICSID/ARB/03/17, Decision on liability, 30 July 2010, § 238.

VẤN ĐỀ MIỄN TRÁCH NHIỆM DÂN SỰ DO VI PHẠM NGHĨA VỤ THANH TOÁN TRONG TRƯỜNG HỢP BẤT KHẢ KHÁNG COVID-19

Trương Nhật Quang *

Ngô Thái Ninh**

*LS. Công ty luật TNHH YKVN.

** LS. Công ty luật TNHH YKVN.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Covid-19; sự kiện bất khả kháng; miễn trách nhiệm dân sự; nghĩa vụ thanh toán; hợp đồng vay; Bộ luật Dân sự năm 2015.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 12/02/2020

Biên tập : 20/02/2020

Duyệt bài : 22/02/2020

Article Information:

Keywords: Covid-19; events of force majeure; exemption from civil liability; payment obligations; loan agreement; Civil Code of 2015

Article History:

Received : 12 Feb. 2020

Edited : 20 Feb. 2020

Approved : 22 Feb. 2020

Tóm tắt:

Ngày 01/02/2020, Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Xuân Phúc ký Quyết định số 173/QĐ-TTg về việc công bố dịch viêm đường hô hấp cấp do Covid-19 gây ra tại Việt Nam. Việc bùng phát Covid-19 tại Việt Nam cùng những hệ lụy đối với nền kinh tế đặt ra câu hỏi về vấn đề miễn trách nhiệm dân sự do vi phạm hợp đồng, đặc biệt là việc vi phạm nghĩa vụ thanh toán, trong trường hợp bất khả kháng mà cụ thể là trường hợp bùng phát Covid-19. Bài viết này trình bày về vấn đề miễn trách nhiệm dân sự do sự kiện bất khả kháng theo quy định của pháp luật Việt Nam và những vấn đề liên quan đến việc thực hiện hợp đồng vay trong bối cảnh Covid-19.

Abstract:

On February 1, 2020, Prime Minister Nguyen Xuan Phuc signed the Decision No. 173 /QD-TTg on announcement of the acute respiratory infection caused by Covid-19 in Vietnam. The outbreak of Covid-19 in Vietnam and its impacts on economics have raised the question of the civil liability waiver due to contract violations, especially the breach of payment obligations in the case of force majeure, especially in the case of a Covid-19 outbreak. This article provides discussions on the issues of civil liability exemption due to force majeure events under the provisions of Vietnamese law and issues related to the performance of loan contracts in the context of Covid-19.

Pháp luật Việt Nam về sự kiện bất khả kháng

Khoản 1 Điều 156 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015) quy định: “*Sự kiện bất khả kháng là sự kiện xảy ra một cách khách quan không thể lường trước được và không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép.*” Bên cạnh BLDS 2015, định nghĩa sự kiện bất khả kháng cũng được quy định rải rác tại

các văn bản pháp luật khác nhau. Một số văn bản pháp luật đưa ra ví dụ các trường hợp cụ thể được coi là bất khả kháng, bao gồm các sự kiện tự nhiên như thiên tai, hỏa hoạn, cháy nổ, lũ lụt, sóng thần, bệnh dịch hay động đất hoặc các sự kiện do con người tạo nên như bạo động, nổi loạn, chiến sự, chống đối, phá hoại, cấm vận, bao vây, phong tỏa và bất kỳ hành động chiến tranh nào hoặc

hành động thù địch cộng đồng nào. Các quy định này về cơ bản phù hợp với quy định tại BLDS 2015.

Hệ quả pháp lý trong trường hợp xảy ra sự kiện bất khả kháng được quy định tại khoản 2 Điều 351 BLDS 2015, cụ thể: *“Trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng nghĩa vụ do sự kiện bất khả kháng thì không phải chịu trách nhiệm dân sự, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”*.

Các yếu tố cấu thành sự kiện bất khả kháng

Căn cứ quy định tại khoản 1 Điều 156 BLDS 2015, một sự kiện sẽ được coi là bất khả kháng nếu: (i) xảy ra một cách khách quan, (ii) không thể lường trước được và (iii) không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép. Ngoài ra, căn cứ quy định về hệ quả pháp lý trong trường hợp xảy ra sự kiện bất khả kháng được quy định tại khoản 2 Điều 351 BLDS 2015, hệ quả về việc bên bị ảnh hưởng không thực hiện được đúng nghĩa vụ quy định trong hợp đồng cũng cần được xét đến trong việc xác định một sự kiện có được coi là bất khả kháng đối với từng trường hợp cụ thể hay không. Như phân tích dưới đây, trong trường hợp Covid-19, hệ quả này có lẽ đóng vai trò quan trọng nhất trong việc xác định Covid-19 có được coi là sự kiện bất khả kháng hay không.

Sự kiện xảy ra một cách khách quan

BLDS 2015 không quy định tiêu chí để xác định một sự kiện được xem là xảy ra một cách khách quan. Tuy nhiên, có thể suy luận một cách hợp lý rằng, một sự kiện xảy ra một cách khách quan khi sự kiện đó xảy ra không theo ý chí của các bên. Hay nói cách khác, sự kiện đó không do các bên tạo ra hoặc phát sinh do lỗi chủ quan của các bên. Có thể thấy, để xác định yếu tố khách quan thì điều quan trọng là xác định bên vi phạm có lỗi chủ quan hay chủ ý để xảy ra sự kiện bất khả kháng hay không. Nói một cách rộng

hơn, nếu sự kiện bất khả kháng xảy ra do hành vi của một bên trong hợp đồng thì bên đó khó có thể viện dẫn hệ quả phát sinh từ chính hành động của mình để coi đó là sự kiện bất khả kháng.

Sự kiện xảy ra không thể lường trước được

Tương tự việc xác định một sự kiện được xem là xảy ra một cách khách quan, BLDS 2015 không quy định tiêu chí để xác định một sự kiện được xem là xảy ra không thể lường trước được. Diễn giải một cách đơn giản, một sự kiện là xảy ra không thể lường trước được khi sự kiện đó xảy ra nằm ngoài dự đoán của các bên. Vấn đề đặt ra là thời điểm hợp lý mà các bên phải lường trước được việc một sự kiện bất khả kháng có thể xảy ra khi BLDS 2015 không có quy định về vấn đề này. Có thể thấy các cam kết và nghĩa vụ trong hợp đồng được các bên đưa ra dựa trên hoàn cảnh, điều kiện và yếu tố khách quan tại thời điểm giao kết hợp đồng. Do đó, có thể suy luận một cách hợp lý rằng, sự kiện bất khả kháng phải là sự kiện mà các bên không thể lường trước được tại thời điểm giao kết hợp đồng. Tuy vậy, nếu một sự kiện không thể lường trước được tại thời điểm giao kết hợp đồng, nhưng sau đó lại có thể lường trước được trong quá trình thực hiện hợp đồng thì liệu sự kiện đó có còn được coi là bất khả kháng hay không? Chúng tôi cho rằng, nếu một sự kiện trở nên có thể lường trước được sau thời điểm giao kết hợp đồng thì không nên coi đó là một sự kiện bất khả kháng vì mục đích miễn trách nhiệm dân sự cho một vi phạm có thể xảy ra trong tương lai.

Bên cạnh đó, một vấn đề được BLDS 2015 đặt ra những chưa thực sự rõ ràng là tiêu chuẩn để xem xét khả năng các bên có thể lường trước một sự kiện khách quan có thể ảnh hưởng đến việc thực hiện hợp đồng. Tiêu chuẩn này có thể áp dụng tại thời điểm giao kết hợp đồng hoặc trong quá trình thực hiện hợp đồng. Dù không hoàn toàn rõ ràng, có lẽ sẽ hợp lý hơn nếu áp dụng tiêu chuẩn này trên

cơ sở xem xét liệu một người bình thường trong hoàn cảnh tương tự có thể lường trước được việc xảy ra một sự kiện như thế hay không. Nếu xem xét trên góc độ một người bình thường có thể lường trước được một sự kiện sẽ xảy ra thì sự kiện đó không nên được coi là một sự kiện bất khả kháng.

Sự kiện xảy ra không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép

Bên cạnh các điều kiện yêu cầu sự kiện bất khả kháng phải là sự kiện xảy ra khách quan và không thể lường trước được, đồng thời, BLDS 2015 quy định sự kiện bất khả kháng phải là sự kiện không thể khắc phục được mặc dù bên có nghĩa vụ đã nỗ lực áp dụng mọi biện pháp cần thiết và trong khả năng cho phép để khắc phục tác động của sự kiện đến việc thực hiện hợp đồng. Điều kiện này cũng phù hợp với nguyên tắc thiện chí, trung thực và hướng đến việc đảm bảo thực hiện hợp đồng của các bên. Theo đó, bên có nghĩa vụ phải áp dụng mọi biện pháp trong khả năng cho phép để thực hiện các cam kết và nghĩa vụ ghi nhận tại hợp đồng và không thể trông chờ việc xảy ra một trở ngại khách quan để làm căn cứ miễn trách nhiệm thực hiện hợp đồng.

Tuy nhiên, BLDS 2015 không làm rõ về các tiêu chí để đánh giá nỗ lực của một bên là cần thiết và trong khả năng cho phép của bên đó hay liệu yếu tố kinh tế có cần tính đến trong việc áp dụng một biện pháp khắc phục hay không? Có lẽ sẽ hợp lý nếu nhìn từ góc độ các biện pháp khắc phục mà một người bình thường trong hoàn cảnh tương tự có thể áp dụng. Dù vậy, trong mọi trường hợp, sẽ không hợp lý nếu cho phép một bên đơn thuần dựa vào lý do kinh tế để không áp dụng bất kỳ biện pháp khắc phục nào khi xảy ra sự kiện vi phạm.

Sự kiện dẫn đến hậu quả là bên bị ảnh hưởng không thực hiện được đúng nghĩa vụ hợp đồng

BLDS 2015 không quy định cụ thể về mối quan hệ nhân quả giữa sự kiện bất khả kháng và việc thực hiện hợp đồng. Có thể hiểu một cách ngầm định rằng sự kiện bất khả kháng là nguyên nhân trực tiếp làm bên bị ảnh hưởng không thể thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng. Nếu tiếp cận như vậy, việc không thực hiện được đúng nghĩa vụ hợp đồng căn cứ vào sự kiện bất khả kháng chỉ có thể được chấp nhận nếu sự kiện bất khả kháng đó trên thực tế là nguyên nhân trực tiếp ngăn cản bên có nghĩa vụ thực hiện đúng nghĩa vụ. Khó khăn về tài chính phát sinh từ sự đình trệ hay suy thoái hoạt động kinh doanh dẫn đến một bên không có khả năng thực hiện được nghĩa vụ hợp đồng là nguyên nhân gián tiếp và không nên được coi là lý do cho việc không thể thực hiện nghĩa vụ. Nếu tính đến cả sự kiện là nguyên nhân gián tiếp làm bên bị ảnh hưởng không thể thực hiện nghĩa vụ thì sự kiện bất khả kháng có thể giải thích rất rộng dẫn đến việc bên bị ảnh hưởng dễ dàng sử dụng để miễn trừ trách nhiệm.

1.2. Hệ quả pháp lý của sự kiện bất khả kháng

Như đã trình bày ở trên, ngoại trừ trách nhiệm bồi thường thiệt hại, BLDS 2015 không quy định rõ những loại trách nhiệm nào mà bên vi phạm không phải chịu¹. Trong khi đó, Luật Thương mại năm 2005 (LTM 2005) quy định rộng hơn về vấn đề này và miễn trách nhiệm của bên vi phạm đối với hầu hết các biện pháp khắc phục, bao gồm bồi thường thiệt hại, phạt vi phạm, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng và đơn phương chấm dứt hợp đồng².

Dựa trên các quy định của pháp luật về

1 Khoản 2 Điều 584 BLDS 2015.

2 Khoản 1 Điều 294, Điều 300, Điều 303, Điều 308, Điều 310 và Điều 312 LTM 2005; LTM 2005 dùng khái niệm “đình chỉ thực hiện hợp đồng” và đây là khái niệm tương đồng với “đơn phương chấm dứt hợp đồng” như quy định tại BLDS 2015.

hợp đồng và thông lệ thị trường, trong trường hợp vi phạm hợp đồng, bên bị vi phạm có thể áp dụng nhiều biện pháp khắc phục liên quan đến trách nhiệm tài chính và không liên quan đến trách nhiệm tài chính. Các biện pháp khắc phục liên quan đến trách nhiệm tài chính bao gồm: (i) bồi thường thiệt hại, (ii) phạt vi phạm, (iii) lãi chậm trả, (iv) tiền thanh toán trước, (v) yêu cầu mọi khoản thanh toán chưa đến hạn phải đến hạn và thanh toán, (vi) bù trừ nghĩa vụ và (vii) yêu cầu thanh toán đối với các khoản thanh toán khác. Biện pháp khắc phục không liên quan đến trách nhiệm tài chính bao gồm: (i) buộc tiếp tục thực hiện nghĩa vụ, (ii) tạm ngừng thực hiện hợp đồng, (iii) hủy bỏ hợp đồng và (iv) đơn phương chấm dứt hợp đồng. Do BLDS 2015 và LTM 2005 liệt kê cụ thể một số biện pháp khắc phục được miễn không áp dụng khi có sự kiện bất khả kháng như bồi thường thiệt hại, phạt vi phạm, tạm ngừng thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng và đơn phương chấm dứt hợp đồng, vậy nên có cơ sở pháp lý rõ ràng để miễn không áp dụng các biện pháp khắc phục này. Tuy nhiên, việc miễn không áp dụng các biện pháp khắc phục không được liệt kê cụ thể tại BLDS 2015 và LTM 2005 lại kém rõ ràng hơn. Theo chúng tôi, có lẽ nên hiểu là nếu xảy ra sự kiện bất khả kháng, về lý thuyết, các bên trong hợp đồng có quyền thỏa thuận miễn trừ trách nhiệm với tất cả các biện pháp khắc phục được quy định trong pháp luật về hợp đồng. Do vậy, nếu các bên muốn miễn trừ trách nhiệm đối với các biện pháp khắc phục khác (ngoài các biện pháp được liệt kê cụ thể tại BLDS 2015 và LTM 2005), các bên cần quy định cụ thể về vấn đề này trong hợp đồng.

2. Covid-19 và vấn đề miễn trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ thanh toán trong hợp đồng vay

2.1. Covid-19 là sự kiện bất khả kháng?

Dường như Covid-19 có thể đáp ứng đầy đủ ba điều kiện cơ bản đầu tiên để được

coi là một sự kiện bất khả kháng theo quy định của BLDS 2015 đối với các hợp đồng được giao kết trước khi xảy ra Covid-19 khi Covid-19 (i) xảy ra một cách khách quan (không do các bên tạo ra hoặc phát sinh do lỗi chủ quan của các bên), (ii) không thể lường trước được (nằm ngoài dự đoán của các bên trong trường hợp hợp đồng được giao kết trước thời điểm Covid-19) và (iii) không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép (việc khắc phục Covid-19 nằm ngoài khả năng của các chủ thể theo hợp đồng). Tuy nhiên, việc xác định liệu Covid-19 có dẫn đến hệ quả bên bị ảnh hưởng không thực hiện được đúng nghĩa vụ quy định trong hợp đồng mà cụ thể là nghĩa vụ thanh toán hay không cần được đặt trong bối cảnh cụ thể của từng hợp đồng.

Trong bối cảnh của hợp đồng vay, một trong các nghĩa vụ cơ bản của các bên trong hợp đồng là nghĩa vụ thanh toán. Cụ thể, bên cho vay có nghĩa vụ giải ngân và bên vay có nghĩa vụ thanh toán nợ gốc, nợ lãi và các khoản thanh toán khác. Câu hỏi được đặt ra là liệu Covid-19 có thể coi là một sự kiện bất khả kháng để miễn trừ nghĩa vụ giải ngân của bên cho vay và nghĩa vụ thanh toán nợ gốc, nợ lãi và các khoản thanh toán khác của bên vay hay không. Dựa trên quy định của pháp luật, thông lệ thị trường và cơ sở thỏa thuận trong hợp đồng vay, khó có thể coi Covid-19 là sự kiện bất khả kháng trong trường hợp này khi Covid-19 không là nguyên nhân trực tiếp làm bên cho vay không thể thực hiện nghĩa vụ giải ngân hay bên vay không thể thực hiện nghĩa vụ thanh toán nợ gốc, nợ lãi và các khoản thanh toán khác.

2.2. Thông lệ và cơ sở thỏa thuận của hợp đồng vay

Trên thực tế, hợp đồng vay thường không quy định về sự kiện bất khả kháng. Nhìn từ góc độ pháp luật về hợp đồng, việc có hay không quy định về sự kiện bất khả kháng không quan trọng, quy định về sự kiện bất khả kháng mặc nhiên áp dụng cho

dù các bên có thỏa thuận về sự kiện bất khả kháng hay không.

Mặc dù vậy, cơ sở để các bên giao kết hợp đồng vay thường dựa trên giả định không áp dụng sự kiện bất khả kháng cho hợp đồng vay trừ khi sự kiện bất khả kháng đó là nguyên nhân trực tiếp dẫn đến việc hợp đồng không thể thực hiện được. Nghĩa vụ giải ngân và thanh toán theo hợp đồng vay là các nghĩa vụ có tính chất tuyệt đối và không thể giải trừ vì khó khăn về tài chính của một bên. Phần lớn các sự kiện bất khả kháng có thể gây ra khó khăn về tài chính cho các bên trong hợp đồng vay nhưng khó có thể lập luận là một trở ngại trực tiếp dẫn đến các bên không thể thực hiện hợp đồng. Do vậy, trong bối cảnh của hợp đồng vay, khó có thể coi Covid-19 là một sự kiện bất khả kháng nhằm miễn trách nhiệm dân sự cho các bên trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ thanh toán. Việc loại trừ không áp dụng quy định về sự kiện bất khả kháng đối với nghĩa vụ thanh toán lãi (và có lẽ áp dụng đối với nghĩa vụ thanh toán nói chung) của các bên trong hợp đồng thương mại là một thông lệ được chấp nhận trong Bộ quy tắc về Hợp đồng thương mại quốc tế (UNIDROIT), đặc biệt là ở Hoa Kỳ³.

Chúng tôi cho rằng, về cơ bản, chỉ những sự kiện liên quan trực tiếp dẫn đến các bên không thể thực hiện nghĩa vụ thanh toán như hệ thống thanh toán qua ngân hàng không hoạt động hoặc quy định ngoại hối hạn chế thanh toán theo hợp đồng vay mới có thể coi là sự kiện bất khả kháng liên quan đến nghĩa vụ thanh toán theo hợp đồng vay. Tuy nhiên, trên thực tế, các sự kiện này cũng thường không được quy định là sự kiện bất khả kháng trong hợp đồng vay. Hợp đồng

vay thường quy định cụ thể cho phép bên cho vay ngừng giải ngân hoặc yêu cầu thanh toán trước hạn hoặc trong một số trường hợp là một sự kiện giải trừ nghĩa vụ thanh toán của bên vay. Đây thường là quy định về các điều kiện tiên quyết cho việc giải ngân, thanh toán khoản vay trước hạn và sự kiện vi phạm. Các quy định này phân bổ rủi ro giữa bên cho vay và bên vay khi xảy ra các sự kiện trên và các sự kiện này không được coi là sự kiện bất khả kháng.

3. Kết luận

Covid-19 đặt ra các vấn đề thực tế trong việc áp dụng sự kiện bất khả kháng trong bối cảnh của hợp đồng thương mại nói chung, trong đó có hợp đồng vay. Đối với việc thực hiện hợp đồng vay, khi nghĩa vụ thanh toán là nghĩa vụ cơ bản của hợp đồng, các bên thường không chấp nhận việc bên cho vay hoặc bên vay đưa ra những lý do gián tiếp như khó khăn về tài chính nhằm thoái thác trách nhiệm thực hiện hợp đồng của mình. Covid-19 có thể là một nguyên nhân gián tiếp dẫn đến việc hợp đồng vay không thể thực hiện được do các bên có khó khăn về tài chính nhưng khó có thể được coi là một sự kiện bất khả kháng nhằm miễn trách nhiệm dân sự cho các bên trong hợp đồng.

Trên quan điểm tiếp cận an toàn, các bên theo hợp đồng vay có thể thỏa thuận loại trừ việc áp dụng các quy định về sự kiện bất khả kháng theo pháp luật về hợp đồng để bảo đảm chắc chắn sự phân bổ rủi ro trong hợp đồng vay được tôn trọng. Mặc dù vậy, ngay cả khi hợp đồng vay không có thỏa thuận loại trừ này, rất khó có cơ sở để cho rằng Covid-19 là sự kiện bất khả kháng miễn trừ nghĩa vụ giải ngân và thanh toán theo hợp đồng vay ■

3 Xem Bộ quy tắc về Hợp đồng thương mại quốc tế (UNIDROIT), Điều 7.7 về sự kiện bất khả kháng và Joseph Perillo, Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 5 Tul. J. Int'L & Comp. 5 (1997), tr.16.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ QUYỀN ĐƯỢC CHUYỂN ĐỔI GIỚI TÍNH CỦA NGƯỜI CHUYỂN GIỚI TẠI VIỆT NAM

Nguyễn Thị Kim Tiến*

* Khoa Luật, Trường Đại học Duy Tân.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Người chuyển giới, chuyển đổi giới tính, Luật Chuyển đổi giới tính

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/02/2020
Biên tập : 19/02/2020
Duyệt bài : 22/02/2020

Article Information:

Keywords: The transgender; transgender; law on the transgender

Article History:

Received : 13 Feb. 2020
Edited : 19 Feb. 2020
Approved : 22 Feb. 2020

Tóm tắt:

Trên cơ sở phân tích thực trạng người chuyển giới tại Việt Nam và quy định của pháp luật Việt Nam về quyền được chuyển đổi giới tính, bài viết chỉ ra yêu cầu cần thiết phải thúc đẩy việc ban hành luật chuyển giới để điều chỉnh các quan hệ phát sinh liên quan đến quyền chuyển đổi giới tính, đồng thời đưa ra một số giải pháp trong việc xây dựng Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính để đảm bảo quyền của người chuyển giới tại Việt Nam.

Abstract:

Based on an analysis of the current situation of the transgender in Vietnam and Vietnam's legal regulations on the right to the transgender, this article is focused on discussion of the need of issuance of a law on the transgender to cover the relationship related to the rights of the transgender, and also gives out recommendations for development of a law on the transgender to ensure the rights of the transgender in Vietnam.

1. Khái quát chung về người chuyển giới tại Việt Nam

1.1. Khái niệm người chuyển giới

Người chuyển giới là khái niệm dùng để chỉ những người đã hoàn thiện về giới tính¹ nhưng có cảm nhận về giới tính mình mong

muốn khác với giới tính mình đang có². Khái niệm về người chuyển giới gắn liền với khái niệm “bản dạng giới”. Theo đó, bản dạng giới là nhận thức của một người về giới tính của mình là nam hay nữ³, có thể giống hoặc khác giới tính mình được sinh ra. Nhận thức về giới tính của người chuyển giới không

1 Người có giới tính hoàn thiện là có sự đồng nhất giữa yếu tố gene, nhiễm sắc thể và các yếu tố sinh học.

2 Chẳng hạn, một người sinh ra mang giới tính nam nhưng cảm nhận giới tính mình là nữ hoặc một người sinh ra mang giới tính nữ nhưng lại cảm nhận giới tính của mình là nam.

3 Xem thêm American Psychological association (2011), Definition of Terms: Sex, Gender, Gender Identity, Sexual Orientation, http://onlineresourcesalex.weebly.com/uploads/1/7/2/9/17295132/gender_vs._sex.pdf.

phụ thuộc vào giới tính sinh học hoặc giới tính người khác cảm nhận, mà được xác định dựa vào giới tính tự cảm nhận của người đó là mình mang giới tính nam hoặc giới tính nữ và được xác định trên bản dạng giới chứ không căn cứ vào việc đã phẫu thuật hay chưa⁴. Người chuyển giới cũng có thể có xu hướng tính dục song tính, đồng tính hoặc dị tính không phụ thuộc vào giới tính đã chuyển đổi⁵.

Như vậy, người chuyển giới là người mang một giới tính sinh học hoàn chỉnh nhưng lại mong muốn có một giới tính khác với giới tính mình đang có; không nhất thiết phải phẫu thuật chuyển đổi giới tính mới được xem là người chuyển giới.

1.2. Thực trạng người chuyển giới tại Việt Nam hiện nay

Số lượng người chuyển giới tại Việt Nam

Cũng như người đồng tính, việc khảo sát để xác định số lượng người chuyển giới tại Việt Nam gặp nhiều khó khăn do người chuyển giới còn bị kỳ thị trong xã hội gây khó khăn trong việc công khai bản dạng giới. Bên cạnh đó, do khả năng nhận thức về bản dạng giới của mỗi cá nhân là khác nhau,

được bộc lộ ở các giai đoạn khác nhau. Theo thống kê từ Bộ Y tế, Việt Nam hiện nay có khoảng 270.000 đến 300.000 người có mong muốn chuyển đổi giới tính⁶. Tuy nhiên, trên thực tế, số lượng người chuyển giới cao hơn nhiều, vì ngoài số lượng người có mong muốn chuyển giới, còn có những người chưa công khai bản dạng giới.

Nhu cầu chuyển đổi giới tính của người chuyển giới

Một nghiên cứu của Viện Nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường (iSEE) thực hiện khảo sát về nhu cầu chuyển giới đối với người chuyển giới vào tháng 09/2014 đã thống kê trong số 408 người chuyển giới được khảo sát thì có 52,9% người tham gia chưa từng can thiệp y tế hay sử dụng hormone, 38,5% chưa phẫu thuật nhưng đang sử dụng hormone và 8,3% đã thực hiện phẫu thuật cắt hoặc cấy ngực⁷. Cũng trong khảo sát trên khoảng 1/4 số người tham gia khảo sát đã từng nghĩ đến việc chuyển giới, nhưng chưa quyết định có sử dụng hormone hay tiến hành phẫu thuật hay không. Đáng chú ý hơn là có tới 39,4% chuyển giới nữ chưa từng nghĩ tới việc can thiệp y tế hoặc sử

4 Các nhận thức sai lầm về người chuyển giới như: Người chuyển giới có bất thường về bộ phận sinh dục, người chuyển giới thì phải phẫu thuật chuyển giới, người chuyển giới cũng là người đồng tính... Xem Viện Nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường (2014), Phân tích chính sách, pháp luật về người chuyển giới, tr.15; (Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (iSEE) là tổ chức phi chính phủ Việt Nam được thành lập năm 2007, làm việc vì quyền của các nhóm thiểu số trong xã hội).

5 Ví dụ một người mang giới tính nam, nhưng nhận thức mình là nữ thì được xem là người chuyển giới nữ. Sau khi thực hiện chuyển đổi thành giới tính nữ có thể có xu hướng tính dục đồng tính (yêu nữ), song tính (yêu cả nam và nữ), hoặc dị tính (chỉ yêu nam), xu hướng tính dục này không phụ thuộc vào bản dạng giới của người đó.

6 Xem thêm: Nguyễn Phan, 270.000 người Việt Nam mong muốn được chuyển giới. Xem http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TINLAPPHAP/View_Detail.aspx?ItemID=2876.

7 Viện Nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường - Phạm Quỳnh Phương, Vũ Thành Long, Đỗ Quỳnh Anh, Hoàng Ngọc An (2017), Báo cáo nghiên cứu - hiện trạng trải nghiệm y tế và nhu cầu chuyển đổi giới tính của người chuyển giới ở Việt Nam, tr.7.

dụng hormone, hoặc chưa quyết định hoặc không có ý định sử dụng bất cứ biện pháp can thiệp nào⁸.

Các vấn đề xã hội và pháp lý đặt ra đối với người chuyển giới

Hiện nay, do tư tưởng kỳ thị, phân biệt đối xử với người chuyển giới còn tồn tại trong xã hội của nước ta nên nhiều người chuyển giới đã ra nước ngoài phẫu thuật để được sống với giới tính mà mình mong muốn. Đa phần những ca phẫu thuật hiện nay đều được thực hiện ở nước ngoài như Thái Lan⁹, với chi phí đi lại, phẫu, thuật vô cùng tốn kém¹⁰ mà không phải người chuyển giới nào cũng có điều kiện và họ còn phải chịu đựng sự đau đớn về thể xác để được là chính mình¹¹. Một bộ phận chưa có điều kiện phẫu thuật thì sử dụng các loại hormone, các loại thuốc trôi nổi, không đúng nguồn gốc và liều lượng trên thị trường với mong muốn khiến bản thân nữ tính hơn hoặc nam tính hơn¹². Việc không có hướng dẫn một cách cụ thể, khoa học sẽ làm ảnh hưởng trầm trọng đến sức khỏe của người chuyển giới. Họ cũng không được cung cấp đầy đủ các thông tin về

các cơ sở y tế đạt chuẩn điều kiện phẫu thuật hoặc không biết có thể phẫu thuật ở đâu.

Nhiều người đã phẫu thuật chuyển đổi giới tính ở nước ngoài, khi trở về Việt Nam vẫn chưa được công nhận giới tính mới, gây khó khăn trong hoạt động quản lý nhà nước, ảnh hưởng đến các quyền nhân thân của họ.

2. Quy định của pháp luật về quyền chuyển đổi giới tính của người chuyển giới tại Việt Nam

Theo thống kê của Viện nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường, đã có 61 quốc gia cho phép việc chuyển đổi giới tính, trong đó có 38 quốc gia châu Âu, 2 quốc gia châu Đại Dương, 11 quốc gia thuộc châu Mỹ, 9 quốc gia và 1 vùng lãnh thổ thuộc châu Á và một quốc gia châu Phi¹³. Số lượng này nhiều hơn số lượng các quốc gia cho phép kết hôn đồng tính. Điều này cho thấy, quyền chuyển đổi giới tính có tính cởi mở và được công nhận rộng rãi. Các quốc gia cho phép chuyển đổi giới tính có những quy định khác nhau về điều kiện được chuyển đổi giới tính. Căn cứ vào điều kiện chuyển giới, xu hướng chuyển giới được chia thành hai loại sau: loại chuyển

- 8 Viện Nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường - Phạm Quỳnh Phương, Vũ Thành Long, Đỗ Quỳnh Anh, Hoàng Ngọc An (2017), Báo cáo nghiên cứu hiện trạng trải nghiệm y tế và nhu cầu chuyển đổi giới tính của người chuyển giới ở Việt Nam, tr.10.
- 9 Viện Nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường - Phạm Quỳnh Phương, Vũ Thành Long, Đỗ Quỳnh Anh, Hoàng Ngọc An (2017), Báo cáo nghiên cứu hiện trạng trải nghiệm y tế và nhu cầu chuyển đổi giới tính của người chuyển giới ở Việt Nam, tr.8.
- 10 Tổng chi phí cho phẫu thuật chuyển giới tính dao động từ 23 triệu VNĐ đến 1,592,500,000 VNĐ. Với nhóm chuyển giới nam, chi phí trung bình cho phẫu thuật là hơn 147 triệu VNĐ; với nhóm chuyển giới nữ, chi phí trung bình hơn 128 triệu VNĐ. Nguồn: Viện Nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường (2017), Báo cáo nghiên cứu - hiện trạng trải nghiệm y tế và nhu cầu chuyển đổi giới tính của người chuyển giới ở Việt Nam.
- 11 Thảo Anh, người chuyển giới phải trải qua 30 cuộc phẫu thuật đau đớn như nào? Báo Lao động 05/03/2019.
- 12 Viện Nghiên cứu xã hội, kinh tế và môi trường - Phạm Quỳnh Phương, Vũ Thành Long, Đỗ Quỳnh Anh, Hoàng Ngọc An (2017), Báo cáo nghiên cứu hiện trạng trải nghiệm y tế và nhu cầu chuyển đổi giới tính của người chuyển giới ở Việt Nam, tr.8.
- 13 Viện Nghiên cứu kinh tế, xã hội và môi trường (2017), Có bao nhiêu nước hợp pháp hóa chuyển đổi giới tính?

đổi giới tính mà không cần can thiệp y học (phẫu thuật hoặc sử dụng hormone) và loại chuyển đổi giới tính có sự can thiệp y học¹⁴.

Theo quy định tại Điều 37 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS): “Việc chuyển đổi giới tính được thực hiện theo quy định của luật. Cá nhân đã chuyển đổi giới tính có quyền, nghĩa vụ đăng ký thay đổi hộ tịch theo quy định của pháp luật về hộ tịch; có quyền nhân thân phù hợp với giới tính đã được chuyển đổi theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan”. Như vậy, theo quy định của pháp luật Việt Nam, cá nhân có quyền chuyển đổi giới tính; sau khi chuyển đổi giới tính, cá nhân được phép thay đổi hộ tịch, có các quyền nhân thân với giới tính đã chuyển đổi. Quy định này hoàn toàn phù hợp và đảm bảo quyền tự do lựa chọn giới tính của cá nhân và đảm bảo nguyên tắc “được sống đúng với giới tính của mình”.

Tuy nhiên, quy định của BLDS chỉ mang tính nguyên tắc mà chưa được hướng dẫn cụ thể. Để nguyên tắc về chuyển đổi giới

tính của BLDS đi vào cuộc sống, Chính phủ cần ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể. Tuy nhiên, hiện nay chưa có bất kỳ văn bản nào hướng dẫn cụ thể các vấn đề liên quan đến việc chuyển đổi giới tính như: điều kiện, hồ sơ, trình tự, thủ tục chuyển đổi giới tính.

Dự thảo Luật Chuyển đổi giới tính được xây dựng từ năm 2017 (Dự thảo Luật), nhưng đến nay vẫn chưa được trình Quốc hội xem xét. Dự thảo Luật đã quy định đầy đủ về thủ tục, trình tự và điều kiện chuyển đổi giới tính cũng như các vấn đề liên quan sau thực hiện chuyển đổi giới tính. Theo quy định tại Điều 7 Dự thảo Luật, cá nhân yêu cầu can thiệp y học để chuyển đổi giới tính cần đáp ứng điều kiện sau: Phải có giới tính sinh học hoàn thiện, được kiểm tra tâm lý theo bảng chuẩn và có xác nhận của chuyên gia tâm lý và bác sỹ tâm thần về mong muốn có giới tính khác với giới tính sinh học hoàn thiện; có năng lực hành vi dân sự; từ đủ 18 tuổi trở lên; là người độc thân. Ngoài ra, để được can thiệp y học chuyển đổi giới tính,

14 Các quốc gia cho phép chuyển đổi giới tính gồm: Nam Phi, Úc, New Zealand, Áo (không bắt buộc phẫu thuật), Azerbaijan, Belarus (không bắt buộc phẫu thuật), Bỉ, Bosnia and Herz, Bulgaria, Croatia (không bắt buộc phẫu thuật), Cộng hòa Séc, Đan Mạch (không bắt buộc phẫu thuật), Estonia (không bắt buộc phẫu thuật), Phần Lan (không bắt buộc phẫu thuật), Pháp (chỉ phí phẫu thuật do nhà nước chi trả), Đức (không bắt buộc phẫu thuật), Hy Lạp, Hungary (không bắt buộc phẫu thuật), Iceland (không bắt buộc phẫu thuật), Ireland (từ 2015 không bắt buộc phẫu thuật), Ý, Latvia, Canada (tất cả các tỉnh không bắt buộc phẫu thuật, trừ tỉnh Saskatchewan), Hoa Kỳ (tùy bang, 5 bang không cho phép thay đổi, 27 bang cho phép thay đổi giấy tờ sau khi phẫu thuật, 18 bang cho phép và không bắt buộc phẫu thuật, Mexico (Mexico City), Cuba (chỉ phí phẫu thuật do nhà nước chi trả), Panama, Colombia, Brazil, Bolivia, Uruguay, Argentina, Chile, Lithuania, Luxembourg, Malta (không bắt buộc phẫu thuật), Moldova (không bắt buộc phẫu thuật), Montenegro, Hà Lan (không bắt buộc phẫu thuật), Na Uy, Ba Lan, Bồ Đào Nha (không bắt buộc phẫu thuật), Romania Nga (không bắt buộc phẫu thuật), Slovakia, Slovenia, Tây Ban Nha (không bắt buộc phẫu thuật), Thụy Điển (từ 2013 không bắt buộc phẫu thuật), Thụy Sĩ, Thổ Nhĩ Kỳ, Ukraine, Vương quốc Anh (không bắt buộc phẫu thuật), Iran (chỉ từ nam sang nữ, chỉ phí phẫu thuật do nhà nước chi trả), Israel (không bắt buộc phẫu thuật, chỉ phí phẫu thuật do nhà nước chi trả), Syria, Nepal, Trung Quốc (Bao gồm Hồng Kông), Hàn Quốc (từ 2013 không bắt buộc phẫu thuật), Nhật Bản, Đài Loan (không bắt buộc phẫu thuật), Phillipines và Singapore; <https://static1.squarespace.com/static/526c21b5e4b0d43e45f6c4c2/t/5631e866e4b03a88e395bce2/1446111334966/Factsheet+op+phap+hoa+chuyen+doi+gioi+ tinh+tren+the+gioi.pdf>.

cá nhân phải được tiến hành điều trị nội tiết tố ít nhất liên tục trong vòng 2 năm, hoặc đã được điều trị nội tiết tố trong vòng ít nhất 2 năm và đã được thực hiện phẫu thuật ngực và bộ phận sinh dục hoặc chỉ phẫu thuật ngực hoặc bộ phận sinh dục. Sau khi được được cấp giấy chứng nhận đã can thiệp y học để chuyển đổi giới tính, người chuyển giới được thay đổi giới tính theo quy định của Luật Hộ tịch.

3. Một số kiến nghị về quyền được chuyển đổi giới tính

Luật Chuyển đổi giới tính là cơ sở pháp lý không chỉ cụ thể hóa quyền được chuyển đổi giới tính mà còn là cơ sở để thực hiện quản lý đối với người chuyển giới. Trên cơ sở nội dung Dự thảo Luật, chúng tôi đề xuất một số ý kiến sau:

Một là, các trường hợp được công nhận chuyển đổi giới tính.

Chúng tôi cho rằng, Dự thảo Luật cần mở rộng các trường hợp được thực hiện chuyển đổi giới tính sau đây:

Trường hợp 1: Cho phép cá nhân có đầy đủ các điều kiện quy định tại Điều 7 Dự thảo Luật, sau khi kiểm tra tâm lý (theo bảng chuẩn), được xác định là có mong muốn chuyển đổi giới tính, đã sử dụng hormone trong một thời gian liên tục 02 năm trở lên được công nhận là người chuyển đổi giới tính;

Trường hợp 2: Cho phép cá nhân có đầy đủ các điều kiện quy định tại Điều 7 Dự thảo Luật, sau khi kiểm tra tâm lý (theo bảng chuẩn), được xác định là có mong muốn chuyển đổi giới tính, đã sử dụng hormone trong một thời gian liên tục 02 năm và đã trải qua phẫu thuật ngực hoặc bộ phận sinh dục hoặc phẫu thuật cả ngực và bộ phận sinh dục được công nhận là người chuyển đổi giới tính;

Trường hợp 3: Cá nhân có đầy đủ các điều kiện quy định tại Điều 7 Dự thảo Luật không có can thiệp về y tế (sử dụng hormone hoặc phẫu thuật ngực, bộ phận sinh dục), đã kiểm tra tâm lý (theo bảng chuẩn) được xác định là có mong muốn chuyển đổi giới tính thì được công nhận là người chuyển đổi giới tính.

Hai là, thay đổi hộ tịch đối với người đã chuyển đổi giới tính.

Cho phép người thuộc một trong ba trường hợp được công nhận đã chuyển đổi giới tính đã nêu ở trên được thay đổi hộ tịch phù hợp với giới tính sau chuyển đổi, đảm bảo các nguyên tắc về quyền tự do thân thể và được pháp luật thừa nhận của mỗi người.

Ba là, quy định về số lần được chuyển đổi giới tính.

Dự thảo Luật cần quy định cụ thể về số lần được chuyển giới. Theo đó, một người chỉ được thực hiện chuyển đổi giới tính một lần. Riêng trường hợp những người rơi vào trường hợp không có sự can thiệp của y học đã được công nhận chuyển đổi giới tính ở trường hợp 3, khi có đầy đủ điều kiện về kinh tế, sức khỏe, tinh thần được phép sử dụng hormone hoặc sử dụng hormone và thực hiện phẫu thuật ngực và bộ phận sinh dục hoặc sử dụng hormone và phẫu thuật ngực hoặc bộ phận sinh dục theo quy định như trường hợp 1 và 2 thì được thay đổi hộ tịch như trường hợp 1 và trường hợp 2 đã nêu ở trên. Quy định việc chuyển giới chỉ được thực hiện một lần duy nhất trong đời nhằm tránh trường hợp lợi dụng các quy định của pháp luật vào các mục đích tư lợi cá nhân, mục đích thương mại, trốn tránh nghĩa vụ quân sự hoặc các nghĩa vụ khác đối với Nhà nước, chuyển đổi giới tính theo trào lưu gây khó khăn trong hoạt động quản lý ■

TỰ DO HÓA DỊCH VỤ PHÂN PHỐI TẠI VIỆT NAM TRONG KHUÔN KHỔ CỘNG ĐỒNG KINH TẾ ASEAN

Nguyễn Lê Lý*

* ThS. Khoa kinh tế, Trường Đại học Bạc Liêu

Thông tin bài viết:

Từ khóa: dịch vụ phân phối; tự do thương mại; cộng đồng kinh tế ASEAN

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/12/2019

Biên tập : 05/01/2020

Duyệt bài : 07/01/2020

Article Information:

Keywords: distribution services; free trade; ASEAN economics community

Article History:

Received : 24 Dec. 2019

Edited : 05 Jan. 2020

Approved : 07 Jan. 2020

Tóm tắt:

Theo danh mục phân loại các ngành dịch vụ của WTO, dịch vụ phân phối được xác định bao gồm 5 phân ngành là dịch vụ bán buôn, dịch vụ bán lẻ, dịch vụ đại lý uỷ quyền/ uỷ thác, nhượng quyền/ cấp đặc quyền kinh doanh và “loại khác”. Khi thực hiện đàm phán, ký kết và thực thi các gói cam kết trong Hiệp định khung về dịch vụ AFAS, Việt Nam đã có những cam kết tự do hóa dịch vụ trong lĩnh vực này. Mặc dù so với một số nước thành viên ASEAN, mức độ mở cửa của Việt Nam là rộng mở nhưng so với cam kết tương tự trong WTO vẫn chưa có sự đột phá sâu sắc nào. Do vậy, vẫn còn trông đợi sự biến chuyển lớn trong hệ thống pháp luật nhằm tạo tiền đề cho việc thực thi cam kết rộng mở hơn để đạt được lợi ích lâu dài trong khu vực.

Abstract:

According to the services sectoral classification list of the World Trade Organization, the distribution services comprise five sub-sectors: commission agents; wholesale trade; retailing; franchising; and a residual category “other”. In complying with the ASEAN Framework Agreement on Services (AFAS) commitment’s schedule through the 10 packages of those, Vietnam has committed on liberalization of this field. In comparison with some other ASEAN countries, the Vietnam’s level of opening market is high with some effort to liberalize distribution services within the region. However, there has been no any breakthrough when being compared to its commitments in WTO. Therefore, it is expected on the significant alternative in the law system as a premise for the higher level of openness market in the future.

1. Mở đầu

Trong số các lĩnh vực dịch vụ ở các gói cam kết trong AFAS, dịch vụ phân phối được cả 10 nước thành viên ASEAN đàm phán và ký kết với những nội dung đáng chú ý do tính chất quan trọng của lĩnh vực này đối với kinh tế-xã hội của mỗi quốc gia. Phân phối là sự kết nối giữa nhà sản xuất với

người tiêu dùng cuối cùng, và nó có đóng góp to lớn vào GDP các nước. Danh mục phân loại các ngành dịch vụ của WTO chia dịch vụ thành 11 ngành chính, mỗi ngành chia thành nhiều ngành nhỏ, tổng cộng là 155 phân ngành. Trong đó, dịch vụ phân phối, một trong những ngành dịch vụ chính theo danh mục này, được xác định bao gồm

5 phân ngành là dịch vụ bán buôn, dịch vụ bán lẻ, dịch vụ đại lý uỷ quyền/ uỷ thác, nhượng quyền/ cấp đặc quyền kinh doanh và “loại khác”¹. Ngành phân phối là đối tượng của nhiều quy định có tác động hạn chế kinh doanh và hạn chế thương mại ở các cấp độ khác nhau². Do vậy, các cam kết của các quốc gia trong các hiệp định thương mại đa phương hay song phương sẽ có ý nghĩa lớn trong việc thực hiện quyền kiểm soát quốc gia trong lĩnh vực này, thể hiện những xu hướng quản lý dịch vụ phân phối thông qua những quy định hay cam kết về hạn chế tiếp cận thị trường, điều kiện hoạt động sau khi đã thiết lập hiện diện thương mại và nhiều quy định khác.

Trong làn sóng hội nhập với rất nhiều Hiệp định thương mại tự do (FTA) được đàm phán và ký kết ở cấp độ quốc gia hay khu vực, tiến trình AFAS cùng với các Gói cam kết đã hoàn thành và có hiệu lực thi hành, những cam kết của Việt Nam về dịch vụ phân phối đã được xác định và thực thi, thể hiện mức độ mở cửa thị trường, khả năng tiếp nhận đầu tư nước ngoài, năng lực cạnh tranh, sự đáp ứng nhu cầu và quyền lợi của người tiêu dùng trong lĩnh vực này của Việt Nam.

2. Cam kết mở cửa thị trường dịch vụ phân phối của Việt Nam trong cộng đồng kinh tế ASEAN – đối sánh với các quốc gia thành viên ASEAN và với WTO

Tương tự như WTO, kết quả đàm phán của Việt Nam qua 10 Gói cam kết chung theo AFAS thể hiện qua Biểu cam kết bao gồm phần cam kết chung, phần cam kết cụ thể và danh mục các biện pháp miễn trừ đối xử tối huệ quốc. Phần cam kết chung bao gồm các cam kết áp dụng cho tất cả các ngành dịch vụ xuất hiện trong Biểu cam kết dịch vụ, áp dụng cho tất cả các ngành được đưa vào cam kết, trừ khi có quy định khác tại cam kết ngành. Phần cam kết cụ thể bao gồm các cam kết áp dụng cho từng dịch vụ đưa vào Biểu cam kết dịch vụ, với mỗi dịch vụ được liệt kê đều có cam kết cụ thể đi kèm, qua đó thể hiện mức độ mở cửa thị trường đối với từng dịch vụ cho các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài. Danh mục các biện pháp miễn trừ đối xử tối huệ quốc (MFN) liệt kê các biện pháp các thành viên đàm phán cho phép duy trì³.

Về cấu trúc, Biểu cam kết dịch vụ gồm 4 cột: i) Cột mô tả ngành/phân ngành thể hiện tên và mã số của dịch vụ cụ thể được đưa vào cam kết; ii) Cột hạn chế tiếp cận thị trường liệt kê các biện pháp hạn chế mà thành viên đưa ra cam kết muốn áp dụng cho các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài⁴; iii) Cột hạn chế đối xử quốc gia liệt kê các biện pháp mà thành viên đưa ra cam kết muốn duy trì để phân biệt đối xử giữa nhà cung cấp dịch vụ trong nước với nhà cung cấp dịch vụ

1 World Trade Organization (1991), Services Sectoral Classification List, MTN.GNS/W/120.

2 Dự án hỗ trợ thương mại đa biên MUTRAP III (2011), Báo cáo rà soát khuôn khổ pháp lý về dịch vụ phân phối ở Việt Nam và những khuyến nghị về sự phù hợp của quy định chuyên ngành với cam kết WTO.

3 Nguyên tắc MFN là nguyên tắc quan trọng của WTO; theo đó, các thành viên không được phân biệt đối xử giữa dịch vụ và nhà cung cấp dịch vụ của thành viên này với dịch vụ và nhà cung cấp dịch vụ của thành viên khác. Tuy nhiên, GATS cho phép một thành viên được vi phạm nguyên tắc MFN nếu thành viên này đưa biện pháp vi phạm vào danh mục các biện pháp miễn trừ đối xử tối huệ quốc và được các thành viên khác chấp thuận.

4 GATS quy định 6 loại biện pháp hạn chế bao gồm: 1) hạn chế về số lượng nhà cung cấp dịch vụ; 2) hạn chế về tổng giá trị của các giao dịch hoặc tài sản; 3) hạn chế về tổng số hoạt động dịch vụ hoặc số lượng dịch vụ cung cấp; 4) hạn chế về số lượng lao động; 5) hạn chế hình thức thành lập doanh nghiệp; và 6) hạn chế vốn góp của nước ngoài. Cách tiếp cận của AFAS tương tự như vậy.

nước ngoài; iv) Cột cam kết bổ sung liệt kê các biện pháp ảnh hưởng đến hoạt động cung cấp và tiêu dùng dịch vụ nhưng không thuộc về hạn chế tiếp cận thị trường hay hạn chế về đối xử quốc gia.

Đối với phương thức cung cấp dịch vụ, về cơ bản cũng được thực hiện theo các phương thức cung cấp dịch vụ như trong WTO cũng như các yêu cầu đặt ra về tự do hóa của AEC Blueprint. Tuy nhiên, các Gói cam kết trong khuôn khổ Hiệp định AFAS chỉ đề cập đến 3 phương thức là cung cấp dịch vụ qua biên giới (phương thức 1), tiêu dùng ngoài lãnh thổ (phương thức 2), hiện diện thương mại của các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài (phương thức 3); riêng hiện diện thể nhân (phương thức 4) được tách ra đàm phán riêng trong Hiệp định về di chuyển thể nhân ASEAN (MNP).

Căn cứ Biểu cam kết trong Gói cam kết thứ 9 bao gồm phần cam kết chung, phần cam kết cụ thể và danh mục các biện pháp miễn trừ đối xử tối huệ quốc nêu trên, cam kết của Việt Nam trong dịch vụ phân phối cụ thể như sau⁵:

2.1. Về phương thức 1 và phương thức 2

Phần cam kết chung không đề cập tới phương thức cung cấp dịch vụ qua biên giới và phương thức tiêu dùng ngoài lãnh thổ. Như vậy, Việt Nam hiện không duy trì các quy định hoặc biện pháp hạn chế áp dụng chung cho 2 phương thức này. Ngoài ra, Việt Nam cam kết không hạn chế đối với tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia đối với phương thức 1 trong việc phân phối các sản phẩm sử dụng cá nhân và phân phối phần mềm hợp

pháp để sử dụng cá nhân và sử dụng thương mại. Các nước Brunei, Indonesia, Lao, Myanmar, Malaysia, Philippines, Thailand cũng không duy trì các quy định hoặc biện pháp hạn chế áp dụng chung cho phương thức 1 và 2.

2.2. Về phương thức 3

Đây là cam kết về mở cửa cho đầu tư trực tiếp nước ngoài trong dịch vụ phân phối thông qua các hình thức pháp lý mà tổ chức, cá nhân cung cấp dịch vụ nước ngoài có thể thành lập để hoạt động ở Việt Nam. Theo Biểu cam kết, về nguyên tắc không có hạn chế tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia đối với phương thức 3, ngoại trừ những hạn chế được liệt kê tại Biểu cam kết. Điều này có nghĩa là Việt Nam chấp nhận các cam kết chung về tiếp cận thị trường đối với phương thức 3 dưới đây:

- Các doanh nghiệp nước ngoài có thể thiết lập hiện diện thương mại dưới hình thức hợp đồng hợp tác kinh doanh, doanh nghiệp liên doanh, doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài;

- Cho phép thành lập các văn phòng đại diện của các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài, nhưng không được tham gia vào các hoạt động sinh lợi nhuận; về thành lập chi nhánh áp dụng đối với dịch vụ nhượng quyền;

- Điều kiện sở hữu vốn, hoạt động, hình thức pháp nhân và phạm vi hoạt động được quy định tại giấy phép thành lập hoặc cho phép hoạt động và cung cấp dịch vụ, hoặc các hình thức chấp thuận tương tự khác, của các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài hiện

5 Gói cam kết thứ 9 ký kết ngày 27/11/2015 tại Makati City, Philippines, có hiệu lực sau 180 ngày để các quốc gia thành viên phê duyệt/ phê chuẩn. Gói cam kết thứ 10 ký kết ngày 11/11/2018 tại Singapore, có hiệu lực sau 90 ngày để các quốc gia thành viên phê duyệt/ phê chuẩn. Nội dung cam kết được phân tích trong bài viết này là các cam kết trong Gói cam kết thứ 9 đang có hiệu lực thi hành, có so sánh với Gói cam kết thứ 10.

tại sẽ không bị hạn chế hơn so với mức thực tế đang áp dụng;

- Các doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam cho phép thuê đất để thực hiện dự án đầu tư của mình. Thời hạn thuê đất phải phù hợp với thời hạn hoạt động của các doanh nghiệp này, được quy định trong giấy phép đầu tư. Thời hạn thuê đất sẽ được gia hạn khi thời gian hoạt động của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được cơ quan có thẩm quyền gia hạn.

2.3. Về phạm vi sản phẩm được quyền phân phối theo lộ trình

Theo Biểu cam kết, nhà phân phối có vốn đầu tư nước ngoài được phép phân phối các sản phẩm tại Việt Nam theo lộ trình thời gian sau đây:

Từ ngày 11/01/2007 được quyền phân phối tất cả các sản phẩm sản xuất tại Việt Nam và các sản phẩm nhập khẩu hợp pháp vào Việt Nam, ngoại trừ xi măng và clinke; lốp (trừ lốp máy bay); giấy; máy kéo; phương tiện cơ giới; ô tô con và xe máy; sắt thép; thiết bị nghe nhìn; rượu và phân bón. Từ ngày 01/01/2009, bổ sung thêm quyền phân phối thông qua dịch vụ đại lý hoa hồng, bán buôn và bán lẻ đối với các sản phẩm máy kéo, phương tiện cơ giới, ô tô con và xe máy. Từ ngày 11/01/2010, hay nói cách khác là tính đến thời điểm Gói cam kết có hiệu lực, không có bất kỳ hạn chế nào về sản phẩm được phép phân phối miễn là các sản phẩm đó được sản xuất tại Việt Nam hoặc được nhập khẩu hợp pháp vào Việt Nam.

Cần lưu ý, các sản phẩm loại trừ khỏi Biểu cam kết dịch vụ phân phối (với tên gọi “*các biện pháp áp dụng đối với mọi phân ngành trong lĩnh vực dịch vụ phân phối*”)

bao gồm thuốc lá và xì gà, sách, báo và tạp chí, vật phẩm đã ghi hình, kim loại quý và đá quý, dược phẩm, thuốc nổ, dầu thô và dầu đã qua chế biến, gạo, đường mía và đường củ cải. Đây là những sản phẩm nhạy cảm mà Chính phủ không muốn cho phép nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài phân phối tại Việt Nam. Nhà phân phối nước ngoài cũng không được phép bán lẻ tất cả những sản phẩm này. Ở cơ sở bán lẻ tại Việt Nam, chẳng hạn như liên doanh hoặc doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài, cũng như không được phân phối trực tuyến hoặc bằng bất kỳ hình thức thương mại điện tử nào khác.

Đối với phạm vi sản phẩm được quyền phân phối, một số nước luôn có sự loại trừ tùy thuộc vào điều kiện kinh tế-xã hội cũng như mục tiêu quản lý nên các hạn chế này trở nên phổ biến, đa dạng trong nội dung Biểu cam kết WTO. Chẳng hạn, Úc và Brazil đều loại trừ phương tiện cơ giới, các linh kiện và phụ tùng của phương tiện cơ giới, xe máy, xe trượt tuyết máy và các linh kiện, phụ kiện kèm theo. Canada có quy định hạn chế đối với rượu, rượu vang, bia, tác phẩm âm nhạc, băng đĩa audio và video, các loại sách, tạp chí, báo, tuần báo, dược liệu và thuốc, thiết bị chỉnh hình và các bản nhạc in. Ba Lan loại trừ các loại nước uống không tiêu dùng tại chỗ, các sản phẩm thuốc lá, dược phẩm, thuốc và các thiết bị chỉnh hình, phương tiện cơ giới, các linh kiện và phụ tùng của phương tiện cơ giới, xe máy, xe trượt tuyết và các linh kiện phụ tùng có liên quan⁶. Riêng đối với các thành viên ASEAN, Biểu cam kết về dịch vụ phân phối của các nước trong AFAS hầu như không có phần “*các biện pháp áp dụng đối với mọi phân ngành trong lĩnh vực dịch vụ phân phối*”

6 Ủy ban Quốc gia về hợp tác kinh tế quốc tế (2005), Tổng quan các vấn đề tự do hóa thương mại dịch vụ, Nxb. Chính trị quốc gia, tr.186-187.

nhưng ở cả Gói cam kết 9 và 10, Philippines loại trừ gạo và ngành ngô đối với dịch vụ đại lý thương mại; Singapore loại trừ bán hàng dược phẩm và mỹ phẩm đối với dịch vụ đại lý thương mại, loại trừ hàng dược phẩm và mỹ phẩm, dụng cụ phẫu thuật và chính hình đối với dịch vụ bán buôn.

2.4. Về kiểm tra nhu cầu kinh tế

Hạn chế chung trong hoạt động của các hình thức hiện diện thương mại này là chỉ được phép cung cấp dịch vụ bán lẻ thông qua việc lập cơ sở bán lẻ. Tuy nhiên, các doanh nghiệp phân phối có vốn đầu tư nước ngoài chỉ được tự động mở một địa điểm bán lẻ, việc thành lập các cơ sở bán lẻ (ngoài cơ sở thứ nhất) phải được cơ quan có thẩm quyền cho phép trên cơ sở kiểm tra nhu cầu kinh tế (ENT)⁷. Trong cam kết ở Gói 9 và 10, Việt Nam áp dụng nội dung này cho dịch vụ bán lẻ. Theo đó, việc thành lập các điểm bán lẻ ngoài điểm thứ nhất sẽ trên cơ sở ENT phù hợp với thủ tục tiền thành lập công khai và phê chuẩn dựa trên các tiêu chí khách quan. Trong các nước thành viên khác cam kết của AFAS, chỉ có Lào áp dụng ENT cho dịch vụ đại lý thương mại, dịch vụ nhượng quyền chỉ bao gồm cho dệt may và giày dép, dịch vụ bán buôn trên cơ sở khoán phí hoặc hợp đồng dệt may và giày dép. Cả Việt Nam và Lào đều xác định tiêu chí chính cho việc kiểm tra nhu cầu kinh tế là số lượng các nhà cung cấp dịch vụ đang hiện diện trong một khu vực địa lý, sự ổn định của thị trường và quy mô địa lý.

Trong WTO, một số quốc gia đã đưa ENT vào biểu cam kết như Bulgaria quy định rõ các tiêu chí ENT chủ yếu là i) số lượng và tác động đối với các cửa hàng đang hoạt động; ii) mật độ dân số; iii) độ lan tỏa địa lý và iv) tác động đối với giao thông. Biểu cam kết dịch vụ của Canada quy định các tiêu chí xem xét phê duyệt bao gồm i) kiểm tra mức độ cung cấp dịch vụ hiện tại; ii) các điều kiện của thị trường dẫn đến yêu cầu mở rộng dịch vụ; iii) ảnh hưởng của nhà cung cấp mới đối với sự thuận tiện cho cộng đồng bao gồm sự duy trì và chất lượng của dịch vụ và iv) sự phù hợp, sẵn sàng và khả năng của nhà đầu tư trong việc cung cấp dịch vụ. Việc áp dụng ENT của Việt Nam lại khác do ENT của Việt Nam chủ yếu nhắm đến các cơ sở do nhà bán lẻ nước ngoài thành lập⁸.

Trong những điều kiện nhất định, hạn chế tiếp cận thị trường là cần thiết và việc sử dụng ENT từ đó trở thành một công cụ hữu hiệu cho nhu cầu này. Việt Nam hay Lào cần đến ENT khi mở cửa thị trường như một sự cân nhắc trong hoàn cảnh kinh tế xã hội hiện tại; vấn đề là việc sử dụng các tiêu chí áp dụng cần đảm bảo tính hợp lý, minh định, minh bạch, hiệu quả và hạn chế đến mức thấp nhất sự tùy tiện, chủ quan.

2.5. Về cam kết đối xử quốc gia

Theo quy định, các biện pháp hạn chế tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia mà Việt Nam muốn duy trì cần phải được đưa vào cột tiếp cận thị trường.

Đối với phương thức 1: Việt Nam chưa

7 Đây là khái niệm xuất phát từ Điều XVI GATS với ý nghĩa là một biện pháp mà các thành viên WTO có thể vận dụng hoặc duy trì, với điều kiện biện pháp này được đưa vào Biểu thỏa thuận và cam kết nhượng bộ (Schedule of Concessions) của mình trong phần dịch vụ nhằm hạn chế tiếp cận thị trường, duy trì quyền điều phối thương mại trong lĩnh vực dịch vụ. GATS và các hiệp định khác của WTO không đưa ra định nghĩa về ENT.

8 Dự án Hỗ trợ thương mại đa biên EU- Việt Nam MUTRAP III, Báo cáo rà soát khuôn khổ pháp lý về dịch vụ phân phối ở Việt Nam và những khuyến nghị về sự phù hợp giữa các quy định chuyên ngành với cam kết trong khuôn khổ WTO, tr.42.

cam kết dịch vụ phân phối, ngoại trừ những gì được đề cập đối với tiếp cận thị trường, điều này tương tự với các quốc gia ASEAN còn lại trừ Cambodia và Singapore. Với Cambodia, cung cấp dịch vụ qua biên giới không hạn chế đối xử quốc gia trừ đối với thuế; Singapore thì chưa cam kết đối với các khoản trợ cấp ngoại trừ những cam kết cụ thể đã được đưa ra trong WTO.

Đối với phương thức 2, Việt Nam cam kết đối xử quốc gia đầy đủ cho các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài, điều này tương tự với các quốc gia ASEAN còn lại trừ Cambodia và Singapore. Với Cambodia, phương thức tiêu dùng ngoài lãnh thổ không hạn chế đối xử quốc gia trừ đối với thuế; Singapore thì chưa cam kết đối với các khoản trợ cấp ngoại trừ những cam kết cụ thể đã được đưa ra trong WTO.

Đối với phương thức 3, yêu cầu về liên doanh, góp vốn của nước ngoài và hạn chế liên quan đến sản phẩm cũng là những hạn chế đối với đối xử quốc gia. Việt Nam không hạn chế đối xử quốc gia cho phương thức này ngoại trừ các khoản trợ cấp có thể chỉ dành cho các nhà cung cấp dịch vụ Việt Nam, nghĩa là các pháp nhân được thành lập trên lãnh thổ Việt Nam, hoặc một vùng của Việt Nam; việc dành trợ cấp một lần để thúc đẩy và tạo điều kiện thuận lợi cho quá trình cổ phần hóa không bị coi là vi phạm cam kết này; chưa cam kết đối với các khoản trợ cấp dành cho nghiên cứu và phát triển; chưa cam kết đối với các khoản trợ cấp trong các ngành y tế, giáo dục và nghe nhìn; chưa cam kết đối với các khoản trợ cấp nhằm nâng cao phúc lợi và tạo công ăn việc làm cho đồng bào thiểu số. Các quốc gia thành viên ASEAN khác đều có những quy định chi tiết khác nhau cho đối xử quốc gia với phương thức hiện diện thương mại của nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài đối với tín dụng trong nước (Philippines), đất đai, tài sản và bất

động sản (Malaysia), thuế, phí (Myanmar, Indonesia), quốc tịch và các yêu cầu đối với người điều hành, hội đồng quản trị (Brunei, Thailand). Riêng Cambodia chưa cam kết trừ các khoản trợ cấp cho nghiên cứu và phát triển, không hạn chế trừ thuế, cá nhân và pháp nhân không phải người Cambodia chỉ được thuê đất chứ không được sở hữu đất, không hạn chế lĩnh vực khuyến khích đầu tư. Singapore thì chưa cam kết đối với các khoản trợ cấp ngoại trừ những cam kết cụ thể đã được đưa ra trong WTO.

2.6. Đối xử tối huệ quốc (MFN)

Đối với bất kỳ biện pháp nào thuộc phạm vi điều chỉnh của Hiệp định, mỗi thành viên phải ngay lập tức và không điều kiện dành cho dịch vụ và các nhà cung cấp dịch vụ của bất kỳ thành viên nào khác sự đối xử không kém thuận lợi hơn sự đối xử mà thành viên đó dành cho dịch vụ và các nhà cung cấp dịch vụ tương tự của bất kỳ nước nào khác. Các thành viên có thể duy trì biện pháp không phù hợp với điều kiện là biện pháp đó phải được liệt kê và đáp ứng các điều kiện tại Danh mục miễn trừ đối xử tối huệ quốc. Do vậy, Việt Nam phải đối xử bình đẳng (về chính sách, pháp luật, thủ tục...) giữa các nhà cung cấp dịch vụ đến từ các nước thành viên ASEAN trừ việc dành các biện pháp đối xử ưu đãi theo các Hiệp định đầu tư song phương đối với các nước đã ký Hiệp định đầu tư song phương với Việt Nam và áp dụng không thời hạn khi phát sinh nhu cầu thúc đẩy đầu tư vào Việt Nam. Đối với dịch vụ phân phối, cam kết miễn trừ MFN trong AFAS tương tự như đối với cam kết WTO.

Theo biểu cam kết, Brunei, Malaysia, Philippines và Singapore đưa ra những miễn trừ trong các trường hợp liên quan đến lao động chưa đào tạo di chuyển vào các quốc gia sẽ xét đến yếu tố văn hóa, tôn giáo, tính kế cận, lao động đã đào tạo sẽ ưu tiên đối với nguồn cung truyền thống, các trường hợp

cấp thị thực đặc biệt khác. Riêng các nước Cambodia, Indonesia, Lào, Myanmar và Thailand không miễn trừ MFN trong dịch vụ phân phối.

3. Khía cạnh pháp lý cho việc thực thi cam kết AEC mở cửa thị trường dịch vụ phân phối tại Việt Nam và các đề xuất

3.1. Thực thi cam kết AEC về dịch vụ phân phối tại Việt Nam

Ngày 04/10/2016, Chính phủ Việt Nam đã phê duyệt Nghị định thực hiện gói cam kết dịch vụ thứ 9 ký kết ngày 27/11/2015 tại Makati City, Philippines trong khuôn khổ Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ, nền tảng cho việc thực thi các cam kết dịch vụ nói chung và dịch vụ phân phối nói riêng của Việt Nam. Qua phân tích ở trên cho thấy, các cam kết chung của Việt Nam về dịch vụ phân phối trong AEC đều tương tự mức cam kết của Việt Nam trong WTO, do vậy, quá trình điều chỉnh chính sách và pháp luật của Việt Nam về dịch vụ này để thực hiện các cam kết WTO trong thời gian từ khi gia nhập đến nay đồng thời phù hợp với việc thực hiện các Gói cam kết dịch vụ trong AFAS. Quá trình nội luật hóa các cam kết trong khuôn khổ WTO để đảm bảo thực hiện các nguyên tắc, nghĩa vụ của Việt Nam đã được tiến hành liên tục trước và sau khi gia nhập tổ chức này. Đến thời điểm hiện tại cho thấy nỗ lực của Việt Nam trong việc cải thiện môi trường pháp lý làm cơ sở cho hoạt động của dịch vụ phân phối trong bối cảnh mới là thực hiện cam kết khu vực ASEAN, thể hiện sự tuân thủ chặt chẽ

và thực hiện nghiêm túc nghĩa vụ của thành viên trong AEC.

Liên quan đến thực hiện cam kết về hiện diện thương mại của các nhà cung cấp dịch vụ nước ngoài, những văn bản quy phạm pháp luật của Việt Nam đã điều chỉnh phù hợp với nội dung cam kết về vấn đề hạn chế tiếp cận thị trường, các điều kiện về sở hữu, hoạt động, hình thức pháp nhân và phạm vi hoạt động, việc thuê đất, góp vốn tại các văn bản luật và dưới luật như Luật Thương mại năm 2005, Luật Doanh nghiệp năm 2014, Luật Đầu tư năm 2014, Nghị định số 07/2016/NĐ-CP ngày 25/01/2016 của Chính phủ quy định chi tiết Luật Thương mại về văn phòng đại diện, chi nhánh của thương nhân nước ngoài tại Việt Nam.

Về vấn đề kiểm tra nhu cầu kinh tế, đây là một nội dung mà cả góc độ pháp lý và thực tiễn đều phát sinh những vấn đề tranh cãi trong việc áp dụng nó đối với nghĩa vụ thực thi cam kết nói chung và tác động đối với ngành phân phối nói riêng. Các quốc gia khác nhau có những tiêu chí ENT khác nhau tùy thuộc mức độ hạn chế tiếp cận thị trường của từng nước. Sau khi gia nhập WTO, Việt Nam đã có những văn bản hướng dẫn nội dung này⁹ nhưng các tiêu chí không rõ ràng, khó xác định, dễ dẫn đến sự tùy tiện khi áp dụng trong thực tế, chưa đảm bảo việc tuân thủ đầy đủ cam kết. Trong lộ trình thực hiện cam kết WTO cũng như AEC, Luật Quản lý ngoại thương 2017 ra đời và Nghị định số 09/2018/NĐ-CP của Chính phủ ngày 15/01/2018 quy định chi tiết Luật Thương

9 ENT thời điểm đó được quy định trong ba văn bản là Nghị định số 23/2007/NĐ-CP của Chính phủ ngày 12/02/2007 quy định chi tiết Luật Thương mại về hoạt động mua bán hàng hóa và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hóa của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam; Quyết định số 10/2007/QĐ-BTM ngày 21/5/2007 của Bộ Thương mại công bố lộ trình thực hiện hoạt động mua bán hàng hóa và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hóa và Thông tư số 09/2007/TT-BTM ngày 17/7/2007 hướng dẫn Nghị định số 23/2007/NĐ-CP ngày 12/02/2007.

mại và Luật Quản lý ngoại thương về hoạt động mua bán hàng hóa và các hoạt động liên quan trực tiếp đến mua bán hàng hóa của nhà đầu tư nước ngoài, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam làm cơ sở cho việc kiểm tra nhu cầu kinh tế minh bạch và phù hợp hơn.

Tương ứng với các quy định về MFN và Danh mục miễn trừ MFN theo Điều II GATS cũng như Danh mục miễn trừ MFN trong các Gói cam kết AFAS, Pháp lệnh đối xử tối huệ quốc và đối xử quốc gia trong thương mại quốc tế (2002) cùng với các quy định về MFN trong các văn bản luật chuyên ngành khác trở thành cơ sở cho việc vận dụng cam kết trong thực tiễn.

Về các nội dung cam kết khác, Việt Nam vẫn đang tiếp tục điều chỉnh, bổ sung những văn bản quy phạm pháp luật có liên quan để đáp ứng cơ chế giám sát thực thi khác nhau của từng thể chế như thông qua báo cáo định kỳ đối với WTO hay sử dụng ma trận đánh giá áp dụng cho các quốc gia thành viên, do Ban Thư ký ASEAN tổng hợp. Đó là quá trình mà pháp luật là một công cụ nhằm tuân thủ cam kết và thúc đẩy lợi ích mà Việt Nam đặt ra khi tham gia tiến trình AFAS.

3.2. Một số nhận xét và đề xuất

Như đã trình bày ở phần mở đầu, mục tiêu tự do hóa trong khuôn khổ AFAS đã được nêu trong Kế hoạch tổng thể xây dựng AEC; theo đó, AEC đặt ra các yêu cầu tự do hóa với cả 4 phương thức cung cấp dịch vụ. Vì trong Biểu cam kết đã loại trừ phương thức 4, mục tiêu của AEC Blueprint là đối với phương thức 1 và 2 không có hạn chế

nào, ngoại trừ các trường hợp có lý do hợp lý (như bảo vệ cộng đồng) và được sự đồng ý của tất cả các thành viên ASEAN trong từng trường hợp cụ thể; đối với phương thức 3 cho phép tỷ lệ góp vốn của các nhà đầu tư nước ngoài thuộc khu vực ASEAN trong các doanh nghiệp lên tới 70% vào năm 2015 đối với tất cả các lĩnh vực và từng bước loại bỏ các rào cản khác; thực tế rà soát và đánh giá cho thấy các nước ASEAN chưa đạt được mục tiêu này¹⁰.

Các Gói cam kết hiện tại trong AFAS đã hoàn tất; các quốc gia hướng đến Hiệp định Thương mại dịch vụ ASEAN (ATISA) đã được ký kết thay thế cho AFAS với hy vọng đây là bước đi mới trong tiến trình hội nhập về dịch vụ của ASEAN theo hướng mở cửa, tự do hóa hơn về dịch vụ¹¹. Dịch vụ phân phối từ đó cũng được trông đợi có những quy định giảm bớt các rào cản phân biệt đối xử với những nhà cung cấp dịch vụ, đồng thời đưa ra nền tảng pháp luật vững chắc và cơ chế minh bạch hơn cho thị trường dịch vụ phân phối trong khu vực. Như vậy, Việt Nam cần có những chuẩn bị nhất định cho pháp luật điều chỉnh ngành dịch vụ này, khi ATISA sử dụng phương pháp tiếp cận mới là chọn - bỏ thay vì chọn - cho như AFAS.

Dịch vụ phân phối là ngành dịch vụ quan trọng đối với bất kỳ nền kinh tế nào nhưng chưa được tự do hóa cao độ trong ASEAN. Trước đây, Hiệp định khung ASEAN về các ngành ưu tiên (2004) liệt kê 11 ngành không có dịch vụ phân phối, cho thấy mức độ quan tâm đến lĩnh vực này còn hạn chế. Đến AFAS, các quốc gia thành viên

10 Văn kiện Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ (AFAS) và tóm tắt, Trung tâm WTO và hội nhập – Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, <http://aecvcci.vn/tin-tuc-n1634/van-kien-hiep-dinh-khung-asean-ve-dich-vu-afas-va-tom-tat.htm>, truy cập ngày 24/12/2019.

11 Hiệp định thương mại và dịch vụ ASEAN (ATISA), Trung tâm WTO và hội nhập – Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, <http://www.trungtamwto.vn/chuyen-de/13979-hiep-dinh-thuong-mai-dich-vu-asean-atisa>, truy cập ngày 24/12/2019.

đều giữ những hạn chế nhất định cho ngành và các phân ngành, thậm chí có phân ngành không được cam kết ở một số nước như Brunei chỉ cam kết đối với dịch vụ nhượng quyền thương mại, Indonesia chỉ cam kết dịch vụ bán buôn và bán hàng trực tiếp ở gói 9, đến gói 10 mới bổ sung thêm dịch vụ bán lẻ và nhượng quyền, Lào không cam kết dịch vụ bán lẻ, Myanmar không cam kết nhượng quyền ở gói 9, đến gói 10 mới bổ sung.

Đối với Việt Nam, mức độ mở cửa ngành và các phân ngành của dịch vụ phân phối qua các Gói cam kết theo lộ trình và cho đến Gói cam kết cuối cùng thứ 10 vẫn không mở hơn về mức độ cam kết. Mặc dù có thể nhận thấy, trong một số gói cam kết dịch vụ gần đây của AEC, mức độ cam kết của Việt Nam đã bắt đầu cao hơn so với WTO, phù hợp với mức độ mở cửa thực tế về dịch vụ của đất nước nhưng dịch vụ phân phối không nằm trong nhóm đó. Kết quả trong AFAS chỉ tương tự như những gì đã đàm phán đạt được trong WTO, nghĩa là vẫn duy trì ở mức ngang bằng cam kết trong WTO. Khi so sánh với một số nước khác

trong khu vực như Cambodia và Singapore, nhất là Singapore hầu như không có hạn chế nào về tiếp cận thị trường và đối xử quốc gia ở cả 4 phân ngành trừ một số mặt hàng đối với dịch vụ đại lý và bán buôn cũng như các loại trừ các cam kết đã ký kết trong WTO đối với cam kết chung, Việt Nam vẫn chưa có sự cởi mở thị trường mang tính đột phá. Từ đó, hệ thống pháp luật cũng chưa có sự biến chuyển lớn nhằm tạo tiền đề và hành lang pháp lý cho việc thực thi cam kết rộng mở hơn. Mục tiêu mà các hiệp định thương mại tự do hướng đến là nhằm giảm bớt và loại bỏ rào cản thương mại; trong khi WTO chỉ thành công trong việc giảm bớt chứ chưa đạt được mức loại bỏ rào cản thương mại như trong các FTA, thì lẽ ra đàm phán và cam kết của các quốc gia thành viên AEC phải đạt được mục tiêu bản chất đó. Như vậy, trong nỗ lực mở cửa thị trường dịch vụ của mình, với những quan điểm thống nhất về hội nhập nói chung, Việt Nam cần tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật theo hướng tự do hóa làm nền tảng cho những thay đổi về tự do hóa dịch vụ phân phối về sau, nhằm đạt được lợi ích lâu dài trong khu vực ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Lao PDR, Myanmar, Malaysia, Philippines, Singapore, Thailand, Vietnam – Schedule of specific commitments for the 9th Package of Commitments under ASEAN Framework Agreement on Services.
2. Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Lao PDR, Myanmar, Malaysia, Philippines, Singapore, Thailand, Vietnam – List of MFN Exemptions for the 9th Package of Commitments under ASEAN Framework Agreement on Services.
3. Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Lao PDR, Myanmar, Malaysia, Philippines, Singapore, Thailand, Vietnam – Schedule of specific commitments for the 10th Package of Commitments under ASEAN Framework Agreement on Services.
4. Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Lao PDR, Myanmar, Malaysia, Philippines, Singapore, Thailand, Vietnam – List of MFN Exemptions for the 10th Package of Commitments under ASEAN Framework Agreement on Services.
5. World Trade Organization (2006), Part II - Schedule of Specific Commitments in Services List of Article II MFN Exemptions, WT/ACC/VNM/48/Add.2.

THẨM QUYỀN CƯỜNG CHẾ THI HÀNH QUYẾT ĐỊNH XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH

Nguyễn Nhật Khanh*

*ThS. Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Thẩm quyền, cưỡng chế, quyết định xử phạt vi phạm hành chính.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/02/2020
Biên tập : 17/02/2020
Duyệt bài : 21/02/2020

Article Infomation:

Keywords: Competence, enforcement, decisions to sanction administrative violations.

Article History:

Received : 11 Feb. 2020
Edited : 17 Feb. 2020
Approved : 21 Feb. 2020

Tóm tắt:

Cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính là cách thức hữu hiệu để bảo đảm các quyết định xử phạt được thi hành trên thực tế. Để việc áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt có tính hợp pháp đòi hỏi người ban hành quyết định cưỡng chế phải có đầy đủ thẩm quyền theo quy định của pháp luật. Bài viết này¹ phân tích một số vấn đề lý luận, pháp lý cũng như thực tiễn thi hành các quy định về thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính, chỉ ra một số bất cập và đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

Enforcement of decisions to sanction administrative violations is an effective method to ensure that sanctioning decisions are actually enforced. In order for the application of coercive measures to enforce a sanctioning decision legally, the person issuing the enforcement decision must have full competence as prescribed by law. This article provides analysis of a number of theoretical, legal issues and the practical enforcement of the regulations on the competence to enforce decisions on sanctioning administrative violations, pointing out some inadequacies and making some proposals for improvement.

1. Khái quát về thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính

Trong pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính (VPHC), thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC là một

ché định pháp lý bao gồm tổng thể các quy phạm pháp luật quy định quyền và nghĩa vụ của những chức danh có thẩm quyền trong việc quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế: (i) Khấu trừ một phần lương hoặc một phần thu nhập, khấu trừ tiền từ tài

1 Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ đề tài Nghiên cứu khoa học cấp trường “Các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt tiền đối với vi phạm hành chính” do Thạc sĩ Nguyễn Nhật Khanh làm chủ nhiệm.

khoản của cá nhân, tổ chức vi phạm; (ii) Kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt để bán đấu giá; (iii) Thu tiền, tài sản khác của đối tượng bị cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC do cá nhân, tổ chức khác đang giữ trong trường hợp cá nhân, tổ chức sau khi vi phạm cố tình tẩu tán tài sản; (iv) Buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả².

Về mặt lý luận, thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC có một số đặc trưng nổi bật sau đây:

Thứ nhất, thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC chỉ phát sinh khi cá nhân, tổ chức bị xử phạt không tự nguyện chấp hành quyết định xử phạt. Điều này đồng nghĩa với việc, nếu cá nhân, tổ chức VPHC đã tự nguyện chấp hành đầy đủ các nội dung của quyết định xử phạt thì thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt sẽ không phát sinh trên thực tế. Qua đó, có thể thấy thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt là loại thẩm quyền phát sinh không thường xuyên.

Thứ hai, giữa thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt với thẩm quyền xử phạt VPHC có mối liên hệ mật thiết với nhau. Trong mối liên hệ này, thẩm quyền xử phạt phát sinh trước, còn thẩm quyền cưỡng chế phát sinh sau. Do vậy, những chức danh có thẩm quyền cưỡng chế bắt buộc phải là những chức danh có thẩm quyền xử phạt VPHC. Tuy nhiên, không phải mọi chức danh có thẩm quyền xử phạt đều có thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt³. Các điều từ Điều 38 đến Điều 51 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Luật

năm 2012) quy định thẩm quyền xử phạt VPHC cho 185 chức danh, trong đó có 176 chức danh làm việc trong cơ quan hành chính nhà nước (chiếm khoảng 95% số lượng các chức danh có thẩm quyền xử phạt), 9 chức danh thuộc Tòa án không nằm trong cơ quan hành chính (chiếm khoảng 5% các chức danh có thẩm quyền xử phạt)⁴. Trong khi đó, Điều 87 Luật năm 2012 chỉ quy định cho 110 chức danh có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC.

Sự khác biệt này được lý giải bởi mục đích sử dụng thẩm quyền trong từng trường hợp cụ thể. Đối với việc xử phạt VPHC, nhu cầu quản lý nhà nước đòi hỏi việc xử phạt phải được tiến hành nhanh chóng để bảo đảm VPHC được phát hiện, ngăn chặn và xử lý kịp thời nhằm giữ gìn trật tự quản lý của Nhà nước. Vì vậy, Luật năm 2012 đã trao thẩm quyền xử phạt cho rất nhiều các chức danh khác nhau, đặc biệt là chức danh trực tiếp thực hiện các hoạt động quản lý nhà nước (chiến sĩ công an đang thi hành nhiệm vụ, kiểm soát viên quản lý thị trường, công chức hải quan đang thi hành công vụ, chiến sĩ bộ đội biên phòng, kiểm lâm viên...). Trong khi đó, việc cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt có ảnh hưởng trực tiếp đến quyền, lợi ích của người bị cưỡng chế, do đó đòi hỏi người ra quyết định phải giữ vị trí nhất định (các chức danh giữ chức vụ cấp trưởng) để bảo đảm mỗi quyết định cưỡng chế khi ban hành có tính pháp lý cao, hạn chế khiếu nại, kiện tụng. Một lý do khác mà các chức danh có thẩm quyền cưỡng chế là những chức danh được “chọn lọc” cao vì

2 Khoản 2 Điều 86 Luật xử lý VPHC năm 2012.

3 Nguyễn Cảnh Hợp (Chủ biên), “Bình luận khoa học Luật XLVPHC năm 2012” (Tái bản lần thứ 1), Nxb. Hồng Đức, 2017, tr.591.

4 Mai Thị Lâm (2016), Thẩm quyền xử phạt VPHC, Luận văn Thạc sĩ luật học, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tr.29.

tính trách nhiệm của mỗi quyết định cưỡng chế buộc người có thẩm quyền cưỡng chế phải cân nhắc kỹ lưỡng trước khi ra quyết định, đặc biệt đó là những trường hợp ra quyết định cưỡng chế nhằm thi hành quyết định xử phạt của những chức danh khác chứ không phải để thi hành quyết định xử phạt của mình⁵.

Thứ ba, những người có thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt có thể giao quyền cho cấp phó. Việc giao quyền chỉ được thực hiện khi cấp trưởng vắng mặt và phải được thể hiện bằng văn bản, trong đó xác định rõ phạm vi, nội dung, thời hạn được giao quyền. Cấp phó được giao quyền phải chịu trách nhiệm về quyết định của mình trước cấp trưởng và trước pháp luật. Người được giao quyền không được giao quyền, ủy quyền tiếp cho bất kỳ cá nhân nào khác.

Luật năm 2012 quy định 03 trường hợp cấp trưởng có thể giao quyền cho cấp phó thực hiện một số thẩm quyền của mình: giao quyền xử phạt⁶, giao quyền quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt⁷ và giao quyền tạm giữ người theo thủ tục hành chính⁸. Tuy nhiên, về điều kiện giao quyền thì có sự khác nhau trong 03 trường hợp này. Nếu việc giao quyền xử phạt có thể được thực hiện thường xuyên hoặc theo vụ việc thì việc giao quyền quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt và giao quyền tạm giữ người theo thủ tục hành chính chỉ được thực hiện khi cấp trưởng vắng mặt. Điều này cũng cho thấy sự “thận trọng” của nhà làm luật khi quy định về giao quyền cưỡng chế so với giao quyền xử phạt vì hoạt động cưỡng chế đòi hỏi những yêu cầu khắt khe hơn nhiều so với hoạt động xử phạt.

2. Một số bất cập về thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính và kiến nghị hoàn thiện

2.1. Về các chức danh có thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính

Điều 87 Luật năm 2012 đã sử dụng phương pháp liệt kê để quy định một cách chi tiết và cụ thể tên gọi của các chức danh có thẩm quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế để thi hành quyết định xử phạt VPHC. Việc quy định chi tiết về thẩm quyền cưỡng chế vừa giúp chủ thể quản lý xác định được phạm vi và giới hạn thẩm quyền cưỡng chế của mình, vừa giúp cá nhân, tổ chức bị cưỡng chế và các chủ thể có liên quan biết được việc áp dụng các biện pháp cưỡng chế của các chủ thể có thẩm quyền có phù hợp với quy định của pháp luật hay không để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình thông qua việc thực hiện quyền khiếu nại hoặc khởi kiện. Tuy nhiên, trước những thay đổi về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của các cơ quan trong bộ máy nhà nước, quy định về thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC của một số chức danh đã không còn phù hợp, đặt ra yêu cầu cần phải sửa đổi, bổ sung để đảm bảo sự tương thích với các quy định mới.

Đối với các chức danh trong lực lượng Công an nhân dân: Ngày 19/01/2015, Bộ Công an quyết định sáp nhập Cục Cảnh sát giao thông đường bộ, đường sắt và Cục Cảnh sát giao thông đường thủy thành Cục Cảnh sát giao thông, nên từ thời điểm này, sẽ không còn chức danh Cục trưởng Cục Cảnh sát giao thông đường bộ, đường sắt và Cục trưởng Cục Cảnh sát đường thủy mà đổi

5 Nguyễn Cảnh Hợp (Chủ biên), “Bình luận khoa học Luật XLVPHC năm 2012” (Tái bản lần thứ 1), Nxb. Hồng Đức, 2017, tr.592.

6 Điều 54 Luật năm 2012.

7 Khoản 2 Điều 87 Luật năm 2012.

8 Khoản 2 Điều 123 Luật năm 2012.

thành Cục trưởng Cục Cảnh sát giao thông⁹. Sau đó, ngày 6/8/2018, Chính phủ ban hành Nghị định số 01/2018/NĐ-CP để quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Công an thay thế cho Nghị định trước đây. Theo nội dung của Nghị định này, cơ cấu tổ chức của Bộ Công an có sự thay đổi một cách rõ rệt dẫn đến thay đổi lớn về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các đơn vị trực thuộc. So với trước đây, cơ cấu tổ chức của Bộ Công an giảm 6 Tổng cục, giảm gần 60 đơn vị cấp Cục và gần 300 đơn vị cấp Phòng. Một số Cục mới được hình thành trên cơ sở sáp nhập các Cục trước đây như Cục An ninh mạng và Cục Phòng chống tội phạm công nghệ cao được sáp nhập thành Cục An ninh mạng và Phòng chống tội phạm công nghệ cao. Ở địa phương, lực lượng công an sáp nhập 20 Sở Cảnh sát Phòng cháy, chữa cháy vào Công an cấp tỉnh và tinh gọn tổ chức Công an cấp tỉnh, cấp huyện, giảm hơn 500 đơn vị cấp Phòng, gần 1.000 đơn vị cấp Đội¹⁰.

Đối với các chức danh trong lực lượng hải quan: Luật năm 2012 trao thẩm quyền cưỡng chế cho năm chức danh gồm: Chi cục trưởng Chi cục Hải quan; Cục trưởng Cục Hải quan tỉnh, liên tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương; Cục trưởng Cục Kiểm tra sau thông quan; Cục trưởng Cục Điều tra chống buôn lậu thuộc Tổng cục Hải quan; Tổng cục trưởng Tổng cục Hải quan. Tuy nhiên, đối chiếu với quy định về thẩm quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt trong lĩnh vực hải quan, ngoài các

chức danh được nêu tên trong Luật năm 2012, Nghị định số 127/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 45/2016/NĐ-CP) (Nghị định 127) còn quy định thêm thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt trong lĩnh vực hải quan cho “*Chi cục trưởng Chi cục kiểm tra sau thông quan*”¹¹. Như vậy, Nghị định số 127 đã bổ sung thêm các chức danh có thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt, thực tế này ở một góc độ nhất định có thể được xem là hợp lý nhằm giải quyết kịp thời nhu cầu của hoạt động quản lý, song ở góc độ pháp lý thì không phù hợp với nguyên tắc pháp quyền và phá vỡ tính thống nhất của hệ thống pháp luật.

Đối với các chức danh trong lực lượng quản lý thị trường: Luật năm 2012 quy định thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC cho hai chức danh là Chi Cục trưởng Chi cục Quản lý thị trường và Cục trưởng Cục Quản lý thị trường. Tuy nhiên, đến ngày 10/8/2018, Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 34/2018/QĐ-TTg quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Tổng Cục Quản lý thị trường trực thuộc Bộ Công thương. Theo nội dung Quyết định này, cơ cấu bộ máy của lực lượng quản lý thị trường trên toàn quốc có sự thay đổi như sau: ở trung ương có Tổng cục Quản lý thị trường trực thuộc Bộ Công thương; ở địa phương có Cục Quản lý thị trường cấp tỉnh trực thuộc Tổng cục Quản lý thị trường và Đội Quản lý thị trường cấp huyện trực thuộc Cục Quản lý thị trường cấp tỉnh¹². Như vậy, từ ngày Quyết định này có

- 9 M. Quang, Báo Tuổi trẻ online, Ra mắt Cục Cảnh sát giao thông, tại <https://tuoitre.vn/ra-mat-cuc-canhsat-giao-thong-701082.htm>, truy cập ngày 06/02/2020.
- 10 Việt Hưng, Báo điện tử Công an nhân dân, Giảm 6 Tổng cục, gần 60 đơn vị cấp Cục và gần 300 đơn vị cấp Phòng, tại <http://cand.com.vn/Su-kien-Binh-luan-thoi-su/Giam-6-Tong-cuc-gan-60-don-vi-cap-Cuc-va-gan-300-don-vi-cap-Phong-504992/>, truy cập ngày 07/02/2020.
- 11 Khoản 1 Điều 29 Nghị định số 127/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 45/2016/NĐ-CP).
- 12 Khoản 2 Điều 3 Quyết định số 34/2018/QĐ-TTg còn quy định rõ Cục Quản lý thị trường cấp tỉnh trực thuộc Tổng cục Quản lý thị trường gồm: Cục Quản lý thị trường tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương;

hiệu lực, trong cơ cấu tổ chức của lực lượng quản lý thị trường sẽ không còn chức danh Chi Cục trưởng Chi cục Quản lý thị trường và chức danh Cục trưởng Cục Quản lý thị trường. Do vậy, quy định về thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC đối với hai chức danh nay hiện nay cũng không còn phù hợp trên thực tế.

Đối với các chức danh thuộc hệ thống Tòa án nhân dân: Luật năm 2012 quy định thẩm quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC cho năm chức danh là: Chánh án Tòa án nhân dân cấp huyện, Chánh án Tòa án nhân dân cấp tỉnh, Chánh án Tòa án quân sự khu vực, Chánh án Tòa án quân sự quân khu và tương đương, Chánh toà chuyên trách Tòa án nhân dân tối cao. Trong số các chức danh nêu trên, chức danh “Chánh toà chuyên trách Tòa án nhân dân tối cao” nay đã bị bãi bỏ theo quy định của Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 bởi trong cơ cấu tổ chức của Tòa án nhân dân tối cao hiện nay không còn các tòa chuyên trách như trước đây¹³. Trong khi đó, một số chức danh mới được thành lập như *Chánh án Tòa án nhân dân cấp cao, Chánh tòa chuyên trách Tòa án nhân dân cấp cao*¹⁴ lại chưa được quy định thẩm quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC.

Để bảo đảm tính ổn định của văn bản quy phạm pháp luật trước những thay đổi về tổ chức bộ máy nhà nước, chúng tôi cho rằng, cần sửa đổi Luật năm 2012 theo

hướng, bên cạnh việc liệt kê các chức danh có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế, bổ sung quy định một điều trừ liệu các trường hợp thay đổi về tên gọi của các chức danh này. Cụ thể như sau:

“Điều...: Thay đổi tên gọi, nhiệm vụ, quyền hạn của chức danh có thẩm quyền quyết định cưỡng chế

1. Trường hợp chức danh có thẩm quyền quyết định cưỡng chế quy định tại Luật này có sự thay đổi về tên gọi thì chức danh đó có thẩm quyền cưỡng chế theo tên gọi mới.

2. Trường hợp chức danh có thẩm quyền quyết định cưỡng chế quy định tại Luật này có sự thay đổi về tên gọi, đồng thời, có sự thay đổi về nhiệm vụ, quyền hạn do có sự thay đổi về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, đơn vị có thẩm quyền cưỡng chế thì chức danh đó có thẩm quyền cưỡng chế theo tên gọi, nhiệm vụ, quyền hạn mới.

3. Trường hợp chức danh có thẩm quyền quyết định cưỡng chế quy định tại Luật này không có sự thay đổi về tên gọi nhưng có sự thay đổi về nhiệm vụ, quyền hạn do có sự thay đổi về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, đơn vị có thẩm quyền cưỡng chế thì chức danh đó có thẩm quyền cưỡng chế theo nhiệm vụ, quyền hạn mới”.

2.2. Về giao quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính

Để đáp ứng yêu cầu của hoạt động cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC, Luật năm 2012 quy định người có

Cục Quản lý thị trường liên tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Còn Đội Quản lý thị trường cấp huyện trực thuộc Cục Quản lý thị trường cấp tỉnh gồm: Đội Quản lý thị trường huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương; Đội Quản lý thị trường liên huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương; Đội Quản lý thị trường chuyên ngành; Đội Quản lý thị trường cơ động.

13 Điều 21 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 quy định cơ cấu tổ chức của Tòa án nhân dân tối cao gồm Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao; Bộ máy giúp việc; Cơ sở đào tạo, bồi dưỡng. Tòa án nhân dân tối cao có Chánh án, các Phó Chánh án, Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, Thẩm tra viên, Thư ký Tòa án, công chức khác, viên chức và người lao động.

14 Điều 30, Điều 33, Điều 35 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014.

thẩm quyền cưỡng chế có thể giao cho cấp phó quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế. Đồng thời, Luật này cũng quy định rõ hai điều kiện để được giao quyền cưỡng chế là: (i) Chỉ được thực hiện khi cấp trưởng vắng mặt; (ii) Phải được thể hiện **bằng văn bản**, trong đó, xác định rõ phạm vi, nội dung, thời hạn giao quyền. Cấp phó được giao quyền phải chịu trách nhiệm về quyết định của mình trước cấp trưởng và trước pháp luật. Người được giao quyền không được giao quyền, ủy quyền tiếp cho bất kỳ cá nhân nào khác¹⁵. Có thể thấy rằng, trong quản lý nhà nước, hoạt động ủy quyền hành chính là cần thiết nhằm bảo đảm cho hoạt động chấp hành - điều hành được diễn ra liên tục, nhịp nhàng, điều chỉnh hiệu quả các quan hệ xã hội. Tuy nhiên, nếu không được kiểm soát chặt chẽ thì ủy quyền dễ dẫn đến sự tùy tiện, lạm quyền¹⁶. Để kiểm soát hoạt động ủy quyền trong thực hiện giao quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC, pháp luật đã có những quy định khá chặt chẽ về điều kiện thực hiện giao quyền cưỡng chế. Tuy nhiên, vấn đề này vẫn còn một số điểm bất cập như sau:

Thứ nhất, về điều kiện khi “cấp trưởng vắng mặt”

Nếu như việc giao quyền xử phạt VPHC có thể được thực hiện “thường xuyên” hoặc “theo vụ việc” tùy thuộc vào quyền quyết định của người cấp trưởng thì việc giao quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC chỉ được thực hiện khi “cấp trưởng vắng mặt”. Thế nhưng, vấn đề có tính thực tiễn đặt ra là “sự vắng mặt” của cấp trưởng cần được hiểu như thế nào cho đúng với tinh

thần của Luật năm 2012, đó là sự vắng mặt thường xuyên, lâu dài hay là sự vắng mặt tạm thời. Câu hỏi này hiện nay không được quy định một cách rõ ràng trong Luật năm 2012. Về mặt lý luận, có thể thấy rằng việc quy định cấp trưởng chỉ được giao quyền quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt khi cấp trưởng vắng mặt là quy định hợp lý vì tính chất nghiêm trọng của quyết định cưỡng chế so với quyết định xử phạt. Một khi chủ thể có thẩm quyền cưỡng chế đã được “chọn lọc” thì việc giao quyền lại càng phải hạn chế. Nói cách khác, chỉ nên đặt ra vấn đề giao quyền trong hoàn cảnh không thể không giao quyền mới bảo toàn được ý nghĩa của việc chỉ trao quyền cưỡng chế cho một số chức danh quan trọng và do chỉ được giao quyền khi cấp trưởng vắng mặt nên đây là giao quyền theo vụ việc chứ không phải giao quyền thường xuyên, lâu dài¹⁷.

Thứ hai, về hình thức văn bản giao quyền cưỡng chế

Mặc dù Luật năm 2012 quy định việc giao quyền cưỡng chế phải được thể hiện **bằng văn bản**, nhưng Luật không đề cập đến hình thức của văn bản giao quyền cưỡng chế là gì, từ đó dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau trong thực tế.

Quan điểm thứ nhất cho rằng: tên loại của văn bản giao quyền là “*công văn*”¹⁸ vì công văn dùng để thông tin trong hoạt động giao dịch, trao đổi công tác hàng ngày trong các cơ quan như giao dịch, nhắc nhở, trả lời, đề nghị, mời họp, hướng dẫn thực hiện văn bản cấp trên, xin ý kiến, thăm hỏi, cảm ơn, phúc đáp.

15 Khoản 2 Điều 87 Luật năm 2012.

16 Cao Vũ Minh (2019), “Những nội dung cần sửa đổi trong Luật XLVPHC năm 2012”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 1 (369).

17 Nguyễn Cảnh Hợp (Chủ biên), “Bình luận khoa học Luật XLVPHC năm 2012” (Tái bản lần thứ 1), Nxb. Hồng Đức, 2017, tr.593.

18 Công văn số 1734/UBND-TH ngày 18/5/2015 của Chủ tịch UBND tỉnh Long An về việc ủy quyền điều hành, xử lý công việc của UBND tỉnh.

Quan điểm thứ hai cho rằng: tên loại văn bản giao quyền trong Luật năm 2012 là “*thông báo*”¹⁹ vì thông báo nhằm mục đích thông tin về hoạt động, thông tin nhanh cho người quản lý của mình biết thi hành và những thông tin về những tin tức khác mà người có liên quan cần biết.

Quan điểm thứ ba cho rằng: văn bản giao quyền là văn bản hành chính vì văn bản hành chính mang thông tin quy phạm nhà nước và nó cụ thể hóa việc thi hành văn bản pháp quy, giải quyết những vụ việc cụ thể trong khâu quản lý. Chính vì lẽ đó, mà văn bản giao quyền phải là “*quyết định*”²⁰. Vì nó thể hiện quyền lực nhà nước, đảm bảo cơ sở pháp lý để nhà nước giữ vững quyền lực của mình, truyền đạt ý chí của cơ quan nhà nước tới nhân dân và các chủ thể pháp luật khác.

Để khắc phục bất cập nêu trên, ngày 18/8/2017, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 97/2017/NĐ-CP để sửa đổi, bổ sung một số Điều của Nghị định số 81/2013/NĐ-CP, trong đó sửa đổi, bổ sung quy định về tên gọi của văn bản giao quyền. Theo đó, khoản 3 Điều 1 Nghị định số 97/2017/NĐ-CP sửa đổi khoản 4 Điều 5 của Nghị định số 81/2013/NĐ-CP như sau:

“4. Quyết định giao quyền quy định tại Điều 54, khoản 2 Điều 87 và khoản 2 Điều 123 Luật XLVPHC phải xác định rõ phạm vi, nội dung, thời hạn giao quyền.

Quyết định giao quyền phải được đánh số, ghi rõ ngày, tháng, năm, trích yếu, ký và đóng dấu; trường hợp cơ quan, đơn vị của người giao quyền không được sử dụng dấu riêng, thì đóng dấu treo của cơ quan cấp trên.

Phần căn cứ pháp lý ra quyết định xử phạt VPHC của cấp phó được giao quyền phải thể hiện rõ số, ngày, tháng, năm, trích yếu của quyết định giao quyền”.

Như vậy, Nghị định số 97/2017/NĐ-CP đã quy định rõ tên gọi của văn bản giao quyền cưỡng chế phải thể hiện dưới hình thức là “*Quyết định giao quyền*” chứ không thể hiện dưới nhiều hình thức khác nhau như hướng dẫn của Nghị định số 81/2013/NĐ-CP. Đồng thời, Nghị định số 97/2017/NĐ-CP cũng ban hành Phụ lục mới về một số biểu mẫu trong xử lý VPHC thay thế cho Phụ lục ban hành kèm theo Nghị định số 81/2013/NĐ-CP²¹. Đối với vấn đề giao quyền cưỡng chế, Phụ lục ban hành kèm theo Nghị định số 97/2017/NĐ-CP đã quy định biểu mẫu số 30 với tên gọi “*Quyết định về việc giao quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC*”. Do đó, kể từ thời điểm Nghị định số 97/2017/NĐ-CP chính thức có hiệu lực thi hành là “*ngày 05 tháng 10 năm 2017*” trở đi thì tất cả các văn bản giao quyền cưỡng chế đều phải thể hiện thống nhất dưới hình thức “*Quyết định về việc giao quyền cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC*”.

2.3. Về thẩm quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt của cấp trên đối với quyết định xử phạt của cấp dưới

Nhằm cụ thể hóa các quy định về cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC trong Luật năm 2012, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 166/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 quy định về các biện pháp cưỡng chế nhằm bảo đảm thi hành quyết định xử phạt VPHC (Nghị định số 166). Để đảm bảo tính hợp

19 Thông báo số 07/TB-UBND, Thông báo số 08/TB-UBND, Thông báo số 09/TB-UBND ngày 12/01/2015 của Chủ tịch UBND huyện Phù Cát, tỉnh Bình Định về giao quyền xử lý VPHC cho các Phó chủ tịch UBND huyện gồm Lương Ngọc Anh, Phạm Ngọc Trinh, Nguyễn Huỳnh Huyện.

20 Quyết định số 3369/QĐ-CTUBND ngày 20/11/2015 của Chủ tịch UBND tỉnh Khánh Hòa về giao quyền xử phạt VPHC và cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC.

21 Khoản 3 Điều 4 Nghị định số 97/2017/NĐ-CP.

pháp của việc cưỡng chế, Nghị định này quy định nguyên tắc áp dụng các biện pháp cưỡng chế như sau: “*Việc cưỡng chế chỉ được thực hiện khi có quyết định cưỡng chế bằng văn bản của người có thẩm quyền*”²². Tuy nhiên, Luật năm 2012 chỉ liệt kê các chức danh có thẩm quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế chứ không nói rõ là thẩm quyền ban hành quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt chỉ thuộc về người ban hành quyết định xử phạt VPHC hay cấp trên của người ban hành quyết định xử phạt VPHC có được ban hành quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế khi quyền cưỡng chế vượt thẩm quyền của người xử phạt hay không? Đây là một vấn đề mà ngay cả Luật năm 2012 cũng như Nghị định số 166 còn bỏ ngỏ, từ đó tạo ra nhiều cách hiểu khi áp dụng trong thực tiễn.

Điều 5 Nghị định số 37/2005/NĐ-CP ngày 18/3/2005 của Chính phủ quy định về áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC (Nghị định số 37) quy định, cấp trên có quyền ra quyết định cưỡng chế và tổ chức việc cưỡng chế thi hành đối với quyết định xử phạt của cấp dưới trong các trường hợp sau:

- *Cấp dưới không có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế;*

- *Cấp dưới có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế nhưng không đủ điều kiện về lực lượng, phương tiện để tổ chức thi hành quyết định cưỡng chế và có văn bản đề nghị cấp trên ra quyết định cưỡng chế;*

- *Việc thi hành quyết định xử phạt liên quan đến nhiều địa phương, tổ chức, cá nhân hoặc cá nhân bị cưỡng chế là những người có chức sắc tôn giáo, có uy tín trong xã hội, cấp trên xét thấy cần thiết phải ra quyết định cưỡng chế.*

Trong thực tế, có nhiều trường hợp cấp

trên có quyền ban hành quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế để thi hành quyết định xử phạt VPHC của cấp dưới như hướng dẫn của Nghị định số 37 nêu trên. Tuy nhiên, Luật năm 2012 cũng như Nghị định số 166 lại không quy định cụ thể cấp trên có được quyền ban hành quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế để thi hành quyết định xử phạt VPHC của cấp dưới hay không? Điều này đã ra gây nhiều tranh cãi trong quá trình áp dụng pháp luật.

Quy định của pháp luật hiện hành dẫn đến hai cách hiểu khác nhau: *Cách hiểu thứ nhất*, cấp trên có quyền ban hành quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế để thi hành quyết định xử phạt VPHC của cấp dưới trong những trường hợp Nghị định số 37 đã liệt kê. *Cách hiểu thứ hai*, chỉ có người ban hành quyết định xử phạt VPHC mới có quyền ban hành quyết định cưỡng chế. Bởi vì, Luật năm 2012 không quy định cấp trên có quyền ban hành quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế để thi hành quyết định xử phạt VPHC của cấp dưới. Do vậy, để việc áp dụng pháp luật được thống nhất, cơ quan có thẩm quyền cần hướng dẫn cụ thể việc ban hành quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế trong những trường hợp nêu trên.

Chúng tôi cho rằng, nếu không cho phép cấp trên ban hành quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC của cấp dưới thì cần quy định rõ ràng: “*người có thẩm quyền áp dụng biện pháp cưỡng chế là người có thẩm quyền xử phạt VPHC*”; ngược lại, nếu cho phép cấp trên ban hành quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC của cấp dưới thì cần hướng dẫn cụ thể trường hợp nào cấp trên có quyền ra quyết định cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC của cấp dưới như hướng dẫn của Nghị định số 37 ■

22 Khoản 1 Điều 3 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT Ở, NHÀ Ở CỦA NGƯỜI VIỆT NAM ĐỊNH CƯ Ở NƯỚC NGOÀI

Trần Vang Phủ*

Trần Thụy Quốc Thái**

* Giảng viên, Khoa Luật – Đại học Cần Thơ.

** Giảng viên, Khoa Luật – Đại học Cần Thơ.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quyền sử dụng đất ở, quyền sở hữu nhà ở, người Việt Nam định cư ở nước ngoài.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 21/11/2019
Biên tập : 12/12/2019
Duyệt bài : 16/12/2019

Article Infomation:

Keywords: residential land use right, ownership of houses, the overseas Vietnamese

Article History:

Received : 21 Nov. 2019
Edited : 12 Dec. 2019
Approved : 16 Dec. 2019

Tóm tắt:

Đảng và Nhà nước ta luôn nhất quán quan điểm cho rằng người Việt Nam định cư ở nước ngoài là một bộ phận không tách rời của cộng đồng dân tộc Việt Nam. Vì vậy, việc hoàn thiện quy định của pháp luật liên quan đến việc sử dụng đất ở nói riêng, các loại đất khác nói chung cũng như tạo nhiều điều kiện thuận lợi hơn cho người Việt Nam định cư ở nước ngoài sở hữu, đầu tư xây dựng nhà ở tại Việt Nam là đòi hỏi cấp thiết cả về mặt lý luận và thực tiễn nhằm khuyến khích người Việt Nam định cư ở nước ngoài về đoàn tụ cùng gia đình cũng như đầu tư kinh doanh tại Việt Nam.

Abstract:

Our Party and Vietnamese government keep consistently a view that the overseas Vietnamese are an integral part of the Vietnamese community. Therefore, it is urgently required both theoretically and practically to improve the legal regulations related to the use of residential land in particular and other types of lands in general as well as provision of more favorable conditions for the overseas Vietnamese to own or purchase housing as an investment in Vietnam so that it is to encourage overseas Vietnamese to reunite with their families and to do business in Vietnam.

Hiến pháp năm 2013 ghi nhận, “*Người Việt Nam định cư ở nước ngoài là bộ phận không tách rời của cộng đồng dân tộc Việt Nam*”¹. Nguyên tắc Hiến định này khẳng định, cộng đồng người Việt Nam định cư ở nước ngoài, luôn luôn vẫn là “*người Việt Nam*” và đất nước Việt Nam vẫn chào đón

và tạo mọi điều kiện thuận lợi nhất để họ “*giữ quan hệ gắn bó với gia đình và quê hương, góp phần xây dựng quê hương, đất nước*”². Luật Đất đai năm 2013 đã có những quy định quan trọng về quyền và nghĩa vụ sử dụng đất của người Việt Nam định cư ở nước ngoài tại Việt Nam, qua đó đã tạo hành

1 Khoản 1 Điều 18 Hiến pháp năm 2013.

2 Khoản 2 Điều 18 Hiến pháp năm 2013.

lang pháp lý thuận lợi để thu hút cộng đồng người Việt Nam định cư ở nước ngoài về nước sinh sống, đầu tư, góp phần xây dựng đất nước, gắn chặt hơn nữa khối đại đoàn kết toàn dân tộc. Tuy nhiên, trong những năm vừa qua, tình hình kinh tế - xã hội của đất nước đã có nhiều thay đổi làm phát sinh nhiều vấn đề liên quan đến đất đai, nhà ở. Điều này dẫn đến một số quy định của Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản có liên quan (nhà ở, kinh doanh bất động sản, xây dựng...) đã bộc lộ những điểm hạn chế, chưa theo kịp, thậm chí làm trở ngại cho hoạt động sinh sống và đầu tư của người Việt Nam định cư ở nước ngoài.

1. Quyền sử dụng đất ở, quyền sở hữu nhà ở của người Việt Nam định cư ở nước ngoài tại Việt Nam

1.1. Quyền và nghĩa vụ sử dụng đất ở của người Việt Nam định cư ở nước ngoài

Theo quy định tại Điều 186 Luật Đất đai năm 2013, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, khi sử dụng đất ở tại Việt Nam có các quyền và nghĩa vụ sau:

Một là, người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc các đối tượng có quyền sở hữu nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở thì có quyền sở hữu nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại Việt Nam.

Hai là, người Việt Nam định cư ở nước ngoài được sở hữu nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại Việt Nam có các quyền và nghĩa vụ sau đây:

i) Quyền và nghĩa vụ chung quy định tại Điều 166 và Điều 170 của Luật Đất đai năm 2013;

ii) Chuyển quyền sử dụng đất ở khi bán, tặng cho, để thừa kế, đổi nhà ở cho tổ chức, cá nhân trong nước, người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam để ở; tặng cho nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở cho Nhà nước, cộng đồng dân cư, tặng cho nhà tình nghĩa theo quy định tại điểm c khoản 2 Điều 174 của Luật Đất đai năm 2013. Trường hợp tặng cho, để thừa kế cho đối tượng không thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam thì đối

tượng này chỉ được hưởng giá trị của nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở;

iii) Thế chấp nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại tổ chức tín dụng được phép hoạt động tại Việt Nam;

iv) Cho thuê, ủy quyền quản lý nhà ở trong thời gian không sử dụng.

Ba là, trường hợp tất cả người nhận thừa kế quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất đều là người nước ngoài hoặc người Việt Nam định cư ở nước ngoài không thuộc đối tượng được mua nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại Việt Nam quy định tại khoản 1 Điều 186 Luật Đất đai năm 2013, thì người nhận thừa kế không được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, nhưng được chuyển nhượng hoặc được tặng cho quyền sử dụng đất thừa kế theo quy định sau đây:

i) Trong trường hợp chuyển nhượng quyền sử dụng đất thì người nhận thừa kế được đứng tên là bên chuyển nhượng trong hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất;

ii) Trong trường hợp tặng cho quyền sử dụng đất thì người được tặng cho phải là đối tượng được quy định tại điểm e khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013 và phù hợp với quy định của pháp luật về nhà ở, trong đó người nhận thừa kế được đứng tên là bên tặng cho trong hợp đồng hoặc văn bản cam kết tặng cho;

iii) Trong trường hợp chưa chuyển nhượng hoặc chưa tặng cho quyền sử dụng đất thì người nhận thừa kế hoặc người đại diện có văn bản ủy quyền theo quy định nộp hồ sơ về việc nhận thừa kế tại cơ quan đăng ký đất đai để cập nhật vào Sổ địa chính.

Bốn là, trường hợp trong số những người nhận thừa kế có người Việt Nam định cư ở nước ngoài không thuộc đối tượng được mua nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại Việt Nam, còn những người khác thuộc diện được nhận thừa kế quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai mà chưa phân chia thừa kế quyền sử dụng

đất cho từng người nhận thừa kế thì những người nhận thừa kế hoặc người đại diện có văn bản ủy quyền theo quy định nộp hồ sơ về việc nhận thừa kế tại cơ quan đăng ký đất đai để cập nhật vào Sổ địa chính.

Sau khi giải quyết xong việc phân chia thừa kế thì cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho người thuộc đối tượng được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất; đối với người Việt Nam định cư ở nước ngoài không thuộc đối tượng được mua nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở tại Việt Nam thì phần thừa kế được giải quyết theo quy định tại khoản 3 Điều 186 Luật Đất đai năm 2013. Bên cạnh đó, nếu người nhận thừa kế trong các trường hợp quy định tại điểm c khoản 3 và khoản 4 Điều 186 Luật Đất đai năm 2013 được ủy quyền bằng văn bản cho người trông nom hoặc tạm sử dụng đất và thực hiện nghĩa vụ theo quy định của pháp luật về đất đai và quy định khác của pháp luật có liên quan.

1.2. Điều kiện được công nhận quyền sở hữu nhà ở của người Việt Nam định cư ở nước ngoài tại Việt Nam

Theo quy định tại Điều 7 Luật Nhà ở năm 2014, người Việt Nam định cư ở nước ngoài là một trong ba nhóm đối tượng được phép sở hữu nhà tại Việt Nam. Để được công nhận quyền sở hữu nhà ở tại Việt Nam, người Việt Nam định cư ở nước ngoài phải đáp ứng các điều kiện sau:

Một là, người Việt Nam định cư ở nước

ngoài phải được phép nhập cảnh vào Việt Nam. Theo quy định tại khoản 3 Điều 3 Luật Quốc tịch năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014), người Việt Nam định cư ở nước ngoài là công dân Việt Nam và người gốc Việt Nam cư trú, sinh sống lâu dài ở nước ngoài. Như vậy, người Việt Nam định cư ở nước ngoài bao gồm hai nhóm: (i) công dân Việt Nam (tức là những người còn mang quốc tịch Việt Nam); (ii) người gốc Việt Nam định cư ở nước ngoài (là những người hiện không còn mang quốc tịch Việt Nam). Người Việt Nam định cư ở nước ngoài và người nước ngoài là vợ, chồng, con của người Việt Nam định cư ở nước ngoài hoặc của công dân Việt Nam sẽ được miễn thị thực khi nhập cảnh vào Việt Nam nếu đáp ứng các điều kiện sau³:

Có hộ chiếu hoặc giấy tờ có giá trị đi lại quốc tế còn giá trị ít nhất 01 năm.

Có giấy tờ chứng minh thuộc đối tượng quy định tại khoản 1 Điều 2 của Nghị định số 82/2015/NĐ-CP.

Không thuộc các trường hợp chưa cho nhập cảnh và tạm hoãn xuất cảnh quy định tại Điều 21⁴ và Điều 28 của Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014.

Hai là, người Việt Nam định cư ở nước ngoài được công nhận quyền sở hữu nhà ở thông qua hình thức mua, thuê mua nhà ở thương mại của doanh nghiệp, hợp tác xã kinh doanh bất động sản (sau đây gọi chung là doanh nghiệp kinh doanh bất động sản); mua, nhận tặng cho, nhận đổi, nhận thừa kế nhà ở của hộ gia đình, cá nhân; nhận chuyên

3 Điều 3 Nghị định số 82/2015/NĐ-CP ngày 24/9/2015 của Chính phủ về miễn thị thực cho người Việt Nam định cư ở nước ngoài và người nước ngoài là vợ, chồng, con của người Việt Nam định cư ở nước ngoài hoặc của công dân Việt Nam.

4 Người nước ngoài sẽ không được phép nhập cảnh vào Việt Nam nếu thuộc một trong chín trường hợp được quy định tại Điều 21 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014: (i) Không đủ điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 20 của Luật này; (ii) Trẻ em dưới 14 tuổi không có cha, mẹ, người giám hộ hoặc người được ủy quyền đi cùng; (iii) Giả mạo giấy tờ, khai sai sự thật để được cấp giấy tờ có giá trị nhập cảnh, xuất cảnh, cư trú; (iv) Người bị mắc bệnh tâm thần hoặc mắc bệnh truyền nhiễm gây nguy hiểm cho sức khỏe cộng đồng; (v) Bị trục xuất khỏi Việt Nam chưa quá 03 năm kể từ ngày quyết định buộc xuất cảnh có hiệu lực; (vi) Bị buộc xuất cảnh khỏi Việt Nam chưa quá 06 tháng kể từ ngày quyết định buộc xuất cảnh có hiệu lực; (vii) Vì lý do phòng, chống dịch bệnh; (viii) Vì lý do thiên tai; (ix) Vì lý do quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội.

nhượng quyền sử dụng đất ở trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại được phép bán nên để tự tổ chức xây dựng nhà ở theo quy định của pháp luật⁵.

1.3. Những hạn chế, bất cập trong quy định của pháp luật về đất đai, nhà ở và xây dựng liên quan đến người Việt Nam định cư ở nước ngoài

Một là, bất cập trong quy định của Luật Đất đai năm 2013

Theo quy định của điểm d khoản 1 Điều 169 Luật Đất đai năm 2013, người Việt Nam định cư ở nước ngoài chỉ được quyền sử dụng đất ở gắn với nhà ở, nếu có nguồn gốc từ việc mua bán, tặng cho... và chỉ được quyền *nhận* chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở không gắn với nhà ở, nếu thửa đất ở đó nằm trong dự án phát triển nhà ở. Quy định này chưa tính đến các tình huống phát sinh nên sẽ dẫn đến trường hợp bất cập sau đây: Giả sử ông A xác lập quyền sử dụng đất đối với một thửa đất ở nằm ngoài dự án nhà ở, việc xác lập quyền sử dụng đất này là hoàn toàn hợp pháp theo quy định của pháp luật tại thời điểm đó. Một thời gian sau, ông A xuất cảnh và định cư ở nước ngoài (làm ăn, sinh sống lâu dài ở nước ngoài). Khi đó, ông A đã trở thành người sử dụng đất là “người Việt Nam định cư ở nước ngoài”, tức là chuyển đổi chủ thể sử dụng đất từ khoản 2 sang chủ thể sử dụng đất thuộc khoản 6 Điều 5 Luật Đất đai năm 2013. Một vấn đề khác cần lưu ý là, trong thủ tục xuất cảnh để đi định cư ở nước ngoài hiện nay, pháp luật không quy định, trước khi đi định cư ở nước

ngoài, hộ gia đình, cá nhân trong nước phải bán hoặc chuyển nhượng tất cả các bất động sản của mình. Nói cách khác, ông A đã xác lập quyền sử dụng đất ở hợp pháp thì trong trường hợp này, quyền sử dụng đất đối với thửa đất nêu trên hiện có tiếp tục được công nhận hay không?⁶.

Hai là, mâu thuẫn giữa Luật Đất đai năm 2013 và Luật Nhà ở năm 2014 trong quy định về các loại giao dịch được thực hiện để nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở gắn với nhà ở.

Theo quy định tại điểm d khoản 1 Điều 169 Luật Đất đai năm 2013, người Việt Nam định cư ở nước ngoài thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam theo quy định của pháp luật về nhà ở sẽ được *nhận* chuyển quyền sử dụng đất ở thông qua hình thức “mua, thuê mua, nhận thừa kế, nhận tặng cho nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất ở hoặc được nhận quyền sử dụng đất ở trong các dự án phát triển nhà ở”. Trong khi đó, theo quy định tại điểm d khoản 1 Điều 10 Luật Nhà ở năm 2014, người Việt Nam định cư ở nước ngoài có thể thực hiện đến mười hai giao dịch về nhà ở, và trong đó có giao dịch *đổi nhà ở* (có thể gắn với đất ở) mà không ràng buộc phải ở trong các dự án phát triển nhà ở.

Chúng tôi cho rằng, việc Luật Đất đai cho phép chuyển, nhưng không cho phép nhận quyền sử dụng đất ở thông qua giao dịch đổi nhà ở ngoài khu vực dự án phát triển nhà ở là không hợp lý và không cần thiết; bởi lẽ, giao dịch đổi nhà về bản chất là giao dịch mua bán nhà, nếu pháp luật đã cho phép thực hiện giao dịch mua bán nhà ở gắn

5 Điểm b khoản 2 Điều 8 Luật Nhà ở năm 2014.

6 Theo quy định tại Điều 133 Luật Đất đai năm 2013 nếu người Việt Nam định cư ở nước ngoài có nhu cầu sử dụng đất để sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối thì được Nhà nước xem xét cho thuê đất để thực hiện dự án đầu tư. Từ quy định này cùng với quy định tại Điều 188 và Điều 191 Luật Đất đai năm 2013 có thể hiểu người Việt Nam định cư ở nước ngoài chỉ được sử dụng đất nông nghiệp thông qua hình thức thuê đất và không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho, nhận thừa kế quyền sử dụng đất nông nghiệp. Nếu được để thừa kế hoặc tặng cho quyền sử dụng đất nông nghiệp thì người Việt Nam định cư ở nước ngoài không được nhận quyền sử dụng đất mà chỉ được nhận giá trị bằng tiền. Từ đây, một tình huống tương tự như trên được đặt ra là thời điểm họ xuất cảnh đi định cư lâu dài ở nước ngoài, thì quyền sử dụng đất đối với các thửa đất được xác lập có nguồn gốc được giao đất, được công nhận quyền sử dụng đất, nhận chuyển nhượng... từ trước sẽ được giải quyết như thế nào là vấn đề pháp luật đang bỏ ngỏ.

với quyền sử dụng đất ở thì khó thuyết phục và thiếu hợp lý nếu không cho thực hiện giao dịch đối nhà ở gắn với quyền sử dụng đất ở.

Ba là, bắt cập trong quy định pháp luật về đất đai, nhà ở và xây dựng về điều kiện xây dựng nhà ở riêng lẻ.

Theo quy định của Luật Xây dựng năm 2014, để được cấp giấy phép xây dựng nhà ở, chủ đầu tư phải có giấy tờ chứng minh mình có quyền sử dụng đất hợp pháp đối với thửa đất dự định đầu tư xây dựng⁷. Một vấn đề đặt ra từ tình huống nêu trên là việc ông A xác lập quyền sử dụng đất ở không gắn với nhà ở trước đây là hợp pháp vào thời điểm xác lập, nhưng hiện nay do thay đổi điều kiện chủ thể sử dụng đất, nên việc người Việt Nam định cư ở nước ngoài sử dụng đất ở mà không gắn với nhà ở trên đất đó là không phù hợp với quy định của pháp luật nhà ở và đất đai hiện hành. Như vậy, nếu như ông A quay về Việt Nam hoặc ủy quyền cho người khác sử dụng thửa đất này, và chính ông A hoặc người được ủy quyền nộp hồ sơ đề nghị cấp giấy phép xây dựng, thì cơ quan có thẩm quyền có đồng ý cấp giấy phép xây dựng nhà ở riêng lẻ cho ông A hay không?

2. Kiến nghị

Từ những phân tích trên, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, sửa đổi Luật Đất đai theo hướng:

- Cho phép người Việt Nam định cư ở nước ngoài được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất ở gắn với nhà ở ngoài dự án phát triển nhà ở thông qua giao dịch đối nhà ở, nghĩa vụ tài chính trong trường hợp này sẽ được xác định tương tự như trường hợp hộ gia đình, cá nhân trong nước thực hiện giao dịch mua bán nhà ở gắn liền với đất ở;

- Công nhận quyền sử dụng đất nói chung, quyền sử dụng đất ở nằm ngoài dự án

nhà ở nói riêng cho người Việt Nam định cư ở nước ngoài trong trường hợp họ đã xác lập quyền sử dụng đất hợp pháp vào thời điểm trước đây. Có thể giải quyết theo một trong các cách thức sau:

Cho phép người Việt Nam định cư ở nước ngoài chuyển nhượng, tặng cho, để thừa kế cho đối tượng đủ điều kiện sử dụng đất theo quy định của pháp luật và phải thực hiện các nghĩa vụ tài chính về đất đai theo quy định của pháp luật trong trường hợp người Việt Nam định cư ở nước ngoài không đủ điều kiện sử dụng đất theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất hiện tại;

Nếu đất trước đây có nguồn gốc là được Nhà nước giao đất có thu tiền, nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho, nhận thừa kế thì được tiếp tục sử dụng đất trong thời hạn sử dụng đất còn lại mà không phải chuyển sang thuê đất theo quy định của Luật Đất đai, khi hết thời hạn sử dụng đất nếu được cơ quan nhà nước có thẩm quyền gia hạn theo quy định thì phải chuyển sang thuê đất và phải nộp tiền thuê đất, nhưng được giảm 50% tiền sử dụng đất;

Nếu đất trước đây có nguồn gốc từ việc được Nhà nước giao đất không thu tiền hoặc được công nhận quyền sử dụng đất như giao đất có thu tiền sử dụng đất thì được tiếp tục sử dụng đất trong thời hạn sử dụng đất còn lại mà không phải chuyển sang thuê đất, khi hết thời hạn sử dụng đất nếu được cơ quan nhà nước có thẩm quyền gia hạn theo quy định thì phải chuyển sang thuê đất và phải nộp tiền thuê đất theo quy định pháp luật⁸.

Thứ hai, sửa đổi Luật Xây theo hướng cho phép người Việt Nam định cư ở nước ngoài được đầu tư xây dựng nhà ở, trong trường hợp họ đã xác lập quyền sử dụng đất hợp pháp vào thời điểm trước đây (không bị không chế bởi việc thửa đất đó có đang nằm trong dự án phát triển nhà ở hay không) ■

7 Xem thêm Điều 93 và 95 Luật Xây dựng năm 2014; Điều 8 Thông tư số 15/2016/TT-BXD ngày 30/6/2016 của Bộ trưởng Bộ Xây dựng hướng dẫn về cấp phép xây dựng; Điều 3 Nghị định số 53/2017/NĐ-CP ngày 08/5/2017 của Chính phủ quy định các loại giấy tờ hợp pháp về đất đai để cấp giấy phép xây dựng.

8 Kiến nghị này được xây dựng dựa trên quy định tại Điều 60 Luật Đất đai năm 2013.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ TỔ CHỨC ĐƠN VỊ SỰ NGHIỆP CÔNG LẬP Ở NƯỚC TA HIỆN NAY

Nguyễn Minh Phương*

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Đơn vị sự nghiệp công lập, dịch vụ công, quyền tự chủ

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/01/2020
Biên tập : 19/01/2020
Duyệt bài : 21/01/2020

Article Information:

Keywords: Public non-business unit; public services; autonomy

Article History:

Received : 11 Jan. 2020
Edited : 19 Jan. 2020
Approved : 21 Jan. 2020

Tóm tắt:

Pháp luật về tổ chức đơn vị sự nghiệp công lập nói chung và Nghị định số 55/2012/NĐ-CP ngày 28/6/2012 quy định về thành lập, tổ chức lại, giải thể đơn vị sự nghiệp công lập nói riêng đã tạo cơ sở pháp lý để các Bộ, ngành, địa phương thực hiện thống nhất việc tuân thủ các điều kiện, trình tự, thủ tục, bảo đảm đúng thẩm quyền và trách nhiệm trong việc thành lập, tổ chức lại, giải thể các đơn vị sự nghiệp công lập thuộc phạm vi quản lý. Tuy nhiên, trong bối cảnh mới, quán triệt các yêu cầu của Đảng và Nhà nước về đổi mới tổ chức và hoạt động của các đơn vị SNCL, cần tiếp tục hoàn thiện pháp luật về tổ chức các đơn vị sự nghiệp công lập.

Abstract:

Legal regulations on organization of the public non-business units in general and Decree No. 55/2012 / ND-CP dated June 28, 2012 providing for the establishment, reorganization and dissolution of the public non-business units in particular have provided a legal ground for the ministries, sectors and localities to uniformly comply with the conditions, steps and procedures, to ensure the right competence and responsibility in establishment, reorganization and dissolution of the public non-business units under their management. However, in the new context, thoroughly grasping the Party and Governments' requirements on the organization and operation of public non-business units, it is necessary to continue to improve the law on the organization of public non-business units.

1. Sự cần thiết phải tiếp tục hoàn thiện quy định về tổ chức các đơn vị sự nghiệp công lập

Các đơn vị sự nghiệp công lập (SNCL) có vai trò chủ đạo, vị trí then chốt trong việc

bảo đảm cung cấp dịch vụ sự nghiệp công cơ bản, thiết yếu, nâng cao khả năng tiếp cận và chất lượng dịch vụ sự nghiệp công cho mọi tầng lớp nhân dân. Để tạo cơ sở pháp lý cho việc tổ chức và quản lý các đơn vị

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

SNCL, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 55/2012/NĐ-CP ngày 28/6/2012 quy định về thành lập, tổ chức lại, giải thể đơn vị SNCL (Nghị định số 55).

Nghị định số 55 quy định điều kiện, trình tự, thủ tục, thẩm quyền thành lập, tổ chức lại, giải thể đơn vị SNCL; phân loại đơn vị SNCL. Theo đó, điều kiện thành lập đơn vị SNCL được quy định gồm: a) Xác định cụ thể mục tiêu, chức năng, nhiệm vụ; b) Phù hợp với quy hoạch mạng lưới tổ chức đơn vị SNCL đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt (nếu có); c) Có trụ sở làm việc hoặc đề án quy hoạch cấp đất xây dựng trụ sở đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt (trường hợp xây dựng trụ sở mới); trang thiết bị cần thiết ban đầu; nguồn nhân sự và kinh phí hoạt động theo quy định của pháp luật. Điều kiện tổ chức lại đơn vị SNCL, gồm: a) Thực hiện việc điều chỉnh về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của đơn vị SNCL; b) Phù hợp với quy hoạch mạng lưới tổ chức đơn vị SNCL đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt (nếu có). Giải thể đơn vị SNCL khi có một trong các điều kiện sau: a) Không còn chức năng, nhiệm vụ; b) Ba năm liên tiếp không hoàn thành nhiệm vụ hoặc hoạt động không có hiệu quả theo đánh giá của cơ quan có thẩm quyền thành lập; c) Theo yêu cầu sắp xếp về tổ chức đơn vị SNCL để phù hợp với quy hoạch mạng lưới tổ chức đơn vị SNCL đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt.

Các quy định của Nghị định đã tạo cơ sở pháp lý để các bộ, ngành, địa phương thực hiện thống nhất việc tuân thủ các điều kiện,

trình tự, thủ tục, bảo đảm đúng thẩm quyền và trách nhiệm trong việc thành lập, tổ chức lại, giải thể các đơn vị SNCL thuộc phạm vi quản lý. Tuy nhiên, thực trạng về tổ chức và hoạt động của các đơn vị SNCL vẫn còn nhiều bất cập. “Công tác đổi mới hệ thống tổ chức các đơn vị SNCL còn chậm. Quy hoạch mạng lưới đơn vị SNCL chủ yếu còn theo đơn vị hành chính, chưa chú trọng quy hoạch theo ngành, lĩnh vực, đặc điểm vùng, miền và nhu cầu thực tế. Hệ thống tổ chức các đơn vị sự nghiệp còn công kênh, manh mún, phân tán, chồng chéo; quản trị nội bộ yếu kém, chất lượng, hiệu quả dịch vụ thấp. Chi tiêu ngân sách nhà nước cho các đơn vị SNCL còn quá lớn, một số đơn vị thua lỗ, tiêu cực, lãng phí”¹.

Một trong những nguyên nhân của những hạn chế đó là nhiều văn bản pháp luật về đơn vị SNCL chậm được ban hành hoặc chưa kịp thời sửa đổi, bổ sung phù hợp với bối cảnh, yêu cầu mới, cụ thể:

- Về phạm vi điều chỉnh, Nghị định số 55 chưa quy định đơn vị SNCL có trụ sở đặt tại nước ngoài và đơn vị SNCL thuộc tổ chức hành chính khác thuộc Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh cũng như đơn vị sự nghiệp theo mô hình doanh nghiệp; quy định về điều kiện, tiêu chí thành lập mới đơn vị SNCL chưa chặt chẽ và đầy đủ; chưa quy định về số lượng người làm việc hưởng lương từ ngân sách nhà nước (biên chế) tối thiểu khi thành lập mới, tổ chức lại đơn vị SNCL và số lượng lãnh đạo, quản lý cấp phó trong các đơn vị SNCL...;

1 Nghị quyết số 19-NQ/TW ngày 25/10/2017 Hội nghị Trung ương 6 (khóa XII) về tiếp tục đổi mới hệ thống tổ chức và quản lý, nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động của các đơn vị SNCL.

- Nhiều quy định mới của Đảng liên quan đến đổi mới tổ chức bộ máy và hoạt động của các đơn vị SNCL cần được thể chế hoá: Nghị quyết số 39-NQ/TW ngày 17/4/2015 của Bộ Chính trị về tinh giản biên chế và cơ cấu lại đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức; Nghị quyết số 27-NQ/TW ngày 21/5/2018 của Trung ương 7 (khóa XII) về cải cách chính sách tiền lương đối với cán bộ, công chức, viên chức, lực lượng vũ trang và người lao động trong doanh nghiệp; Nghị quyết số 19-NQ/TW ngày 25/10/2017 Hội nghị Trung ương 6 (khóa XII) về tiếp tục đổi mới hệ thống tổ chức và quản lý, nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động của các đơn vị SNCL;

- Nhiều quy định của pháp luật liên quan đến tổ chức và hoạt động của đơn vị SNCL được ban hành mới: Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 quy định không còn hình thức thông tư liên tịch giữa các bộ; do đó, cần quy định rõ thẩm quyền và trách nhiệm của Bộ quản lý ngành, lĩnh vực đối với các đơn vị SNCL thuộc phạm vi quản lý ngành, lĩnh vực; Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 và Nghị định số 123/2016/NĐ-CP ngày 01/9/2016 của Chính phủ quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ; Nghị định số 16/2015/NĐ-CP ngày 14/02/2015 của Chính phủ quy định cơ chế tự chủ của đơn vị sự nghiệp công; Nghị quyết số 08/NQ-CP ngày 08/01/2018 của Chính phủ về Chương trình hành động của Chính phủ thực hiện Nghị quyết số 19-NQ/TW ngày 25/10/2017 của Hội nghị lần

thứ sáu Ban Chấp hành Trung ương khóa XII về tiếp tục đổi mới hệ thống tổ chức và quản lý, nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động của các đơn vị SNCL đã đặt ra yêu cầu phải sắp xếp, tổ chức lại các đơn vị SNCL; đồng thời đẩy mạnh trao quyền tự chủ và quy định rõ về số lượng cấp phó của đơn vị SNCL; Luật Sửa đổi, bổ sung một số Điều của Luật Cán bộ, công chức và Luật Viên chức đã bổ sung quy định “việc chuyển đổi đơn vị sự nghiệp sang mô hình doanh nghiệp, trừ đơn vị sự nghiệp trong lĩnh vực y tế và giáo dục; chế độ quản lý đối với đơn vị SNCL theo nguyên tắc bảo đảm tinh gọn, hiệu quả”².

Trong bối cảnh đó, việc hoàn thiện các quy định về tiêu chí, điều kiện thành lập, sáp nhập, hợp nhất, giải thể các đơn vị SNCL theo từng ngành, lĩnh vực phải là bước đi đầu tiên, tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho việc tổ chức lại các đơn vị SNCL, đồng thời khắc phục được những vướng mắc trong quá trình tổ chức lại đơn vị SNCL, tránh những cách làm khác nhau, những phương án khác nhau trong tổ chức lại các đơn vị SNCL.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về tổ chức đơn vị sự nghiệp công lập

Thứ nhất, sửa đổi, bổ sung các quy định về tiêu chí phân loại, điều kiện thành lập, sáp nhập, hợp nhất, giải thể các đơn vị SNCL theo từng ngành, lĩnh vực.

- Thống nhất quy định việc thành lập mới đơn vị SNCL chỉ được thực hiện khi không có đơn vị SNCL nào cung cấp loại hình dịch vụ và khu vực ngoài công lập

2 Xem khoản 1 Điều 2 Luật sửa đổi, bổ sung một số Điều của Luật Cán bộ, công chức và Luật Viên chức năm 2019.

không thể cung cấp, không được cung cấp và không muốn cung cấp. Đơn vị SNCL mới được thành lập cần đảm bảo các điều kiện về khả năng tự chủ tài chính, nhiệm vụ, tổ chức bộ máy, nhân sự.

- Việc sáp nhập, hợp nhất được thực hiện đối với các đơn vị SNCL có cùng lĩnh vực hoạt động, sáp nhập những đơn vị SNCL có quy mô nhỏ, hoạt động không hiệu quả, không phục vụ quản lý nhà nước hoặc hoạt động trong lĩnh vực có khả năng xã hội hóa cao. Việc sáp nhập, hợp nhất để giảm đầu mối, tăng quy mô, năng lực cung cấp dịch vụ công, đa dạng hóa các loại hình cung cấp dịch vụ công.

- Việc giải thể đơn vị SNCL được thực hiện với các đơn vị SNCL yếu kém, các đơn vị SNCL cung cấp các loại hình dịch vụ mà các đơn vị SNCL có thể cung cấp tốt hơn, hiệu quả hơn hoặc những loại hình dịch vụ mà khu vực ngoài công lập có thể sẵn sàng cung cấp, Nhà nước có thể giám sát, kiểm soát về chất lượng, về sự công bằng trong thụ hưởng dịch vụ.

Thứ hai, bổ sung nguyên tắc thành lập, tổ chức lại, giải thể và tự chủ về tổ chức bộ máy của đơn vị SNCL theo hướng: Một đơn vị SNCL có thể cung ứng nhiều dịch vụ sự nghiệp công cùng loại để hạn chế việc thành lập mới đơn vị SNCL; các đơn vị SNCL thành lập mới (kể cả đơn vị SNCL thuộc đơn vị SNCL và thuộc doanh nghiệp nhà nước) phải tự bảo đảm về chi thường xuyên và chi đầu tư (trừ trường hợp phải thành lập mới để cung ứng dịch vụ sự nghiệp công cơ bản, thiết yếu); đơn vị SNCL hoạt động không hiệu quả thì tổ chức lại hoặc giải thể; việc tổ chức lại đơn vị SNCL không được làm tăng thêm số lượng người hưởng lương từ ngân sách nhà nước đã được cấp có thẩm quyền

phê duyệt, bảo đảm thực hiện đúng quy định về số lượng cấp phó của đơn vị và thực hiện tinh giản biên chế theo quy định.

Thứ ba, bổ sung quy định về số lượng người làm việc hưởng lương từ ngân sách nhà nước (biên chế) tối thiểu khi thành lập mới, tổ chức lại đơn vị SNCL (có tính đến yếu tố mức độ tự chủ về tài chính của đơn vị SNCL và tính chất đặc thù của đơn vị SNCL có trụ sở ở nước ngoài), phù hợp với quy mô, tính chất, phạm vi hoạt động của đơn vị SNCL, khắc phục tình trạng manh mún về tổ chức và tình trạng số người giữ chức vụ lãnh đạo nhiều hơn số người không giữ chức vụ lãnh đạo trong một đơn vị SNCL, cụ thể:

- Đối với đơn vị SNCL do ngân sách nhà nước (NSNN) bảo đảm chi thường xuyên và đơn vị SNCL tự bảo đảm một phần chi thường xuyên thì số lượng biên chế tối thiểu là 15 người, trừ các đơn vị công lập cung ứng dịch vụ sự nghiệp công cơ bản, thiết yếu được thành lập theo quy định của luật chuyên ngành, đặc biệt trong lĩnh vực giáo dục và y tế.

- Đối với đơn vị SNCL tự bảo đảm chi thường xuyên và đơn vị SNCL tự bảo đảm chi thường xuyên và chi đầu tư thì số lượng biên chế tối thiểu thực hiện theo Đề án thành lập, tổ chức lại hoặc Đề án tự chủ được cấp có thẩm quyền phê duyệt.

- Đối với các đơn vị sự nghiệp có trụ sở ở nước ngoài thì số lượng người làm việc do Thủ tướng Chính phủ phê duyệt trong Đề án thành lập đơn vị SNCL.

Thứ tư, việc sáp nhập, hợp nhất, chia tách, thay đổi vị trí pháp lý, thay đổi tên gọi do điều chỉnh chức năng, nhiệm vụ của đơn vị SNCL thực chất là hình thành đơn vị SNCL mới. Vì vậy, khi xây dựng Đề án tổ chức lại đơn vị SNCL, ngoài việc làm rõ các

nội dung theo Đề án thành lập đơn vị SNCL còn phải bổ sung các nội dung về thực trạng hoạt động của đơn vị SNCL trước khi tổ chức lại; phương án xử lý các vấn đề về nhân sự, tổ chức bộ máy, tài chính, tài sản, đất đai và các vấn đề khác có liên quan; các văn bản của cơ quan có thẩm quyền xác nhận về tài chính, tài sản, đất đai, các khoản vay, nợ phải trả và các vấn đề khác có liên quan (nếu có); trách nhiệm của người đứng đầu đơn vị SNCL và các cá nhân có liên quan đối với việc thực hiện phương án tổ chức lại đơn vị SNCL và thời hạn xử lý...).

Thứ năm, bổ sung quy định tự chủ về tổ chức bộ máy của các đơn vị SNCL (gồm 04 nhóm theo mức độ tự chủ về tài chính: tự bảo đảm chi thường xuyên và chi đầu tư; tự bảo đảm chi thường xuyên; Tự bảo đảm một phần chi thường xuyên; NSNN bảo đảm chi thường xuyên); các quy định về nguyên tắc, điều kiện thành lập, nhiệm vụ, quyền hạn, số lượng và cơ cấu thành viên của Hội đồng quản lý trong đơn vị SNCL, bảo đảm kế thừa các quy định còn phù hợp tại Nghị định số 16/2015/NĐ-CP.

Thứ sáu, bổ sung quy định về số lượng cấp phó của đơn vị SNCL, cụ thể:

- Đối với đơn vị SNCL tự bảo đảm chi thường xuyên và đơn vị SNCL tự bảo đảm chi thường xuyên và chi đầu tư thì số lượng cấp phó của đơn vị thực hiện theo Đề án thành lập (trong trường hợp thành lập mới) hoặc Đề án tự chủ của đơn vị đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt.

- Đối với đơn vị SNCL do NSNN bảo đảm chi thường xuyên và đơn vị sự nghiệp công lập tự bảo đảm một phần chi thường xuyên:

+ Đơn vị SNCL thuộc Bộ, cơ quan ngang Bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, Ủy ban

nhân dân cấp tỉnh có từ 20 người làm việc là công chức, viên chức trở xuống được bố trí không quá 02 cấp phó; có trên 20 người làm việc là công chức, viên chức được bố trí không quá 03 cấp phó.

+ Đơn vị SNCL còn lại thì không quá 02 cấp phó.

+ Căn cứ khung số lượng cấp phó của đơn vị SNCL nêu trên, cần ban hành Nghị định quy định cụ thể tiêu chí xác định số lượng cấp phó và giao Bộ trưởng Bộ quản lý ngành, lĩnh vực hướng dẫn cụ thể về số lượng cấp phó của đơn vị SNCL chưa tự chủ theo ngành, lĩnh vực, bảo đảm phù hợp với đặc thù của từng loại hình đơn vị SNCL.

Thứ bảy, về thẩm quyền và trách nhiệm của các cá nhân, tổ chức, cần bổ sung nội dung sau:

- Bổ sung thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ ban hành danh mục dịch vụ công cơ bản, thiết yếu trong từng ngành, lĩnh vực.

- Bổ sung thẩm quyền của bộ trưởng bộ quản lý ngành, lĩnh vực ban hành văn bản về đơn vị SNCL theo ngành, lĩnh vực quản lý, trong đó hướng dẫn việc thành lập, vị trí, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, cơ cấu tổ chức, quy chế hoạt động của Hội đồng quản lý trong đơn vị SNCL theo ngành, lĩnh vực, mối quan hệ giữa Hội đồng quản lý với người đứng đầu đơn vị SNCL và cơ quan quản lý cấp trên; ban hành quy định về tiêu chuẩn, điều kiện bổ nhiệm, miễn nhiệm các thành viên Hội đồng quản lý, Chủ tịch Hội đồng quản lý phù hợp với quy định của pháp luật.

- Bổ sung quy định phân cấp cho bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, người đứng đầu tổ chức do Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ thành lập mà không phải là đơn vị SNCL và

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

UBND cấp tỉnh quyết định thành lập, tổ chức lại, giải thể đơn vị SNCL tự bảo đảm chi thường xuyên (trong trường hợp tổ chức lại), đơn vị sự nghiệp công lập tự bảo đảm chi thường xuyên và chi đầu tư thuộc phạm vi quản lý, trừ các đơn vị SNCL được quyết định thành lập theo quy định của luật chuyên ngành.

- Bổ sung thẩm quyền, trách nhiệm của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, người đứng đầu tổ chức do Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ thành lập mà không phải là đơn vị SNCL phê duyệt Đề án tự chủ của đơn vị SNCL trong phạm vi quản lý; hướng dẫn, kiểm tra, giám sát thực hiện theo Đề án được phê duyệt; quyết định thành lập Hội đồng quản lý và phê duyệt Quy chế hoạt động của Hội đồng quản lý trong đơn vị SNCL; quyết định bổ nhiệm Chủ tịch và các thành viên khác của Hội đồng quản lý trong các đơn vị SNCL thuộc phạm vi quản lý theo quy định của pháp luật.

- Bổ sung thẩm quyền, trách nhiệm của Bộ trưởng Bộ Nội vụ tham gia ý kiến với Bộ quản lý ngành, lĩnh vực trong việc ban hành văn bản quy định.

- Cần quy định thẩm quyền, trách nhiệm của Bộ trưởng Bộ Tài chính hướng dẫn hoặc trình cấp có thẩm quyền ban hành văn bản quy định xử lý tài chính, tài sản khi tổ chức lại, giải thể đơn vị SNCL theo quy định của pháp luật chuyên ngành và hướng dẫn việc giao vốn, tài sản cho đơn vị SNCL để thực hiện cung ứng dịch vụ sự nghiệp công theo quy định của pháp luật.

- Bổ sung quy định về thẩm quyền của

UBND cấp tỉnh trong việc quyết định thành lập, tổ chức lại, giải thể đơn vị SNCL thuộc tổ chức hành chính khác thuộc UBND cấp tỉnh theo quy định của pháp luật chuyên ngành; bỏ thẩm quyền phê duyệt quy hoạch mạng lưới các đơn vị SNCL thuộc cấp mình quản lý để thực hiện thống nhất theo quy hoạch mạng lưới các đơn vị SNCL theo ngành, lĩnh vực do Thủ tướng Chính phủ phê duyệt và hướng dẫn của Bộ trưởng Bộ quản lý ngành, lĩnh vực.

Đối với nội dung tự chủ về tổ chức bộ máy của đơn vị SNCL, cần bổ sung:

- Thẩm quyền và trách nhiệm của UBND cấp tỉnh phê duyệt Đề án tự chủ của đơn vị SNCL thuộc phạm vi quản lý; quyết định thành lập Hội đồng quản lý và phê duyệt Quy chế hoạt động của Hội đồng quản lý trong đơn vị SNCL thuộc thẩm quyền quản lý theo quy định của pháp luật chuyên ngành và hướng dẫn của bộ quản lý ngành, lĩnh vực.

- Thẩm quyền và trách nhiệm của Chủ tịch UBND cấp tỉnh quyết định bổ nhiệm Chủ tịch và các thành viên khác của Hội đồng quản lý trong các đơn vị SNCL thuộc phạm vi quản lý theo quy định của pháp luật.

- Bổ sung các quy định về: thẩm quyền, trách nhiệm của UBND cấp huyện trong việc thành lập đơn vị SNCL theo quy định của pháp luật chuyên ngành và phân cấp của UBND cấp tỉnh; thẩm quyền, trách nhiệm của thủ trưởng đơn vị SNCL trong việc thực hiện cơ chế tự chủ được cấp có thẩm quyền phê duyệt và chế độ cung cấp thông tin, báo cáo về đơn vị SNCL để phục vụ công tác quản lý ■

LUẬT PHÒNG, CHỐNG BỆNH TRUYỀN NHIỄM TRONG CÔNG CUỘC ĐẤU TRANH PHÒNG, CHỐNG ĐẠI DỊCH COVID-19 HIỆN NAY Ở NƯỚC TA

Lê Văn Tranh*

Đặng Lương Mạnh Hà**

* Giảng viên, Trường Đại học Luật TP Hồ Chí Minh

** Phi công, Đoàn bay 919, Vietnam Airlines.

Thông tin bài viết:

Từ khoá: Bệnh truyền nhiễm, Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm, dịch bệnh COVID-19

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 12/02/2020

Biên tập : 17/02/2020

Duyệt bài : 21/02/2020

Article Information:

Keywords: Infectious diseases; Law on Prevention and Control of Infectious Diseases; COVID-19.

Article History:

Received : 12 Feb. 2020

Edited : 17 Feb. 2020

Approved : 21 Feb. 2020

Tóm tắt:

Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm (PCBTN) được Quốc hội thông qua ngày 21/11/2007 và có hiệu lực từ ngày 01/7/2008. Với tính chất là một đạo luật chuyên ngành, Luật PCBTN đã bao quát đầy đủ các nội dung liên quan đến phòng, chống bệnh truyền nhiễm, tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho cuộc đấu tranh phòng, chống đại dịch COVID-19 ở nước ta hiện nay.

Abstract:

The National Assembly on November 21, 2007 and its effectiveness has been activated from July 1, 2008. As a specialized law, the Law on Prevention and Control of Infectious Diseases has comprehensive coverage of the contents related to prevention and control of infectious diseases, providing an important legal ground for the current fights against the pandemic of COVID-19 in our country.

1. Nhận diện bệnh truyền nhiễm theo Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm

Thứ nhất, về bản chất bệnh truyền nhiễm: Bệnh truyền nhiễm “là bệnh lây truyền trực tiếp hoặc gián tiếp từ người hoặc

từ động vật sang người do tác nhân gây bệnh truyền nhiễm”¹.

Bệnh truyền nhiễm được biết từ xa xưa, thời Hypocrát, bệnh truyền nhiễm đã được người ta biết đến với tên gọi là “*Bệnh dịch*”

1 Khoản 1 Điều 2 Luật PCBTN.

để nói lên tính chất nặng và phát triển rộng của bệnh². Đa số bệnh truyền nhiễm là những bệnh thường gặp ở tất cả các nước trên thế giới. Tùy từng vùng địa lý, khí hậu, tùy trình độ dân trí và điều kiện sống của mỗi vùng mà tỷ lệ mắc bệnh và cơ cấu bệnh truyền nhiễm cũng khác nhau. Bệnh truyền nhiễm đều có khả năng lây từ người bệnh sang người lành, nhiều bệnh phát triển thành dịch, thậm chí là đại dịch³. Do vậy, số lượng bệnh nhân mắc bệnh truyền nhiễm rất đông và số lượng tử vong cũng lớn, một số bệnh truyền nhiễm còn lan tràn đã là mối đe dọa hiện hữu cho nhân loại như bệnh sốt rét, viêm gan virus, sốt xuất huyết Dengue, sốt xuất huyết do virus Ebola, MERS - CoV... Một số mầm bệnh trong quá trình phát triển đột biến gây nên những trạng thái bệnh lý mới, bệnh rất nặng và khó chẩn đoán (SARS, cúm A H₅N₁, Covid 19...).

Thứ hai, tác nhân gây bệnh truyền nhiễm: Tác nhân gây bệnh truyền nhiễm là “vi rút, vi khuẩn, ký sinh trùng và nấm có khả năng gây bệnh truyền nhiễm”⁴. Với đặc tính là loại/nhóm bệnh có thể lây truyền trực tiếp/gián tiếp do tác nhân gây bệnh như vi rút, vi khuẩn, ký sinh trùng, nấm mốc có thể lây lan nhanh chóng, gây nguy hiểm cho tính mạng, sức khỏe người bệnh. Chẳng hạn, tác nhân gây bệnh uốn ván là trực khuẩn uốn ván (*Clostridium tetani*), gram dương, có lông quanh thân, di động tương đối trong môi trường yếm khí. Trực khuẩn thường tạo nha bào. Nha bào có dạng hình cầu tròn ở dạng

tự do hoặc ở một đầu của tế bào trực khuẩn nên có hình dùi trống. Vi khuẩn uốn ván chết ở 56 độ C, nhưng nha bào uốn ván rất bền vững. Nha bào còn có khả năng gây bệnh uốn ván sau 5 năm tồn tại trong đất. Các dung dịch sát trùng như phenol, formalin có thể diệt nha bào sau 8-10 tiếng. Nha bào chết sau khi đun sôi 30 phút. Trong khi đó, tác nhân gây bệnh Covid -19 có thể là do một chủng virus gây ra, nó có tên chính thức là SARS-CoV-2 (WHO gọi là virus COVID-19). Phương thức lây truyền chính của virus COVID-19 là qua các giọt dịch cơ thể khi mà người bệnh hắt hơi, ho hoặc thở ra.

Ngoài tác nhân gây bệnh còn có “*trung gian truyền bệnh*” là côn trùng, động vật, môi trường, thực phẩm và các vật khác mang tác nhân gây bệnh truyền nhiễm và có khả năng truyền bệnh. Vì thế, vai trò của việc chăm sóc vệ sinh cá nhân và vệ sinh môi trường đóng vai trò quan trọng trong phòng, chống bệnh truyền nhiễm.

Thứ ba, người mắc bệnh truyền nhiễm: Người mắc bệnh truyền nhiễm là người bị nhiễm tác nhân gây bệnh truyền nhiễm có biểu hiện triệu chứng bệnh. Nhẹ có thể tự khỏi, nặng thì đe dọa tính mạng có thể phải nhập viện và dùng thuốc kháng sinh/ đặc trị để xử lý. Mỗi bệnh truyền nhiễm có dấu hiệu cụ thể và các triệu chứng của nó. Tổng dấu hiệu và triệu chứng phổ biến cho nhiều bệnh truyền nhiễm bao gồm: sốt cao, mệt mỏi, đau cơ, khó thở, chán ăn... Bên cạnh người/nhóm người mắc bệnh truyền nhiễm

2 Xem <http://www.benhvien103.vn/vietnamese/bai-giang-chuyen-nganh/truyen-nhiem/dai-cuong-benh-truyen-nhiem/742/>, truy cập 12/02/2020.

3 Đại dịch hay Pandemic là một từ có nguồn gốc từ Hy Lạp (Pan là tất cả; demos là người), là thuật ngữ được các chuyên gia về bệnh sử dụng khi dịch bệnh lây lan ra nhiều quốc gia và châu lục đồng thời. “Đại dịch” là thuật ngữ đề cập sự lây lan của một căn bệnh, không chỉ bởi mức độ lây lan của nó mà còn là sự nguy hiểm của nó đối với toàn cầu.

4 Xem Điều 3 Luật PCBTN.

còn có những nhóm sau cần tránh/hạn chế tiếp xúc như *người mang mầm bệnh truyền nhiễm* (mang tác nhân gây bệnh truyền nhiễm nhưng không có biểu hiện triệu chứng bệnh), *người tiếp xúc* (có tiếp xúc với người mắc bệnh truyền nhiễm, người mang mầm bệnh truyền nhiễm, trung gian truyền bệnh và có khả năng mắc bệnh), *người bị nghi ngờ mắc bệnh truyền nhiễm* (người tiếp xúc hoặc người có biểu hiện triệu chứng bệnh truyền nhiễm nhưng chưa rõ tác nhân gây bệnh).

Thứ tư, phân loại bệnh truyền nhiễm: Tùy theo cấp/mức độ mà bệnh truyền nhiễm có thể phân thành: nhóm đặc biệt nguy hiểm, nhóm nguy hiểm, nhóm ít nguy hiểm. Theo Luật PCBTN của Việt Nam, bệnh truyền nhiễm được chia thành 03 nhóm⁵:

Nhóm A: các bệnh truyền nhiễm đặc biệt nguy hiểm có khả năng lây truyền rất nhanh, phát tán rộng và tỷ lệ tử vong cao hoặc chưa rõ tác nhân gây bệnh (bệnh viêm đường hô hấp nặng Covid -19; A-H5N1; bệnh dịch hạch; bệnh đậu mùa; bệnh sốt xuất huyết do vi rút Ê - bô - la (*Ebola*), Lát-sa (*Lassa*) hoặc Mác-bóc (*Marburg*); bệnh sốt Tây sông Nin (Nile)...

Nhóm B⁶: các bệnh truyền nhiễm nguy hiểm có khả năng lây truyền nhanh và có thể gây tử vong. Các bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm B bao gồm bệnh do vi rút A-đê-nô (*Adeno*); bệnh do vi rút gây ra hội chứng suy giảm miễn dịch mắc phải ở người (HIV/AIDS); bệnh bạch hầu; bệnh cúm; bệnh dại; bệnh ho gà; bệnh lao phổi...

Nhóm C: gồm các bệnh truyền nhiễm ít nguy hiểm, khả năng lây truyền không nhanh. Các bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm C bao

gồm bệnh do Cờ-la-my-đi-a (*Chlamydia*); bệnh giang mai; các bệnh do giun; bệnh lậu; bệnh mắt hột; bệnh do nấm Can-đi-đa-an-bi-căng (*Candida albicans*); bệnh Nô-ca-đi-a (*Nocardia*); bệnh phong...

Thứ năm, nguyên tắc phòng, chống bệnh truyền nhiễm: Về mặt kinh tế, chi phí phòng bệnh luôn luôn thấp hơn chi phí chữa bệnh, vì thế phòng bệnh được xem là giải pháp cần thiết trong kiểm soát mọi dịch bệnh. Điều 4 Luật PCBTN xác định, “*lấy phòng bệnh là chính trong đó thông tin, giáo dục, truyền thông, giám sát bệnh truyền nhiễm là biện pháp chủ yếu*”. Mặt khác, cần kết hợp biện pháp chuyên môn kỹ thuật y tế với các biện pháp xã hội, hành chính trong phòng, chống bệnh truyền nhiễm; thực hiện việc phối hợp liên ngành và huy động xã hội trong phòng, chống bệnh truyền nhiễm; lồng ghép các hoạt động phòng, chống bệnh truyền nhiễm vào các chương trình phát triển kinh tế - xã hội. Bên cạnh đó, cần thực hiện việc công khai, chủ động, chính xác, kịp thời thông tin về dịch và xử lý triệt để nguồn bệnh.

2. Hành vi bị cấm trong Luật Phòng, chống bệnh truyền nhiễm

Theo quy định tại Điều 8 Luật PCBTN, các hành vi sau đây bị cấm: “*1. Cố ý làm lây lan tác nhân gây bệnh truyền nhiễm. 2. Người mắc bệnh truyền nhiễm, người bị nghi ngờ mắc bệnh truyền nhiễm và người mang mầm bệnh truyền nhiễm làm các công việc dễ lây truyền tác nhân gây bệnh truyền nhiễm theo quy định của pháp luật. 3. Che giấu, không khai báo hoặc khai báo không kịp thời các trường hợp mắc bệnh truyền nhiễm theo quy định của pháp luật. 4. Cố ý*

5 Xem Điều 3 Luật PCBTN.

6 Xem Điều 3 Luật PCBTN quy định này đã được cụ thể hóa bởi Điều 1 Quyết định 740/QĐ-BYT năm 2016.

khai báo, thông tin sai sự thật về bệnh truyền nhiễm. 5. Phân biệt đối xử và đưa hình ảnh, thông tin tiêu cực về người mắc bệnh truyền nhiễm. 6. Không triển khai hoặc triển khai không kịp thời các biện pháp phòng, chống bệnh truyền nhiễm theo quy định của Luật này. 7. Không chấp hành các biện pháp phòng, chống bệnh truyền nhiễm theo yêu cầu của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền”.

Về nguyên tắc, điều cấm của luật là quy định không cho phép chủ thể thực hiện một/một số hành vi nhất định nào đó, và nếu vi phạm sẽ bị áp dụng các biện pháp chế tài để xử lý hành vi. Tùy thuộc vào tính chất vi phạm và mức độ nguy hiểm của hành vi mà chủ thể vi phạm có thể chịu trách nhiệm dân sự, hành chính, kỷ luật hoặc trách nhiệm hình sự đối với hành vi vi phạm.

Các nhóm hành vi bị cấm biểu hiện ở các dạng khác nhau nhưng đều mang tính chất nguy hiểm cho xã hội. Ví dụ, “hành vi cố ý làm lây lan tác nhân gây bệnh truyền nhiễm”. Đây là hành vi đặc biệt nguy hiểm của chủ thể vi phạm khi đã biết nguồn/tác nhân gây bệnh truyền nhiễm là nguy hiểm nhưng vẫn “cố ý” làm lây lan cho người khác trong cộng đồng. Thực tiễn phòng, chống dịch COVID-19 cho thấy, có trường hợp, “cô gái lên mạng xã hội” tự khoe bí quyết vượt qua được sự kiểm soát của lực lượng hải quan, an ninh tại các sân bay về y tế để không bị phát hiện mình trở về từ các vùng tâm dịch đã gây khó khăn cho công tác chống dịch Covid -19. Trong trường hợp xấu thì hậu quả nghiêm trọng bởi một người bị nhiễm virus Covid -19 có thể lây lan trong cộng đồng, rồi người bị nhiễm tiếp theo sẽ tiếp tục lây lan cho nhiều người khác với cấp số nhân.

“Hành vi cố ý khai báo, thông tin sai sự thật về bệnh truyền nhiễm”, cho dù xuất phát từ “động cơ” khác nhau của chủ thể khai báo (sợ ảnh hưởng đến thi đua, khen thưởng, kỷ luật, nhằm trốn tránh việc cách ly, để không bị cấm nhập, xuất cảnh...), hệ quả chung của hành vi làm cho cơ quan có thẩm quyền không đánh giá đúng được mức độ nguy hiểm của bệnh truyền nhiễm để ứng phó, các tổ chức cá nhân không biết người mắc bệnh truyền nhiễm, hoặc sự tồn tại của bệnh truyền nhiễm tại nơi mình sinh sống, làm việc để phòng tránh. Thông tin sai sự thật về bệnh truyền nhiễm gây ra một hệ lụy xấu: không chỉ tạo ra những đồn đoán thất thiệt, gây hoang mang dư luận mà còn có thể khởi nguồn cho các hiệu ứng tiêu cực ảnh hưởng tới an ninh, chính trị, hình ảnh của tổ chức, cá nhân trong phòng chống bệnh truyền nhiễm. Hành vi này, làm cản trở chính sách của Nhà nước về “huy động sự đóng góp về tài chính, kỹ thuật và nhân lực của toàn xã hội trong phòng, chống bệnh truyền nhiễm”.

3. Chế tài áp dụng với chủ thể vi phạm về phòng, chống bệnh truyền nhiễm

Chế tài áp dụng với chủ thể vi phạm về PCBTN được đặt ra để ngăn chặn, xử lý các hành vi vi phạm nhằm đảm bảo hiệu lực, hiệu quả cho hoạt động phòng chống bệnh truyền nhiễm. Các chế tài được áp dụng có thể là, chế tài dân sự, hành chính, kỷ luật, và hình sự. Như vậy, phòng, chống bệnh truyền nhiễm là trách nhiệm của mọi tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước có liên quan. Trách nhiệm này là cơ sở để áp dụng chế tài đối với hành vi vi phạm về phòng, chống bệnh truyền nhiễm. Các loại chế tài dân sự,

7 Ngoài các biện pháp khắc phục hậu quả được quy định tại các điểm a, c, d, đ, e, g, h và i khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

hành chính, kỷ luật, hình sự có thể được xem xét áp dụng trong những trường hợp sau:

Thứ nhất, chế tài dân sự được áp dụng khi xử lý vi phạm về PCBTN: Chế tài dân sự được áp dụng đối với chủ thể (người mắc bệnh, người mang mầm, người bị nghi ngờ mắc bệnh truyền nhiễm) có hành vi vi phạm trong quan hệ dân sự khi họ không thực hiện, thực hiện không đúng việc cách ly y tế mà gây thiệt hại cho chủ thể khác. Chế tài dân sự trong lĩnh vực này thường liên quan đến trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

Thứ hai, chế tài hành chính được áp dụng khi xử lý vi phạm hành chính về PCBTN: Vi phạm hành chính (hành vi có lỗi do cá nhân, tổ chức thực hiện, vi phạm quy định của pháp luật về quản lý nhà nước mà không phải là tội phạm và theo quy định của pháp luật phải bị xử phạt vi phạm hành chính). Chế tài áp dụng trong lĩnh vực này gồm 2 hình thức (xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi vi phạm). Các hình thức xử phạt vi phạm hành chính có thể bao gồm: *Cảnh cáo; Phạt tiền; Tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn; Tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm hành chính; Trục xuất.* Tùy theo tính chất, mức độ vi phạm, cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế có thể bị áp dụng một trong các biện pháp “*khắc phục hậu quả*”. Theo Nghị định số 176/2013/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế như sau⁷: “*Buộc tổ chức thực hiện các biện pháp tẩy uế, khử khuẩn chất thải, quần áo, đồ dùng, môi trường xung quanh, phương*

tiện vận chuyển người bệnh; Buộc tiếp nhận người mắc bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A; Buộc thực hiện việc cách ly y tế, cưỡng chế cách ly y tế, xử lý y tế đối với người, phương tiện vận tải, hàng hóa mang tác nhân gây bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A; Buộc xin lỗi trực tiếp hoặc công khai trên phương tiện thông tin đại chúng”.

Thứ ba, về chế tài kỷ luật: Cán bộ, công chức vi phạm quy định của Luật PCBTN, tùy theo tính chất, mức độ vi phạm phải chịu một trong những hình thức kỷ luật sau đây: a) Khiển trách; b) Cảnh cáo; c) Hạ bậc lương; d) Giáng chức; đ) Cách chức; e) Buộc thôi việc. Những hành vi vi phạm sau cán bộ, công chức, người có thẩm quyền có thể phải chịu trách nhiệm kỷ luật:

“*Không triển khai hoặc triển khai không kịp thời các biện pháp phòng, chống bệnh truyền nhiễm theo quy định của Luật này*”⁸.

“*Cơ sở giáo dục có trách nhiệm giáo dục cho người học về vệ sinh phòng bệnh truyền nhiễm bao gồm vệ sinh cá nhân, vệ sinh trong sinh hoạt, lao động và vệ sinh môi trường*”; “*Đơn vị y tế của cơ sở giáo dục chịu trách nhiệm tuyên truyền về vệ sinh phòng bệnh; kiểm tra, giám sát vệ sinh môi trường, an toàn vệ sinh thực phẩm và triển khai thực hiện các biện pháp phòng, chống bệnh truyền nhiễm*”⁹.

“*Cơ quan nhà nước có thẩm quyền về y tế có trách nhiệm giúp Ủy ban nhân dân cùng cấp trong việc chỉ đạo các cơ sở y tế giám sát bệnh truyền nhiễm*”; “*Cơ sở y tế có trách nhiệm thực hiện hoạt động giám sát bệnh truyền nhiễm. Khi phát hiện môi trường có tác nhân gây bệnh truyền nhiễm thuộc nhóm A... cơ sở y tế phải thông báo*

8 Khoản 6 Điều 8 Luật PCBTN.

9 Khoản 2,3 Điều 13 Luật PCBTN.

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền về y tế, triển khai vệ sinh, khử trùng, tẩy uế và các biện pháp phòng, chống bệnh truyền nhiễm khác”¹⁰.

Thứ tư, chế tài hình sự: Đây là chế tài nặng nhất để xử lý hành vi vi phạm về PCBTN. Theo đó, một số trường hợp dưới đây có thể bị xử lý hình sự:

Một là, trong trường hợp dịch bệnh mà tung tin đồn thất thiệt có tính chất vu khống thì sẽ bị xử lý hình sự về Tội vu khống. Theo quy định tại Điều 156 Bộ luật Hình sự 2015 (BLHS): “1. Người nào thực hiện một trong các hành vi sau đây, thì bị phạt tiền từ 10.000.000 đồng đến 50.000.000 đồng, phạt cải tạo không giam giữ đến 02 năm hoặc phạt tù từ 03 tháng đến 01 năm: a) Bịa đặt hoặc loan truyền những điều biết rõ là sai sự thật nhằm xúc phạm nghiêm trọng nhân phẩm, danh dự hoặc gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của người khác”... e) Sử dụng mạng máy tính hoặc mạng viễn thông, phương tiện điện tử để phạm tội...”

Hai là, trong trường hợp người mắc bệnh truyền nhiễm “cố ý lây lan tác nhân gây bệnh, che giấu không khai báo, cố ý khai báo sai sự thật về bệnh truyền nhiễm...” mà làm lây lan dịch bệnh truyền nhiễm nguy hiểm cho người thì có thể bị xử lý theo Điều 240 BLHS về Tội làm lây lan dịch bệnh truyền nhiễm nguy hiểm cho người. Theo đó, phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 10 năm: “a) Dẫn đến phải công bố dịch thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh hoặc Bộ trưởng Bộ Y tế; b) Làm chết người”; phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 10 năm đến 12 năm: “a) Dẫn đến phải công bố dịch

thuộc thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ; b) Làm chết 02 người trở lên”. Trong những trường hợp này, người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm.

Ba là, bỏ trốn khỏi nơi cách ly dịch bệnh. Hành vi trốn khỏi nơi cách ly còn có thể bị truy cứu theo Điều 315 BLHS về Tội vi phạm quy định về khám bệnh, chữa bệnh, sản xuất, pha chế, cấp phát, bán thuốc hoặc dịch vụ y tế khác. Nếu bị truy tố, tùy theo mức độ gây thiệt hại mà người phạm tội có thể bị phạt tù lên đến 10 năm.

Bốn là, người nào có hành vi đầu cơ (khẩu trang y tế) gây ảnh hưởng nghiêm trọng tới cộng đồng, đến việc phòng ngừa dịch bệnh sẽ bị xử lý hình sự về tội đầu cơ. Theo quy định tại Điều 196 BLHS thì “Người nào lợi dụng tình hình khan hiếm hoặc tạo ra sự khan hiếm giả tạo trong tình hình thiên tai, dịch bệnh, chiến tranh hoặc tình hình khó khăn về kinh tế mua vét hàng hóa thuộc danh mục mặt hàng bình ổn giá hoặc thuộc danh mục hàng hóa được Nhà nước định giá nhằm bán lại để thu lợi bất chính thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tiền từ 30.000.000 đồng đến 300.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm”.

4. Kết luận

Với tính chất là một đạo luật chuyên ngành, Luật PCBTN đã bao quát đầy đủ các nội dung liên quan đến phòng, chống bệnh truyền nhiễm, tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho cuộc đấu tranh phòng, chống đại dịch COVID-19 ở nước ta hiện nay ■

10 Điều 23 Luật PCBTN.

QUY ĐỊNH VỀ CỔ ĐÔNG SÁNG LẬP TRONG PHÁP LUẬT VIỆT NAM VÀ PHÁP LUẬT Ở MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI

Trần Huỳnh Thanh Nghị*

* TS. Giảng viên Khoa luật, Trường Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Cổ phần, Cổ đông sáng lập, công ty cổ phần, luật doanh nghiệp, luật công ty.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/08/2019

Biên tập : 26/08/2019

Duyệt bài : 27/08/2019

Article Information:

Key words: shares; founding shareholders; joint stock companies; law on enterprise, corporate law.

Article History:

Received : 20 Aug. 2019

Edited : 16 Aug. 2019

Approved : 27 Aug. 2019

Tóm tắt:

Bài viết phân tích một số quy định tương đồng và khác biệt trong pháp luật Việt Nam và pháp luật một số quốc gia khác trên thế giới về cổ đông sáng lập. Qua đó, cung cấp những thông tin pháp lý quan trọng giúp cho các nhà lập pháp Việt Nam có thể tham khảo để hoàn thiện quy định về cổ đông sáng lập trong thời gian tới.

Abstract:

This article provides analysis of similarities and differences from the laws of Vietnam and the ones of some other countries on the founding shareholders. Thereby, it is to provide important legal information that Vietnamese lawmakers may get consultation to improve the regulations on founding shareholders in the coming time.

1. Quy định về cổ đông sáng lập trong pháp luật Việt Nam

Theo quy định tại khoản 2 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thay thế Luật Doanh nghiệp năm 2005, có hiệu lực thi hành từ ngày 01/07/2015, khái niệm cổ đông và cổ đông sáng lập (CĐSL) được hiểu như sau:

Cổ đông là cá nhân, tổ chức sở hữu ít nhất một cổ phần của công ty cổ phần (CTCP). Còn CĐSL là cổ đông sở hữu ít nhất một cổ phần phổ thông và ký tên trong danh

sách cổ đông sáng lập CTCP. Theo đó, khái niệm CĐSL được hiểu ở các góc độ sau:

Một là, khái niệm CĐSL là cổ đông chỉ tồn tại trong mô hình CTCP, không tồn tại ở các loại hình công ty khác. Bởi lẽ, đặc thù của CTCP là vốn điều lệ của công ty phải được chia ra thành nhiều phần bằng nhau gọi là cổ phần và nhà đầu tư (cá nhân, tổ chức) sở hữu cổ phần tại CTCP được gọi là cổ đông, còn chủ thể sáng lập công ty được gọi là CĐSL. Trong khi ở các loại hình công ty khác như công ty trách nhiệm hữu hạn

(TNHH) hai thành viên hoặc công ty hợp danh, nhà đầu tư góp vốn thành lập các công ty này được gọi là thành viên công ty và người sáng lập ra các công ty này được gọi là thành viên sáng lập, không đồng nhất với khái niệm CĐSL ở mô hình CTCP. Sở dĩ có sự khác biệt trên là do cấu trúc vốn điều lệ của CTCP phải được chia thành các cổ phần có mệnh giá bằng nhau (theo quy định của pháp luật chứng khoán thì mệnh giá cổ phần trong các CTCP đều bằng nhau là 10.000 đồng/cổ phần), điều này không diễn ra trong mô hình công ty TNHH hoặc công ty hợp danh.

Hai là, CĐSL cũng chỉ là cổ đông phổ thông. Bởi lẽ, hiểu theo quy định tại khoản 2 Điều 14 Luật Doanh nghiệp năm 2014, điều kiện bắt buộc để trở thành CĐSL là nhà đầu tư đó phải sở hữu tối thiểu 1 cổ phần phổ thông – loại cổ phần bắt buộc phải có trong mọi CTCP tại Việt Nam (khác với các loại cổ phần ưu đãi không nhất thiết phải có trong CTCP). Từ đó, có thể suy luận rằng, thực chất CĐSL cũng chỉ là cổ đông phổ thông do họ có nắm giữ cổ phần phổ thông. CĐSL có đầy đủ các quyền và nghĩa vụ của cổ đông phổ thông như quyền chuyển nhượng cổ phần, quyền tham dự họp, phát biểu, biểu quyết tại Đại hội đồng cổ đông, quyền được ưu tiên mua cổ phần mới phát hành, quyền được hưởng cổ tức từ hoạt động kinh doanh của công ty, nếu họ nắm giữ từ 10% cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất 6 tháng (hoặc tỷ lệ nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty) thì họ còn có quyền đề cử người vào Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát... Các quyền này có thể không có ở một số cổ phần ưu đãi. Chẳng hạn, cổ đông sở hữu cổ phần ưu đãi biểu quyết thì không được chuyển nhượng cổ phần này do quy định cấm đoán tại Luật Doanh nghiệp năm 2014. Trong khi cổ đông ưu đãi hoàn lại và cổ đông ưu đãi cổ tức thì lại không được tham dự họp, biểu quyết tại Đại hội đồng cổ

đông, không có quyền đề cử người vào Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát của công ty theo quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2014, kể cả tại Luật Doanh nghiệp năm 2005 trước đó.

Ba là, CĐSL có thể là cá nhân, tổ chức. Bản chất của CTCP là công ty đối vốn, có quyền phát hành cổ phiếu để huy động vốn trong công chúng để phục vụ cho hoạt động đầu tư, kinh doanh của doanh nghiệp. Vì vậy, pháp luật doanh nghiệp tại nhiều quốc gia trên thế giới đều có quy định thông thoáng về chủ thể tham gia CTCP theo hướng không đặt điều kiện nhà đầu tư đó phải là một cá nhân hoặc một tổ chức nhất định. So sánh với mô hình công ty hợp danh thì tư cách của nhà đầu tư tham gia công ty có sự khác biệt lớn. Do bản chất pháp lý của công ty hợp danh là công ty đối nhân nên các sáng lập viên của công ty này là thành viên hợp danh phải là cá nhân, không thể là pháp nhân. Trong khi CĐSL tham gia CTCP rất đa dạng, không giới hạn phải là cá nhân hoặc là tổ chức. Thực tế, có những CTCP mà thành phần chủ thể tham gia thành lập chỉ bao gồm nhà đầu tư cá nhân hoặc chỉ gồm nhà đầu tư tổ chức (các quỹ đầu tư, các ngân hàng thương mại, các công ty kinh doanh chứng khoán, các công ty góp vốn vào CTCP nhằm mục đích tìm kiếm lợi nhuận) hoặc cũng có những CTCP có sự cộng hưởng giữa nhà đầu tư cá nhân và nhà đầu tư tổ chức là điều thường thấy trên thị trường chứng khoán. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 2 Điều 18 Luật Doanh nghiệp năm 2014, để trở thành CĐSL của CTCP thì nhà đầu tư cá nhân phải có đầy đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc các trường hợp bị cấm thành lập, cấm quản lý doanh nghiệp theo quy định tại khoản 2 Điều 18 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Ngoài ra, đối với nhà đầu tư là tổ chức muốn tham gia thành lập CTCP thì tổ chức đó phải có tư cách pháp nhân (pháp nhân phải hội đủ 4 điều

kiện quy định tại Điều 74 Bộ luật Dân sự năm 2015)

Bốn là, CĐSL phải sở hữu cổ phần đạt mức tối thiểu luật định.

Theo quy định tại đoạn 1 khoản 2 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014: để trở thành cổ đông của CTCP, nhà đầu tư phải sở hữu ít nhất 1 cổ phần. Và cổ phần đó có thể là cổ phần phổ thông hoặc cổ phần ưu đãi (có thể là cổ phần ưu đãi biểu quyết, cổ phần ưu đãi hoàn lại, cổ phần ưu đãi cổ tức hoặc cổ phần ưu đãi khác được quy định tại Điều lệ công ty cổ phần). Song, để trở thành CĐSL, theo quy định tại đoạn 2 khoản 2 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì nhà đầu tư phải sở hữu ít nhất 1 cổ phần phổ thông - đây là cổ phần được CTCP bán đại trà trên thị trường và cũng là cổ phần quan trọng nhất, phải có trong mọi CTCP tại Việt Nam. Hiểu theo quy định trên tại Luật Doanh nghiệp năm 2014, điều kiện cơ bản nhất để một nhà đầu tư trở thành CĐSL là họ phải nắm giữ cổ phần phổ thông, chứ không phải sở hữu bất kỳ cổ phần nào trong CTCP. Điều đó có nghĩa là nếu cổ đông không sở hữu cổ phần phổ thông mà chỉ sở hữu cổ phần ưu đãi thì họ không thể trở thành CĐSL của CTCP.

Năm là, CĐSL phải ký tên vào danh sách CĐSL của CTCP. Nếu như trước thời điểm tháng 07/2015, để trở thành CĐSL thì nhà đầu tư phải ký tên vào điều lệ của CTCP. Song, từ ngày 01/07/2015, theo quy định tại khoản 2 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014, nhà đầu tư chỉ cần ký tên vào danh sách CĐSL của CTCP là trở thành CĐSL. Như vậy, không phải cổ đông nào có sở hữu cổ phần phổ thông hoặc tham gia vào quá trình thành lập CTCP, có ký tên vào bản điều lệ của công ty đều là CĐSL. Thực chất, chỉ những cổ đông tự nguyện chấp nhận trở thành CĐSL bằng việc họ trực tiếp ký vào

danh sách CĐSL do công ty lập theo mẫu do Bộ Kế hoạch và Đầu tư quy định thì mới chính thức trở thành CĐSL của CTCP. Quy định mới nêu trên về CĐSL tại Luật Doanh nghiệp năm 2014 thể hiện sự linh hoạt cho nhà đầu tư theo hướng Nhà nước tôn trọng quyền tự chủ kinh doanh, tự quyết định quan hệ nội bộ của CTCP nhiều hơn so với quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2005 trước đó. Vì vậy, không phải nhà đầu tư nào tham gia thành lập CTCP đều phải là CĐSL mà điều quan trọng là nhà đầu tư đó tự quyết định họ có muốn trở thành CĐSL hay không. Với cách tiếp cận này, nhà làm luật chỉ đặt ra yêu cầu “mềm” áp dụng đối với CTCP là chỉ cần CTCP đảm bảo số lượng CĐSL tối thiểu là 3, không buộc nhà đầu tư tham gia thành lập công ty, xây dựng, thông qua điều lệ công ty đều là CĐSL như quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2005¹.

2. Quy định về cổ đông sáng lập của công ty cổ phần tại một số quốc gia trên thế giới

2.1. Về khái niệm cổ đông sáng lập

Hoa Kỳ là một nhà nước liên bang và có nền kinh tế lớn nhất thế giới, cấu thành bởi trên 50 tiểu bang trải dài từ Tây sang Đông, với 2 hệ thống hiến pháp và pháp luật cùng tồn tại song hành nên quy định của pháp luật tại các tiểu bang của Hoa Kỳ về hình sự, dân sự, đầu tư, doanh nghiệp có thể không đồng nhất. Dù đã có một đạo luật thống nhất về thương mại ban hành năm 1990 (UCC 1990) song Hoa Kỳ không có một đạo luật công ty thống nhất cho cả liên bang. Pháp luật tại các tiểu bang của Hoa Kỳ cũng có những cách tiếp cận khác nhau ở các quy định về CTCP nói chung và khái niệm về CĐSL nói riêng. Cụ thể: Luật Công ty của Tiểu bang Texas hoàn toàn không nêu khái niệm CĐSL mà chỉ có khái niệm cổ đông. Theo đó, cổ đông là người mà tên của họ được ghi trên cổ phần

1 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2005.

phát hành của công ty, được đăng ký trong hồ sơ chuyển nhượng cổ phần và được lưu trữ bởi công ty². Theo quy định của pháp luật tiểu bang California, CĐSL được hiểu đơn giản là những người có ký tên vào bản điều lệ của CTCP³.

Ở Đan Mạch, Luật Công ty cổ phần năm 2000 không nêu định nghĩa về khái niệm CĐSL, mà quy định một CTCP được thành lập bởi một hoặc nhiều CĐSL; các CĐSL phải ký vào bản điều lệ của CTCP⁴. Pháp luật New Zealand không quy định trực tiếp về CĐSL, mà chỉ xác định cổ đông là người mà tên của họ được ghi trên ít nhất một cổ phần đăng ký của công ty. Trước khi ghi tên vào cổ phần đăng ký của công ty thì tên của nhà đầu tư đó được ghi trong hồ sơ đăng ký doanh nghiệp tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp⁵. Tại Canada, CĐSL là người ký tên vào điều lệ của CTCP⁶. Trong khi đó, ở Cộng hòa liên bang Đức, những cổ đông tham gia xây dựng điều lệ CTCP đều được gọi là CĐSL⁷. Pháp luật Ấn Độ quy định CĐSL là người hội đủ 3 tiêu chí sau: 1) Là người có tên trong bản cáo bạch hoặc báo

cáo thường niên của công ty; 2) Là người kiểm soát hoạt động của công ty một cách trực tiếp hoặc gián tiếp với tư cách là cổ đông, giám đốc công ty hoặc chức danh khác; 3) Là người có thể đưa ra định hướng và chỉ đạo cho hoạt động của Hội đồng quản trị. Pháp luật Cambodia cũng có quy định tương đồng như tại tiểu bang California (Hoa Kỳ) khi định nghĩa CĐSL là cá nhân ký tên vào bản điều lệ của CTCP⁸. Luật Công ty của Liên bang Nga không định nghĩa trực tiếp CĐSL mà chỉ quy định: CĐSL là những công dân hoặc thực thể pháp lý đã thông qua quyết định thành lập CTCP⁹.

2.2. Về số lượng cổ đông sáng lập

Theo quy định của pháp luật Thái Lan, để thành lập một CTCP thì cần ít nhất 15 cổ đông là thể nhân, có điều lệ công ty và tuân thủ các quy định khác tại Luật CTCP¹⁰. Pháp luật Australia quy định, các công ty nói chung và CTCP nói riêng khi thành lập thì chỉ cần ít nhất 1 nhà đầu tư¹¹. Tại Đài Loan, để thành lập CTCP thì cần 1 hoặc từ 2 CĐSL¹². Luật Công ty Thụy Điển năm 2005 quy định, các công ty TNHH lẫn CTCP phải

2 Xem: Mục 69, section 2 Luật Công ty Ấn Độ năm 2013; <http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/CompaniesAct2013.pdf>.

3 Xem: Mục 1 Phần 1 Luật Công ty thương mại California 2005, sửa đổi, bổ sung 2011; <https://law.justia.com/codes/california/2005/corp.html>.

4 Xem: Mục 3 Phần I Luật Công ty cổ phần Đan Mạch 2000; <http://www.doingbusiness.org/law-library>.

5 Xem: Điều 96, Phần VII Luật Công ty Newzealand 1993; <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1993/0105/latest/whole.html>.

6 Xem: Mục 2 Phần 1 Luật Công ty Thương mại Canada 2015; <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-14/>.

7 Xem: Điều 28 Luật Công ty cổ phần CHLB Đức 1965, được sửa đổi, bổ sung ngày 09/09/2010; <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-147035.pdf>.

8 Xem : Khoản 6 Điều 88 Luật Doanh nghiệp thương mại Cambodia 2006; <http://sin-partners.com/law-on-commercial-enterprises-of-the-kingdom-of-cambodia/>

9 Xem: Điều 10 Luật Công ty cổ phần CHLB Nga 1995; https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/WTACCRUS58_LEG_394.pdf

10 Xem: Section 16 Luật Công ty cổ phần Thái Lan 2009; http://www.dbd.go.th/dbdweb_en/ewt_news.php?nid=3932.

11 Xem: Section 114 Phần II Luật Công ty Australia 2001; <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00031>.

12 Xem: Điều 128 Luật Công ty Đài Loan Trung Quốc 2009; <http://www.bycpa.com/html/news/20132/1793.html>.

có ít nhất 1 CĐSL hoặc nhiều hơn tại thời điểm thành lập, nhưng CĐSL phải là 1 thể nhân hoặc 1 pháp nhân có nơi cư trú hoặc có trụ sở tại khu vực kinh tế Âu Châu hoặc tại Thụy Điển; nếu là một cá nhân người Thụy Điển thì phải có năng lực pháp lý¹³. Pháp luật Cộng hòa liên bang Đức và Cộng hòa liên bang Nga cho phép một CTCP có thể được thành lập bởi 1 hoặc nhiều cổ đông. Việc thành lập CTCP tại Nga đòi hỏi phải thông qua một Hội nghị thành lập bao gồm nhiều CĐSL (nếu chỉ có 1 CĐSL thì cổ đông này tự ra quyết định thành lập). Tại Hội nghị thành lập này, các CĐSL sẽ biểu quyết theo tỷ lệ $\frac{3}{4}$ để bầu ra các cơ quan quản trị của CTCP¹⁴. Tại Nhật Bản, khi thành lập CTCP thì các cổ đông sáng lập phải có trách nhiệm chuẩn bị điều lệ công ty và ký tên, ghi rõ họ tên (kể cả đóng dấu nếu có) vào bản điều lệ của công ty¹⁵.

2.3. Tỷ lệ nắm giữ cổ phần của cổ đông sáng lập khi thành lập công ty

Tại Thái Lan, CTCP thành lập phải có ít nhất 15 CĐSL và các CĐSL phải mua được ít nhất 5% số vốn đăng ký của CTCP tại thời điểm thành lập¹⁶. Luật Công ty năm 2005 của Thụy Điển yêu cầu tất cả các CĐSL phải

góp đủ cổ phần tại thời điểm thành lập công ty¹⁷. Tại Italia, các nhà đầu tư sáng lập CTCP phải thanh toán đủ tiền mua cổ phần với tỷ lệ ít nhất 25% trước khi thành lập công ty¹⁸. Theo quy định của pháp luật Đài Loan, CĐSL không bị bắt buộc mua một tỷ lệ cổ phần tối thiểu tại thời điểm thành lập CTCP, Luật Công ty Đài Loan chỉ yêu cầu CĐSL sau khi thanh toán đủ tiền mua cổ phần lần đầu phát hành của công ty tại thời điểm thành lập là được¹⁹. Tại Nga, tối thiểu 50% cổ phần phát hành rộng rãi ra bên ngoài tại thời điểm thành lập CTCP phải được thanh toán đủ trong thời hạn 3 tháng kể từ ngày đăng ký thành lập. Đối với cổ phần của CĐSL sẽ không có quyền biểu quyết nếu CĐSL không thanh toán đủ tiền mua cổ phần, trừ trường hợp điều lệ công ty có quy định khác²⁰. Tại Trung Quốc, trước ngày 01/03/2014, theo quy định tại Luật Công ty năm 2005, các công ty khi đăng ký thành lập phải đăng ký tối thiểu 30.000 tệ và số vốn góp ban đầu của các CĐSL phải tối thiểu 20% vốn đăng ký, đồng thời số vốn góp ban đầu của cổ đông phải được thanh toán đủ tại thời điểm thành lập công ty, còn số vốn góp còn lại thì thanh toán trong thời hạn 2 năm,

- 13 Xem: Section 1, Chương 2 Luật Công ty Thụy Điển 2005; http://law.au.dk/fileadmin/www.asb.dk/omasb/institut/erhvervsjuridiskinstitut-skjultforgoogle/EMCA/NationalCompaniesActsMemberStates/Sweden/THE_SWEDISH_COMPANIES_ACT.pdf.
- 14 Xem: Điều 9 Luật Công ty cổ phần CHLB Nga 1995; https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/WTACCRUS58_LEG_394.pdf.
- 15 Xem: Điều 26 Luật Công ty Nhật Bản năm 2005; <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail?id=2052&vm=04&re=02>
- 16 Xem: Điều 16 và Điều 17 Luật Công ty cổ phần Thái Lan 2009; http://www.dbd.go.th/dbdweb_en/ewt_news.php?nid=3932.
- 17 Nguồn: http://www.lindah.se/media/480245/doing_business_in_sweden.pdf.
- 18 Xem: “A review of UK and Italian and UK Company Law” A joint study by Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili and The Association of Chartered Certified Accountants Published by the Certified Accountants Educational Trust, London July, 2009, tr. 22.
- 19 Xem: Điều 131 Luật Công ty Đài Loan Trung Quốc 2009; <http://www.bycpa.com/html/news/20132/1793.html>.
- 20 Xem: Điều 34 Luật Công ty cổ phần CHLB Nga 1995; https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/rus_e/WTACCRUS58_LEG_394.pdf.

kể từ ngày thành lập công ty. Ngoài ra, số vốn góp bằng tiền mặt của cổ đông phải tối thiểu bằng 30% số vốn góp đăng ký của công ty. Tuy nhiên, ngày 28/12/2013, Trung Quốc đã sửa đổi Luật Công ty năm 2005 thì từ ngày 01/03/2014 tất cả những quy định về vốn pháp định và số vốn góp tối thiểu của nhà đầu tư khi thành lập công ty tại Trung Quốc đều bị bãi bỏ²¹. Tại Đức, cổ đông phải thanh toán tiền mặt cho công ty tối thiểu là 25% giá cổ phần phát hành và phải góp đủ tại thời điểm thành lập. Nếu góp vốn mà cổ đông phải chuyển quyền sở hữu tài sản cho công ty thì nghĩa vụ này phải hoàn thành trong vòng 5 năm từ thời điểm đăng ký²².

Tại Việt Nam, trước thời điểm năm 2000, theo quy định tại Điều 32 Luật Công ty năm 1990 thì các sáng lập viên phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% số cổ phiếu dự tính phát hành của công ty. Và nếu các sáng lập viên không đăng ký mua tất cả cổ phiếu công ty, thì họ phải công khai gọi vốn từ những người khác.

Hiện tại, theo quy định tại khoản 2 Điều 119 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì các CĐSL phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp. Đồng thời, Điều 112 Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng xác định trách nhiệm của các cổ đông nói chung và CĐSL nói riêng phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua trong thời hạn 90 ngày, kể từ ngày CTCP được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, trừ trường hợp điều lệ công ty hoặc hợp đồng đăng ký mua cổ phần quy định một thời hạn khác ngắn hơn. Và nếu

sau thời hạn 90 ngày nêu trên mà có cổ đông chưa thanh toán hoặc chỉ thanh toán được một phần số cổ phần đã đăng ký mua thì xử lý theo một trong các hướng sau: 1) Cổ đông chưa thanh toán số cổ phần đã đăng ký mua sẽ không còn là cổ đông của công ty và họ cũng không được chuyển nhượng quyền mua cổ phần đó cho người khác; 2) Cổ đông chỉ thanh toán một phần số cổ phần đã đăng ký mua sẽ có quyền biểu quyết, nhận lợi tức và các quyền khác tương ứng với số cổ phần đã thanh toán. Họ không được chuyển nhượng quyền mua số cổ phần chưa thanh toán cho người khác. Trong trường hợp này, CTCP phải đăng ký điều chỉnh vốn điều lệ bằng giá trị mệnh giá số cổ phần đã được thanh toán đủ và thay đổi CĐSL trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày kết thúc thời hạn phải thanh toán đủ số cổ phần đã đăng ký mua.

Bên cạnh Luật Doanh nghiệp năm 2014, một số luật chuyên ngành tại Việt Nam có quy định đặc thù về tỷ lệ sở hữu cổ phần của CĐSL khác biệt với Luật Doanh nghiệp năm 2014. Chẳng hạn, theo quy định tại khoản 5 Điều 55 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 thì trong thời hạn 05 năm, kể từ ngày được cấp Giấy phép thành lập tổ chức tín dụng, các CĐSL phải nắm giữ số cổ phần tối thiểu bằng 50% vốn điều lệ của tổ chức tín dụng, các CĐSL là pháp nhân phải nắm giữ số cổ phần tối thiểu bằng 50% tổng số cổ phần do các cổ đông sáng lập nắm giữ.

2.4. Các hạn chế đối với cổ đông sáng lập

Tại Việt Nam, trong giai đoạn từ năm 1990 – 1999, theo quy định tại khoản 3 Điều

21 Xem: Luật Công ty sửa đổi của Trung Quốc ban hành ngày 28/12/2013, có hiệu lực thực thi từ ngày 01/03/2014; http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4814_0_7.html.

22 Xem: Điều 36a Luật Công ty cổ phần CHLB Đức 1965, được sửa đổi, bổ sung năm 2010; <http://www.nortonrosefulbright.com/files/german-stock-corporation-act-147035.pdf>.

30 Luật Công ty năm 1990 thì cổ phiếu trong CTCP được phát hành có thể là cổ phiếu có ghi tên hoặc cổ phiếu không có ghi tên. Cổ phiếu của sáng lập viên, của thành viên Hội đồng quản trị phải là những cổ phiếu có ghi tên. Cổ phiếu không ghi tên được tự do chuyển nhượng, còn cổ phiếu có ghi tên chỉ được chuyển nhượng, nếu được sự đồng ý của HĐQT. Hiểu theo nghĩa trên tại Luật Công ty năm 1990 thì các CĐSL trong CTCP tại Việt Nam trong giai đoạn 1990 - 1999 bị một hạn chế khá lớn trong việc định đoạt tài sản thuộc sở hữu của mình. Họ buộc phải sở hữu loại cổ phần có phần đặc biệt so với các cổ đông khác, đó là cổ phần có ghi tên và loại cổ phần này không thể chuyển nhượng tự do mà việc chuyển nhượng phải dựa trên ý chí của Hội đồng quản trị (khi đó phải được ít nhất $\frac{3}{4}$ tổng số thành viên Hội đồng quản trị chấp thuận). Từ năm 2000 – 30/06/2015, thực hiện Luật Doanh nghiệp năm 1999 và Luật Doanh nghiệp năm 2005, việc bắt buộc phải ghi tên CĐSL trên loại cổ phần mà họ sở hữu đã bị loại bỏ, thay vào đó, CĐSL tại Việt Nam chỉ bị hạn chế chuyển nhượng cổ phần đối với người nhận chuyển nhượng không phải là cổ đông (theo Luật Doanh nghiệp năm 1999) và không phải là cổ đông sáng lập (theo Luật Doanh nghiệp năm 2005) trong thời hạn 3 năm đầu thành lập CTCP với điều kiện phải được Đại hội đồng cổ đông – cơ quan quyền lực cao nhất trong CTCP chấp thuận.

Từ ngày 01/07/2015, theo quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 119 Luật Doanh nghiệp năm 2014, các CĐSL trong CTCP tại Việt Nam phải cùng nhau đăng ký mua ít nhất 20% tổng số cổ phần phổ thông được quyền chào bán tại thời điểm đăng ký doanh nghiệp. Và trong thời hạn 03 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, CĐSL có quyền tự do chuyển nhượng cổ phần của mình cho CĐSL khác và chỉ được chuyển nhượng cổ

phần phổ thông của mình cho người không phải là CĐSL nếu được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông. Tuy nhiên, các hạn chế đối với cổ phần phổ thông của CĐSL được bãi bỏ sau thời hạn 03 năm, kể từ ngày công ty được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Các hạn chế của quy định này không áp dụng đối với cổ phần mà CĐSL có thêm sau khi đăng ký thành lập doanh nghiệp và cổ phần mà CĐSL chuyển nhượng cho người khác không phải là CĐSL của công ty.

Bên cạnh Luật Doanh nghiệp năm 2014, khoản 4 Điều 56 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 cũng có quy định đặc thù riêng về hạn chế đối với CĐSL trong các ngân hàng thương mại cổ phần (bản chất pháp lý vẫn là CTCP hoạt động theo Luật Doanh nghiệp năm 2014) đó là: Trong thời hạn 05 năm, kể từ ngày được cấp Giấy phép, CĐSL chỉ được phép chuyển nhượng cổ phần cho các CĐSL khác với điều kiện bảo đảm các tỷ lệ sở hữu cổ phần quy định tại Điều 55 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010. Từ các quy định trên, có thể rút ra một nhận xét chung là pháp luật doanh nghiệp Việt Nam chỉ áp dụng sự hạn chế cơ bản đối với CĐSL khi buộc họ phải nắm giữ một tỷ lệ tối thiểu cổ phần tại thời điểm thành lập công ty và quyền chuyển nhượng cổ phần của họ bị giới hạn khó hơn so với các cổ đông phổ thông khác trong CTCP, không quy định tiêu chí họ phải cư trú (hoặc thường trú) tại Việt Nam.

Ở đây, nếu so sánh với quy định tại pháp luật doanh nghiệp một số nước, chúng ta thấy có những điểm tương đồng và khác biệt. Khoản 2 và khoản 3 Điều 17 Luật Công ty cổ phần Thái Lan 2009 quy định ít nhất $\frac{1}{2}$ số lượng CĐSL phải thường trú tại Thái Lan và phải góp vốn mua cổ phần, thanh toán tiền mua cổ phần ít nhất là 5% số vốn đăng ký của công ty. Tại Thái Lan, các cổ phần mà CĐSL góp vốn mua tại thời điểm thành lập công ty (ít nhất 5%) sẽ bị hạn chế chuyển

nhượng trong thời hạn 2 năm đầu kể từ ngày thành lập công ty, trừ trường hợp phải được sự chấp thuận của ĐHCĐ²³. Quy định của Đan Mạch yêu cầu ít nhất 1 CĐSL phải cư trú tại Đan Mạch²⁴.

3. Kết luận và kiến nghị

Quy định về CĐSL của công ty cổ phần là một nội dung quan trọng trong pháp luật doanh nghiệp Việt Nam cũng như pháp luật doanh nghiệp tại nhiều quốc gia khác trên thế giới. Theo quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2014, việc trở thành CĐSL của CTCP tại Việt Nam được xác lập dựa trên sự thỏa thuận giữa các nhà đầu tư tại thời điểm thành lập công ty, chỉ cần 1 công ty cổ phần đảm bảo ít nhất 3 CĐSL là được, không nhất thiết toàn bộ tất cả các nhà đầu tư tham gia thành lập công ty, thông qua điều lệ của công ty cổ phần đều là CĐSL theo quan điểm truyền thống trước đây. Quy định này trao quyền tự quyết cho nhà đầu tư trong việc họ trở thành CĐSL hay không trên cơ sở cân nhắc các lợi ích mà họ có thể có được từ tư cách CĐSL này. Mặc dù pháp luật nhiều quốc gia trên thế giới có những quy định khác nhau về số lượng CĐSL tối thiểu của 1 công ty cổ phần tại thời điểm thành lập, nhưng nhìn chung, pháp luật doanh nghiệp một số quốc gia như Thái Lan, Italia, Đức đều quy định các CĐSL phải sở hữu ít nhất từ 5% cho đến 25% tổng số cổ phần được quyền phát hành của CTCP tại thời điểm thành lập. Và những hạn chế về chuyển nhượng cổ phần của CĐSL trong giai đoạn đầu thành lập CTCP cũng là những quy định tương đồng có thể được tìm thấy trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 của Việt Nam và pháp luật doanh nghiệp ở nhiều quốc gia khác trên thế giới. Tuy nhiên, dù có những điểm khác biệt nhất định nhưng vai trò, vị trí

của CĐSL trong CTCP là không thể thiếu trong thực tiễn kinh tế thị trường cũng như pháp luật thực định của các quốc gia có nền kinh tế thị trường gắn với quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp.

Qua tham khảo quy định của pháp luật về CĐSL tại một số quốc gia trên thế giới cũng như qua thực tiễn thi hành Luật Doanh nghiệp năm 2014 tại Việt Nam thời gian qua, Tác giả kiến nghị sửa đổi Luật Doanh nghiệp năm 2014 ở hai nội dung sau:

Một là, sửa đổi Điều 112 Luật Doanh nghiệp 2014 theo hướng bỏ quy định cho phép CĐSL có thời hạn 90 ngày để thanh toán tiền đăng ký mua cổ phần khi thành lập CTCP. Thay vào đó, tất cả CĐSL đều phải thanh toán đủ tiền mua cổ phần ngay tại thời điểm thành lập công ty tương ứng với số lượng cổ phần mà họ đăng ký mua. Việc sửa đổi này là cần thiết nhằm đảm bảo cho vốn điều lệ của CTCP tại thời điểm thành lập có tính thực chất hơn, hạn chế tình trạng “vốn ảo” của CTCP trong giai đoạn đầu thành lập, đồng thời giảm bớt chi phí tài chính phát sinh cho CTCP do phải thực hiện các thủ tục hành chính về thay đổi vốn điều lệ với cơ quan đăng ký kinh doanh trong trường hợp có vi phạm việc thanh toán tiền mua cổ phần của CĐSL như thời gian vừa qua.

Hai là, bổ sung quy định CTCP phải có ít nhất một CĐSL cư trú tại Việt Nam tại thời điểm thành lập công ty, thay cho quy định hiện hành không có yêu cầu bắt buộc. Quy định mới này nhằm đảm bảo hiệu lực quản lý nhà nước đối với CTCP hiệu quả hơn, tăng cường trách nhiệm của CĐSL đối với các doanh nghiệp đối tác và hạn chế các tiêu cực phát sinh trong quá trình thành lập, hoạt động của CTCP về sau ■

23 Xem: Section 57 Luật Công ty cổ phần Thái Lan 2009; http://www.dbd.go.th/dbdweb_en/ewt_news.php?nid=3932.

24 Xem: Mục 3 Phần 2 Luật Công ty cổ phần Đan Mạch 2000; <http://www.doingbusiness.org/law-library>.

ĐỊNH HƯỚNG CHỦ ĐỀ VIẾT BÀI ĐĂNG TẢI TRÊN TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP NĂM 2020

1. Chuyên mục Nhà nước và pháp luật

Năm 2020 là năm thứ năm của Nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIV và là năm kết thúc Kế hoạch 5 năm (2016 -2020) và Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 10 năm (2011-2020), góp phần thực hiện thắng lợi Nghị quyết Đại hội XII của Đảng. Năm 2020 còn là năm diễn ra Đại hội Đảng các cấp, tiến tới Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng; tổng kết nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIV và chuẩn bị bầu cử đại biểu Quốc hội khóa XV và đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp nhiệm kỳ 2021-2026; có rất nhiều nhiệm vụ đặt ra đối với Quốc hội nước ta. Vì vậy, trong năm 2020, bên cạnh các đề tài truyền thông, Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài viết về tổng kết nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIV; đổi mới tổ chức hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội theo hướng xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân. Trong đó, ưu tiên đặt các bài viết liên quan đến hoạt động của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, các cơ quan của Ủy ban thường vụ Quốc hội và đại biểu Quốc hội; các bài viết tổng kết 15 năm thực hiện Nghị quyết số 48/TW của Bộ Chính trị khóa IX về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020.

Tạp chí cũng quan tâm đăng tải các bài viết về tổ chức và hoạt động của các cơ quan nhà nước thực hiện quyền hành pháp, quyền tư pháp.

Tạp chí tiếp tục đăng tải các bài viết: bình luận về Hiến pháp năm 2013 nhằm giới thiệu, tuyên truyền những giá trị tiến bộ của Hiến pháp năm 2013; cụ thể hóa các Nghị quyết của Đảng về hoàn thiện tổ chức bộ máy nhà nước; bàn về các chức năng, nhiệm vụ của Quốc hội; về chủ quyền biển, đảo của Tổ quốc trong tình hình mới; về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân; về thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa; về cải cách tư pháp, cải cách hành chính. Các bài viết góp phần phòng, chống vi phạm pháp luật, tham nhũng, lãng phí, bảo đảm quốc phòng, an ninh, trật tự, an toàn xã hội, đáp ứng yêu cầu phát triển bền vững của đất nước và phục vụ lợi ích của Nhân dân.

2. Chuyên mục Bàn về dự án luật

Trong năm 2020, Tạp chí sẽ chú trọng đăng tải các bài nghiên cứu, góp ý liên quan đến nội dung các dự án luật quan trọng được dự kiến trong Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2020 của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội như: Luật sửa

đổi, bổ sung một số điều của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý vi phạm hành chính; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đất đai; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Bảo vệ môi trường; Luật Hòa giải, đối thoại tại Tòa án; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Giám định tư pháp; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xây dựng; Luật Thỏa thuận quốc tế; Luật Biên phòng Việt Nam; Luật Khám bệnh, chữa bệnh (sửa đổi)...

3. Chuyên mục Thực tiễn pháp luật

Cùng với việc đăng tải các bài viết liên quan đến việc triển khai thực hiện các luật, pháp lệnh trên thực tế, nêu và phân tích được những khó khăn, vướng mắc, hạn chế của các quy định của pháp luật trong quá trình thực hiện, đề xuất những giải pháp khắc phục, Tạp chí coi trọng các bài viết cung cấp thông tin về kinh nghiệm thực tiễn trong hoạt động của Quốc hội, Hội đồng nhân dân, các cơ quan của Quốc hội, Đoàn đại biểu Quốc hội và đại biểu Quốc hội.

4. Chuyên mục Chính sách

Xuất phát từ các nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội mà nghị quyết của Quốc hội đã đề ra, Tạp chí tập trung vào các vấn đề về hoàn thiện các chính sách liên quan đến chính sách trong hoạt động lập pháp, yêu cầu hội nhập quốc tế, phát triển kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, chống tham nhũng, lãng phí và phòng, chống tội phạm; Chính sách gắn với phát triển bền vững, tăng trưởng với công bằng xã hội và chống lạm phát, đảm bảo việc làm, an sinh xã hội; Chiến lược phát triển bền vững kinh tế biển Việt Nam đến năm 2030, tầm nhìn đến năm 2045 theo Nghị quyết số 36-NQ/TW; coi trọng các bài viết đề xuất các giải pháp kiến nghị hoàn thiện các cơ chế, chính sách trong các lĩnh vực kinh tế - dân sự, lao động, văn hoá giáo dục, khoa học công nghệ, y tế, xóa đói giảm nghèo, việc thực hiện tái cấu trúc nền kinh tế, doanh nghiệp nhà nước và hệ thống ngân hàng theo Nghị quyết số 142/2016/QH13 của Quốc hội về Kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020.

5. Chuyên mục Kinh nghiệm quốc tế

Năm 2020, Tạp chí tiếp tục tập trung đăng tải các bài viết về các vấn đề pháp luật quốc tế liên quan đến những kinh nghiệm xây dựng hiến pháp, lập pháp và tổ chức bộ máy nhà nước của các nước để tham khảo, vận dụng vào tình hình thực tiễn Việt Nam; các thiết chế về bảo vệ quyền của tổ chức, cá nhân trong quá trình hội nhập quốc tế; các cơ chế quốc tế về phòng, chống tội phạm; những vấn đề liên quan đến bảo vệ chủ quyền quốc gia; bảo vệ an ninh, chủ quyền lãnh thổ trên biển; các vấn đề về ASEAN và đặc biệt là các chủ đề thiết thực phục vụ các dự án luật trong Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2020 của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội.

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

