ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn

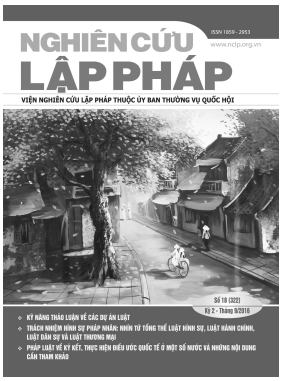
NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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

Số 18 (322)
Kỳ 2 - Tháng 9/2016

- KỸ NĂNG THẢO LUẬN VỀ CÁC DỰ ÁN LUẬT
- TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ PHÁP NHÂN: NHÌN TỪ TỔNG THỂ LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT HÀNH CHÍNH, LUẬT DÂN SỰ VÀ LUẬT THƯƠNG MẠI
- PHÁP LUẬT VỀ KÝ KẾT, THỰC HIỆN ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ Ở MỘT SỐ NƯỚC VÀ NHỮNG NỘI DUNG CẦN THAM KHẢO

NGHIÊN CỨU
LẬP PHÁP
www.nclp.org.vn



Mục lục 9/2016

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Kỹ năng thảo luận về các dự án luật

TS. Nguyễn Đình Quyền

9 Trách nhiệm hình sự pháp nhân: nhìn từ tổng thể luật hình sự, luật hành chính, luật dân sự và luật thương mại

PGS, TS. Ngô Huy Cương

19 Các khía cạnh xã hội của hoạt động giáo dục pháp luật

TS. Phạm Thị Duyên Thảo

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

30 Những vấn đề đặt ra sau 10 năm thi hành Luật Phòng, chống tham nhũng

TS. Nguyễn Quốc Văn – PGS, TS. Vũ Công Giao

38 Ủy ban Cạnh tranh quốc gia - cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh thích hợp

ThS. Mai Xuân Hợi

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

45 Những điểm mới của hệ thống quy phạm xung đột trong Bộ luật Dân sự năm 2015

TS. Bành Quốc Tuấn

50 Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về chống lao động cưỡng bức, thực hiện cam kết của Việt Nam trong Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương

ThS. Nguyễn Khánh Phương

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

57 Pháp luật về ký kết, thực hiện điều ước quốc tế ở một số nước và những nội dung cần tham khảo

PGS, TS. Hoàng Văn Tú – PGS, TS. Trương Hồ Hải

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

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

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

THIẾT KẾ:
HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:
Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO
HÀ NỘI: 043.2121202

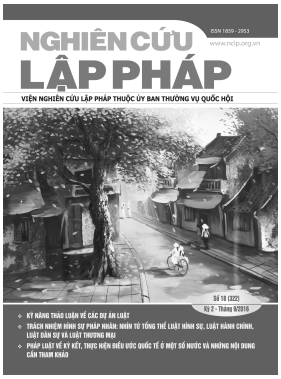
TÀI KHOẢN:
0011000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: *Thu Hà Nội - Tranh sơn dầu*
Ảnh: ST

NGHIÊN CỨU
LẬP PHÁP
www.nclp.org.vn



Legis 9/2016

STATE AND LAW

3 Skills of debating a bill
Dr. Nguyen Dinh Quyen

9 Criminal liability of legal persons: the overview from criminal law, administrative law, civil law and commercial law
Prof, Dr. Ngo Huy Cuong

19 The social aspects of legal education
Dr. Pham Thi Duyen Thao

DISCUSSION OF BILLS

30 The issues raised after 10 years of implementing the Law on Anti-Corruption
Dr. Nguyen Quoc Van – Prof, Dr. Vu Cong Giao

38 National Commission on Competition - appropriate agency for competition law enforcement
LLM. Mai Xuan Hoi

LEGAL PRACTICE

45 The new points on conflict normative system in the Civil Code in 2015
Dr. Banh Quoc Tuan

50 Recommendations to improve legislation on anti-forced labor, to implement Vietnam's commitments in the Trans-Pacific Partnership Agreement
LLM. Nguyen Khanh Phuong

FOREIGN EXPERIENCE

57 Laws on contracting, implementing international agreements in some countries and reference contents
Prof, Dr. Hoang Van Tu – Prof, Dr. Truong Ho Hai

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

CHIEF EDITOR IN CHARGE:
Dr. NGUYEN HOANG THANH

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

DESIGN:
HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:
NO 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION:
HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:
0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

KỸ NĂNG THẢO LUẬN VỀ CÁC DỰ ÁN LUẬT

NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN*

Trong các nhiệm kỳ gần đây, hoạt động lập pháp của Quốc hội ngày càng đi vào nề nếp và trở thành một trong những chức năng được thực hiện tốt nhất; hiệu lực, hiệu quả ngày càng được nâng cao; qua đó đã tăng cường được tính đại diện của đại biểu, người thay mặt Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước trong quá trình hoạch định chính sách tại Quốc hội. Hoạt động lập pháp cũng đã thể hiện là khâu tiên quyết và quan trọng nhất của quản lý nhà nước bằng pháp luật, theo pháp luật.

Đại biểu Quốc hội (ĐBQH) là người đại diện của Nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước trong Quốc hội, đồng thời là bộ phận cấu thành cơ bản của Quốc hội; hiệu quả hoạt động của ĐBQH là một phần quan trọng trong hiệu quả hoạt động chung của Quốc hội, do đó, các ĐBQH có trách nhiệm tham gia thực hiện và quyết định những vấn đề thuộc chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội. ĐBQH còn có trách nhiệm thực hiện nhiệm vụ của mình khi tham gia làm thành viên của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội và Đoàn ĐBQH.

Pháp luật hiện hành quy định ĐBQH có nhiệm vụ tham gia đầy đủ các kỳ họp Quốc hội, các cuộc họp Tổ, Đoàn ĐBQH, các phiên họp của Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội mà ĐBQH là thành viên; có trách nhiệm thảo luận và biểu quyết các vấn đề thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội; thực hiện trình tự, thủ tục phát biểu, thảo luận và biểu quyết; thực hiện những quy định về việc sử dụng, bảo quản tài liệu trong kỳ họp, không được tiết lộ nội dung tài liệu mật, nội dung các phiên họp kín của Quốc hội; thực hiện quyền chất vấn; có trách nhiệm tiếp xúc cử tri để thu thập ý kiến, nguyện vọng của cử tri, báo cáo với cử tri về thực hiện nhiệm vụ đại biểu của mình và kết quả của kỳ họp Quốc hội...

Việc thảo luận tại tổ, tại hội trường về các dự án luật trong kỳ họp Quốc hội là một trong những hoạt động chủ yếu và quan trọng nhất của các ĐBQH. Đây cũng là hoạt động phân tích chính sách mang tính vĩ mô của Quốc hội. Trong các nhiệm kỳ vừa qua, việc thảo luận tại tổ, tại hội trường về các dự án luật trong kỳ họp Quốc hội của các ĐBQH đã có nhiều đổi mới. Tuy nhiên, để thực hiện tốt hơn nữa nội dung hoạt động này, cần quan tâm, đánh giá và có giải pháp đổi mới một số vấn đề sau:

1. Đại biểu Quốc hội tham gia thảo luận tại tổ, tại hội trường và các đề xuất đổi mới

- *Nghiên cứu tài liệu trước và trong kỳ họp:* Tại kỳ họp, các ĐBQH tiến hành thảo luận ở Tổ, Đoàn ĐBQH và tại phiên họp

* *TS. Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp; nguyên ĐBQH Khóa XII, XIII, Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp của Quốc hội.*

toàn thể. Tinh thần, trách nhiệm làm việc của ĐBQH có tác động toàn diện, sâu sắc tới kết quả kỳ họp. Yêu cầu đặt ra đối với mỗi đại biểu là rất nặng nề. Để phục vụ cho kỳ họp, ĐBQH phải đọc, nghiên cứu các tài liệu được cung cấp như: báo cáo về kinh tế - xã hội, dự toán ngân sách nhà nước, các dự án luật,… để hiểu, nắm được nội dung một cách sâu sắc, tham gia thảo luận một cách chất lượng. Nhiều đại biểu của các ngành, các địa phương còn chuẩn bị các tài liệu của ngành mình, địa phương mình có liên quan tới các vấn đề mà ĐBQH sẽ thảo luận và quyết định tại kỳ họp. Tuy nhiên, hiện nay vẫn còn tình trạng có ĐBQH chưa đọc hoặc chưa đọc hết các tài liệu đã được gửi trước mà "ôm luôn cả bọc" về họp Quốc hội. Có đại biểu than phiền là khi kỳ họp đến, mỗi đại biểu phải "ôm" hàng nghìn trang tài liệu và thường là không thể đọc hết, trong khi vẫn thiếu thông tin. Vì các nội dung được xem xét, thảo luận, quyết định tại kỳ họp là những vấn đề lớn và quan trọng, có độ phức tạp cao, phạm vi rộng, khối lượng thông tin rất nhiều,… nên nhiều đại biểu đã cố gắng tranh thủ thời gian đọc, hiểu để có thể thảo luận, tranh luận một cách chặt chẽ, thuyết phục và đầy đủ hơn. Trong quá trình diễn ra kỳ họp, ngoài việc tiếp tục nghiên cứu các tài liệu đã được cung cấp từ trước, các ĐBQH còn phải đọc, nghiên cứu tài liệu mới được cung cấp.

Chính vì thế, cần phải nghiên cứu để sửa đổi quy định về thời gian gửi trước tài liệu kỳ họp cho ĐBQH, sao cho ĐBQH có được quỹ thời gian phù hợp để đọc, nghiên cứu hết các tài liệu đã nhận. Đồng thời, những tài liệu được gửi trước phải được chọn lọc kỹ lưỡng, các tài liệu có tầm quan trọng cao thì ưu tiên gửi trước. Đặc biệt, cần lưu ý thực hiện việc tóm tắt, khái quát hóa nội dung của các tài liệu để giảm được khối lượng tài liệu nhưng vẫn đảm bảo truyền tải chính xác nội dung tài liệu.

Các tài liệu gửi cho ĐBQH trong thời gian diễn ra kỳ họp cũng phải chú trọng đến các yêu cầu trên.

- Phát biểu thảo luận tại tổ, tại hội trường: Nhiều ĐBQH đã chuẩn bị cẩn thận, kỹ lưỡng các ý kiến để tham gia thảo luận, nhất là về những vấn đề, lĩnh vực liên quan tới chuyên môn, công việc của ĐBQH. Có không ít đại biểu còn viết thành bài phát biểu. Tuy nhiên, do viết thành bài nên sẽ bị động khi đại biểu này phát biểu sau các phát biểu trước đó cùng nội dung của các đại biểu khác. Nhưng vì đã chuẩn bị sẵn bài nên một số đại biểu vẫn đọc toàn bộ các nội dung đã được chuẩn bị, trong đó nhiều thông tin đã "bão hòa", hoặc các nội dung, vấn đề bị trùng lặp.

Yêu cầu thảo luận, quyết định tại kỳ họp luôn đòi hỏi ĐBQH phải theo dõi sát sao, liên tục để điều chỉnh ý kiến thảo luận của mình cho hợp lý, nâng cao hiệu quả thảo luận, đóng góp ý kiến. Thực tế, thảo luận tại phiên họp toàn thể cũng cho thấy có đại biểu rất ngại phát biểu ý kiến (có đại biểu cả nhiệm kỳ không phát biểu một lần nào), nhất là tại các phiên họp toàn thể. Điều này có lẽ là do ĐBQH còn chưa tự tin, không biết mình có thể đóng góp được gì thêm bên cạnh những ý kiến rất hay và lâu rồi thành quen, thấy không phát biểu cũng không sao. Một số đại biểu có trình độ cao, giữ cương vị quan trọng thì lại nghĩ rằng mình chỉ nên phát biểu ở Quốc hội khi thật sự cần thiết về những nội dung thuộc phạm vi trách nhiệm của mình, chứ không cần phải tham gia vào mọi vấn đề đang được Quốc hội thảo luận. Đây là thái độ thận trọng, nhưng như vậy thì Quốc hội sẽ không nhận được những ý kiến phát biểu có chất lượng cao. Ngược lại, có đại biểu thì vấn đề gì cũng muốn tham gia và muốn nói nhiều lần nhưng thông tin lại không "đắt".

Thời gian thảo luận tại phiên họp toàn thể là rất ít và hết sức quý giá, do vậy, các ĐBQH cần xác định trách nhiệm của mình trong thảo luận, cho ý kiến tham gia vào quá trình lập pháp của Quốc hội. Để có được những ý kiến có giá trị, các ĐBQH cần dành toàn tâm, toàn ý nghiên cứu các nội dung

của phiên họp, sàng lọc vấn đề, tham khảo trước các chuyên gia về vấn đề mình định phát biểu, tăng cường tính phản biện trong các ý kiến. Bởi các ý kiến của mình sẽ là cơ sở quan trọng để Quốc hội quyết định, cũng là tiêu chí để cử tri đánh giá chất lượng, năng lực hoạt động đại biểu.

- *Tuân thủ thời gian dành cho các cuộc họp, phiên họp:* Hiệu quả của các ý kiến tham gia của ĐBQH tại kỳ họp phụ thuộc vào nhiều yếu tố: trình độ, năng lực, sự tâm huyết của đại biểu, mức độ tiếp nhận, xử lý thông tin, tinh thần trách nhiệm... Nhưng tại các buổi thảo luận ở Tổ, ở Đoàn ĐBQH, thường có hiện tượng một số ĐBQH coi sinh hoạt ở Tổ, Đoàn không quan trọng bằng phiên họp toàn thể nên dễ dàng "tranh thủ" để lo chuyện khác, chưa triệt để tận dụng thời gian, thường ỷ lại cho chủ tọa điều hành và thư ký ghi biên bản. Khi thảo luận, thường là ở đầu buổi, các Tổ thường phải mất một khoảng thời gian trống khá lâu, từ 20 phút đến 30 phút vì nhiều đại biểu lúc đó mới đọc tài liệu. Đấy là chưa kể tới việc thảo luận có chỗ, có nơi còn làm qua loa, thời gian còn lại thì dành cho việc riêng. Việc viết biên bản thảo luận cũng chưa được coi trọng đúng mức, một số trường hợp chưa phản ánh được thực chất kết quả thảo luận của ĐBQH. Hiệu quả, vì vậy, không được như mong muốn.

ĐBQH phải có trách nhiệm dự đầy đủ các cuộc họp, phiên họp, vì đây là một trong những tiêu chuẩn của ĐBQH (là người có đủ điều kiện hoạt động cho Quốc hội). Thực tế vừa qua cho thấy, dường như rất hiếm phiên họp toàn thể có đủ được 100% đại biểu tham dự, mà thường vắng từ 30 - 50 ĐBQH, "có phiên vắng ngót trăm ĐBQH". Đây là điều rất cần lưu ý, rút kinh nghiệm. Ở đây, trách nhiệm của ĐBQH chưa được thể hiện đúng mức. Điều này có tác động và ảnh hưởng nhất định đến chất lượng các quyết định của Quốc hội, nhất là khi biểu quyết cho ý kiến về những vấn đề lớn của dự án luật hoặc trong trường hợp những vấn đề lớn thuộc về quan điểm mà ý kiến các ĐBQH còn khác nhau. Vì vậy, hiện nay có nhiều ý kiến cho rằng, cần phải có một quy tắc chặt chẽ để hạn chế đến mức thấp nhất sự vắng mặt của ĐBQH trong các phiên họp toàn thể khi thảo luận về các dự án luật. Trong trường hợp vì lý do bất khả kháng mà ĐBQH không thể đến dự kỳ họp được thì việc vắng mặt của ĐBQH phải do Chủ tịch Quốc hội quyết định, thay vì "báo cáo với Trưởng đoàn ĐBQH để báo cáo Chủ tịch Quốc hội" như hiện nay.

Tuy nhiên, cần quy định linh hoạt việc vắng mặt của ĐBQH tại các phiên họp toàn thể của Quốc hội theo hướng: các ĐBQH có thể vắng mặt ở một số phiên họp toàn thể, nhưng không vượt quá 1/5 tổng số thời gian của kỳ họp hoặc chỉ quy định bắt buộc ĐBQH phải có mặt ở những phiên họp có các nội dung thông qua, biểu quyết, bầu hoặc phê chuẩn.

- *Việc đăng ký phát biểu của ĐBQH*, có ý kiến cho rằng, quy định như hiện nay là chưa thỏa đáng bởi việc hạn chế về thời gian thảo luận sẽ hạn chế số ĐBQH được phát biểu. Khi đó, ĐBQH "ghi lại ý kiến của mình và gửi Đoàn Thư ký để tổng hợp". Đây là điều đáng tiếc. Do đó, nên sửa các quy định theo hướng, khi đã hết thời gian thảo luận mà vẫn có ĐBQH đăng ký phát biểu thì Quốc hội phải biểu quyết việc tiếp tục hay kết thúc thảo luận, đồng thời, chủ tọa phiên họp đề nghị ĐBQH đã đăng ký phát biểu gửi ý kiến phát biểu tới Đoàn Thư ký để tổng hợp, tiếp thu, bảo đảm tính khách quan và công bằng hơn.

- *Tuân thủ quy định chung về quy trình, thủ tục tiến hành thảo luận.* Theo quy định, tại kỳ họp Quốc hội, các ĐBQH có thể thảo luận tại Tổ, Đoàn ĐBQH, thảo luận ở nhóm ĐBQH (ĐBQH được chia làm hai nhóm, thảo luận ở hai hội trường để thảo luận về một số dự án luật - như đã thực hiện tại kỳ họp thứ 8 và thứ 9, Quốc hội khóa XI) hoặc thảo luận tại phiên họp toàn thể. Về mặt nguyên tắc, dù tại diễn đàn nào của Quốc

hội, trong quá trình thảo luận, ĐBQH cũng phải tuân thủ quy định chung về quy trình, thủ tục tiến hành thảo luận. Theo một nghiên cứu của Henry M.Robert[1], các quy định đó phải bảo đảm để: "các cuộc thảo luận phải được tiến hành trên cơ sở thủ tục được xác định rõ ràng; tất cả các nghị sĩ đều có quyền và nghĩa vụ như nhau trong quá trình thảo luận; phải có mặt đủ số thành viên để các cuộc thảo luận có giá trị; quyền bàn luận một cách đầy đủ và tự do là một quyền cơ bản trong khi tiến hành thảo luận; mỗi thời điểm chỉ thảo luận về một vấn đề; vào bất kỳ thời điểm nào, các nghị sĩ cũng có quyền được biết vấn đề gì đang được xem xét và vấn đề đó cần phải nhắc lại trước khi cuộc biểu quyết được thực hiện; không nghị sĩ nào được phép phát biểu nếu chưa được phép của chủ tọa; không ai được phép phát biểu lần thứ hai về cùng một vấn đề khi đang có người khác muốn phát biểu lần thứ nhất về vấn đề đó; chủ tọa phải tuyệt đối trung lập".

Tuy có thể coi đây là những nguyên tắc cơ bản và cần thiết nhằm thiết lập một thể chế dân chủ thực sự, nhưng không phải tất cả các điều trên đều đúng và tuyệt đối phù hợp khi áp dụng tại các kỳ họp của Quốc hội Việt Nam. Có thể thấy rõ rằng, do tính chất của Quốc hội nước ta là đa số ĐBQH hoạt động kiêm nhiệm, một năm chỉ có hai kỳ họp, nên việc bố trí thời gian để các ĐBQH thực hiện "quyền bàn luận một cách đầy đủ và tự do" về tất cả các vấn đề trong chương trình nghị sự là điều không thể. Chính vì vậy, pháp luật đã quy định "trong trường hợp ĐBQH đã đăng ký mà chưa được phát biểu hoặc đã phát biểu nhưng chưa hết ý kiến do thời gian phát biểu đã hết thì ghi lại ý kiến của mình và gửi Đoàn Thư ký kỳ họp để tổng hợp". Bên cạnh đó, nguyên tắc "vào bất kỳ thời điểm nào, các nghị sĩ cũng có quyền được biết vấn đề gì đang được xem xét" sẽ đương nhiên được thực hiện tại kỳ họp Quốc hội mà không cần bất kỳ một đòi hỏi nào bởi đã có một nguyên tắc khác, bao trùm trong hoạt động của ĐBQH, đó là "ĐBQH có nhiệm vụ tham gia các phiên họp toàn thể của Quốc hội, các cuộc họp của Tổ ĐBQH, của Đoàn ĐBQH; thảo luận và biểu quyết các vấn đề thuộc nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội". Như vậy, trong trường hợp nếu ĐBQH không biết về các vấn đề đang thảo luận tại các diễn đàn của Quốc hội thì đương nhiên, lỗi là do chính ĐBQH đó.

Cho đến nay, tuy pháp luật chưa quy định cụ thể những nguyên tắc chung của việc tiến hành thảo luận, đồng thời, cũng chưa có quy định đối với thủ tục thảo luận ở Tổ, Đoàn và nhóm ĐBQH, đặc biệt là việc ĐBQH chia làm hai nhóm để thảo luận tại hai hội trường về một số dự án luật, đã gây ra tranh luận và các ý kiến còn khác nhau về tính khoa học và căn cứ pháp lý của hình thức thảo luận này, nhưng Nội quy kỳ họp Quốc hội đã có quy định về thủ tục tiến hành thảo luận tại phiên họp toàn thể của Quốc hội, cụ thể là tại phiên họp toàn thể để thảo luận về các vấn đề trong chương trình nghị sự, ĐBQH phải tuân thủ các quy định sau đây: phát biểu ý kiến khi được chủ tọa mời (theo trình tự đăng ký); chỉ phát biểu về vấn đề Quốc hội đang thảo luận và không phát biểu quá hai lần về cùng một vấn đề; tuân thủ quy định về thời gian phát biểu: lần thứ nhất không quá bảy phút, lần thứ hai không quá năm phút (khi phát biểu về cùng một vấn đề). Những quy định này về cơ bản đã đáp ứng được các yêu cầu về việc bảo đảm tính hợp pháp của các quyết định của Quốc hội, bảo đảm tính ổn định, tính kỷ luật trong hoạt động kỳ họp Quốc hội và bảo đảm công bằng giữa các ĐBQH.

---

1 *Henry M.Robert (2002): Robert's Rules of Order, dẫn theo Đề tài nghiên cứu khoa học "Mô hình tổ chức và hoạt động của Quốc hội một số nước trên thế giới", Chủ nhiệm đề tài: TS. Nguyễn Sĩ Dũng, Văn phòng Quốc hội, (2000-2002).*

2. Đổi mới việc cung cấp thông tin, dữ liệu về dự án luật cho Đại biểu Quốc hội

ĐBQH phải được cung cấp đầy đủ các thông tin, dữ liệu về dự án luật theo thời hạn pháp luật quy định. Việc cung cấp thông tin, dữ liệu không chỉ phải tiến hành trước kỳ họp mà còn phải được thực hiện trong thời gian giữa hai kỳ họp. Các tài liệu quan trọng nhất về dự án luật phải được cung cấp kịp thời là các báo cáo tổng kết thực tiễn thi hành pháp luật về lĩnh vực mà dự án luật điều chỉnh, báo cáo đánh giá tác động khi luật được ban hành, kết quả các cuộc hội thảo khoa học trong nước và quốc tế, khảo sát thực tiễn tại cơ sở hoặc kinh nghiệm ở nước ngoài, ý kiến của đối tượng chịu sự tác động của luật, ý kiến các cơ quan, tổ chức, đơn vị hữu quan, đặc biệt các ý kiến còn khác nhau về quan điểm chưa đồng thuận (thường là về phạm vi thẩm quyền quản lý nhà nước giữa các cơ quan bộ, ngành), các nghị quyết, văn kiện của Đảng, ý kiến phát biểu của các đồng chí lãnh đạo Đảng, Nhà nước mang tính chất định hướng, chiến lược.

Thông tin được cung cấp cho ĐBQH để thảo luận ở tổ và hội trường về dự án luật được đến từ nhiều kênh khác nhau: từ các đơn vị của Văn phòng Quốc hội, từ Viện Nghiên cứu Lập pháp, từ Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, các Ban của Ủy ban thường vụ Quốc hội, các Ban soạn thảo, cơ quan trình dự án luật, các Đoàn ĐBQH. Trong trường hợp cần thiết, theo yêu cầu của ĐBQH, còn do các cơ quan hữu quan cung cấp. Có thể nói, thông tin đến với các ĐBQH là khá đa dạng, phong phú. Có những thông tin đã được xem xét, phân tích, đánh giá, xử lý bởi các chuyên viên, chuyên gia nghiên cứu, có những thông tin còn ở dạng thô mang tính chất phản ánh một sự kiện, hiện trạng có tính sự vụ, chưa mang tính khái quát thành những chính sách như kiến nghị của người dân, những hạn chế trong thực tiễn quản lý nhà nước…

Thực tế cho thấy, việc cung cấp thông tin cho các ĐBQH có ý nghĩa hết sức quan trọng. Tuy nhiên, việc cung cấp thông tin hiện nay vẫn mang tính đại trà. Theo một số ĐBQH thì phải tùy theo tính chất công việc của ĐBQH mà cung cấp tài liệu cho phù hợp, vì các ĐBQH không có thời gian để đọc hết tất cả tài liệu, mà cũng không phải bất cứ dự án luật về lĩnh vực nào cũng đã có đủ hết các thông tin về lĩnh vực đó. Việc tham khảo ý kiến, tư vấn chuyên môn từ các chuyên gia hiện nay vẫn còn rất hạn chế, dù đã có kinh phí cho hoạt động này song chưa có cơ chế cụ thể để triển khai một cách hiệu quả, thống nhất, nhất là trong trường hợp phải thu thập ý kiến của các bên có liên quan. Rõ ràng là, đã có quy định và thực tế ĐBQH đã được cung cấp thông tin, nhưng để thông tin thực sự có ý nghĩa trong việc góp phần tạo nên những quan điểm, ý kiến, quyết sách của ĐBQH trong quá trình thảo luận về các dự án luật ở tổ và hội trường, thì cần có một cơ chế thông tin thiết thực hơn, mang lại hiệu quả cao hơn theo yêu cầu của ĐBQH.

3. Nâng cao kỹ năng của Đại biểu Quốc hội trong thảo luận ở tổ và hội trường về các dự án luật

Xuất phát từ đặc điểm của Quốc hội Việt Nam là hoạt động của ĐBQH theo chế độ kiêm nhiệm, không lấy hoạt động của ĐBQH làm nghề của mình nên trong nhiều nhiệm kỳ, Quốc hội đã không coi trọng việc tập huấn cho ĐBQH về các kỹ năng phân tích chính sách trong quá trình thảo luận, phát biểu ở tổ, ở hội trường. Thực tế cho thấy, hoạt động của ĐBQH là một đặc thù, không phải cứ có đủ tiêu chuẩn ĐBQH hoặc cứ có bằng thạc sĩ, tiến sĩ là có thể làm tốt nhiệm vụ đại biểu. Nhận thức được vấn đề này, các khóa Quốc hội gần đây đã quan tâm tổ chức đã tập huấn cho ĐBQH về các kỹ năng hoạt động đại biểu. Tuy có quan điểm cho rằng, là ĐBQH thì đã có đầy đủ năng lực, trình độ để làm nhiệm vụ đại biểu rồi và do đó, kinh nghiệm hoạt động phải tự tích lũy từ hoạt động thực tiễn của bản thân đại biểu, nhưng nhiều ý kiến lại cho rằng, hoạt động của ĐBQH, nhất là ĐBQH hoạt động

chuyên trách ở trung ương và địa phương vừa mang tính chính trị, vừa mang tính pháp lý, vừa mang tính chuyên môn sâu sắc, nên bên cạnh các phẩm chất đã có, ĐBQH phải thường xuyên được nâng cao kỹ năng hoạt động đại biểu. Hoạt động đại biểu vừa mang tính quyền lực nhà nước, vừa mang tính đại diện của Nhân dân nên việc nâng cao kỹ năng hoạt động đại biểu - nhất là kỹ năng phân tích chính sách trong việc thảo luận các dự án luật - là hết sức cần thiết và phải được làm ngay.

Từ các kết quả nghiên cứu và từ kinh nghiệm hoạt động của một ĐBQH trong các nhiệm kỳ vừa qua, chúng tôi xin trao đổi về một số kỹ năng cần thiết của ĐBQH khi thảo luận ở tổ và ở hội trường về các dự án luật như sau:

- Thời gian cho một ý kiến phát biểu thảo luận ở tổ và ở hội trường là rất ngắn (thường chỉ là bảy phút), do đó ĐBQH cần chọn đề tài, những nội dung chủ yếu cần phát biểu, tránh dàn trải. Trong đó, điều quan trọng là phải có lập luận để bảo vệ cho quan điểm của mình về các nội dung của dự án luật, tránh việc chỉ nêu lên sự kiện, quan điểm mà không có lập luận, sẽ rất khó thuyết phục.

- Mỗi một bài phát biểu cần có từ 1 - 3 điểm nhấn. Điểm nhấn đó có thể từ đặc điểm của địa phương mà đại biểu công tác hoặc ứng cử, có thể từ hoạt động nghiên cứu khoa học, từ hoạt động thực tiễn hoặc kinh nghiệm công tác của đại biểu, cũng có thể là các thông tin từ tiếp xúc cử tri, xử lý đơn thư khiếu nại, tố cáo của công dân hoặc từ việc học tập kinh nghiệm nước ngoài…

- Khi ý kiến phát biểu trước đó đã đề cập đến nội dung mà mình định phát biểu thì cần lựa chọn để tránh sự trùng lắp. Đồng thời, qua các ý kiến phát biểu trước đó, nên khái quát lại để có thể bật ra ý mới để phát biểu thay vào nội dung trùng lắp đã được lược bỏ.

- Khi lập luận để bảo vệ quan điểm của mình về một nội dung nào đó của dự án luật, nên có phần lý luận cơ bản làm nền tảng và đưa ví dụ thực tiễn để chứng minh, tránh việc chỉ nêu sự kiện thực tế một cách đơn thuần, sẽ khó thuyết phục.

- Trong phát biểu, cố gắng bảo đảm tính khái quát cao, tránh vụn vặt, tránh nêu chi tiết các sự vụ, nội dung một cách rời rạc, đồng thời hướng tới việc hoạch định chính sách mang tính vĩ mô, qua đó không chỉ chuyển tải ý chí, nguyện vọng của cử tri, của Nhân dân mà còn bảo vệ cho ý chí và nguyện vọng đó trong việc phân tích và quyết định chính sách.

- Hiện nay, Quốc hội nước ta đang chuyển dần từ Quốc hội chỉ tham luận sang Quốc hội bắt đầu có tính tranh luận. Do đó, khi ĐBQH đã nắm vững vấn đề thì nên tranh luận với các ý kiến phát biểu trước đó để làm sáng tỏ chân lý về các nội dung của dự án luật. Tuy hiện nay quy trình đăng ký thảo luận phát biểu tại hội trường còn bất cập, khó khăn cho ĐBQH muốn tranh luận, nhưng khi có thể, ĐBQH phải tăng cường tranh luận, phản biện. Quy trình đăng ký thảo luận tại hội trường và cơ chế điều hành của chủ tọa phiên họp cũng cần được sửa, để các ĐBQH có thể tăng cường tranh luận.

- Ý kiến phát biểu của ĐBQH không nên viết thành bài văn nghị luận mà chỉ nên gạch đầu dòng, với các ý kiến diễn đạt từ khái quát đến cụ thể, nhưng vẫn đảm bảo bài phát biểu hoàn thiện, có đặt vấn đề, giải quyết vấn đề và kết luận, kiến nghị.

- Trước khi thể hiện quan điểm của mình về các nội dung của dự án luật, cần thận trọng nghiên cứu kỹ các chủ trương, đường lối của Đảng trong các văn kiện, nghị quyết. Đây là vấn đề mang tính nguyên tắc trong hoạt động của Quốc hội Việt Nam.

- Bất luận thế nào, trong ý kiến phát biểu thảo luận cần đề cao tính phản biện về các chính sách dự kiến ban hành, trên cơ sở đó đưa ra các giải pháp, kiến nghị để hoàn thiện.

- Cần kiểm soát cảm xúc, tránh phản ánh ý kiến của cử tri một cách máy móc (như thuật lại) mà còn phải cân đối lợi ích của cử tri bầu ra mình với lợi ích của cử tri và Nhân dân cả nước ■

TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ PHÁP NHÂN: NHÌN TỪ TỔNG THỂ LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT HÀNH CHÍNH, LUẬT DÂN SỰ VÀ LUẬT THƯƠNG MẠI

NGÔ HUY CƯƠNG*

Việc hoãn thi hành Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 để sửa đổi thêm khiến một lần nữa người ta lại tranh luận sôi nổi về việc nên hay không nên quy định trách nhiệm hình sự (TNHS) pháp nhân, và nếu quy định TNHS pháp nhân như Bộ luật này thì những nội dung nào cần phải quy định, chỉnh sửa hoặc làm rõ… Bài viết nhìn nhận về TNHS pháp nhân từ tổng thể các ngành luật hình sự, luật hành chính, luật dân sự và luật thương mại với các phương pháp như phân loại pháp lý, phân tích nguyên tắc, quy phạm và xung đột quan điểm, so sánh pháp luật, mô hình hóa các quan hệ xã hội… để cố gắng trả lời cho các câu hỏi trên.

I. Nên hay không nên quy định trách nhiệm hình sự pháp nhân trong Bộ luật Hình sự?

Ngày nay, TNHS pháp nhân được thừa nhận rộng rãi trên thế giới bởi sự xuất hiện và gia tăng nhiều loại tội phạm mới và nhiều phương thức phạm tội mới đối với nhiều tội phạm truyền thống mà nếu không truy cứu TNHS pháp nhân thì khó có thể đấu tranh có hiệu quả đối với các loại tội phạm này, chẳng hạn như: các tội phạm liên quan tới tài trợ khủng bố, môi trường, tham nhũng, tài chính, cạnh tranh, rửa tiền, gây tổn hại người tiêu dùng, trục lợi bảo hiểm, tuyển mộ lính đánh thuê, buôn bán người, khai thác trái phép tài nguyên, lừa đảo, gian lận thương mại[1]… Tuy nhiên, việc quy định TNHS pháp nhân gặp các vướng mắc lớn về nhiều phương diện từ nền tảng triết lý, nguyên tắc và mục tiêu của luật hình sự nói chung cho tới kỹ thuật pháp lý và các giải pháp cụ thể của luật hình sự. Vì vậy, các cuộc tranh luận kéo dài hàng thế kỷ không chỉ dừng lại ở vấn đề học thuật mà còn mở rộng sang cả các vấn đề kinh tế, chính trị, xã hội…

Cho tới nay, có hai trường phái tiếp cận TNHS pháp nhân (về việc có hay không thừa nhận TNHS pháp nhân) khác nhau ở quan niệm lý thuyết liên quan tới vấn đề pháp nhân có khả năng tiến hành các hành vi một cách có ý thức, có trách nhiệm hay không, do đó dẫn tới việc có thể phạm tội hay không, và khác nhau trên phương diện

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

1 *Các tội phạm này đòi hỏi đấu tranh bằng việc ấn định TNHS cho pháp nhân và được rất nhiều công trình nghiên cứu ở trong và ngoài nước nhắc tới; có công trình chỉ nhắc tới một vài tội phạm trong số này và cũng có công trình nhắc tới hầu hết các tội phạm này hoặc có thể nhiều hơn thế. Ví dụ: Bộ Tư pháp (2015), Chuyên đề 2 – Những điểm mới cơ bản của quy định TNHS đối với pháp nhân trong Dự thảo BLHS (sửa đổi), nguồn: Trang điện tử Ban quản lý lăng Chủ tịch Hồ Chí Minh, 19/08/2015; Anca Iulia Pop (2006), Criminal Liability of Corporations – Comparative Jurisprudence, Michigan State University School of Law, p. 2.*

thực tiễn liên quan tới tố tụng[2]. Ở những nước không thừa nhận TNHS pháp nhân, không phải là không ý thức được sự cần thiết phải có một phương thức pháp lý hữu hiệu để kiểm soát sự vi phạm những điều cấm của pháp nhân. Điển hình là nước Nga. Theo Pavel Biriukov thì "Một trong những hình thức quan trọng nhất của đấu tranh chống tội phạm là TNHS pháp nhân. Khoa học Nga có một vài ấn phẩm đề cập tới những khía cạnh khác nhau của vấn đề này. Tuy nhiên, đa số các nhà khoa học Nga phản đối khái niệm TNHS pháp nhân"[3].

Mỗi quốc gia đều có các phương thức pháp lý khác nhau trong việc kiểm soát những vi phạm của pháp nhân. Theo OECD[4], hiện có bốn hệ thống với bốn phương thức khác nhau liên quan tới trách nhiệm phạt pháp nhân (corporate punitive liability), bao gồm: (1) TNHS (criminal liability); (2) chuẩn TNHS (quasi - criminal liability); (3) trách nhiệm phạt hành chính đối với các tội phạm hình sự (administrative punitive liability for criminal offences); và (4) trách nhiệm phạt hành chính đối với các vi phạm hành chính - VPHC (administrative punitive liability for administrative offences)[5]. Lưu ý rằng, hệ thống chuẩn TNHS là một hệ thống áp đặt chế tài hình sự cho pháp nhân, song không đặt vấn đề pháp nhân có phạm tội hình sự hay không. Khi xây dựng BLHS năm 1999 của Việt Nam, Ban Soạn thảo đã có ý định đưa vấn đề TNHS pháp nhân vào bộ luật này, mặc dù chưa có mô hình cụ thể. Rất nhiều ý kiến phản đối ý định đó và đề nghị đi theo hướng sử dụng luật hành chính để xử lý những vi phạm của pháp nhân, và thực tiễn lập pháp đã diễn ra như vậy, dù chưa rõ rệt về ý đồ và mô hình. Cho đến nay, không ít luật gia Việt Nam vẫn phản đối việc quy định TNHS pháp nhân với các phản bác rõ ràng. Còn số người ủng hộ cho việc quy định TNHS pháp nhân lại đang thiếu những lập luận có tính hệ thống xuất phát từ những nguyên tắc cơ bản. Bởi vậy, việc xác định điểm xung đột mấu chốt cụ thể của các quan điểm này có ý nghĩa quan trọng để tháo gỡ những vướng mắc và xây dựng một mô hình xử lý những vi phạm của pháp nhân một cách hữu hiệu.

Các quốc gia phản đối việc truy cứu TNHS pháp nhân thường là các quốc gia duy trì nguyên tắc cổ: "Societas delinquere non potest" (có nghĩa đơn giản là: một pháp nhân không thể bị trách cứ[6]). Nguyên tắc này được hiểu là một pháp nhân không thể có ý thức của riêng nó và do đó không thể có ý chí phạm tội[7]. Hầu hết các nền tài phán đều xây dựng cơ sở để truy cứu TNHS nói chung trên nền tảng tư tưởng và các yếu tố của câu châm ngôn tiếng Latin: "Actus non facit reum, nisi mens sit rea", có nghĩa là một hành vi không cấu thành tội phạm, trừ khi có ý chí phạm tội. Nguyên lý triết học này đòi hỏi một tội phạm phải cơ bản có hai yếu tố là (1) yếu tố vật chất, và (2) yếu tố tinh thần. Đòi hỏi này được phân tích và thể hiện thành một số yếu tố, điều kiện khác nhau chút ít giữa các nền tài phán khác nhau. Chẳng hạn, luật hình sự Hoa Kỳ có những nguyên tắc cơ sở về TNHS bao gồm những yêu cầu về *actus reus* (yếu tố vật chất) và *mens rea* (yếu tố tinh thần), cùng với những biện hộ chẳng hạn như tình trạng mất trí hay phòng vệ[8]. Người ta khẳng định, luật hình sự Đức quan niệm có ba yếu tố cấu

2 *OECD (2015), Liability of Legal Persons for Corruption in Eastern Europe and Central Asia, p. 12.*

3 *Pavel Biriukov (2015), Criminal liability of legal persons in EU- countries, Voronezh, VSU Publishing House, p. 12.*

4 *Organisation for Economic Co-operation and Development - Tổ chức Phát triển và Hợp tác kinh tế. Tổ chức này có nhiệm vụ thúc đẩy tăng trưởng kinh tế, thịnh vượng và phát triển bền vững.*

5 *OECD (2015), Liability of Legal Persons for Corruption in Eastern Europe and Central Asia, pp. 12 - 13.*

6 *Edward B. Diskant (2008), "Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure" (pp. 126 – 176), The Yale Law Journal, p.129.*

7 *Giải thích nguyên tắc "Societas delinquere non potest" nguyên văn tiếng Anh như sau: "A legal person cannot have a mind of its own and cannot therefore have criminal intent" [Linguee, Dictionary German – English, www.linguee.com/english-german/translation/societas+delinquere+non+potest.html].*

8 *Kermit L. Hall (2002), "Criminal Law", (pp. 185 – 187), The Oxford Guide American Law, Oxford University Press, p. 186.*

thành tội phạm bao gồm: (1) luật định; (2) hành vi sai trái; và (3) lỗi[9]. Hành vi sai trái ở đây chính là yếu tố vật chất. Và tất nhiên lỗi là yếu tố tinh thần. Ngày nay, hầu hết các nước đều thừa nhận yếu tố luật định của tội phạm bởi sự đòi hỏi tính minh thị của việc trừng phạt, bảo đảm quyền con người, và phản ánh yêu cầu đấu tranh chống tội phạm… Nhưng ở truyền thống Common Law, thẩm phán được phép xác định những tội mới mà được gọi là khinh tội của thông luật (common law misdemeanors), tuy nhiên chế độ này đã bị từ chối bởi tòa án hoặc đạo luật[10]. Luật hình sự Việt Nam ngày nay theo truyền thống Sovietique Law[11], quan niệm tội phạm có bốn yếu tố cấu thành, bao gồm: khách thể của tội phạm, mặt khách quan của tội phạm, chủ thể của tội phạm và mặt chủ quan của tội phạm. Các yếu tố này cũng được phân biệt thành yếu tố vật chất (thể hiện rõ nhất ở mặt khách quan của tội phạm) và yếu tố tinh thần (thể hiện rõ nhất ở mặt chủ quan của tội phạm). Cũng có quan niệm khác về bốn yếu tố cấu thành của tội phạm nhưng có sự khác biệt như sau: (1) yếu tố pháp định; (2) yếu tố vật chất; (3) yếu tố tinh thần; và (4) yếu tố bất công[12]. Các yếu tố hay điều kiện tạo thành cơ sở để truy cứu TNHS nêu trên ở các nền tài phán khác nhau cho thấy yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần là không thể thiếu, và cho thấy sự phản ánh một vấn đề triết học rằng: Chỉ con người mới có thể là chủ thể của các quyền và biến thế giới còn lại thành đối tượng của các quyền bởi có ý thức và có khả năng biến mong muốn trong ý thức đó trở thành hiện thực; do đó chỉ con người mới có đời sống pháp lý, có nghĩa là có khả năng hưởng quyền và gánh vác nghĩa vụ. Vì vậy, chỉ có thể coi hành vi nào đó là tội phạm để buộc người thực hiện nó vào một sự cưỡng bức pháp lý hay sự bất lợi về mặt pháp lý nếu người thực hiện hành vi đó ở trong tình trạng có ý thức mà được biểu hiện cụ thể thành có lý trí và ý chí khi thực hiện hành vi đó (lỗi).

Nhưng thực tế đã thay đổi. TNHS pháp nhân đã được các nước Common Law sáng tạo ra từ khoảng thế kỷ 19 với khởi đầu là trách nhiệm thay thế (vicarious liability) ở Hoa Kỳ và học thuyết đồng nhất hóa[13] (Indentification theory) ở Anh với các tội do luật định (statutory offences) lúc ban đầu, sau đó mở rộng tới các tội có ý định phạm tội (mens rea offences), và được tiếp thu vào BLHS 1950 của Hà Lan[14] rồi lan rộng ra thế giới.

Điều 51, BLHS năm 1976 hiện hành của Hà Lan quy định:

"1. Các tội hình sự có thể bị phạm phải bởi các thể nhân và các pháp nhân.

2. Khi một pháp nhân phạm một tội hình sự, thì tố tụng hình sự có thể được tiến hành và các hình phạt, cũng như các biện pháp được quy định bởi luật, nếu áp dụng, có thể được áp đặt để chống lại:

(1) pháp nhân

(2) người đã ra lệnh phạm tội hình sự và người chỉ dẫn hành vi trái pháp luật đó hoặc

(3) những người nói tại điểm (1) và (2) cùng với nhau.

3. Trong việc áp dụng các khoản trên, những tổ chức sau đây được coi như tương đương với pháp nhân: các công ty không hợp thành đoàn thể (unincorporated companies), các hợp danh (partnerships), các công ty vận chuyển, các quỹ đặc biệt".

Như vậy, pháp nhân cũng là chủ thể của

9 *Markus Dirk Dubber, "The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment", German Law Journal, Vol. 06 No. 07., (pp. 1049- 1072), pp. 1049- 1050.*

10 *Kermit L. Hall (2002), "Criminal Law", (pp. 185 – 187), The Oxford Guide American Law, Oxford University Press, p. 186.*

11 *Có thể hiểu chung là hệ thống pháp luật xã hội chủ nghĩa.*

12 *Nguyễn Huy Chiểu (1975), Hình luật, Sài Gòn, tr. 10. Yếu tố bất công ở đây giống với vấn đề loại trừ tính nguy hiểm cho xã hội của hành vi.*

13 *Sử dụng các thuật ngữ "trách nhiệm thay thế" và "học thuyết đồng nhất hóa" theo người dịch đầu tiên các thuật ngữ "vicarious liability" và "indentification theory" ra tiếng Việt. Hoàng Trí Ngọc (2015), "Một số vấn đề lý luận về TNHS của pháp nhân" (tr. 37 – 44), Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Số 23(303)/ Kỳ 1 – Tháng 12/2015, tr. 39 & 41.*

14 *OECD (2015), Liability of Legal Persons for Corruption in Eastern Europe and Central Asia, p. 12.*

tội phạm như thể nhân. Vậy vấn đề thường được đặt ra là pháp nhân có yếu tố tinh thần không, và nếu không thì phải chăng yếu tố tinh thần không nhất thiết là một yêu cầu đối với pháp nhân phạm tội, hoặc yếu tố tinh thần được lý giải theo một cách thức khác với thể nhân? Khi nghiên cứu về TNHS pháp nhân, người ta không thể không nghiên cứu về các nguyên tắc của luật hình sự trong mối quan hệ với pháp nhân để trả lời cho câu hỏi căn bản và tóm tắt rằng: pháp nhân có thể có ý chí phạm tội không và có thể thực hiện các hành vi vật chất của tội phạm không?

Các nghiên cứu trên cho thấy, yếu tố lỗi là điểm mấu chốt của sự xung đột quan điểm có hay không truy cứu TNHS pháp nhân mặc dù lỗi được nhận thức không khác nhau giữa các nền tài phán. Về mặt thực tiễn tư pháp, trong vụ *United States v. Currens 290, F.2d 751 (3rd Cir. 1961)*, Chánh thẩm Biggs giải thích khái niệm *mens rea* trên cơ sở giả thuyết rằng một người có khả năng kiểm soát hành vi của mình và có khả năng lựa chọn giữa nhiều cách ứng xử khác nhau[15]. Giải thích này khá đồng nhất với nhận thức của nhiều học giả Việt Nam cho rằng: "Yếu tố ý chí thể hiện chủ thể có năng lực kiểm soát và điều khiển được các ứng xử của mình"[16]. Chính sách chung của luật hình sự Hoa Kỳ thể hiện thông qua BLHS mẫu, trừ các trường hợp trách nhiệm tuyệt đối, đòi hỏi đối với mỗi yếu tố vật chất của tội phạm có thể phải kèm theo yếu tố lỗi được thể hiện dưới các hình thức lỗi bao gồm: thực hiện hành vi một cách có chủ tâm (intentionally, purposefully), có nhận thức (knowingly), có sự liều lĩnh (recklessly) hoặc có sự cẩu thả (negligently)[17]. Ở Việt Nam, về mặt học thuật, người ta quan niệm: "*Tính chất lỗi* của hành vi nguy hiểm cho xã hội bị luật hình sự cấm cùng một lúc đóng vai trò là đặc điểm (dấu hiệu) bắt buộc của tội phạm và đồng thời là điều kiện chủ quan không thể thiếu được của TNHS"[18]. Và BLHS năm 1999, cũng như Dự thảo BLHS năm 2015 đều quan niệm có bốn hình thức lỗi là cố ý trực tiếp, cố ý gián tiếp, và vô ý do quá tự tin, vô ý do cẩu thả. Như vậy, hình thức lỗi không có nhiều sự khác biệt giữa chính sách chung của luật hình sự Hoa Kỳ và luật hình sự Việt Nam. Tuy nhiên, quan niệm về TNHS của Việt Nam có sự gắn chặt vào yếu tố lỗi hơn so với quan niệm của Hoa Kỳ trong một chừng mực nào đó, bởi ở Hoa Kỳ, đòi hỏi về yếu tố lỗi được tiết giảm đối với TNHS tuyệt đối. Theo Common Law, trách nhiệm nghiêm khắc (strict liability) không cần thiết có yếu tố tinh thần cụ thể, chẳng hạn lái xe đâm chết người trong tình trạng ngủ gật (tình trạng không có ý thức và đã có án lệ theo Common Law). Các tội phạm do luật định (malum prohibitum) thường không yêu cầu bất kỳ một yếu tố ý định (ý chí) phạm tội cụ thể nào[19]. Mấy thập kỷ gần đây, pháp luật Úc căn cứ vào yếu tố lỗi chia tội phạm thành ba loại: (1) các tội phạm có ý định phạm tội (offences of mens rea); (2) các tội phạm có trách nhiệm nghiêm khắc (offences of strict liability); và (3) các tội phạm có trách nhiệm tuyệt đối (offences of absolute liability). Đối với các tội phạm có trách nhiệm nghiêm khắc, việc truy tố không cần chứng minh lỗi của người bị truy tố, nhưng người này phải chứng minh về sự cẩn trọng hợp lý của mình. Còn đối với các tội phạm có trách nhiệm tuyệt đối, thì việc truy tố không phải chứng minh lỗi của người bị truy tố và người này bị loại bỏ việc chỉ ra bằng chứng về sự cẩn trọng[20]. Điều đó có nghĩa là đối với các tội phạm có trách nhiệm

15 *C.M.V. Clarkson and H.M. Keating (1990), Criminal Law: Text and Materials, Second Edition, Sweet & Maxwell, p. 149.*

16 *Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2007), Giáo trình luật hình sự Việt Nam (Phần chung), Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 199.*

17 *Deluxe Black's Law Dictionary, Sixth Edition, St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1990, "Culpability", p. 379.*

18 *Lê Văn Cảm (2005), Sách chuyên khảo sau đại học: Những vấn đề cơ bản trong khoa học luật hình sự (Phần chung), Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 417.*

19 *Steven H. Gifis (1991), Law Dictionary, Third Edition, Barron's Education Series, INC, "Mens rea", p. 296. Nguyên văn tiếng Anh: "Crimes that are malum prohibitum often do not require any specific mens rea".*

20 *Peter Gillies (1993), Criminal Law, Third Edition, The Law Book Company Limited, Canada, USA, Hong Kong, Singapore, United Kingdom, Malaysia, p. 77.*

nghiêm khắc và các tội phạm có trách nhiệm tuyệt đối chỉ cần yếu tố *actus reus* là đủ để truy tố. Điều 11, BLHS Úc năm 2002 thể hiện phần nào linh hồn của cách phân loại tội phạm như trên với các quy định:

"(1) Một tội phạm bao gồm các yếu tố vật chất và các yếu tố lỗi.

(2) Tuy nhiên, luật mà định ra tội phạm nào đó có thể quy định rằng không có yếu tố lỗi đối với một vài hoặc tất cả các yếu tố vật chất.

(3) Luật mà định ra tội phạm nào đó có thể quy định các yếu tố lỗi khác nhau cho những yếu tố vật chất khác nhau".

Nếu với giải pháp phân loại tội phạm căn cứ vào yếu tố lỗi như trên thì việc truy cứu TNHS pháp nhân về những tội mà không cần yếu tố *mens rea* không phải là vấn đề lớn, nhưng không thể bao quát tất cả các hành vi vi phạm của pháp nhân. Vì vậy, cần phải tìm kiếm thêm lý do từ trong chính nội tại của pháp nhân.

Khi nói đến người trong đời thường nghĩa là nói tới thể nhân hay tự nhiên nhân có cơ thể sinh lý và có ý thức. Thế nhưng "người" theo quan niệm pháp lý là chủ thể của các quyền và có một đời sống pháp lý, bao gồm thể nhân (con người thể chất) và pháp nhân (con người pháp định). Bởi vậy, Quyển thứ nhất của Bộ luật Dân sự (BLDS) Pháp năm 1804 nói về người bao gồm cả hai loại người này. Cũng như vậy, BLDS Bắc Kỳ năm 1931 và BLDS Trung Kỳ năm 1936 của Việt Nam dưới thời Pháp thuộc cũng có Quyển thứ nhất nói về người bao gồm cả thể nhân và pháp nhân. Hiện nay, một số chuyên gia luật hình sự của Việt Nam khi đọc bất kỳ điều luật nào của bất kỳ đạo luật hình sự nào mà mô tả hành vi phạm tội theo kiểu viết "Người nào…" thì đều hiểu từ "người nào" ở đó là chỉ thể nhân, vì họ không nghĩ đến khái niệm người theo pháp lý bởi họ không quan niệm rằng, pháp nhân (con người pháp định) cũng bị truy cứu TNHS.

Phần nhiều học liệu về pháp luật ở Việt Nam hiện nay quan niệm pháp nhân là một con người giả tưởng. Pháp nhân không có một cơ thể sinh lý là sự thật. Nhưng thế giới không chỉ có một quan niệm pháp nhân là một giả tưởng pháp lý. Từ xưa đã xuất hiện hai học thuyết về pháp nhân - đó là học thuyết giả tưởng và học thuyết thực tại về pháp nhân. Học thuyết giả tưởng cho rằng, chỉ có con người tự nhiên mới có nhân tính và ý chí, mới là chủ thể của các quyền hay chủ thể của pháp luật, do đó, xem tổ chức hay đoàn thể có tư cách pháp nhân là chủ thể giả tưởng của pháp luật, mô phỏng vị trí pháp lý của thể nhân, dẫn đến hệ quả logic là coi sự tồn tại của pháp nhân phụ thuộc vào ý chí của nhà làm luật. Khác thế, học thuyết thực tại về pháp nhân ra đời sau này, khi thương mại và công nghiệp phát triển với rất nhiều tổ chức kinh doanh, khẳng định pháp nhân là những thực tại không kém gì thể nhân và có ý chí, nên phải là chủ thể của các quyền hay chủ thể của pháp luật, do đó dẫn đến quan niệm pháp nhân không phải là sự tạo lập của nhà làm luật mà là một thực tại buộc pháp luật phải thừa nhận. Học thuyết này được chia thành hai trường phái: (1) Trường phái tâm lý xã hội cho rằng, pháp nhân được coi là một cơ thể gồm các tế bào là các thành viên của nó mà đã mất hết cá nhân tính vì lợi ích chung của pháp nhân, và bản thể của con người không phải ở phần thể xác mà ở phần ý chí, nên một đoàn thể có ý chí tập thể phải được coi là pháp nhân; (2) trường phái thực tại kỹ thuật cho rằng, nhân tính có thể được xem xét tách rời với cơ thể sinh lý (ví dụ: nô lệ đã từng không phải là chủ thể của các quyền; nhưng ngày nay, bào thai đã được hưởng quyền thừa kế), và nhân tính chỉ là khả năng trở thành chủ thể của các quyền vì ý chí không phải là điều kiện của nhân tính (ví dụ: người tâm thần và vị thành niên không có ý chí mà vẫn có nhân tính), và trung tâm của pháp luật là các quyền lợi của cá nhân và tập thể, nên nhà làm luật không thể tạo ra pháp nhân mà chỉ có thể kiểm soát chúng. Toà án của Pháp đã hướng về trường phái thực tại kỹ thuật để giải thích khái niệm pháp nhân qua một bản án của Phòng dân sự ngày 8/1/1954 rằng: "Nhân tính không phải là một sự sáng tạo của luật lệ. Mỗi một đoàn thể có một sự phát biểu tập thể để bảo toàn những lợi ích hợp pháp, đáng được pháp luật công nhận và bảo

vệ, đều có tư cách pháp nhân"[21]. Ngày nay, phần nhiều các nước đều thừa nhận pháp nhân có thể có một thành viên, nhiều thành viên hoặc không thành viên. Nhưng dù ở dạng nào thì pháp nhân vẫn luôn luôn được xem là một thực thể có khả năng biểu lộ ý chí riêng của mình, thiết lập các hành vi pháp lý và phải gánh chịu những chế tài đối với những vi phạm. Ở nước ta hiện nay, trong lĩnh vực luật hành chính, pháp nhân cũng bị xử phạt VPHC như thể nhân với quan niệm VPHC là hành vi nguy hiểm cho xã hội nhưng chưa tới mức bị coi là tội phạm. Nhiều tội phạm, theo luật hình sự Việt Nam, trong cấu thành của nó có dấu hiệu bắt buộc là người phạm tội đã bị xử phạt VPHC.

Các nghiên cứu ở trên cho thấy, pháp nhân có thể có ý chí phạm tội không những được khẳng định ở lý luận mà đã được khẳng định thông qua thực tiễn lập pháp và tư pháp. Pháp nhân giống như thể nhân về phương diện pháp lý, có sản nghiệp riêng, có tên gọi, có quốc tịch, có cư sở, có trách nhiệm và các quyền dân sự khác, trừ một số quyền chỉ gắn với thể nhân như các quyền lợi về gia đình, bầu cử…[22]. Tuy nhiên, pháp nhân được vận hành thông qua cơ cấu nội bộ của nó hướng tới những lợi ích nhất định. Do đó, mọi mục tiêu, phương hướng hoạt động, cơ chế ra quyết định, kiểm tra, giám sát nội bộ, cách thức tiến hành công việc, mong muốn kết quả đạt được… đều có thể giải thích được xung quanh các mối quan hệ bên trong và bên ngoài của pháp nhân thể hiện qua các hình thức vật chất như văn bản (ký tự), lời nói hay cử chỉ của những người hay cơ quan có thẩm quyền của pháp nhân hoặc của những người (thể nhân hay pháp nhân khác) có khả năng chi phối pháp nhân, cũng như thói quen ứng xử bên trong, bên ngoài của pháp nhân…

Pháp nhân hoàn toàn có thể thực hiện các hành vi vật chất của tội phạm. Các nền tài phán hiện nay thường sử dụng câu châm ngôn tiếng Latin: "Qui facit per alium, facit per se"[23], có nghĩa là người nào hành động qua một trung gian là hành động bởi chính mình. Vì vậy, khi một người sử dụng một con chó để lấy trộm đồ vật của người khác, anh ta đã phạm tội trộm cắp. Hay các công ty có thể sử dụng hệ thống nhân viên của mình, sử dụng máy bán hàng tự động hay ngân hàng sử dụng ATM… để thu lợi ích về cho mình.

Tuy vậy, hiện nay nhiều học giả Việt Nam vẫn cho rằng, pháp nhân không thể là chủ thể của tội phạm mà chỉ có thể là chủ thể của TNHS, còn chủ thể của tội phạm chỉ có thể là thể nhân liên quan tới pháp nhân vi phạm[24]. Quan niệm này sẽ rất khó có khả năng giải quyết đúng đắn vụ án ví dụ như sau: Một công ty nhiều thành viên[25] bỏ phiếu kín thông qua nghị quyết với 70% phiếu thuận xả chất thải công nghiệp chưa qua xử lý ra môi trường và làm ô nhiễm nghiêm trọng môi trường, gây thiệt hại lớn cho cư dân xung quanh, trong khi đó đại diện theo

21 *Đoạn viết về các học thuyết pháp nhân này được tóm lược từ các tài liệu sau: Philippe Merle, Droit Commercial- Sociétés commerciales, Précis Dalloz,1992, p.79-80; Trần Văn Liêm, Dân luật, Sài gòn,1972, tr. 298-302; Xaca Vacaxeum &Tori Aritdumi, Bình luận khoa học BLDS Nhật Bản, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 65-66; Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ và Nguyễn Tân, Luật Thương mại Việt Nam dẫn giải, Quyển II, Sài Gòn, 1973, tr. 681-682; Trần Văn Liêm, Dân luật, Sài Gòn, 1972, tr. 302.*

22 *Xem thêm Ngô Huy Cương (2015), "Bình luận các quy định về pháp nhân trong Dự thảo BLDS (sửa đổi)", Tạp chí Dân chủ và Pháp luật - Số chuyên đề sửa đổi, bổ sung BLDS, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2015, tr. 38–49.*

23 *Lưu ý: Câu châm ngôn này là nguyên tắc pháp lý rường cột của chế định agency ở các nước theo truyền thống Common Law và được ứng dụng trong các chế định đồng phạm ở các nền tài phán khác nhau. Chữ "alium" có nghĩa là "củ tỏi" theo từ điển Latin - Anh mang tên "Collins Latin Dictionary Plus Grammar" xuất bản tại Harper Collins Publishers năm 1997 tại Anh Quốc, tr. 11, tra từ alium.*

24 *Xem Lê Văn Cảm (2016), Khái niệm tội phạm (Điều 8) & đồng phạm (Điều 17) trong BLHS năm 2015: Nghiên cứu vấn đề đối với pháp nhân thương mại & đề xuất hoàn thiện các điều luật này, Tọa đàm "TNHS đối với pháp nhân thương mại trong BLHS năm 2015, Hà Nội, ngày 05/9/2016; Nguyễn Ngọc Hòa (2016), "Khái niệm tội phạm và việc quy định TNHS của pháp nhân thương mại trong BLHS Việt Nam năm 2015" (tr. 3-13), Tạp chí Luật học, Số 2/2016, Trường Đại học Luật Hà Nội.*

25 *Công ty này có thể là công ty đối vốn hoặc đối nhân.*

pháp luật là người làm thuê cho công ty. Nếu chỉ bắt người đại diện theo pháp luật (trực tiếp chỉ huy việc xả thải để thực hiện nghị quyết này) phải chịu TNHS với tính cách là chủ thể của tội phạm thì vấn đề đặt ra là những kẻ chủ mưu, cầm đầu sẽ được hưởng lợi từ hành vi đó. Tuy nhiên, không thể bắt tất cả các thành viên của công ty phải chịu TNHS với tính cách là chủ thể của tội phạm được, bởi trong số đó có người bỏ phiếu chống. Nhưng nếu không có thái độ trừng phạt nghiêm khắc đối với pháp nhân với tính cách là chủ thể của tội phạm và là kẻ chủ mưu, cầm đầu thì chính sách hình sự bị phá vỡ. Lưu ý rằng, TNHS đối với pháp nhân áp dụng cho cả các pháp nhân nước ngoài phạm tội, nên không thể luận giải pháp nhân chỉ theo pháp luật Việt Nam. Và *cần lưu ý thêm nữa* rằng: hiện nay, ở Việt Nam và nhiều nước trên thế giới đã quy định pháp nhân có thể có nhiều người đại diện theo pháp luật; và điều lệ của pháp nhân có thể quy định một vài hoặc đa số trong số những đại diện đó chấp thuận thì giao dịch hay hành vi nào đó mới có hiệu lực thi hành. Quan niệm chỉ xem pháp nhân *là chủ thể của TNHS* hay *không phải là chủ thể của tội phạm* cứ "lấn cấn" xung quanh câu chuyện pháp nhân có lý trí và ý chí hay không để xác định yếu tố lỗi. Nguyễn Ngọc Hòa đã luận giải: lỗi phản ánh sự phủ định chủ quan có ý nghĩa như là nguyên nhân chủ quan của các hành vi nguy hiểm cho xã hội (phản ánh sự phủ định khách quan các đòi hỏi của xã hội); do có nguyên nhân chủ quan này mà biện pháp TNHS có tác dụng trong cuộc đấu tranh phòng, chống tội phạm, răn đe, giáo dục người phạm tội[26]. Từ đây có thể suy luận: các yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần của tội phạm có tính mục đích ở tầng thứ nhất là xác định tội phạm trong những trường hợp phạm tội cụ thể, nhưng nhằm tới mục đích cao hơn ở tầng thứ hai là đấu tranh phòng, chống đối với các tội phạm nói chung. Vì vậy đấu tranh phòng, chống tội phạm có hiệu quả hơn không thể không là sự lựa chọn cao hơn? Hiểu rằng, bất kỳ một học thuyết hay hành vi quản lý xã hội nào đều gay cấn nhất ở việc cân đối giữa lợi ích của cá nhân và lợi ích chung của cộng đồng. Tuy nhiên, việc lựa chọn lợi ích nào cao hơn giữa lợi ích cá nhân và lợi ích cộng đồng còn tùy thuộc vào hoàn cảnh và từng trường hợp cụ thể (ví dụ hoàn cảnh chiến tranh, thiên tai hay chống khủng bố và trường hợp mặc trang phục burkini ở bãi biển có sự lựa chọn khác nhau). Luật hình sự là một ngành luật gặp nhiều khó khăn nhất trong việc cân đối giữa cá nhân và cộng đồng (bảo vệ cộng đồng trước sự xâm hại của tội phạm hay bảo đảm an toàn pháp lý cho người bị tình nghi là phạm tội). Nhưng xét rằng ở Việt Nam hiện nay pháp nhân thậm chí còn trở thành một phương thức hay thủ đoạn phạm tội rất nguy hiểm (một ví dụ thường gặp nhất là thành lập công ty ma để trục lợi hay ngụy tạo cho một hành vi phạm tội khác) và ngày một gia tăng. Mức độ gia tăng của tội phạm liên quan tới pháp nhân rất đáng báo động, đang đe dọa đời sống chung của cộng đồng[27]. Do đó, chúng ta cần xây dựng chế định TNHS pháp nhân và coi pháp nhân là một chủ thể của tội phạm như thể nhân đối với tất cả các loại tội. Việc xây dựng chế định này còn là bắt buộc trong việc thực thi các cam kết quốc tế chống các tội phạm có tổ chức và các cam kết quốc tế khác.

II. Cần quy định về trách nhiệm hình sự của pháp nhân như thế nào?

Xuất phát từ chức năng bảo vệ của luật hình sự, không có lý do gì để từ chối đưa ra các giải pháp bảo vệ cộng đồng trước sự xâm hại của tội phạm và ghi nhận sự phản ứng của xã hội đối với tội phạm trong đạo luật hình sự. Sự phản ứng này xét về mặt học thuật liên quan những câu hỏi cơ bản như: Những hành vi nào được xem là tội phạm? Ai có thể là chủ thể của những tội phạm đó? Những tội phạm đó được thực

26 *Nguyễn Ngọc Hòa, Tội phạm và cấu thành tội phạm, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2008 tr. 22.*

27 *Xem thêm Bộ Tư pháp (2015), Chuyên đề 2 – Những điểm mới cơ bản của quy định TNHS đối với pháp nhân trong Dự thảo BLHS (sửa đổi), nguồn: Trang điện tử Ban Quản lý Lăng Chủ tịch Hồ Chí Minh, 19/08/2015.*

hiện như thế nào? Nguyên nhân nào làm phát sinh ra từng tội phạm đó? Làm thế nào để giảm, triệt tiêu hay bảo vệ cộng đồng một cách hữu hiệu trước những tội phạm như vậy?... BLHS năm 2015 đã có những quy định không làm thỏa mãn nhu cầu của xã hội trong việc trả lời những câu hỏi trên. Vì vậy, mục này chỉ kiến nghị trực tiếp vào Bộ luật này một số vấn đề lớn về chế định TNHS pháp nhân nhằm góp phần thể hiện đúng sự phản ứng của xã hội đối với các hành vi nguy hiểm do pháp nhân gây ra.

1. Có nên chỉ truy cứu TNHS pháp nhân thương mại liên quan tới một số loại tội phạm hay không?

Thuật ngữ pháp nhân thương mại được hình thành trên cơ sở phân loại pháp nhân theo ngành luật. Các nước theo truyền thống Civil Law[28] thường phân loại pháp nhân thành pháp nhân công pháp và pháp nhân tư pháp, có nghĩa là pháp nhân được thành lập theo luật công và pháp nhân được thành lập theo luật tư. Tới lượt chúng, pháp nhân tư pháp được phân loại thành pháp nhân dân sự và pháp nhân thương mại. Ở các nước có sự phân biệt giữa luật dân sự và luật thương mại thường kéo theo sự phân biệt giữa thương nhân và phi thương nhân (người thường), và phân biệt giữa hành vi dân sự và hành vi thương mại (có nghĩa là hành vi pháp lý có tính chất dân sự và hành vi pháp lý có tính chất thương mại[29]). Thương nhân thường được hiểu là người chuyên tiến hành các hành vi thương mại và lấy chúng làm nghề nghiệp của mình, có nghĩa là muốn trở thành thương nhân cần có hai điều kiện: *một là*, chuyên tiến hành các hành vi thương mại (điều kiện cần); và *hai là*, lấy hành vi thương mại làm nghề nghiệp của mình (điều kiện đủ)[30]. Và thương nhân được chia thành hai loại là thương nhân thể nhân (cá nhân kinh doanh) và thương nhân pháp nhân (công ty).

Tới đây xuất hiện nhiều lý do về việc không thể quy định chỉ truy cứu TNHS đối với pháp nhân thương mại:

Thứ nhất, có nhiều truyền thống pháp luật khác nhau trên thế giới nên có các cách thức phân loại pháp luật khác nhau. Chẳng hạn ở các nước theo truyền thống Common Law[31], ở các nước theo truyền thống Sovietique Law, và ở nhiều nước có hệ thống pháp luật tập quán, cũng như ở nhiều nước có hệ thống pháp luật pha trộn không có sự phân chia pháp luật thành luật dân sự và luật thương mại. Kể cả ở một số nước theo truyền thống Civil Law cũng không có sự phân biệt giữa thương nhân và phi thương nhân, ví dụ như ở Hà Lan. Trong khi đó BLHS Việt Nam năm 2015 tại khoản 2, Điều 6 quy định truy cứu "pháp nhân thương mại" nước ngoài. Nếu pháp nhân bị truy cứu đó có quốc tịch ở quốc gia mà không có sự phân chia pháp nhân như ở Việt Nam thì vấn đề sẽ trở nên khó giải thích.

Thứ hai, BLDS năm 2015 có nhiều điểm sai trong các quy định về pháp nhân thương mại, nên không thể dựa vào đó để giải thích khái niệm pháp nhân thương mại được quy định trong BLHS năm 2015, dù pháp nhân thương mại này có quốc tịch Việt Nam. Khoản 1, Điều 75 BLDS năm 2015 loại bỏ công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên ra khỏi pháp nhân thương mại bởi quy định: "Pháp nhân thương mại là pháp nhân có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên". Quy định này yêu cầu pháp nhân thương mại phải có nhiều thành viên, và không yêu cầu pháp nhân thương mại phải tiến hành các hành vi thương mại, cũng như tiến hành đăng ký kinh doanh để biến các hành vi thương mại thành nghề nghiệp của pháp nhân thương mại. *Lưu ý,* thương nhân có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh và nếu không đăng ký hay chưa đăng ký kinh

28 *Có thể hiểu chung là hệ thống pháp luật châu Âu lục địa.*

29 *Hành vi pháp lý bao gồm hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương.*

30 *Lấy hành vi thương mại làm nghề nghiệp thể hiện qua việc đăng ký kinh doanh (một hành vi hành chính tư pháp theo đúng nghĩa).*

31 *Có thể hiểu chung là hệ thống pháp luật Anh - Mỹ.*

doanh có thể được xem là thương nhân thực tế với nhiều hậu quả pháp lý khác biệt, chẳng hạn: đối với công ty thì không được xem là có tư cách pháp nhân, và các thành viên của nó phải chịu trách nhiệm liên đới và vô hạn định với các khoản nợ. Vấn đề này hiện nay ở Việt Nam có các quy định mâu thuẫn với nhau. Luật Doanh nghiệp năm 2014 nghiêm cấm công ty chưa đăng ký kinh doanh mà đã tiến hành kinh doanh (Khoản 3 Điều 17). Trong khi đó, Luật Thương mại năm 2005 chấp nhận thương nhân thực tế với quy định là nếu chưa đăng ký kinh doanh thì vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động theo luật này và các quy định pháp luật khác (Điều 7). Quy định của Luật Thương mại năm 2005 gần gũi với quan niệm của pháp luật hầu hết các nước trên thế giới (chẳng hạn ở Hoa Kỳ có quan niệm về "de facto corporation" để bảo vệ người thứ ba ngay tình quan hệ với công ty mà không biết những tỳ ố về công ty đó). Khoản 2 Điều 75 BLDS năm 2015 đã coi doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh là các pháp nhân với quy định: "Pháp nhân thương mại bao gồm doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế khác". Khái niệm doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 bao gồm doanh nghiệp tư nhân và các công ty mà trong đó doanh nghiệp tư nhân có bản chất là cá nhân kinh doanh, không có tư cách pháp nhân. Các tổ chức kinh tế theo pháp luật Việt Nam hiện nay bao gồm cả hộ kinh doanh. Loại tổ chức kinh tế này có ba loại là được thành lập bởi một người, được thành lập bởi một hộ gia đình, được thành lập bởi một nhóm người và đều không có tư cách pháp nhân.

Vì các lẽ nêu trên, chúng tôi có kiến nghị: BLHS năm 2015 cần sửa đổi theo hướng truy cứu TNHS pháp nhân nói chung với một số loại, trừ đối với pháp nhân là các cơ quan trong bộ máy nhà nước, các đơn vị lực lượng vũ trang, các tổ chức chính trị và chính trị - xã hội, cũng như các tổ chức tự quản ở địa phương. Quy định như vậy tránh sự giải thích pháp nhân thương mại theo pháp luật Việt Nam và theo pháp luật nước ngoài mà có thể dẫn đến những phức tạp lớn trong việc điều tra, truy tố và xét xử[32], đồng thời bao quát được cả các loại khác như hợp tác xã, doanh nghiệp xã hội bị lạm dụng như là một phương thức hay thủ đoạn phạm tội. Tuy nhiên, cần mở rộng hình thức tổ chức được coi là pháp nhân như Điều 51 BLHS năm 1976 hiện hành của Hà Lan được dẫn tại Mục I ở trên, bởi có nước không coi công ty hợp danh là có tư cách pháp nhân và quy định như vậy bao quát được các dạng hợp tác kinh doanh khác. Hơn nữa, cần phải học kinh nghiệm của Hà Lan quy định những khiếm khuyết trong việc thành lập pháp nhân hay trong cấu trúc pháp nhân, cũng như chấm dứt hay thanh lý pháp nhân không loại trừ TNHS của pháp nhân[33] bởi pháp nhân tư pháp có bản chất là một hành vi pháp lý và cũng bị vô hiệu do vi phạm các điều kiện có hiệu lực của hành vi pháp lý (mà BLDS năm 2015 gọi một cách thiếu thỏa đáng là giao dịch dân sự), đồng thời việc truy cứu trách nhiệm những pháp nhân như vậy góp phần bảo vệ những người thứ ba ngay tình. Cần đặc biệt lưu ý rằng, pháp nhân nước ngoài hoàn toàn có thể phạm tội trong lãnh thổ Việt Nam, cho nên cần quy định thêm vào Điều 5 BLHS năm 2015 về hiệu lực của Bộ luật này đối với pháp nhân nước ngoài phạm tội trong lãnh thổ Việt Nam.

Việc truy cứu TNHS pháp nhân đối với tất cả các loại tội phạm là cần thiết không chỉ dừng lại ở các tội có liên quan đến kinh tế bởi như đã trình bày ở trên, pháp nhân có thể có ý chí phạm tội và có thể thực hiện được hành vi vật chất của tội phạm. Pháp nhân hoàn toàn có thể phạm những tội có lỗi vô ý và giữ các vai trò khác nhau trong một vụ đồng phạm.

32 Lưu ý hiện nay có nhiều nước quy định theo cách này để không đụng chạm gì tới nhà nước.

33 Houthoff Buruma (2008), Criminal liability of companies, Lex Mundi Publication, p. 2.

2. Có nên định nghĩa tội phạm trong BLHS năm 2015 hay không?

BLHS năm 2015 vẫn đang mang dung mạo của mô hình Sovietique Law, lấy tiền đề từ khái niệm tội phạm và thiết kế các quy định khác xoay quanh hay phát triển logic từ khái niệm này. Có lẽ, do băn khoăn pháp nhân là con người giả tưởng không có tâm lý bên trong để xác định lỗi, nên người soạn thảo đã không coi pháp nhân là chủ thể của tội phạm mà chỉ coi là chủ thể của TNHS. Vì vậy, cần phải xem xét lại định nghĩa tội phạm trong BLHS năm 2015[34]. Phần nhiều BLHS các nước trên thế giới không có định nghĩa về tội phạm như BLHS năm 2015 của Việt Nam. Ngay cả Trung Quốc, không tuyên bố từ bỏ mô hình BLHS theo kiểu Sovietique Law, nhưng họ cũng không định nghĩa tội phạm theo mô hình này với đầy đủ các dấu hiệu về khách thể, chủ thể, khách quan, và chủ quan của tội phạm như BLHS năm 2015 của Việt Nam. Điều 13 BLHS năm 1997 của Trung Quốc có định nghĩa về tội phạm nhưng chỉ nói rõ tội phạm là các hành vi gây nguy hiểm cho các khách thể mà luật hình sự bảo vệ và loại trừ các hành vi có mức độ nguy hiểm thấp và hậu quả không đáng kể.

Việc định nghĩa tội phạm theo kiểu học thuật tại Điều 8 BLHS năm 2015 là không thích hợp, bởi khẳng định ngay một quan điểm học thuật mà không dự liệu khoảng mềm cho sự phát triển học thuật và phản ánh sự biến động của xã hội. Như trên đã trình bày, không phải tội phạm nào cũng phải đặt ra yếu tố lỗi khi truy tố. Hơn nữa, thông qua từng tội phạm được quy định cụ thể cùng với các định nghĩa về từng yếu tố của tội phạm trong các điều luật khác nhau như các nước vẫn quy định, người ta có thể rút ra được giải pháp để đấu tranh với tội phạm đó. Vì vậy, nên bỏ Điều 8 BLHS năm 2015 hoặc sửa theo hướng quy định rất ngắn gọn xác định tội phạm là hành vi nguy hiểm (liệt kê hoặc không liệt kê khách thể mà tội phạm xâm hại) được quy định tại Bộ luật này và các đạo luật khác. Việc định nghĩa như vậy sẽ khiến chúng ta dễ dàng hơn trong việc phát triển logic của bộ luật và không sa lầy vào sự tranh cãi học thuật về mặt chủ quan của pháp nhân phạm tội.

3. Kiến nghị tổng quát

Mô hình BLHS theo kiểu Sovietique Law thể hiện rõ nét nhất các thành tựu của khoa học luật hình sự Xô viết. Tuy nhiên, nền khoa học này không chấp nhận khái niệm TNHS pháp nhân. Vì vậy, mô hình BLHS theo trường phái này xây dựng theo một kết cấu logic chỉ dùng cho truy cứu TNHS thể nhân. Chẳng hạn cách phân loại tội phạm để xây dựng các khung hình phạt tương ứng của mô hình này khác với thế giới còn lại, mà trong phần lớn thế giới còn lại này chủ yếu phân loại tội phạm thành trọng tội và khinh tội trên nền tảng quan niệm từ thời La Mã cổ đại rằng, tội phạm có hai loại là "malum in se" (tội phạm do bản chất) và "malum prohibitum" (tội phạm do luật định) và được thể hiện về mặt hình thức thành trọng tội và khinh tội, mặc dù sự thể hiện này có thể không hoàn toàn trùng khít. Ngày nay, nhiều nền tài phán còn có thể có thêm tội vi cảnh. Lưu ý, trước kia Việt Nam cũng hoàn toàn phân loại tội phạm thành trọng tội và khinh tội. Cách thức phân loại tội phạm theo kiểu Xô viết chỉ dùng cho thể nhân phạm tội, rất khó sử dụng để phân loại tội phạm do pháp nhân phạm tội. Vì vậy, Việt Nam chỉ nên lựa chọn những điểm nào phù hợp với hiện tại của mô hình BLHS theo kiểu Xô viết để xây dựng BLHS năm 2015. Và cuối cùng, chúng ta phải có cái nhìn tổng thể cả hệ thống pháp luật, có nghĩa là phải xây dựng được mô hình hệ thống pháp luật để bảo đảm sự đồng bộ của pháp luật ■

---

34 Xem thêm Lê Văn Cảm (2016), Khái niệm tội phạm (Điều 8) & đồng phạm (Điều 17) trong BLHS năm 2015: Nghiên cứu vấn đề đối với pháp nhân thương mại & đề xuất hoàn thiện các điều luật này, Tọa đàm "TNHS đối với pháp nhân thương mại trong BLHS năm 2015, Hà Nội, ngày 05/9/2016; Nguyễn Ngọc Hòa (2016), "Khái niệm tội phạm và việc quy định TNHS của pháp nhân thương mại trong BLHS Việt Nam năm 2015" (tr. 3–13), Tạp chí Luật học, Số 2/2016, Trường Đại học Luật Hà Nội.

CÁC KHÍA CẠNH XÃ HỘI CỦA HOẠT ĐỘNG GIÁO DỤC PHÁP LUẬT

PHẠM THỊ DUYÊN THẢO*

1. Khái quát về giáo dục pháp luật

Giáo dục pháp luật (GDPL), ở góc độ rộng, được xem như một bộ phận của hoạt động giáo dục, có tính độc lập và có quan hệ với các hoạt động khác như kinh tế, văn hóa, an ninh quốc phòng. Ở góc độ này, GDPL được đánh giá tương đồng với quá trình xã hội hóa cá nhân. Tức là, GDPL hình thành và diễn ra song song với quá trình cá nhân sinh ra, trưởng thành về mặt tâm sinh lý, thậm chí đến khi hết đời người. Theo quan điểm của G.Mead, xã hội hóa cá nhân trải qua ba giai đoạn: bắt chước, đóng vai, trò chơi. Ở các giai đoạn này, vai trò của người lớn, của xã hội có ý nghĩa quyết định đối với quá trình nhận thức, thực hiện hành vi của trẻ em. Hành vi của người lớn, dù chủ động hay thụ động, đều là sản phẩm của xã hội, của pháp luật và quá trình hiện thực hóa nó. Theo quan điểm của G. Andreeva, xã hội hóa cá nhân gồm ba giai đoạn: giai đoạn trước lao động, giai đoạn lao động và giai đoạn sau lao động. Các giai đoạn này đều liên quan đến giáo dục, trong đó có GDPL[1]. Nhìn nhận ở góc độ này, cho thấy tính tất yếu của hoạt động GDPL, tuy nhiên, GDPL sẽ thiên về yếu tố định tính hơn, mà thiếu các định lượng và chỉ báo cần thiết theo yêu cầu thực tiễn.

Ở góc độ hẹp, GDPL nhằm chỉ cụ thể quá trình tác động có mục đích, chủ động, có kế hoạch, tổ chức của các chủ thể giáo dục lên đối tượng được giáo dục, về các nội dung liên quan đến pháp luật, nhằm đạt được mục tiêu nhất định. Quan điểm theo góc độ hẹp sẽ giúp cho hoạt động GDPL cụ thể, tập trung và có kế hoạch hơn, dễ nâng cao hiệu quả tác động và đạt mục đích GDPL. Vì thế, GDPL thường được các nghiên cứu tiếp cận ở góc độ hẹp. *GDPL là quá trình tác động có mục đích, tổ chức, theo những hình thức, phương pháp và nội dung nhất định của chủ thể GDPL đến các đối tượng được GDPL, nhằm hình thành ở họ nhận thức, tri thức về pháp luật, thói quen và hành vi xử sự tích cực theo pháp luật.*

Ở Việt Nam, GDPL là vấn đề được Đảng, Nhà nước ngày càng chú trọng. Ban Bí thư Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam đã ban hành Chỉ thị số 32-CT/TW về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng trong công tác phổ biến, GDPL, nâng cao ý thức chấp hành pháp luật của cán bộ, nhân dân. Chỉ thị đã thể hiện sự phát triển về nhận thức và

* ***TS. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.***

1 *Phạm Tất Dong, Lê Ngọc Hùng (chủ biên), Xã hội học, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, tr. 267-269*

lãnh đạo công tác phổ biến, GDPL của Đảng, Nhà nước trong việc nâng cao ý thức chấp hành pháp luật của cán bộ, nhân dân. Theo đó, việc ra đời Luật Phổ biến, GDPL năm 2012, cùng các văn bản hướng dẫn, quy định chi tiết đã tạo cơ sở pháp lý căn bản cho hoạt động này.

GDPL mang những đặc trưng như:

GDPL có mục đích cung cấp kiến thức pháp luật, hình thành nhận thức, tình cảm, thói quen hành xử theo pháp luật của các đối tượng được giáo dục

GDPL luôn là hành động mang tính chủ động, được chủ thể giáo dục tiến hành vì những mục đích trực tiếp là hình thành nhận thức, tình cảm, thói quen hành xử theo pháp luật. Các cấp độ mục đích này được xếp theo thứ tự tăng dần, giữa chúng có mối quan hệ mật thiết và là tiền đề của nhau. Mục đích xa hơn của GDPL là tạo sự ổn định, phát triển xã hội, đảm bảo cao nhất các quyền con người. Các mục đích này sẽ tác động đến hàng loạt khía cạnh khác của GDPL như phương pháp, hình thức, nội dung giáo dục.

GDPL có mối quan hệ mật thiết với nhiều loại hình giáo dục khác

GDPL có mối quan hệ với tất cả các loại hình giáo dục khác vì nằm trong hoạt động giáo dục nói chung, đặc biệt, GDPL có quan hệ mật thiết với giáo dục đạo đức, giáo dục chính trị, tư tưởng, giáo dục kỹ năng sống, bởi giữa chúng có nhiều điểm tương đồng ở nội dung, mục đích, cách thức thực hiện.

GDPL được tiến hành bởi nhiều chủ thể

Chủ thể GDPL là tất cả những cá nhân, tổ chức tham gia vào việc thực hiện các mục đích, mục tiêu GDPL cho đối tượng tiếp nhận pháp luật. Các chủ thể GDPL rất đa dạng, với địa vị pháp lý, phương pháp khác nhau nhưng cùng chung một mục đích là hướng đến việc hình thành nhận thức, tình cảm, thói quen hành xử theo pháp luật của đối tượng giáo dục. Theo Luật Phổ biến, GDPL năm 2012, chủ thể có trách nhiệm GDPL là các cơ quan trong bộ máy nhà nước, Ủy ban Mặt trận tổ quốc và các tổ chức thành viên, các tổ chức hành nghề về pháp luật, tổ chức xã hội nghề nghiệp về pháp luật, cơ sở đào tạo luật, cơ sở đào tạo, bồi dưỡng chức danh tư pháp, của các cơ sở giáo dục của hệ thống giáo dục quốc dân và các gia đình, cá nhân trong xã hội...

GDPL có đối tượng tiếp nhận giáo dục rộng lớn, đa dạng

Tùy từng hình thức, nội dung GDPL mà đối tượng GDPL được xác định cụ thể phù hợp, nhưng tựu trung, đối tượng tiếp nhận giáo dục có thể là tất cả các thành viên trong xã hội, ở bất cứ lứa tuổi, giới tính, trình độ, tôn giáo nào, trừ những đối tượng có nhược điểm về tâm thần theo quy định của pháp luật. Nhóm đối tượng GDPL có thể phân thành nhiều loại dựa vào các tiêu chí khác nhau. Luật Phổ biến, GDPL năm 2012 đã nhấn mạnh đến nhóm đối tượng là người dân ở vùng dân tộc thiểu số, vùng sâu, xa, biên giới, ven biển, hải đảo, vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn và ngư dân; nhóm người lao động trong các doanh nghiệp; nhóm nạn nhân bạo lực gia đình; người khuyết tật; người đang chấp hành hình phạt tù, người đang bị áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng; người đang bị áp dụng biện pháp giáo dục tại xã, phường, thị trấn... Việc phân hóa đối tượng GDPL để có phương pháp, nội dung và mức độ giáo dục phù hợp là khoa học và cần thiết.

GDPL có phương pháp và hình thức giáo dục phong phú

Xuất phát từ sự đa dạng về chủ thể, đối tượng giáo dục mà GDPL có phương pháp và hình thức giáo dục phong phú. Phương pháp, hình thức giáo dục hiểu cơ bản là cách thức, loại hình mà các chủ thể giáo dục tiến hành GDPL cho các đối tượng tiếp nhận giáo dục nhằm hiện thực hóa các mục tiêu GDPL. Phương pháp, hình thức GDPL góp phần quyết định chất lượng, hiệu quả của hoạt động này. Luật Phổ biến, GDPL năm

2012 đã quy khá nhiều hình thức phổ biến, GDPL như: họp báo, thông cáo báo chí; phổ biến pháp luật trực tiếp; tư vấn, hướng dẫn tìm hiểu pháp luật; cung cấp thông tin, tài liệu pháp luật; thông qua các phương tiện thông tin đại chúng; thi tìm hiểu pháp luật; qua công tác xét xử, xử lý vi phạm hành chính, hoạt động tiếp công dân, giải quyết khiếu nại, tố cáo và hoạt động khác của các cơ quan trong bộ máy nhà nước; thông qua hoạt động trợ giúp pháp lý, hòa giải ở cơ sở; các hình thức phổ biến, GDPL khác phù hợp với từng đối tượng cụ thể mà các cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền có thể áp dụng để bảo đảm cho công tác phổ biến, GDPL đem lại hiệu quả...

Nội dung GDPL là các vấn đề liên quan đến pháp luật, đời sống pháp lý

Tùy từng quốc gia, hệ thống pháp luật cũng như đối tượng GDPL khác nhau mà nội dung pháp luật có sự khác nhau nhất định. Theo Luật Phổ biến, GDPL năm 2012, nội dung GDPL bao gồm: Quy định của Hiến pháp và văn bản quy phạm pháp luật; Các điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên, các thỏa thuận quốc tế; ý thức tôn trọng và chấp hành pháp luật; ý thức bảo vệ pháp luật; lợi ích của việc chấp hành pháp luật; gương người tốt, việc tốt trong thực hiện pháp luật.

GDPL là hoạt động chịu sự tác động, điều chỉnh của các quy định pháp luật liên quan đến GDPL do Nhà nước ban hành và đảm bảo thực hiện

GDPL là hoạt động mang tính định hướng, tác động vào các đối tượng tiếp nhận giáo dục nhằm làm cho các đối tượng này nhận thức được đúng đắn, đầy đủ nội dung, tinh thần chính sách, pháp luật của Nhà nước, các vấn đề pháp luật liên quan khác, từ đó hình thành tư duy, ứng xử phù hợp pháp luật. GDPL phải tuân theo những quy định pháp luật cụ thể từ quy trình, nguyên tắc, định hướng, các điều kiện về chủ thể... để một mặt, làm cho hoạt động này phát huy được vai trò, thực hiện được mục tiêu, mặt khác, là cơ sở để có thể ràng buộc trách nhiệm, đánh giá hiệu quả cũng như xử lý những vi phạm pháp luật liên quan trong quá trình GDPL.

2. Bản chất xã hội của giáo dục pháp luật

- GDPL là một trong những yếu tố cơ bản của cơ cấu xã hội

Cơ cấu xã hội là kết cấu và hình thức tổ chức xã hội bên trong của hệ thống xã hội nhất định - biểu hiện như là sự thống nhất tương đối bền vững của các nhân tố, các mối liên hệ, các thành phần cơ bản nhất của hệ thống đó. Những thành tố này tạo ra bộ khung cơ bản nhất cho xã hội loài người. Những thành tố cơ bản nhất của cơ cấu xã hội bao gồm: nhóm với vai trò, vị thế của nó và các thiết chế xã hội[2].

Nhóm xã hội là khái niệm xã hội học cơ bản dùng để chỉ tập thể hai người trở lên có liên hệ với nhau theo một kiểu nhất định. Nhóm xã hội bao gồm nhóm xã hội nhỏ (tập hợp ít người, có quan hệ trực tiếp và tương đối ổn định) và nhóm xã hội lớn (các cộng đồng nhóm). Vị thế xã hội là khái niệm dùng để chỉ vị trí (chỗ đứng) của cá nhân nào đó trong xã hội và mối quan hệ giữa cá nhân đó với người xung quanh. Vai trò được hiểu là tập hợp các chuẩn mực, hành vi, quyền và nghĩa vụ gắn liền với vị thế xã hội nhất định.

Thiết chế xã hội là tập hợp bền vững của các giá trị, chuẩn mực, vị thế, vai trò và nhóm vận động xung quanh nhu cầu cơ bản của xã hội. Thiết chế xã hội bao gồm cơ cấu bên ngoài (hình thức vật chất của thiết chế) hoặc theo cơ cấu bên trong (nội dung hoạt động của thiết chế). Trong xã hội, có nhiều loại thiết chế, mà quan trọng nhất là thiết chế chính trị, pháp luật, kinh tế, gia đình, giáo dục.

2 *Trường Đại học Luật Hà Nội, Tập bài giảng Xã hội học, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr. 55*

Các thiết chế trên, đặc biệt là thiết chế pháp luật, giáo dục (đi liền với nó là GDPL - một trong những phương diện nội dung của thiết chế) lại luôn có hai chức năng chủ yếu: một là, khuyến khích, điều hòa, điều chỉnh hành vi của con người phù hợp với các quy phạm xã hội, chuẩn mực của thiết chế và tuân thủ thiết chế; hai là, ngăn chặn, kiểm soát những hành vi lệch lạc do thiết chế xã hội quy định.

- GDPL xuất phát từ nhu cầu, thực trạng xã hội

Các quy định pháp luật và quan hệ xã hội không bao giờ có sự tương thích hoàn toàn, bởi luôn có sự vận động, biến đổi không ngừng. Bản thân pháp luật cũng luôn cần có sửa đổi, bổ sung cho phù hợp và dự liệu cao nhất với sự biến động của quan hệ xã hội đó. Hai sự thay đổi liên tục này đã làm phức tạp đời sống pháp lý, gây khó khăn, áp lực cho người dân trong quá trình thực hiện pháp luật, bảo vệ quyền, lợi ích của mình. Nhà nước, với vị trí là đại diện cho quyền lợi và chịu trách nhiệm trước toàn xã hội phải tiến hành tổ chức hoạt động GDPL, nhằm cung cấp kiến thức pháp luật, xây dựng thói quen thực hiện pháp luật cho người dân. Người dân, các nhóm, với vị trí là các chủ thể của quyền con người, phải được quyền tiếp nhận hoạt động phổ biến, GDPL. Do đó có thể thấy, GDPL xuất hiện như một tất yếu khách quan, từ thực trạng và nhu cầu của mỗi người dân, xã hội.

- GDPL chịu sự tác động, được đảm bảo bởi các điều kiện xã hội

Ở góc độ chung nhất, các yếu tố pháp lý, xã hội sau đây có tác động đến GDPL: đội ngũ chủ thể làm công tác GDPL, điều kiện lịch sử, xã hội, kinh tế, văn hóa cụ thể của GDPL, cơ chế tâm lý, xã hội của việc GDPL và tiếp nhận GDPL, hoạt động thực tế của chủ thể GDPL, chất lượng của hệ thống pháp luật. Đó cũng chính là những yếu tố, những đảm bảo xã hội quan trọng của công tác này, làm cho nó có thể được thực hiện, phát huy hiệu quả và hiệu lực trong thực tiễn xã hội.

- GDPL quy tụ sự tham gia của các thành phần xã hội

Với mục tiêu lớn nhất là hình thành nhận thức về pháp luật, hành xử đúng yêu cầu của pháp luật của con người, tạo động lực cho xã hội ổn định, phát triển. GDPL là nhu cầu đồng thời là nghĩa vụ, trách nhiệm của tất cả các chủ thể trong xã hội, từ nhà nước, các cơ quan, tổ chức, gia đình, nhóm xã hội đến từng cá nhân.

- GDPL thực hiện các chức năng của một cơ chế hoạt động xã hội

Ở phương diện cơ chế hoạt động xã hội, GDPL thực hiện chức năng: thông tin, định hướng, bảo vệ. Các chức năng này có mối quan hệ mật thiết, chúng là phương tiện, là mục tiêu của nhau. GDPL trước hết thực hiện chức năng thông tin các vấn đề về pháp luật đến các chủ thể tiếp nhận GDPL. Từ đó, hình thành nhận thức, các tri thức pháp luật của chủ thể, góp phần định hướng, thay đổi hành vi cho phù hợp với các chuẩn mực, với yêu cầu của pháp luật. Khi một hệ các quy chuẩn đã được tạo lập thông qua ý thức và hành vi pháp luật của các chủ thể pháp luật, thì những quan hệ xã hội liên quan sẽ được bảo vệ, rộng ra là trật tự xã hội, trật tự pháp luật, quyền con người sẽ được bảo vệ.

- GDPL góp phần gắn kết xã hội, hình thành và đào luyện nhân cách con người trong xã hội

Pháp luật là hệ thống các quy tắc xử sự, các chuẩn mực có vai trò duy trì, ổn định các quan hệ xã hội, bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của các thành viên, các nhóm, bảo vệ kết cấu xã hội. GDPL pháp luật cung cấp cho chủ thể tiếp nhận các kiến thức pháp luật giúp họ có thể bảo vệ được lợi ích, quyền của chính họ, nhưng đồng thời cũng để họ không vi phạm quyền, lợi ích của các chủ thể khác, của xã hội. Trong quá trình nhận thức và hiện thực hóa quyền của mình, các chủ thể pháp luật có thể đồng thời phải

tôn trọng, thực hiện hàng loạt các nghĩa vụ tích cực để đáp ứng quyền của chủ thể khác. Đồng thời tất cả các thành viên nếu được GDPL hiệu quả, sẽ nhận thức và điều chỉnh hành vi của mình phù hợp yêu cầu chung, nhằm bảo vệ an toàn và lợi ích của cả xã hội. Tác động kép này của GDPL đã tạo sự gắn kết ngày càng bền vững giữa các thành viên trong xã hội.

Pháp luật (cùng với văn hóa) hợp người ta lại với nhau một cách vừa chủ động, vừa thụ động. Nó chứa đựng và giải thích những giá trị xã hội khiến cho người ta có thể nhận định và phán đoán điều hay dở. Chính qua pháp luật, văn hóa mà con người tìm thấy ý nghĩa và mục đích của nếp sống có văn hóa và tuân thủ pháp luật của từng cá nhân của cả xã hội. Pháp luật cũng chiếm vị trí ưu thế trong sự thành lập và đào luyện nhân cách xã hội, bởi pháp luật về cơ bản phù hợp và tôn vinh các giá trị văn hóa đích thực. Trong khi đó, con người vốn tự chủ, có thể lựa chọn và thích nghi, nhưng nhân cách xã hội của mỗi người lại bị lệ thuộc không nhỏ vào văn hóa. Do đó, như một hệ quả phái sinh, GDPL cũng sẽ chiếm vị trí ưu thế trong sự thành lập và đào luyện nhân cách xã hội.

3. Vai trò của giáo dục pháp luật trong đời sống xã hội

- Góp phần kết nối pháp luật với nhận thức và hành vi của người dân trong xã hội

Sản phẩm của quá trình xây dựng pháp luật là hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật, trong đó, xác lập lên một hệ quy tắc hành vi cho các chủ thể trong xã hội, khi tham gia vào những quan hệ pháp luật nhất định. Hệ thống các quy tắc hành vi này ngày càng đa dạng, phức tạp, do sự vận động và biến đổi không ngừng của các quan hệ xã hội. Để hiện thực hóa, cần có quá trình thực hiện pháp luật một cách chủ động, tích cực thông qua các hành vi hợp pháp của các chủ thể.

Tuy nhiên, từ nhiều lý do, các chủ thể pháp luật hoặc là vi phạm, không thực hiện, thậm chí không biết đến các quy định pháp luật này, dẫn đến hiệu qủa, hiệu lực pháp luật thấp. Vậy nên, một trong những kênh quan trọng giúp cải thiện tình trạng trên là phải tiến hành công tác GDPL. Bởi bản chất của hoạt động GDPL là tác động một cách có hệ thống đến sự phát triển tinh thần, thể chất cuả đối tượng được giáo dục, nhằm làm cho đối tượng được giáo dục có được những phẩm chất, năng lực như yêu cầu đề ra, tức là có kiến thức pháp luật, thói quen hành xử và tuân thủ pháp luật. Nhờ GDPL mà pháp luật đến được với mọi người, chuyển các quy định trên giấy vào thực tiễn nhờ quá trình nhận thức và thực hiện hành vi, làm cho pháp luật thực sự phát huy tác dụng trong đời sống.

- Góp phần bảo vệ pháp luật, trật tự, phát triển xã hội

Nhờ có GDPL mà quy định pháp luật đi vào thực tiễn cuộc sống, trở thành nhận thức đúng đắn, hành vi hợp pháp của các chủ thể. Đó không chỉ là việc bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ thể, mà chính là việc bảo vệ sự sống của pháp luật. Pháp luật được ban hành phải được thực hiện, phải biến thành phương tiện để người dân thực hiện quyền của mình, phải là công cụ để Nhà nước điều chỉnh các quan hệ xã hội. Trong quá trình vận hành đó, pháp luật lại được sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện và lại tiếp tục quy trình "sống" của nó. Và đây chính là cơ sở để tạo nên sự phát triển của cá nhân, sự ổn định, trật tự và phát triển xã hội.

- Góp phần nâng cao trách nhiệm của Nhà nước, các chủ thể khác trong việc xây dựng và phát triển một xã hội sống và làm việc theo pháp luật

Cùng với xây dựng pháp luật, Nhà nước có trách nhiệm làm cho pháp luật đi vào cuộc sống, phát huy liệu lực, hiệu quả, phục vụ đời sống nhân dân. Trách nhiệm của Nhà nước không chỉ là việc trực tiếp thực hiện các hoạt động GDPL, mà còn là việc định hướng, tạo môi trường pháp lý, xã hội khả

thi để cho các chủ thể khác trong xã hội nhận thức, phát huy vai trò của họ trong công tác GDPL. Để sao cho, GDPL trở thành trách nhiệm của mỗi cơ quan, ban ngành, tổ chức, mỗi cá nhân nhằm hình thành, phát triển một xã hội sống và làm việc theo pháp luật.

- Góp phần bảo vệ các chuẩn mực khác của xã hội

Suy cho cùng, giá trị cao nhất của các chuẩn mực xã hội như pháp luật, đạo đức, phong tục, tập quán, chính trị, thẩm mỹ đều gặp nhau ở một điểm, đó là tôn trọng nhân phẩm, phẩm giá, các quyền và lợi ích thiết thân của con người, hướng đến sự an toàn, bền vững và phát triển xã hội.

Tuy nhiên, khác với các chuẩn mực xã hội khác, chỉ có pháp luật mới có phạm vi điều chỉnh, đối tượng tác động rộng và có sự thích ứng xã hội mạnh mẽ, đồng thời mới được ban hành theo một quy trình, được đảm bảo thực hiện bằng sức mạnh cưỡng chế của Nhà nước. Đến một mức độ phát triển nhất định, pháp luật sẽ bao chứa hầu hết các giá trị của những chuẩn mực khác trong xã hội, và trở thành nhân tố bảo đảm và bảo vệ các chuẩn mực đó.

- Có mối quan hệ mật thiết với giáo dục quyền con người, góp phần hiện thực hóa quyền được thông tin về pháp luật của công dân

Giáo dục quyền con người là "tất cả những hiểu biết nhằm phát triển kiến thức, kỹ năng và giá trị của nhân quyền". Giáo dục quyền con người và GDPL có mối quan hệ mật thiết. GDPL có mục tiêu cao nhất là đảm bảo quyền con người. Còn giáo dục quyền con người bắt buộc phải thông qua phương thức GDPL. Chúng tương hỗ nhau, cùng hướng tới những mục tiêu như: tạo ra sự thay đổi về quan niệm giá trị, thay đổi hành vi; nhận thức về trách nhiệm của Nhà nước trong việc tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm quyền con người, tổ chức thực hiện pháp luật trong thực tế; hướng tới, thúc đẩy các nguyên tắc nền tảng của tự do trong xã hội; phát triển các kỹ năng giao tiếp, tính sáng tạo trong suy nghĩ, hành động của đối tượng GDPL khi hiện thực hóa quyền, xây dựng xã hội dân chủ.

4. Các điều kiện, đảm bảo xã hội của giáo dục pháp luật

Hoạt động GDPL tiến hành như thế nào phụ thuộc vào các điều kiện, đảm bảo xã hội của GDPL. Các điều kiện này có thể thuộc về ý thức của chủ thể, đối tượng GDPL, cũng có thể là yếu tố bên ngoài. Giữa chúng có quan hệ qua lại, cùng có tác động khác nhau lên GDPL. Điển hình như:

- Điều kiện về chủ thể và đối tượng GDPL.

Chủ thể và đối tượng GDPL là tổng thể các cá nhân, tổ chức, các nhóm tham gia trực tiếp hoặc gián tiếp vào quá trình GDPL. Ở góc độ trực tiếp, bao gồm: các cá nhân, cơ quan tổ chức thực hiện hoạt động GDPL, các cá nhân, tổ chức là đối tượng tiếp nhận hoạt động GDPL cùng với ý thức trách nhiệm, trình độ, năng lực truyền đạt, tiếp nhận pháp luật của họ. Ở góc độ gián tiếp, là các chủ thể có thẩm quyền trong việc quản lý hoạt động GDPL, đông đảo người dân trong xã hội với tư cách là chủ thể của dư luận xã hội, phản biện xã hội trong việc đánh giá hiệu quả GDPL. Con người là yếu tố tác động trực diện và thường xuyên lên hoạt động GDPL, ở bất cứ mục tiêu và giai đoạn nào của xã hội. Hiệu quả hoạt động GDPL phụ thuộc trước tiên vào các chủ thể GDPL, thường tỷ lệ thuận với năng lực, ý thức pháp luật, nhận thức, phương pháp của các chủ thể GDPL. Bên cạnh đó là ý thức pháp luật của các đối tượng tiếp nhận giáo dục, các chủ thể quản lý công tác GDPL. Hoạt động GDPL sẽ khó đảm bảo hiệu quả nếu nhận thức của các chủ thể tiếp nhận GDPL thấp hoặc

- Điều kiện kinh tế, xã hội. Yếu tố này bao gồm các điều kiện về kinh tế, hệ thống chính sách kinh tế - xã hội, cơ cấu xã hội,

quá trình triển khai chính sách pháp luật trong thực tế. Kinh tế, xã hội có tác động quyết định, tỷ lệ thuận với sự phát triển, hiệu quả của GDPL ở các khía cạnh như phạm vi, quy mô, nguồn lực thực hiện.

- *Điều kiện chính trị, xã hội.* Là tổng thể những bộ phận, dạng thức tạo nên đời sống chính trị của xã hội ở từng giai đoạn nhất định, như: môi trường, hệ thống chuẩn mực chính trị, định hướng chính trị của đảng cầm quyền, các thiết chế chính trị, nền tảng dân chủ. Các yếu tố này tác động vừa trực tiếp, vừa gián tiếp đến hoạt động GDPL, nhất là những hoạt động hướng tới nhóm tiếp cận GDPL là các cán bộ, công chức nhà nước.

- *Điều kiện văn hóa, hệ tư tưởng.* Yếu tố văn hóa, tư tưởng thường được xác định trong một môi trường và không gian xã hội xác định. Văn hóa góp phần quyết định hình thành và đào luyện nhân cách con người trong xã hội. Nhân cách con người về cơ bản có sự tương đồng với các chuẩn mực xã hội, với chuẩn mực pháp luật. Các khía cạnh cơ bản của văn hóa, tư tưởng có ảnh hưởng lớn đền GDPL gồm: các giá trị văn hóa, tư tưởng truyền thống và hiện đại, phong tục, tập quán, văn hóa, ý thức pháp luật, dư luận xã hội...

- *Điều kiện pháp lý.* Là tổng thể các thành tố của hệ thống pháp luật, cơ chế xây dựng, vận hành, thực hiện và bảo vệ pháp luật liên quan đến GDPL. Bên cạnh đó còn là ý thức pháp luật, pháp chế và hiệu quả điều chỉnh xã hội của pháp luật. Các khía cạnh này tác động lên hoạt động GDPL ở những khía cạnh khác nhau. Nhưng đây là yếu tố căn bản đối với hoạt động GDPL. Bởi không chỉ quyết định nội dung GDPL, nó còn tạo ra cơ sở pháp lý cho toàn bộ hoạt động GDPL, cho quá trình thực hiện quyền, trách nhiệm của Nhà nước và các chủ thể liên quan. Nó cũng tạo ra hệ các tiêu chí để đánh giá hiệu quả hoạt động GDPL trong thực tiễn, là cơ sở pháp lý để xử lý các vi phạm pháp luật tương ứng phát sinh.

5. Hiệu quả xã hội của giáo dục pháp luật

Hiệu quả GDPL là khía cạnh quan trọng của xã hội học GDPL, là "kết quả như yêu cầu của việc làm mang lại". Đây là động lực và mục tiêu của chủ thể GDPL, của cả Nhà nước và xã hội. Trong quá trình GDPL, tùy theo đối tượng, nội dung mà các chủ thể GDPL sẽ lựa chọn hình thức và phương pháp GDPL cụ thể. Tùy theo tính chất, đặc điểm của từng hình thức GDPL, quá trình GDPL sẽ kết thúc ở những thời điểm khác nhau. Thời điểm kết hoạt động GDPL cũng chính là thời điểm xác định hiệu quả hoạt động GDPL. Để đánh giá hiệu quả hoạt động GDPL, cần phải xem xét toàn bộ quá trình GDPL, theo những tiêu chí nhất định:

- Mức độ hiểu biết, ý thức pháp luật của các đối tượng GDPL trong xã hội

Mục tiêu đầu tiên của GDPL là cung cấp các kiến thức pháp luật liên quan cho đối tượng tiếp nhận GDPL. Do vậy, hiểu biết, ý thức pháp luật của các đối tượng GDPL trong xã hội được xem là tiêu chí đánh giá đầu tiên, ở cấp độ phổ biến nhất của GDPL. Tiêu chí này thể hiện ở việc, các đối tượng GDPL sau khi được GDPL, có thái độ đúng đắn, tình cảm, niềm tin đối với pháp luật, với hành vi pháp lý của các chủ thể pháp luật, nhận thức được đúng tinh thần, nội dung các quy định pháp luật, cũng như cơ chế tổ chức thực hiện, đảm bảo pháp luật trong thực tế. Các chủ thể biết quan tâm đến đời sống pháp luật, nhận thức được hệ thống quyền và nghĩa vụ của mình trong mối tương quan với quyền và nghĩa vụ của các chủ thể khác trong xã hội.

- Mức độ hành vi hợp pháp của các chủ thể pháp luật

Đây là tiêu chí ở cấp độ cao hơn của hiệu quả GDPL. Sau khi đã có ý thức pháp luật, các chủ thể pháp luật sẽ có sự điều chỉnh hành vi phù hợp với quy định xã hội, dần hình thành nên thói quen tuân theo pháp luật. Hành vi hợp pháp của chủ thể có thể là hành động hoặc không hành động, phù hợp

với các quy định cấm đoán, cho phép hoặc bắt buộc thực hiện của pháp luật. Các hành vi này trước hết nhằm thỏa mãn quyền, lợi ích chính đáng của chủ thể, sau đó sẽ là những đảm bảo tương ứng cho quyền của chủ thể khác và rộng ra là của cả xã hội. Tạo nên một môi trường xã hội với các thành viên có thói quen tôn trọng và thực hiện pháp luật một cách nghiêm chỉnh, tích cực.

- Hiệu quả áp dụng pháp luật của chủ thể có thẩm quyền

Tiêu chí này đặt ra đối với các chủ thể GDPL là các cán bộ, công chức, người đại diện cho quyền lực nhà nước trong quá trình tổ chức thực hiện pháp luật. GDPL nhằm hướng đến thực hiện pháp luật một cách nghiêm chỉnh của tất cả các chủ thể trong xã hội. Trong đó, việc thực hiện pháp luật của các chủ thể công quyền - hoạt động áp dụng pháp luật là một hoạt động đặc thù. Hiệu quả của hoạt động áp dụng pháp luật có tác động lớn đến từng cá nhân và đến cả xã hội. Quá trình này rất phức tạp, đòi hỏi có sự chủ động, công tâm, kỹ năng của các chủ thể áp dụng. Do đó, chủ thể áp dụng trước hết cần phải có trình độ, nhận thức chuyên nghiệp về pháp luật, dần chuyển hóa nó thành hành vi trong quá trình ra quyết định áp dụng pháp luật của mình. Theo đó, mà hiệu quả hoạt động GDPL cũng chính là hiệu quả áp dụng pháp luật của các chủ thể có thẩm quyền là vì thế.

- Sự đồng thuận của dư luận xã hội

Dư luận xã hội là tập hợp các ý kiến, thái độ có tinh chất phán xét, đánh giá của các nhóm xã hội hay của xã hội trước những vấn đề mang tính thời sự, liên quan đến lợi ích chung, thu hút được sự quan tâm của nhiều người và được thể hiện trong các nhận định hoặc hành động thực tiễn của họ.

Dư luận xã hội phản ánh thực tế các lĩnh vực thuộc đời sống tinh thần trong đó có giáo dục pháp luật. Dư luận xã hội sẽ giúp phán xét, đánh giá các khía cạnh của GDPL, từ phương pháp, hình thức, mức độ, nội dung cho đến hiệu quả của GDPL. Dư luận xã hội mang tính chủ quan nhưng cũng khách quan. Dư luận xã hội về một trong các khía cạnh trên hoặc về hiệu quả của GDPL theo chiều hướng tốt, thì có cơ sở để đánh giá hiệu quả của GDPL và ngược lại.

- Sự hoàn thiện của hệ thống pháp luật, cơ chế thực hiện và bảo vệ pháp luật

GDPL là để cho pháp luật đi vào cuộc sống, trở thành ý thức và hành vi hợp pháp của các chủ thể. Nhưng, cũng chính nhờ GDPL mà những thiếu sót, khiếm khuyết của pháp luật trong quá trình phổ biến, giải thích, vận dụng pháp luật trong thực tế được kiểm nghiệm. Cùng với sự vận động của các quan hệ xã hội, pháp luật lại được sửa đổi, bổ sung, tiếp tục tạo cơ chế hiệu quả cho hoạt động GDPL.

Đi liền với xây dựng pháp luật, là cơ chế vận hành và bảo vệ pháp luật. Cơ chế này chỉ có thể hoạt động hiệu quả khi được xã hội nhận thức về trách nhiệm, và có sự giám sát thích đáng quá trình thực thi pháp luật. Đi liền với đó, trong quá trình vận hành cơ chế, các chủ thể liên quan lại có những đóng góp tích cực vào quá trình hoàn thiện pháp luật và tổ chức hoạt động GDPL trong thực tiễn.

- Các yếu tố về nội dung, hình thức, phương pháp, chủ thể, điều kiện hỗ trợ cho công tác GDPL

Đây là những đảm bảo, điều kiện xã hội cho công tác GDPL, nhưng cũng là những yếu tố, tiêu chí để đánh giá hiệu quả xã hội của GDPL. Bởi không thể có hiệu quả GDPL nếu như các yếu tố về nội dung, hình thức, phương pháp, chủ thể, điều kiện hỗ trợ cho công tác GDPL không được đánh giá cao.

Về cơ bản, nội dung GDPL phải phù hợp với đối tượng giáo dục, thống nhất với các cấp độ giáo dục và phải cập nhật; chủ thể giáo dục phải đáp ứng mục tiêu và yêu cầu giáo dục, phải sử dụng hiệu quả các phương

pháp GDPL; hình thức, phương pháp giáo dục phải tương thích nhau, phù hợp với đối tượng và mục tiêu GDPL; bên cạnh đó là các điều kiện hỗ trợ cho GDPL như cơ chế pháp lý, tổ chức, các kế hoạch GDPL cụ thể, các phương tiện truyền thanh, truyền hình, đưa tin, nguồn lực về tài chính... cũng cần có sự chuẩn bị bài bản, phù hợp.

6. Xã hội hóa giáo dục pháp luật

Thuộc một trong những khía cạnh của xã hội học GDPL, xã hội hóa GDPL được hiểu là việc tăng cường sự quan tâm, tham gia rộng rãi của các thành phần xã hội đối với hoạt động GDPLvề tất cả các mặt vật chất hoặc tinh thần, mà vốn trước đây, hoạt động này chỉ do một hoặc một số ít chủ thể nhất định thực hiện. Là chính sách huy động mọi nguồn lực của Nhân dân, của các tổ chức kinh tế - xã hội tham gia vào sự nghiệp GDPL, đầu tư vào hoạt động GDPL trên cơ sở phù hợp với khả năng tài chính và trình độ chuyên môn nhằm xây dựng xã hội thực hiện nghiêm chỉnh pháp luật.

Xã hội hóa GDPL đã được đề cập trực tiếp tại Điều 4 Luật Phổ biến, GDPL năm 2012: "Xã hội hóa công tác phổ biến, giáo dục pháp luật: Nhà nước khuyến khích và có chính sách hỗ trợ, tạo điều kiện đối với cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân tham gia thực hiện phổ biến, giáo dục pháp luật; huy động các nguồn lực xã hội đóng góp cho công tác phổ biến, giáo dục pháp luật; Căn cứ tình hình kinh tế - xã hội của từng thời kỳ, Chính phủ quy định cụ thể chính sách hỗ trợ đối với cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân tham gia thực hiện phổ biến, giáo dục pháp luật".

Nhằm tăng cường hiệu quả xã hội hóa GDPL, Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1133/QĐ-TTg ngày 15/7/2013, phê duyệt Đề án: "Xã hội hóa công tác phổ biến, GDPLvà trợ giúp pháp lý giai đoạn 2013 - 2016".

Ở khía cạnh GDPL, với quan điểm nhằm phát huy vai trò, trách nhiệm xã hội của các tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân, đặc biệt là Hội Luật gia các cấp trong công tác GDPL; tăng cường, mở rộng các nguồn đầu tư, khai thác tiềm năng trong xã hội, thu hút các tổ chức chính trị - xã hội, chính trị - xã hội - nghề nghiệp, xã hội - nghề nghiệp, doanh nghiệp, cá nhân thực hiện xã hội hóa công tác GDPL; tăng cường sự phối hợp giữa các chủ thể này với các cơ quan nhà nước nhằm nâng cao chất lượng, hiệu quả, tính bền vững của hoạt động phổ biến, GDPL, phục vụ tốt hơn nhu cầu của người dân, góp phần nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước bằng pháp luật. Đề án hướng đến mục tiêu: cung cấp kịp thời, có chất lượng dịch vụ công về GDPL cho người dân trên cơ sở phát huy vai trò của luật gia và Hội Luật gia các cấp cũng như các tổ chức, cá nhân khác nhằm đáp ứng nhu cầu về quyền được thông tin của Nhân dân, góp phần tăng cường hiệu quả thực thi công vụ và ý thức tuân thủ, chấp hành pháp luật, thực hiện thắng lợi các chủ trương, chính sách và pháp luật của Đảng, Nhà nước.

Thực tiễn thực hiện Đề án ở giai đoạn I, năm 2013 - 2014, đã cho thấy chủ trương, chính sách xã hội hóa công tác GDPL (bên cạnh trợ giúp pháp lý) của Đảng và Nhà nước là vấn đề có tính chiến lược và có ý nghĩa lâu dài. Nhận thức của các cấp Hội Luật gia và tổ chức về vai trò, ý nghĩa của việc xã hội hóa công tác GDPL đã được nâng lên, tuy nhiên vẫn chưa thật sự đầy đủ và sâu rộng. Ở góc độ lý luận, bước đầu đã có những nghiên cứu phục vụ cho việc kiến nghị, đề xuất các giải pháp triển khai thực hiện xã hội hóa công tác GDPL trong những năm tới. Trong thực tiễn, mô hình xã hội hóa GDPL cũng đã bước đầu được triển khai, tuy vậy, việc thực hiện mô hình chưa thống nhất, đồng đều và chưa được rút kinh nghiệm, điều chỉnh kịp thời nhằm triển khai nhân rộng. Công tác bồi dưỡng, nâng cao năng lực cho cán bộ, hội viên Hội Luật gia

làm công tác GDPL nhìn chung đã được chú trọng và thực hiện nghiêm túc, bài bản. Tuy nhiên, công tác xã hội hóa GDPL chưa thật sự được quan tâm, chưa huy động được nguồn nhân lực vốn dồi dào vào quá trình thực hiện xã hội hóa công tác GDPL. Những tồn tại, hạn chế và những nguyên nhân chủ quan, khách quan của những tồn tại, hạn chế trong quá trình thực hiện Đề án ở giai đoạn I cũng đã được chỉ rõ, nhằm đẩy mạnh và nâng cao hiệu quả thực hiện đề án trong giai đoạn II.

7. Một số biện pháp nâng cao chất lượng và hiệu quả xã hội của hoạt động giáo dục pháp luật

Bên cạnh những kết quả đáng ghi nhận, hạn chế lớn nhất là công tác GDPL vẫn còn mang tính hình thức, phong trào, do vậy mà chất lượng, hiệu quả xã hội chưa cao. Để khắc phục hạn chế này, cần tiến hành các biện pháp cơ bản như:

- Hoàn thiện pháp luật về GDPL theo hướng quy định cụ thể vấn đề trách nhiệm pháp lý trong công tác GDPL

Luật Phổ biến, GDPL năm 2012 cùng các văn bản hướng dẫn đã tạo cơ sở pháp lý cho công tác GDPL. Những khía cạnh quan trọng như nguyên tắc, hình thức, nội dung, chủ thể, chính sách GDPL đã được đề cập. Tuy nhiên, các văn bản điều chỉnh trực tiếp hoạt động GDPL hầu như không đề cập đến vấn đề trách nhiệm pháp lý trong quá trình các chủ thể tiến hành GDPL mà mới chỉ dừng lại ở việc quy định trách nhiệm theo nghĩa tích cực của toàn hệ thống chính trị, trong đó nòng cốt là Nhà nước, quy định nghĩa vụ của các cơ quan nhà nước, tổ chức, cá nhân trong công tác GDPL liên quan đến phạm vi, lĩnh vực hoạt động cụ thể của các cơ quan, tổ chức đó. Bên cạnh đó, pháp luật cũng mới chỉ dừng ở việc quy định các hành vi bị cấm cũng như việc khen thưởng cơ quan, tổ chức, cá nhân có đóng góp tích cực trong công tác phổ biến, GDPL. Những quy định này là cần thiết, tuy nhiên chưa thể đủ để các chủ thể có nghĩa vụ tự giác thực hiện hiệu quả hoạt động GDPL. Bởi, như một tất yếu, nếu chỉ quy định nghĩa vụ mà không quy định hậu quả bất lợi mà pháp luật dự kiến áp dụng đối với việc không đảm bảo nghĩa vụ hoặc có hành vi vi phạm nghĩa vụ, thì cũng có nghĩa là đã thiếu đi những đảm bảo của hiệu lực và hiệu quả pháp luật GDPL. Nghĩa vụ pháp lý cần phải được quy định cụ thể, trực tiếp, liên đới, thường xuyên và gắn với cá nhân trong quá trình thực hiện công tác GDPL, đi theo đó là một cơ chế xử lý vi phạm tương ứng, được luật hóa và tổ chức thực thi trong thực tế. Chỉ có như vậy, công tác GDPL mới có thể thực chất như mong muốn.

- Xây dựng cơ chế kiểm tra, đánh giá hiệu quả hoạt động GDPL

Đi liền với các quy định về trách nhiệm pháp lý, phải là một cơ chế kiểm tra, đánh giá hiệu quả hoạt động GDPL. Cơ chế kiểm tra, đánh giá này phải bao gồm các thiết chế được thành lập chuyên trách, theo cấp đơn vị hành chính, trực thuộc các cơ quan tư pháp, với cách thức hoạt động thường xuyên, kịp thời. Hoạt động kiểm tra, đánh giá chất lượng cần phải đặt ra với tất cả các hình thức, loại việc, chủ thể tiến hành GDPL. Quá trình kiểm tra, đánh giá phải trên cơ sở xây dựng kế hoạch kiểm tra, đánh giá chất lượng GDPL hàng năm. Theo đó, cũng cần phải xây dựng một bộ tiêu chí đánh giá chất lượng hoạt động GDPL với từng loại hình GDPL để làm căn cứ kiểm tra, đánh giá, đồng thời là cơ sở để góp phần xác định trách nhiệm pháp lý cá nhân đối với các chủ thể liên quan, nếu có vi phạm trong quá trình tiến hành công tác GDPL.

- Tăng cường kỹ năng, chuyên môn, đạo đức của chủ thể GDPL

Kết quả hoạt động GDPL phụ thuộc phần lớn vào năng lực chuyên môn, kỹ năng, kinh nghiệm và thái độ của những

người thực hiện GDPL. Bởi họ chính là cầu nối để đưa nội dung GDPL đến với các đối tượng GDPL. Pháp luật trở nên gần gũi, hữu ích hay khô cứng, xa lạ với người dân cũng là ở họ. Chính vì vậy, việc xây dựng đội ngũ những người GDPL giỏi về chuyên môn nghiệp vụ, có sự chuyên nghiệp, tận tụy, nhiệt tình với công việc, có phẩm chất đạo đức tốt là yếu tố quan trọng để hoạt động GDPL đảm bảo hiệu quả và chất lượng. Cần phải tiếp tục tổ chức đào tạo, bồi dưỡng, quy hoạch, đãi ngộ đội ngũ làm công tác GDPL. Cần có chính sách nhằm thu hút những sinh viên được đào tạo chính quy chuyên ngành luật, các cộng tác viên, các chuyên viên có tâm huyết, đồng thời "giữ chân" được những người có kinh nghiệm, có năng lực, hứng thú với công tác GDPL.

- GDPL theo hướng thay đổi nhận thức của Nhân dân đối với pháp luật.

Không ít người dân cho rằng, pháp luật gắn liền với mệnh lệnh mà mọi người cần phải tuân thủ, là hình phạt, trừng trị hoặc để giải quyết các tranh chấp. Người ta chỉ quan tâm, dính líu tới pháp luật khi bản thân họ phải rơi vào tình thế miễn cưỡng, lợi ích bị xâm hại, dính líu tới pháp luật như kiện cáo, bị phạt, bị cưỡng chế… Do đó, khi tuyên truyền, phổ biến GDPL cần giải thích, phân tích cho người dân hiểu pháp luật không chỉ bao gồm các quy định cưỡng chế, biện pháp giải quyết tranh chấp, mà còn là các quy định bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân, khuyến khích sự giao dịch lành mạnh giữa các thành viên trong xã hội vì sự phát triển và trật tự xã hội. Pháp luật là một môi trường thuận lợi tạo điều kiện cho con người giao dịch với nhau trong các lĩnh vực của đời sống xã hội, đảm bảo cho các thành viên phụ thuộc và gắn bó với nhau một cách hợp lý, nhằm bảo đảm cao nhất nhân phẩm và các quyền cơ bản của con người[3]...

- Tăng cường xây dựng, triển khai các kế hoạch, chương trình, đề án GDPL cụ thể với từng hình thức, lĩnh vực pháp luật

Thời gian qua, Chính phủ đã phê duyệt một số Đề án liên quan đến các lĩnh vực hoặc loại hình hoặc đối tượng GDPL cụ thể, như: Đề án "Tiếp tục tăng cường công tác phổ biến, GDPL về khiếu nại, tố cáo ở xã, phường, thị trấn giai đoạn 2013 - 2016", Đề án "Tăng cường phổ biến, GDPL cho cán bộ, Nhân dân vùng biên giới, hải đảo giai đoạn 2013 - 2016", Đề án "Tăng cường công tác phổ biến, GDPL trên Đài Truyền hình Việt Nam giai đoạn 2013 - 2016"... Trong các Đề án, đều xác định rõ quan điểm, mục tiêu, cơ quan chủ trì, cơ quan phối hợp, nhân lực, nội dung, nhiệm vụ cũng như quy định về cách thức tổ chức thực hiện, thời gian thực hiện, việc báo cáo kiểm tra tiến độ, hiệu quả thực hiện đề án. Các Đề án đều đã hoàn thành giai đoạn I và đang tiến hành giai đoạn II. Thực tiễn triển khai các đề án đã cho thấy, dù còn những bất cập nhất định, nhưng đây là một hướng đi phù hợp với công tác GDPL, hạn chế được phần nào tính hình thức của GDPL. Bởi các Đề án đã chỉ rõ và phát huy được trách nhiệm của các cơ quan chủ trì, đã xác định rõ và khuôn gọn hoặc là nội dung, hoặc là phạm vi, đối tượng GDPL trong quá trình thực hiện công tác GDPL. Vấn đề là, khi xây dựng Đề án, phải lựa chọn được những lĩnh vực pháp luật cấp bách, thiết yếu đối với người dân, lựa chọn được những đối tượng cũng như loại hình GDPL phù hợp. Quá trình tổ chức thực hiện Đề án cần tăng cường công tác báo cáo, tổng kết, rút kinh nghiệm giữa các giai đoạn, để có những sửa đổi, điều chỉnh kịp thời, hợp lý ■

3 *Xem thêm Nguyễn Tất Viễn, Một số biện pháp tăng cường công tác phổ biến GDPL trong tình hình mới, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật - Số chuyên đề 60 năm ngành Tư pháp.*

NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA SAU 10 NĂM THI HÀNH LUẬT PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG

NGUYỄN QUỐC VĂN*
VŨ CÔNG GIAO**

Luật Phòng, chống tham nhũng (PCTN) năm 2005, đã được sửa đổi, bổ sung năm 2007 và năm 2012 đã tạo lập khung pháp lý quan trọng, góp phần nâng cao hiệu quả công tác PCTN ở nước ta. Sau 10 năm thi hành Luật PCTN, công tác PCTN đã thu được nhiều kết quả tích cực, góp phần cải thiện môi trường kinh doanh, bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân, duy trì ổn định xã hội và phát triển đất nước. Nỗ lực PCTN của Việt Nam đã được cộng đồng quốc tế ghi nhận trong khuôn khổ thực thi Công ước Liên hợp quốc (LHQ) về chống tham nhũng cũng như các diễn đàn quốc tế song phương và đa phương khác. Các quy định của Luật PCTN đã giúp tạo ra môi trường thể chế ngày càng công khai, minh bạch; từng bước tăng cường sự tham gia của người dân trong PCTN. Cơ chế kiểm soát đối với cán bộ, công chức, viên chức và chế độ công vụ ngày càng được cải thiện; việc xử lý người có hành vi tham nhũng và tài sản tham nhũng cũng được chú trọng và nâng cao hiệu quả; bộ máy cơ quan PCTN bước đầu được củng cố, kiện toàn.

Nỗ lực của Chính phủ trong hoàn thiện thể chế về PCTN là thành tích đáng ghi nhận trong thời gian qua, với hàng chục văn bản quy phạm pháp luật trực tiếp và gián tiếp quy định về PCTN đã được ban hành và phát huy tác dụng trong thực tiễn. Tuy nhiên, "tình hình tham nhũng vẫn diễn biến phức tạp, công tác phát hiện, xử lý tham nhũng chưa đáp ứng yêu cầu, số vụ việc, vụ án tham nhũng được phát hiện còn ít, một số vụ việc xử lý còn kéo dài, chưa nghiêm, thu hồi tài sản tham nhũng đạt kết quả thấp, gây tâm lý bức xúc và hoài nghi trong xã hội về quyết tâm PCTN của Đảng và Nhà nước ta"[1]. Các báo cáo, khảo sát của Thanh tra Chính phủ, Ngân hàng Thế giới, các tổ chức quốc tế và các nghiên cứu độc lập cho thấy, tình trạng trên do nhiều nguyên nhân, trong đó, những bất cập của Luật PCTN là nguyên nhân quan trọng nhất[2]. Cụ thể, qua 10 năm thi hành, Luật PCTN đã bộc lộ một số bất cập chính như sau:

* ***TS. Phó Vụ trưởng Vụ Pháp chế, Thanh tra Chính phủ.***
** ***PGS,TS. Khoa Luật Đại học Quốc gia Hà Nội.***

1 *Nhận định trong Chỉ thị số 50-CT/TW ngày 07/12/2015 của Bộ Chính trị về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác phát hiện, xử lý vụ việc, vụ án tham nhũng.*

2 *Trong 10 năm qua đã có nhiều khảo sát, nghiên cứu, đánh giá về việc thực hiện Luật PCTN như: Báo cáo chỉ số hiệu quả quản trị và hành chính công cấp tỉnh giai đoạn 2010 - 2014; Báo cáo kết quả khảo sát "Tham nhũng từ góc nhìn của người dân, doanh nghiệp và cán bộ, công chức, viên chức" năm 2013 do Ngân hàng Thế giới và Thanh tra Chính phủ thực hiện; Báo cáo khảo sát về xung đột lợi ích trong khu vực công: quy định và thực tiễn ở Việt Nam do Ngân hàng Thế*

1. Về khái niệm tham nhũng và phạm vi điều chỉnh của Luật Phòng, chống tham nhũng

Để PCTN hiệu quả, mỗi quốc gia phải hoàn thiện thể chế PCTN, mà trước tiên là phải nhận thức đúng về tham nhũng. Công ước của LHQ về chống tham nhũng không đưa ra định nghĩa về tham nhũng mà chỉ có một số điều khoản mô tả các hành vi tham nhũng như hối lộ, tham ô, biển thủ công quỹ hoặc hành vi của công chức lợi dụng chức vụ quyền hạn chiếm đoạt tài sản, lợi dụng ảnh hưởng để trục lợi… Tuy nhiên, những quy định cụ thể này cho thấy cách tiếp cận của Công ước về tham nhũng như sau: *(i) về chủ thể:* là cá nhân hoặc pháp nhân; cá nhân gồm cán bộ, công chức nhà nước, công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công, người không phải là cán bộ, công chức; các pháp nhân gồm ở cả hai khu vực công và tư ; *(ii) về phạm vi:* tham nhũng xảy ra trong khu vực nhà nước và khu vực ngoài nhà nước; *(iii) về của hối lộ:* bao gồm các giá trị vật chất và phi vật chất; *(iv) về hành vi:* gồm nhận hối lộ, đưa hối lộ hoặc hành vi hứa hẹn, chào mời, cho công chức một lợi ích không chính đáng hoặc hành vi công chức đòi một lợi ích không chính đáng để công chức này làm hoặc không làm một việc trong quá trình thi hành công vụ.

Tại Việt Nam, khái niệm "tham nhũng" được hiểu là: "hành vi của người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó vì vụ lợi"[3]. Khái niệm này không có sự thay đổi sau các lần sửa đổi, bổ sung Luật PCTN. Đến thời điểm này, hành vi tham nhũng theo Luật PCTN có các đặc điểm sau:

Về mặt chủ thể, tham nhũng phải là hành vi của người có chức vụ, quyền hạn. Chức vụ quyền hạn này có được do bầu cử, bổ nhiệm, hợp đồng và phải gắn với quyền lực nhà nước/khu vực công như các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp hoặc trong các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị, xã hội - tổ chức xã hội nghề nghiệp, các tổ chức kinh tế nhà nước hoặc lực lượng vũ trang từ trung ương đến địa phương[4];

Về mặt khách quan, người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn của mình để mưu lợi cá nhân;

Về mặt chủ quan, động cơ của người có hành vi tham nhũng là *vụ lợi*[5]. Hành vi của họ không xuất phát từ nhu cầu công việc hay trách nhiệm của người cán bộ, công chức mà vì lợi ích cá nhân.

Cách tiếp cận về tham nhũng như trên còn được thể hiện trong Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 1999 (sửa đổi năm 2009). Theo đó, BLHS năm 1999 quy định: tội phạm tham nhũng chỉ có trong *khu vực công*, không có ở khu vực tư. Điều này đồng nghĩa với việc chủ thể của hành vi tham nhũng chỉ có thể là người có chức vụ, quyền hạn trong bộ máy nhà nước; *đưa hối lộ không được quy định là hành vi tham nhũng*; của hối lộ chỉ là những gì có giá trị vật chất. Đây là điểm khác biệt của pháp luật Việt Nam so với Công ước của LHQ về Chống tham nhũng, bởi Điều 21 của Công ước đã

---

giới và Thanh tra Chính phủ thực hiện; Báo cáo khảo sát 10 năm thi hành Luật PCTN năm 2015; Báo cáo công tác PCTN hàng năm của Chính phủ; Báo cáo của Chính phủ tại Hội nghị tổng kết 10 năm thi hành Luật PCTN…

3 *Xem thêm: Luật PCTN năm 2005 và Luật sửa đổi, bổ sung một số Điều của Luật PCTN năm 2012.*

4 *Theo khoản 3 Điều 1 Luật PCTN năm 2005, người có chức vụ, quyền hạn bao gồm: a) Cán bộ, công chức, viên chức; b) Sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân quốc phòng trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan nghiệp vụ, sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên môn - kỹ thuật trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân; c) Cán bộ lãnh đạo, quản lý trong doanh nghiệp của Nhà nước; cán bộ lãnh đạo, quản lý là người đại diện phần vốn góp của Nhà nước tại doanh nghiệp; d) Người được giao thực hiện nhiệm vụ, công vụ có quyền hạn trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó.*

5 *Theo Từ điển Tiếng Việt: "vụ lợi" được hiểu là vì "mưu cầu lợi ích cho riêng mình" (Từ điển Tiếng Việt, Nxb Đà Nẵng, năm 2000, tr. 1130);*

Theo quy định tại Điều 2 Luật PCTN: "Vụ lợi" là lợi ích vật chất, tinh thần mà người có chức vụ, quyền hạn đạt được hoặc có thể đạt được thông qua hành vi tham nhũng.

quy định hành vi "Hối lộ trong khu vực tư"[6] và Điều 22 quy định hành vi "Biển thủ tài sản trong khu vực tư"[7].

Những năm gần đây, các pháp nhân, cá nhân khu vực tư đã không ngừng lớn mạnh, đóng góp tích cực vào sự phát triển kinh tế, xã hội với việc tham gia ngày càng nhiều vào các dịch vụ công như đào tạo nhân lực, khám chữa bệnh, công chứng (tư), giám sát, giám định, phiên dịch, cung ứng cho mua sắm công… Không ít cá nhân, pháp nhân thuộc khu vực tư nhận tiền, tài sản để làm những việc trái pháp luật. Phản ứng trước thực tế đó, BLHS năm 2015 có hiệu lực từ ngày 01/7/2016, mặc dù về cơ bản vẫn giữ nguyên khái niệm tội phạm về chức vụ và người có chức vụ quyền hạn như trong BLHS năm 1999[8], nhưng đã bước đầu mở rộng khái niệm sang khu vực tư; xác định chủ thể của hành vi hối lộ bao gồm cả công chức làm việc trong các tổ chức quốc tế; của hối lộ được xác định bao gồm cả những giá trị phi vật chất. Cụ thể, khoản 6 Điều 353 về tội tham ô tài sản quy định: "Người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước mà tham ô tài sản, thì bị xử lý theo quy định tại Điều này"; khoản 6 Điều 354 về tội nhận hối lộ quy định: "Người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước mà nhận hối lộ, thì bị xử lý theo quy định tại Điều này"; khoản 6 Điều 364 về tội đưa hối lộ quy định: "Người nào đưa hoặc sẽ đưa hối lộ cho công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công, người có chức vụ trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước cũng bị xử lý theo quy định tại Điều này"; khoản 7 Điều 366 về tội môi giới hối lộ quy định: "Người nào môi giới hối lộ trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước cũng bị xử lý theo quy định tại Điều này". Ngoài ra, khái niệm *của hối lộ* trong nhóm các tội phạm về chức vụ trong BLHS năm 2015 cũng được mở rộng để bao gồm cả các giá trị phi vật chất (xem các Điều 354, 364 và 366 BLHS năm 2015).

Như vậy, *về khái niệm tham nhũng, BLHS năm 2015 đã tiếp cận gần hơn với các chuẩn mực của Công ước LHQ về Chống tham nhũng trên cả ba tiêu chí: (i) mở rộng khái niệm tham nhũng sang lĩnh vực tư; (ii) mở rộng chủ thể của tội nhận hối lộ bao gồm cả công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công; (iii) mở rộng khái niệm của hối lộ bao gồm cả các giá trị phi vật chất.*

Sự thay đổi của BLHS năm 2015 đặt ra yêu cầu phải hoàn thiện Luật PCTN hiện hành theo hướng tiếp cận mở để đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật và phù hợp hơn với cách tiếp cận của Công ước.

2. Phòng ngừa tham nhũng trong khu vực công

Chương II Luật PCTN hiện hành quy định 07 nhóm biện pháp phòng ngừa tham nhũng, gồm: công khai, minh bạch trong hoạt động của cơ quan, tổ chức, đơn vị; việc xây dựng, thực hiện chế độ, định mức, tiêu

---

6 *Mỗi quốc gia thành viên của Công ước xem xét áp dụng các biện pháp lập pháp và các biện pháp cần thiết khác nhằm quy định những hành vi sau là tội phạm, nếu được thực hiện một cách cố ý trong hoạt động kinh tế, tài chính hoặc thương mại:*

(a) Hành vi hứa hẹn, tặng hay cho một lợi ích bất chính cho người điều hành hay làm việc, ở bất kỳ cương vị nào, cho tổ chức thuộc khu vực tư vì lợi ích của chính người đó hay của người hoặc tổ chức khác, để người đó làm hoặc không làm việc gì vi phạm nhiệm vụ của mình;

(b) Hành vi đòi hoặc nhận trực tiếp hay gián tiếp lợi ích bất chính bởi người điều hành hay làm việc, ở bất kỳ cương vị nào, cho tổ chức thuộc khu vực tư vì lợi ích của bản thân người đó hay của người khác để làm hay không làm việc gì vi phạm nhiệm vụ của mình.

7 *Mỗi quốc gia thành viên xem xét áp dụng các biện pháp lập pháp và các biện pháp cần thiết khác để quy định là tội phạm đối với hành vi người điều hành hay làm việc, ở bất kỳ cương vị nào, cho tổ chức thuộc khu vực tư biển thủ tài sản, quỹ tư hoặc chứng khoán hoặc bất kỳ thứ gì khác có giá trị mà người này được giao quản lý do vị trí của mình, nếu hành vi biển thủ đó được thực hiện một cách cố ý trong quá trình hoạt động kinh tế, tài chính hoặc thương mại.*

8 *Điều 277 BLHS năm 1999 quy định: 1. Các tội phạm về chức vụ là những hành vi xâm phạm hoạt động đúng đắn của cơ quan, tổ chức do người có chức vụ thực hiện trong khi thực hiện công vụ, nhiệm vụ. 2. Người có chức vụ là người do bổ nhiệm, do bầu cử, do hợp đồng hoặc do một hình thức khác, có hưởng lương hoặc không hưởng lương, được giao thực hiện một nhiệm vụ nhất định và có quyền hạn nhất định trong khi thực hiện công vụ, nhiệm vụ.*

chuẩn; xây dựng, thực hiện quy tắc ứng xử, quy tắc đạo đức nghề nghiệp của cán bộ, công chức, viên chức; chuyển đổi vị trí công tác; minh bạch tài sản, thu nhập; xử lý trách nhiệm của người đứng đầu khi để xảy ra tham nhũng; cải cách hành chính, đổi mới công nghệ quản lý và phương thức thanh toán. Thực chất đây là các tư tưởng về phòng ngừa tham nhũng gắn với quản trị tốt được tổng hợp từ Công ước của LHQ về Chống tham nhũng và kinh nghiệm của các quốc gia khác. Chế định về phòng ngừa tham nhũng là bước tiến mới về chất của Luật PCTN năm 2005. Tuy nhiên, các biện pháp phòng ngừa được quy định tại Chương II Luật PCTN *không thể áp dụng trực tiếp cho một nhóm chủ thể hay cho lĩnh vực/trường hợp cụ thể nào đó*. Nghĩa là các quy định này hiện chỉ mang tính tuyên ngôn về nguyên tắc/quan điểm chung, thiếu cụ thể. Các chủ thể thuộc khu vực công hiện chưa thể áp dụng trực tiếp các quy định trên nhằm phòng ngừa tham nhũng. Chẳng hạn, quy định về công khai, minh bạch sẽ phải được thể hiện cụ thể thành quy trình trong pháp luật về đấu thầu, mua sắm, tuyển dụng và bổ nhiệm cán bộ, công chức, người lao động, về kiểm soát tài sản của cán bộ, công chức, người lao động khác… Hơn nữa, với phạm vi điều chỉnh hạn hẹp của Luật PCTN, các chủ thể thuộc khu vực tư không có nghĩa vụ phải thi hành chế định này.

Về nội dung, các quy định về công khai, minh bạch còn chưa mang tính bao quát và chưa thực chất, đặc biệt là chưa làm rõ về nguyên tắc, hình thức, nội dung, thời gian thực hiện công khai, minh bạch trên cơ sở trả lời các câu hỏi: Ai phải công khai, minh bạch? Công khai, minh bạch với ai? Công khai, minh bạch cái gì? Công khai, minh bạch như thế nào? Khi nào công khai, minh bạch? Xử lý các vi phạm về công khai, minh bạch như thế nào?... Các quy định về minh bạch tài sản, thu nhập chưa giúp kiểm soát biến động về tài sản, thu nhập; còn phức tạp về trình tự, thủ tục công khai bản kê khai và thủ tục giải trình, xác minh tài sản, thu nhập; thiếu quy định về việc xử lý người và tài sản, thu nhập không giải trình được một cách hợp lý; chưa xác định được thời hạn người kê khai tài sản, thu nhập có nghĩa vụ giải trình về tài sản, thu nhập.

Chế định về trách nhiệm giải trình với nội dung còn hạn hẹp, chưa gắn liền với trách nhiệm chính trị của người đứng đầu đối với các vấn đề phát sinh trong quản lý nhà nước (theo các cấp độ: ngang, dọc, nội bộ; hoặc cấp trên đối với cấp dưới, bên trong cơ quan nhà nước với bên ngoài; hoặc giữa cơ quan hành pháp, cơ quan tư pháp trước cơ quan lập pháp...); thiếu cơ chế và các hình thức xử lý đối với những hành vi vi phạm pháp luật về giải trình; trình tự, thủ tục và nội dung thực hiện trách nhiệm giải trình chưa rõ ràng, chưa khả thi, chưa gắn với việc thực hiện các biện pháp phòng ngừa tham nhũng khác. Các quy định về xử lý trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị khi để xảy ra hành vi tham nhũng trong cơ quan, tổ chức, đơn vị mình còn thiếu rõ ràng, chưa thực chất và không khuyến khích được tính chủ động của người đứng đầu trong phòng ngừa, phát hiện tham nhũng.

Ngoài ra, Luật PCTN cũng chưa đề cập đến các biện pháp phòng ngừa lợi ích nhóm tiêu cực và tham nhũng chính sách khi hiện tượng này không ngừng gia tăng trong quy trình chính sách công ở Việt Nam, từ giai đoạn đề xuất ý tưởng chính sách; soạn thảo chính sách thành dự án luật; tương tác tại nghị trường và thông qua chính sách; thực thi chính sách; kiểm tra, đánh giá chính sách; sơ kết, tổng kết chính sách và điều chỉnh chính sách.

Trong khu vực công, xung đột lợi ích (XĐLI) là những tình huống cụ thể phát sinh khi cán bộ, công chức, viên chức có thể đưa ra quyết định hoặc thực hiện hành vi có lợi cho mình trong hoạt động công vụ, qua đó làm phát sinh tham nhũng. Vì vậy, kiểm soát và hạn chế các tình huống phát sinh XĐLI sẽ giúp phòng ngừa tham nhũng một cách hiệu quả. Tuy nhiên, Luật PCTN và các văn bản pháp luật hiện hành chưa đưa ra một khái niệm chính thức về XĐLI, kiểm soát XĐLI mà bước đầu chỉ ghi nhận và đưa ra các biện pháp giải quyết các tình huống

XĐLI cụ thể, liên quan đến các tình huống như tặng quà và nhận quà tặng, quyết định có lợi cho cá nhân hoặc người thân của người ra quyết định, chia sẻ lợi ích với doanh nghiệp là đối tượng quản lý, sử dụng lợi thế thông tin có được từ vị trí công tác... Mặt khác, với các tình huống XĐLI đã nêu, quy định của Luật PCTN và các văn bản pháp luật chưa đồng bộ, thiếu cụ thể, thiếu biện pháp đảm bảo thực thi[9]. Trên thực tế, lợi ích cá nhân mà cán bộ, công chức, viên chức hướng tới có thể là tài sản, các giá trị vật chất hoặc phi vật chất trực tiếp mang lại cho họ, cho vợ/chồng, con, gia đình, người thân của họ; lợi ích cá nhân có thể xuất hiện trước, trong hoặc sau khi có quyết định hoặc hành vi quản lý.

3. Xử lý hành vi tham nhũng và tài sản tham nhũng

Hiện nay, các hành vi tham nhũng chủ yếu được xử lý bằng pháp luật hình sự, việc xử lý hành chính hành vi tham nhũng đang là khoảng trống rất lớn và hầu như chưa được thực hiện. Nguyên nhân là do Luật PCTN chưa quy định rõ các hình thức xử lý và thẩm quyền xử lý các hành vi tham nhũng chưa đủ các yếu tố cấu thành tội phạm. Bên cạnh đó, Luật PCTN cũng chưa quy định chế tài đối với các hành vi vi phạm pháp luật về PCTN, cụ thể như không thực hiện việc công khai, minh bạch; không thực hiện trách nhiệm giải trình; không xây dựng và thực hiện các định mức tiêu chuẩn; không trả lại quà tặng...

Khái niệm tài sản tham nhũng được quy định tại khoản 1 Điều 2 Luật PCTN như sau: "Tài sản tham nhũng là tài sản có được từ hành vi tham nhũng, tài sản có nguồn gốc từ hành vi tham nhũng". Khái niệm này phù hợp với khái niệm về *tài sản do phạm tội mà có* được quy định tại khoản e Điều 2 Công ước của LHQ về Chống tham nhũng. Tuy nhiên, do "tài sản có nguồn gốc từ hành vi tham nhũng" có phạm vi rất rộng, nên với Việt Nam, quy định này chưa phù hợp với trình độ và khả năng phát hiện, thu hồi tài sản phát sinh từ tài sản tham nhũng gốc. Bên cạnh đó, Luật cũng chưa quy định rõ về tài sản tăng thêm không rõ nguồn gốc và phương thức xử lý đối với những tài sản này nên vẫn thiếu các biện pháp hữu hiệu nhằm truy nguyên nguồn gốc tài sản.

Các quy định về xử lý tài sản tham nhũng trong Luật PCTN hiện hành còn quá sơ lược, mới chỉ dừng lại ở một vài nguyên tắc, quan điểm mang tính định hướng, nhìn chung là không áp dụng được. Theo đó, pháp luật hiện hành đã cho thấy rõ sự "bất lực" khi chưa quy định rõ các biện pháp thu hồi tài sản tham nhũng ở trong nước và có yếu tố nước ngoài (tài sản tham nhũng được chuyển ra nước ngoài/chủ thể của hành vi tham nhũng là người nước ngoài…); chưa quy định rõ các trường hợp thu hồi tài sản tham nhũng trước và sau khi có bản án có hiệu lực pháp luật; chưa quy định về thu hồi tài sản tham nhũng theo bản án, quyết định của tòa án nước ngoài, theo các thỏa thuận quốc tế song phương và đa phương; chưa quy định/dẫn chiếu luật khác về trách nhiệm của các cơ quan trong thu hồi tài sản tham nhũng…

4. Tổ chức cơ quan phòng, chống tham nhũng

Sau 10 năm thi hành Luật PCTN, các cơ quan PCTN vẫn thiếu tính độc lập cần thiết,

---

9 *Tình trạng này thể hiện qua một số khía cạnh cụ thể như: (i) Pháp luật về cán bộ, công chức (CBCC) có quy định về những việc CBCC không được làm, trong đó có việc sử dụng thông tin liên quan đến công vụ để vụ lợi, nhưng pháp luật chuyên ngành trong một số lĩnh vực như đấu thầu, doanh nghiệp, tài chính, ngân hàng lại thiếu các quy định nhằm nhận dạng chủ sở hữu thực sự của pháp nhân kinh tế để làm căn cứ tuyên vô hiệu các giao dịch phát sinh khi có vi phạm; (ii) Pháp luật quy định những hạn chế đối với CBCC để phòng ngừa XĐLI, song lại không có phương thức để hạn chế đối với vợ/chồng, con, đặc biệt là người thân của CBCC khi chính các chủ thể này mới là người thực hiện các hành vi thu lợi cho CBCC (dưới hình thức doanh nghiệp "sân sau" hoặc trục lợi qua thông tin có được từ vị trí công tác); (iii) Pháp luật về CBCC có quy định nhằm kiểm soát XĐLI do nắm giữ thông tin có được từ vị trí công tác, tuy nhiên pháp luật về quản lý thông tin trong các cơ quan nhà nước (bao gồm Luật Tiếp cận thông tin, Pháp lệnh Bảo vệ bí mật nhà nước và các văn bản khác về quản lý thông tin nội bộ trong các cơ quan nhà nước) lại chưa được hoàn thiện, thiếu các phương thức kiểm soát có hiệu quả thông tin quản lý nội bộ và hình thức xử lý kèm theo khi có vi phạm pháp luật. Việc thực hiện kê khai tài sản, thu nhập được quy định và tiến hành hàng năm, nhưng lại thiếu các phương thức nhằm kiểm soát thu nhập và biến động tài sản, chưa có quy định chung về kiểm soát thu nhập đối với CBCC và các đối tượng khác trong xã hội; thực hiện quy chế tặng quà và nhận quà tặng, song lại thiếu bộ máy để tổ chức thực hiện, kiểm tra và xử lý vi phạm...*

lúng túng về mô hình tổ chức. Chương III Luật PCTN hiện hành quy định về tổ chức và trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong PCTN. Về bản chất, Chương này là sự tập hợp một cách giản đơn quy định về các cơ quan nhà nước hiện đang có trách nhiệm trong PCTN như Thanh tra Chính phủ, Bộ Công an, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Kiểm toán Nhà nước, các cơ quan có trách nhiệm giám sát công tác PCTN… Vì chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mỗi cơ quan được nêu tại Chương này đều đã được quy định chi tiết tại một văn bản pháp luật khác, do đó, với quy định như vậy, thực tế, chương này trở nên "thừa", không cần thiết, vì trùng lặp, không thể hiện được đặc thù của cơ quan chuyên trách chống tham nhũng. Bên cạnh đó, Luật PCTN không quy định được tiêu chí của đơn vị/cơ quan chuyên trách về PCTN nên với quy định mang tính liệt kê tại Điều 75, thực tiễn thi hành gặp rất nhiều bất cập.

Ngoài ra, quy định về trách nhiệm trong hoạt động thanh tra, kiểm tra, kiểm toán, giải quyết tố cáo tham nhũng chưa có sự phân định rõ đã hạn chế tính chủ động của các cơ quan. Hơn nữa, quy định của Luật PCTN hiện có sự "ngắt quãng" các quá trình phát hiện, thanh tra, kiểm toán, điều tra, xử lý hành vi tham nhũng của mỗi cơ quan. Qua đánh giá về cơ chế phối hợp trong phát hiện, xử lý tham nhũng thì việc tồn tại các "khoảng trống", thiếu tính kế thừa giữa các cơ quan có thẩm quyền là nguyên nhân làm hạn chế hiệu quả phối hợp.

5. Phát huy vai trò của xã hội trong phòng, chống tham nhũng

Pháp luật PCTN chưa thực sự khuyến khích, phát huy vai trò của xã hội trong PCTN; thiếu cơ chế và bảo đảm pháp lý cho việc phát huy vai trò của xã hội dân sự trong PCTN; thiếu cơ chế phối hợp, khuyến khích các cơ quan nhà nước hợp tác với các tổ chức, cá nhân thuộc khu vực tư trong PCTN. Cũng giống như hầu hết các Chương khác, Chương VI Luật PCTN hiện hành (về "Vai trò của xã hội trong PCTN") chủ yếu quy định những vấn đề chung, thể hiện quan điểm, định hướng mà không có tính khả thi. Tham nhũng chủ yếu diễn ra ở khu vực công, bởi những chủ thể công quyền, do đó, việc đấu tranh chống tham nhũng bởi chính các lực lượng thuộc công quyền, do cán bộ, công chức, viên chức tiến hành luôn gặp khó khăn, thách thức bởi rào cản về XĐLI. Kinh nghiệm quốc tế và thực tiễn đấu tranh cách mạng Việt Nam cho thấy, nếu không phát huy sức mạnh của nhân dân, không phát huy được vai trò của nhóm chủ thể "phía bên kia Nhà nước" thì sự nghiệp PCTN không thể thành công.

Đặc biệt, trong bảo vệ người tố cáo tham nhũng, pháp luật về PCTN chưa thể hiện rõ tính chủ động và sự tri ân của Nhà nước đối với những người dân đã tình nguyện hy sinh để bảo vệ công lý, sẵn sàng và vô tư trợ giúp các cơ quan nhà nước trong cuộc đấu tranh PCTN ngày càng cam go, quyết liệt. Pháp luật về PCTN hiện chưa có các biện pháp cụ thể, hữu hiệu nhằm bảo vệ người tố cáo tham nhũng để tránh cho họ nguy cơ bị đe dọa, trả thù, trù dập. Các quy định về tố cáo và giải quyết tố cáo hành vi tham nhũng còn thiếu các biện pháp bảo đảm thực hiện, đặc biệt là các biện pháp bảo vệ hoặc khen thưởng người có thành tích trong tố cáo nhằm giúp cán bộ, công chức, viên chức hoặc người dân mạnh dạn tố cáo tham nhũng, nhất là trong nội bộ cơ quan, tổ chức, đơn vị.

6. Giáo dục đạo đức liêm chính phòng, chống tham nhũng

Luật PCTN hiện hành thiếu hoàn toàn các quy định về biện pháp phòng ngừa tham nhũng thông qua giáo dục đạo đức liêm chính cho người dân, nhất là cho thế hệ trẻ, dù đây là biện pháp phòng ngừa bền vững nhất, mang tính chiến lược, nhằm hạn chế/cải thiện nguyên nhân tham nhũng nằm sâu trong bản thân mỗi cá nhân và nhằm bảo đảm cho mỗi người dân khả năng tự vệ và khả năng đấu tranh PCTN, nhất là trong bối cảnh hiện nay, hiện tượng "tham nhũng bẩn", "tham nhũng vặt" diễn ra tràn lan, gần như không loại trừ người dân nào.

Tham nhũng là biểu hiện của lòng "tham", của cái "ác", của bản năng tự nhiên

nằm sâu trong mỗi con người. Nó giống như các nguyên tố tự nhiên nằm bên trong cấu trúc của mỗi hạt giống mà trong điều kiện khô nóng chúng tạm "ngủ yên", nhưng khi gặp nước, nhiệt độ và ánh sáng thích hợp, chúng sẽ nảy mầm. Với con người, khi tham gia xã hội, lòng "tham", cái "ác", thường được che giấu, chờ điều kiện thích hợp để bộc lộ hoặc cũng có trường hợp lòng "tham", cái "ác" đó bị cái "thiện" lấn át hoặc bị chôn vùi bởi quan niệm về đạo đức liêm chính. Biện chứng ở đây là, để tham nhũng không có cơ hội phát tác, cần chủ động triệt tiêu điều kiện nảy nở, "dung túng" tham nhũng, nghĩa là phải hoàn thiện pháp luật và quản trị tốt để người ta không thể tham nhũng, không dám tham nhũng, không cần tham nhũng. Tuy nhiên, việc hạn chế điều kiện, cơ hội tham nhũng mới chỉ xử lý được phần "ngọn" của vấn đề, chỉ có giáo dục liêm chính, giáo dục hướng "thiện" mới giải quyết được tận gốc nguyên nhân tham nhũng. Vì vậy, pháp luật về PCTN và nền quản trị của mọi quốc gia phải cùng lúc hạn chế điều kiện phát sinh tham nhũng và giải quyết nguyên nhân tự nhiên của tham nhũng. Theo đó, giáo dục đạo đức liêm chính cho người dân, nhất là thế hệ trẻ cần được thể chế hóa bằng luật để có thể chính thức hóa biện pháp phòng ngừa chiến lược này. Đồng thời, đây cũng là sự khẳng định nhất quán quan điểm của Nhà nước về đầu tư cho giáo dục đạo đức liêm chính để PCTN. Hành động này cũng là sự hiệu triệu, thu hút sự tham gia của nhiều chủ thể trong và ngoài nhà nước, bao gồm cả các tổ chức xã hội, các thiết chế tôn giáo trong giáo dục đạo đức liêm chính cho các tầng lớp nhân dân.

Thời gian vừa qua, tuy Luật PCTN hiện hành không có quy định về giáo dục đạo đức liêm chính cho người dân nhằm PCTN, theo đề nghị của Thanh tra Chính phủ và Bộ Giáo dục và Đào tạo, công tác giáo dục pháp luật về PCTN đã được Chính phủ chỉ đạo thực hiện qua việc ban hành Quyết định số 137/2009 QĐ-TTg ngày 02/12/2009 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án đưa nội dung PCTN vào chương trình giáo dục, đào tạo, bồi dưỡng; Chỉ thị số 10 CT/TTg ngày 12/6/2013 về việc đưa nội dung PCTN vào giảng dạy tại các cơ sở giáo dục, đào tạo từ năm học 2013-2014. Sơ kết 03 năm việc thực hiện Chỉ thị số 10 cho thấy, đây là chủ trương đúng đắn, phù hợp với đòi hỏi thực tiễn, cần được tăng cường, phát huy theo hướng kết hợp giáo dục pháp luật về PCTN với giáo dục đạo đức liêm chính, theo các phương thức linh hoạt, với sự tham gia của nhiều chủ thể nhà nước và xã hội, phù hợp với từng đối tượng mà trọng tâm là học sinh, sinh viên và cán bộ, công chức, viên chức. Tuy nhiên, biện pháp tiên quyết trước mắt là cần bổ sung quy định về giáo dục đạo đức liêm chính cho người dân vào Luật PCTN.

7. Hình sự hóa hành vi tham nhũng

Việc quy định hành vi tham nhũng trong Luật PCTN và quy định tội phạm về tham nhũng trong BLHS chưa hợp lý đã dẫn đến hiệu quả xử lý hành vi tham nhũng và thu hồi tài sản tham nhũng còn rất thấp. Điều 3 Luật PCTN đã quy định 12 nhóm hành vi tham nhũng, trong đó các hành vi từ 1-7 là hành vi đã được hình sự hóa; các hành vi từ 8-12 là hành vi mới bổ sung theo yêu cầu thực tiễn, chưa quy định phải xử lý hình sự. Quy định này là thống nhất với quy định tại Mục 1 Chương XXIII BLHS năm 2015. Tuy nhiên, quy định như vậy sẽ bỏ lọt đa số hành vi tham nhũng trong thực tiễn, bởi ngoại trừ các tội xâm phạm an ninh quốc gia, với hầu hết các tội khác được quy định trong BLHS, nếu chủ thể của hành vi là người có chức vụ, quyền hạn và lợi dụng chức vụ quyền hạn vì vụ lợi thì phải được nghiên cứu, xử lý theo tội danh tham nhũng. Mặt khác, dưới góc độ pháp luật hình sự, mặc dù khái niệm tham nhũng đã đạt được những tiến bộ nhất định, nhưng BLHS năm 2015: (i) vẫn coi hành vi đưa hối lộ và hành vi lợi dụng ảnh hưởng đối với người có chức vụ quyền hạn để trục lợi không phải là hành vi tham nhũng, do đó đã xếp hành vi này vào mục B (Các tội phạm khác về chức vụ); (ii) chưa coi pháp nhân là chủ thể của tội phạm tham nhũng; (iii) chưa coi hành vi hứa hẹn, gợi ý của

người đưa và hành vi đòi hối lộ của người nhận hối lộ là hành vi định tội và (iv) chưa hình sự hóa hành vi làm giàu bất chính. Điều này đặt ra yêu cầu cần tiếp tục nghiên cứu, sửa đổi cho phù hợp với Công ước của LHQ về Chống tham nhũng.

Tóm lại, sau 10 năm thi hành, Luật PCTN đã bộc lộ nhiều bất cập lớn so với đòi hỏi của thực tiễn và các chuẩn mực quốc tế về PCTN mà Việt Nam đã cam kết, thừa nhận. Sự lạc hậu, lúng túng trong tư duy chính trị - pháp lý về tham nhũng và PCTN đến tính hình thức, thiếu đồng bộ của các quy định về phòng ngừa, xử lý tham nhũng đang khiến Luật PCTN đứng trước khả năng phải sửa đổi, bổ sung một cách căn bản và toàn diện. Do những bất cập của Luật PCTN không chỉ mang tính kỹ thuật, việc sửa đổi Luật PCTN lần này đòi hỏi cơ quan soạn thảo và người có trách nhiệm phải có cách tiếp cận "mở", từ khái niệm tham nhũng, chủ thể của hành vi tham nhũng, phạm vi và khách thể xâm hại của hành vi tham nhũng, hình sự hóa hành vi tham nhũng đến công tác PCTN. Đồng thời, cần xác định chính xác những vấn đề thực tiễn mà Luật PCTN và các văn bản pháp luật khác cần đối mặt để giải quyết triệt để. Cho dù với phương châm tiệm tiến, cơ quan chủ trì soạn thảo và Chính phủ đang tìm kiếm và xác định những vấn đề được coi là trọng tâm cần giải quyết trước mắt thì việc gắn PCTN với quản trị tốt; gắn giáo dục đạo đức liêm chính với phát huy vai trò của xã hội trong PCTN; tăng cường tính độc lập của cơ quan chuyên trách PCTN luôn là đòi hỏi tất yếu, vừa thực tế, thường xuyên, vừa mang tính chiến lược quyết định sự thành công của sự nghiệp PCTN ở Việt Nam ■

Pháp luật về ký kết,...

(Tiếp theo trang 64)

Việt của ĐƯQT càng chính xác thì các nhà lập pháp trong nước càng dễ nội luật hóa các điều ước đó.

Hiện nay, các ĐƯQT đã được các cơ quan nhà nước, tổ chức, cá nhân tiến hành dịch, đăng tải, xuất bản trên nhiều ấn phẩm khác nhau, nhưng thông thường, đây không phải bản dịch chính thức, ví dụ, bản dịch tiếng Việt của Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) hiện được đăng tải trên Cổng thông tin điện tử của Bộ Công thương Việt Nam chưa phải là bản dịch chính thức, điều này đã được Bộ khẳng định: "mặc dù phải thực hiện trong một thời gian ngắn với khối lượng văn kiện rất lớn nhưng các Bộ, ngành đã cố gắng đảm bảo tính chính xác tối đa về mặt nội dung và sẽ tiếp tục chỉnh sửa, hoàn thiện các bản dịch này trong thời gian tới"[8]. Điều này gây ra tình trạng khó khăn trong tra cứu vì nội dung các bản dịch trong nhiều trường hợp không thực sự chính xác, chưa đảm bảo độ tin cậy và đầy đủ về ĐƯQT mà quốc gia đã ký kết. Do đó, việc nội luật hóa, cũng như việc thực hiện đầy đủ, chính xác, kịp thời các nội dung trong ĐƯQT sẽ bị hạn chế.

Thứ tư, trong quá trình hoàn thiện pháp luật ký kết và thực hiện ĐƯQT, Việt Nam cần phân định rõ chức năng nhiệm vụ của Quốc hội, Chủ tịch nước và Chính phủ trong việc ký kết, phê chuẩn, phê duyệt, thực hiện ĐƯQT. Bên cạnh đó, chúng ta cần tiếp tục xây dựng và hoàn thiện cơ chế bảo vệ Hiến pháp nhằm đảm bảo các ĐƯQT không trái hay mâu thuẫn với các quy định của Hiến pháp ■

8 *Xem: Ký kết xác thực lời văn Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương đăng trên web http://tpp.moit.gov.vn/?page=home, <truy cập ngày 12/6/2016>.*

ỦY BAN CẠNH TRANH QUỐC GIA - CƠ QUAN THỰC THI PHÁP LUẬT CẠNH TRANH THÍCH HỢP

MAI XUÂN HỢI*

Lịch sử xây dựng và phát triển Luật Cạnh tranh trên thế giới cho thấy, cơ quan thực thi đóng vai trò quyết định tính hiệu quả của Luật Cạnh tranh trên thực tế. Ở Việt Nam, sau hơn 10 năm ra đời, cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh đã phát hiện hơn 200 vụ việc vi phạm, trong đó có hơn 65 vụ việc là hành vi hạn chế cạnh tranh, trong số này có 08 vụ việc đang khởi xướng điều tra, 05 vụ việc đã ra quyết định, đồng thời đã khởi xướng điều tra và ra quyết định xử lý 135 vụ việc cạnh tranh không lành mạnh với tổng số tiền phạt hơn 5 tỷ đồng[1]. Đây là một kết quả đáng khích lệ. Tuy nhiên, cơ quan thực thi pháp luật về cạnh tranh cũng đã bộc lộ nhiều bất cập cả về mặt lý luận cũng như thực tiễn tổ chức và hoạt động. Trong xu thế Việt Nam ngày càng tham gia ký kết nhiều hiệp định mang tầm quốc tế[2], việc xuất hiện nhiều vụ việc vi phạm pháp luật cạnh tranh là điều không tránh khỏi. Để bảo vệ và tạo môi trường lành mạnh cho hoạt động cạnh tranh trên thị trường đòi hỏi phải giải quyết kịp thời, hiệu quả và đúng pháp luật các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh; cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh phải có một địa vị pháp lý vững chắc, phù hợp với lý luận và thực tiễn.

Việc nghiên cứu, phân tích, đề xuất xây dựng cơ quan thực thi pháp luật về cạnh tranh thích hợp và hiệu quả là vấn đề cần thiết và cấp bách. Chúng tôi phân tích và đề xuất mô hình để hoàn thiện cơ quan thực thi pháp luật về cạnh tranh theo Luật Cạnh tranh hiện hành.

1. Cơ quan thực thi pháp luật về cạnh tranh ở Việt Nam và kinh nghiệm thế giới

Tùy vào điều kiện chính trị - xã hội cụ thể của mỗi quốc gia mà việc xây dựng mô hình cơ quan thực thi pháp luật về cạnh tranh là khác nhau nhưng đều phải đảm bảo thực thi pháp luật cạnh tranh một cách có hiệu quả nhất.

Ở Việt Nam, Luật Cạnh tranh năm 2004 đã dành ra 01 chương (Chương IV) với 07 điều để quy định về hai thiết chế thực thi Luật Cạnh tranh, bao gồm Cục Quản lý cạnh tranh (QLCT) và Hội đồng Cạnh tranh (HĐCT).

Thứ nhất, về Cục Quản lý cạnh tranh

Thiết chế quan trọng nhất trong việc đảm bảo thực thi và tiến hành tố tụng cạnh tranh là cơ quan QLCT - Cục QLCT - với một số đặc điểm pháp lý sau:

Vị trí pháp lý: Cục QLCT là cơ quan do

* ***ThS. Giảng viên trường Đại học Luật Huế.***

1 *Nguồn: Cục QLCT, Báo cáo thường niên năm 2013, tr. 19 và năm 2014, tr. 12.*

2 *Hiệp định Hợp tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) hay Hiệp định FTA Việt Nam – Liên minh châu Âu (EU) v.v..*

Chính phủ thành lập và trực thuộc Bộ Công thương[3]. Điều này phù hợp với quy định của Chính phủ về cơ cấu tổ chức của bộ, theo đó trong cơ cấu tổ chức của bộ có thể có các tổ chức như vụ; văn phòng; thanh tra; tổng cục và tương đương; các cơ quan đại diện của Bộ ở địa phương và nước ngoài[4].

Tuy nhiên, thực tiễn xử lý vụ việc cạnh tranh đã chứng minh việc thiết kế mô hình cơ quan QLCT trực thuộc Bộ Công thương là chưa hợp lý. Điều này được chứng minh qua vụ việc lạm dụng vị trí độc quyền của Công ty Xăng dầu Việt Nam (VINAPCO)[5]. Ở vụ việc này ta thấy, dù chưa biết vấn đề đúng hay sai nhưng sau khi nhận được Công văn chỉ đạo của Bộ Giao thông vận tải, lập tức VINAPCO đã nối lại việc tra nạp nguyên liệu cho hãng hàng không Pacific Airlines (PA). Trong thời điểm này, VINAPCO là doanh nghiệp vận tải hàng không thuộc sự quản lý của Bộ Giao thông vận tải[6]. Giả sử, khi Cục QLCT thuộc Bộ Công thương điều tra hành vi vi phạm của VINAPCO, với sự ảnh hưởng từ Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải và mối quan hệ giữa Bộ Công thương và Bộ Giao thông vận tải thì Cục QLCT có nói lên được một tiếng nói khách quan hay không? Đây cũng là nguyên nhân lý giải vì sao hành vi lạm dụng vị trí độc quyền của doanh nghiệp kinh doanh xăng dầu hàng không VINAPCO chỉ bị Hội đồng xử lý vụ việc cạnh tranh tuyên phạt ở mức 0,025% tổng doanh thu trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm, trong khi đó, mức xử phạt theo quy định của Luật là đến 5% tổng doanh thu trong năm tài chính trước năm thực hiện hành vi vi phạm[7]. Thêm nữa, với một số lượng lớn các doanh nghiệp thuộc sự quản lý của Bộ Công thương thì việc Cục QLCT trực thuộc Bộ Công thương lại đi xem xét, điều tra, xử lý hành vi vi phạm của các doanh nghiệp do Bộ Công thương quản lý là không hề khả thi, không khác gì Bộ Công thương "vừa đá bóng vừa thổi còi".

Trong khi đó, trên thế giới, vị trí pháp lý của cơ quan QLCT trước hết luôn được thiết kế có tính độc lập với cơ quan thứ ba (cơ quan quản lý nhà nước). Ví dụ, tại Nhật Bản, Ủy ban Thương mại lành mạnh Nhật Bản (Fair Trade Commission - JFTC) chịu trách nhiệm quản lý nhà nước về cạnh tranh, là một cơ quan thuộc Chính phủ Nhật Bản[8]; tại Đài Loan, Luật Thương mại lành mạnh Đài Loan quy định Uỷ ban thương mại (TFTC) là cơ quan QLCT của Đài Loan, là cơ quan cấp bộ, có sự độc lập với các cơ quan nhà nước khác. Bên cạnh đó, tất cả các ủy viên của TFTC đều do Thủ tướng đề cử và Tổng thống bổ nhiệm, điều này tạo điều

3 *Theo quy định tại Điều 1 Nghị định số 06/2006/NĐ-CP ngày 09/01/2006 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Cục QLCT, Quyết định số 848/QĐ-BCT ngày 05/02/2013 của Bộ Công thương quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Cục QLCT thì Cục QLCT là tổ chức trực thuộc Bộ Công thương.*

4 *Xem: Điều 12 Nghị định số 178/2007/NĐ-CP ngày 03/12/2007 của Chính phủ quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu của Bộ và cơ quan ngang bộ.*

5 *Theo đó, ngày 31/12/2007, VINAPCO và Hãng hàng không PA ký hợp đồng mua bán nhiên liệu hàng không JET A-1 số 34/PA2008. Theo hợp đồng, hai bên thỏa thuận mức phí cung ứng nhiên liệu là 593.000 đồng/tấn tại thời điểm ký hợp đồng. Sau đó, ngày 28/3/2008, VINAPCO có Công văn số 560/XDHK-KDXNK gửi cho PA qua đường fax yêu cầu PA phải chấp thuận bằng văn bản mức phí cung ứng mới là 750.000 đồng/tấn, PA không đồng ý nên VINAPCO đã có Công văn số 569/XDHK-KDXNK về ngừng tra nạp nhiên liệu JET A-1 cho mọi chuyến bay của PA từ 0h00 phút ngày 01/04/2008. Đứng trước quyết định của VINAPCO, Hãng hàng không PA phải hủy gần 3.000 lượt bay, thiệt hại lên đến hàng tỷ đồng. VINAPCO đã có ý kiến gửi Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải, và lập tức sau đó, ngày 01/4/2008, Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải đã có Công văn chỉ đạo VINAPCO không được đơn phương ngừng cung cấp nhiên liệu cho PA. VINAPCO đã nối lại việc cung cấp cấp nguyên liệu cho PA.*

6 *Công ty Xăng dầu hàng không Việt Nam được thành lập theo Quyết định số 768/QĐ-TCCBLĐ ngày 24/04/1993 của Bộ trưởng Bộ Giao thông vận tải) và PA (doanh nghiệp do sự quản lý của Bộ Giao thông vận tải và Bưu điện theo quyết định số 2016 QĐ/TCCB-LĐ ngày 20/9/1992.*

7 *Xem tại: Hội đồng xử lý vụ viêc – Hội đồng Cạnh tranh, Quyết định số 11/QQĐ-HĐXL ngày 14/4/2009.*

8 *Xem: Đỗ Đức Hồng Hà & Mai Xuân Hợi, Một số mô hình cơ quan cạnh tranh trên thế giới – kinh nghiệm cho Việt Nam, Tạp chí Khoa học và Pháp lý, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh số 1 tháng 3/2015, tr. 37-38.*

kiện thuận lợi cho việc xử lý các vụ việc cạnh tranh có liên quan đến những cơ quan nhà nước[9].

Như vậy, khác với Việt Nam, để đảm bảo tính hiệu quả cho cơ quan thực thi pháp luật về cạnh tranh thì Nhật Bản hay Đài Loan đều quy định vị trí pháp lý của cơ quan này luôn luôn độc lập với bên thứ ba.

Chức năng, nhiệm vụ: Cục QLCT có các nhiệm vụ: điều tra các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh và hành vi cạnh tranh không lành mạnh; xử lý, xử phạt hành vi cạnh tranh không lành mạnh; các nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật[10]. Ngoài ra, Cục QLCT còn có nhiệm vụ, quyền hạn là thực hiện chống bán phá giá, chống trợ cấp và áp dụng các biện pháp tự vệ đối với các loại hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam; cảnh báo các vụ kiện chống bán phá giá; bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng v.v..[11]

Cục QLCT là một cơ quan còn "non trẻ", cơ cấu tổ chức chưa hoàn thiện, số lượng thành viên được biên chế còn ít, cả nước chỉ có hai văn phòng đại diện tại Đà Nẵng và thành phố Hồ Chí Minh[12]. Hơn nữa, trình độ cũng như kinh nghiệm của đội ngũ điều tra viên còn hạn chế. Chính vì vậy, với một khối lượng nhiệm vụ được giao theo quy định từ việc xử lý các vụ việc vi phạm pháp luật cạnh tranh đến việc chống bán phá giá; phòng vệ thương mại; và bảo vệ người tiêu dùng v.v.., thì việc thực thi các nhiệm vụ đó trên thực tế là không thể đạt hiệu quả cao, nếu không nói là nhiệm vụ, quyền hạn mà pháp luật quy định cho Cục QLCT là quá "ôm đồm", không phù hợp với thực lực cũng như khả năng của các đơn vị thuộc Cục QLCT quản lý hiện có. Điều này dẫn đến một thực trạng là sau hơn 10 năm hoạt động, đến thời điểm này, cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh Việt Nam mới chính thức đưa ra kết luận xử lý đối với 04 vụ việc hạn chế cạnh tranh[13].

Trong khi đó, ở một số nước trên thế giới, việc quy định nhiệm vụ của cơ quan thực thi cạnh tranh luôn mang tính chuyên trách, không quá "ôm đồm" như ở Việt Nam. Ví dụ ở Hoa kỳ, cơ quan QLCT của Hoa Kỳ bao gồm Ủy ban Thương mại liên bang Hoa Kỳ (Federal Trade Commission - USFTC) và Cục Cạnh tranh thuộc Bộ Tư pháp (DOJ), mỗi cơ quan chịu trách nhiệm thực thi một số mảng của Luật Cạnh tranh. Trong đó, USFTC có chức năng ngăn chặn hành vi kinh doanh phản cạnh tranh hoặc gây bất lợi đối với người tiêu dùng; tăng cường quyền lựa chọn của người tiêu dùng và nhận thức của công chúng về cạnh tranh, phụ trách việc đẩy mạnh cạnh tranh kinh tế thông qua việc thi hành và hướng dẫn thi hành Luật Chống độc quyền và các quy định liên quan[14]. Hoặc ở Nhật Bản, chức năng chính của JFTC là ban hành các văn bản thi hành Luật Chống độc quyền; phối hợp với các ngành khác trong việc soạn thảo luật và chính sách ngành; hợp tác quốc tế về cạnh tranh và chống độc quyền[15].

---

9 *Như trên, tr. 40-41.*

10 *Xem tại: Điều 49 Luật Cạnh tranh năm 2004.*

11 *Xem thêm tại: Điều 2 Quyết định số 848/QĐ-BCT ngày 05/02/2013 của Bộ Công thương quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Cục QLCT.*

12 *Cục QLCT (2012), Báo cáo rà soát các quy định của Luật Cạnh tranh Việt Nam; tr.10.*

13 *Bao gồm: Vụ việc lạm dụng vị trí độc quyền trên thị trường dịch vụ cung cấp xăng dầu hàng không của Công ty xăng dầu hàng không Việt Nam Vinapco; vụ việc cạnh tranh Công ty TNHH Tân Hiệp Phát (THP) khiếu nại Công ty liên doanh nhà máy bia Việt Nam (VBL) lạm dụng vị trí độc quyền; vụ thỏa thuận ấn định giá dịch vụ bảo hiểm vật chất xe ôtô của 19 doanh nghiệp bảo hiểm Việt Nam và vụ việc thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trên thị trường bảo hiểm học sinh tại tỉnh Khánh Hòa.*

14 *Xem chú thích 8, tr. 39.*

15 *Xem chú thích 8, tr. 38.*

Như vậy, ở Nhật Bản, Hoa Kỳ, khi quy định chức năng, nhiệm vụ của cơ quan thực thi cạnh tranh, họ chỉ tập trung vào các hoạt động trực tiếp ảnh hưởng đến môi trường cạnh tranh trong kinh doanh và lợi ích của người tiêu dùng, gồm: (i) Điều tra, xử lý các hành vi cạnh tranh không lành mạnh trên thị trường; (ii) Chống độc quyền, lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường; (iii) Điều tra, xử lý các thoả thuận hạn chế cạnh tranh trên thị trường; (v) Thực hiện các hoạt động khác nhằm đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh. Trong khi đó, chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn, của Cục QLCT Việt Nam hiện nay là quá rộng, không tương xứng với nguồn lực hạn chế (số lượng cán bộ còn ít, đa số là kiêm nhiệm và ngân sách hạn hẹp). Chính sự bất tương xứng này đã dẫn đến một hệ lụy là thời gian điều tra mỗi vụ việc cạnh tranh thường kéo dài, nhiều vụ việc vi phạm Luật Cạnh tranh nhưng không phát hiện được hoặc khi phát hiện thì đã hết thời hiệu xử lý. Thiết nghĩ, trong lần sửa đổi Luật Cạnh tranh tới đây, chúng ta nên quy định một cách trọng tâm chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn, của cơ quan QLCT.

Thứ hai, về Hội đồng cạnh tranh

Vị trí pháp lý: Điều 53 Luật Cạnh tranh năm 2004 đã xác định vị trí của HĐCT: "là cơ quan do Chính phủ thành lập; HĐCT có từ mười một đến mười lăm thành viên do Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm, miễn nhiệm theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Thương mại".

Như vậy, có thể thấy vị trí của HĐCT thuộc hệ thống cơ quan hành pháp. Bởi lẽ, HĐCT là cơ quan do Chính phủ thành lập, các thành viên do Thủ tướng bổ nhiệm, miễn nhiệm theo đề nghị của Bộ trưởng Bộ Thương mại (nay là Bộ Công thương), ngân sách hoạt động của HĐCT nằm trong ngân sách của Bộ Công thương. HĐCT có tính độc lập tương đối với Bộ Công thương, thể hiện qua việc HĐCT do Chính phủ thành lập nhưng không thuộc bộ nào, hơn nữa Bộ Công thương không được quyền giải quyết các khiếu nại đối với quyết định của HĐCT theo nguyên tắc "việc giải quyết khiếu nại của cơ quan hành chính trước hết phải do cơ quan hành chính cấp trên trực tiếp xử lý[16]". Nói cách khác, quyết định giải quyết khiếu nại của HĐCT là quyết định chung thẩm trong hệ thống cơ quan hành chính vì sau khi HĐCT giải quyết khiếu nại mà các bên vẫn không đồng ý thì các bên phải kiện ra tòa án. Việc pháp luật quy định tính độc lập của HĐCT là hoàn toàn phù hợp với chức năng, nhiệm vụ của cơ quan này, đảm bảo cho cơ quan này tính chủ động, tính độc lập với bên thứ ba trong việc thực thi Luật Cạnh tranh.

Thoạt nhìn có thể thấy tính hợp lý về vị trí pháp lý của HĐCT, nhưng khi xét kỹ, ta thấy có một số vấn đề cần bàn sau:

(i) Một mặt, pháp luật khẳng định tính độc lập của HĐCT trong quá trình thực thi pháp luật cạnh tranh với bên thứ ba, theo đó: "HĐCT là cơ quan tiến hành tố tụng cạnh tranh độc lập...[17]", nhưng mặt khác lại quy định: "Bộ trưởng Bộ Công thương có quyền đề nghị Thủ tướng bổ nhiệm, miễn nhiệm thành viên và Chủ tịch HĐCT[18]". Với quy định này, tính độc lập của HĐCT không được thể hiện rõ ràng, bởi lẽ việc tổ chức và hoạt động của HĐCT phải chịu sự chi phối của Bộ Công thương. Một vấn đề đặt ra là liệu các thành viên của HĐCT có khách quan khi xử lý các vụ việc vi phạm pháp luật cạnh tranh liên quan đến các doanh nghiệp do Bộ Công thương quản lý, trong khi Bộ trưởng Bộ Công thương là người đề nghị bổ nhiệm mình?

16 *Xem: Điều 7 Luật Khiếu nại năm 2011.*

17 *Xem tại: Điều 1 Nghị định số 07/2015/NĐ-CP ngày 16/01/2015 của Chính phủ quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Hội đồng Cạnh tranh.*

18 *Như trên, Điều 4.*

(ii) Tính độc lập của HĐCT một lần nữa bị tác động bởi kinh phí hoạt động của HĐCT được bố trí theo dự toán ngân sách hàng năm của Bộ Công thương[19].

Với những ràng buộc trên, sự tồn tại độc lập của HĐCT với Bộ Công thương để đảm bảo sự công bằng, nghiêm minh khi xử lý các vụ việc cạnh tranh liên quan đến những doanh nghiệp thuộc sự quản lý của Bộ Công thương là không khả thi. Trong khi đó, ở Nhật Bản, JFTC là cơ quan độc lập trực thuộc Chính phủ Nhật Bản[20], và thành viên do Thủ tướng trực tiếp bổ nhiệm, có tuổi đời từ 35 trở lên, lấy trong số các chuyên gia về pháp luật và kinh tế, trên cơ sở sự đồng thuận của cả Thượng viện và Hạ viện, riêng bổ nhiệm chủ tịch JFTC do Nhật Hoàng thông qua[21]. Hoặc Luật Thương mại lành mạnh Đài Loan quy định, TFTC là cơ quan nhà nước cấp bộ, Uỷ viên của TFTC là những người kinh nghiệm trong các lĩnh vực kinh tế, chính trị, kế toán do Thủ tướng đề cử và được Tổng thống bổ nhiệm[22]. Hay tại Hoa Kỳ, cơ cấu USFTC bao gồm một nhóm ủy viên gồm 05 người do Tổng thống đề cử và do Thượng viện thông qua, Tổng thống sẽ chọn một trong 05 thành viên làm Chủ tịch, đồng thời có nhiều nhất 03 ủy viên được phép thuộc cùng một đảng[23].

Như vậy, mô hình cơ quan cạnh tranh của Nhật Bản, Đài Loan và Hoa Kỳ khác với Việt Nam. Mục tiêu hàng đầu mà các nước này hướng tới khi xây dựng cơ quan QLCT là tính độc lập của các cơ quan này. Luật cạnh tranh ở các nước này đều quy định nguyên tắc tối cao là vị trí pháp lý của cơ quan cạnh tranh hoàn toàn độc lập trong các hoạt động của mình mà không bị chi phối hay can thiệp của bất kỳ cơ quan thứ ba nào, đặc biệt là trong việc bổ nhiệm, miễn nhiệm thành viên.

Chức năng, nhiệm vụ: HĐCT có nhiệm vụ tổ chức xử lý, giải quyết khiếu nại đối với các vụ việc cạnh tranh liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh theo quy định của Luật này[24].

Như vậy, theo quy định của pháp luật hiện hành, đối với vụ việc hạn chế cạnh tranh khi có đơn khiếu nại hoặc Cục QLCT phát hiện, trước hết Cục QLCT sẽ tiến hành điều tra sơ bộ và điều tra chính thức. Sau khi có đầy đủ căn cứ, Cục QLCT sẽ chuyển hồ sơ cho Chủ tịch HĐCT để xử lý theo pháp luật, nếu chưa đầy đủ chứng cứ, HĐCT sẽ trả hồ sơ yêu cầu điều tra bổ sung. Việc phân chia thẩm quyền như trên là giải pháp hợp lý nhằm giảm bớt gánh nặng và tạo nên sự khách quan trong việc điều tra xử lý vụ việc. Tuy nhiên, vấn đề này có nhiều điểm chưa thực sự hợp lý, vì:

(i) Theo quy định, trong một vụ việc về hành vi hạn chế cạnh tranh, cơ quan có thẩm quyền xử lý cao nhất là HĐCT, song gần như tất cả các hoạt động tố tụng đều do Cục QLCT tiến hành[25]. HĐCT chỉ có thẩm quyền tổ chức phiên điều trần và ra quyết định xử lý vụ việc, giải quyết các khiếu nại các quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh về hành vi hạn chế cạnh tranh. Như vậy, cho dù là cơ quan có quyền cao nhất, nhưng kết quả xử lý của HĐCT gần như phải lệ thuộc vào kết quả của các hoạt động tố tụng trước đó của Cục QLCT. Nếu có bất cứ nghi ngờ gì về kết quả điều tra thì phải trả lại hồ sơ để cơ quan điều tra tiến hành điều tra lại. Rõ ràng, cách thiết kế cơ chế phân quyền theo

19 *Như trên, Điều 3.*

20 *Về vấn đề này, xem thêm: Cục QLCT, Luật Chống độc quyền Nhật Bản, tr. 21-22.*

21 *Theo nguồn: Cục QLCT, Báo cáo rà soát các quy định của Luật Cạnh tranh năm 2012, tr. 255.*

22 *Về vấn đề này, xem thêm: Cục QLCT, Báo cáo rà soát các quy định của Luật Cạnh tranh năm 2012, tr. 280.*

23 *Xem thêm: Cục QLCT Việt Nam, Báo cáo rà soát các quy định của Luật Cạnh tranh năm 2012, tr. 269.*

24 *Xem: Điều 53 Luật Cạnh tranh năm 2004.*

25 *Xem cụ thể tại: Mục 4 và 5 Chương V Luật Cạnh tranh năm 2004.*

các quy định hiện hành tuy có vẻ đảm bảo sự chuyên môn hoá cao độ, song lại làm mờ nhạt đi vai trò rất quan trọng của HĐCT là xử lý vụ việc. Điều này đặt ra cho chúng ta yêu cầu phải xây dựng lại cơ chế phân quyền này.

(ii) Một thực tế là, cơ quan hay cá nhân nào trực tiếp thụ lý hoặc điều tra vụ việc hạn chế cạnh tranh thì sẽ hiểu hơn ai hết các tình tiết của vụ việc, nhưng theo quy định như hiện nay, Hội đồng xử lý vụ việc là cơ quan có quyền quyết định duy nhất và là chung thẩm đối với vụ việc hạn chế cạnh tranh, trong khi đó, việc điều tra lại thuộc về cơ quan điều tra của Cục QLCT. Liệu quyết định của Hội đồng xử lý vụ việc có đảm bảo tính chính xác và hợp lý hay không? Vụ việc cạnh tranh của Công ty TNHH Tân Hiệp Phát (THP) khiếu nại công ty Liên doanh nhà máy bia Việt Nam (VNB) là một minh chứng[26].

Ngược lại, trên thế giới, việc quy định nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh là hết sức rõ ràng, không có kiểu phân quyền trong cùng một vụ việc như ở Việt Nam. Ở Nhật Bản, JFTC có toàn quyền trong việc điều tra, xử lý các vụ việc vi phạm Luật Chống độc quyền[27]; hay ở Hoa Kỳ, chức năng của USFTC là ngăn chặn hành vi kinh doanh phản cạnh tranh hoặc gây bất lợi đối với người tiêu dùng[28]. Còn chức năng của DOJ là phụ trách việc đẩy mạnh cạnh tranh kinh tế thông qua việc thi hành và hướng dẫn thi hành Luật Chống độc quyền và các quy định liên quan[29].

Tóm lại, tại các quốc gia và vùng lãnh thổ như Hoa Kỳ, Nhật Bản hay Đài Loan, chức năng, nhiệm vụ của cơ quan thực thi cạnh tranh mang tính chuyên trách, không có tính phân nhiệm như Việt Nam. Điều này giúp cơ quan thực thi chủ động và độc lập trong việc đưa ra quyết định giải quyết của mình, không bị lệ thuộc bởi tác động nào. Thiết nghĩ đây là một kinh nghiệm hữu ích để xây dựng mô hình cơ quan thực thi trong lần sửa đổi Luật Cạnh tranh sắp tới.

2. Uỷ ban Cạnh tranh quốc gia - Cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh thích hợp

Để khắc phục các bất cập đã nêu, chúng tôi đề xuất xây dựng mô hình cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh với một thiết chế có tên gọi là Uỷ ban Cạnh tranh quốc gia thay vì Cục QLCT và HĐCT hiện nay, với những lập luận sau:

Thứ nhất, về tên gọi:

- Tên gọi Uỷ ban Cạnh tranh quốc gia thể hiện được tầm vóc và vị trí của cơ quan thực thi pháp luật về cạnh tranh trong hệ thống các cơ quan nhà nước với tư cách là cơ quan độc lập với các bộ, do Chính phủ thành lập, thay Chính phủ thực hiện chức năng quản lý nhà nước về cạnh tranh.

---

26 *Công ty THP đã khiếu nại Công ty bia VNB về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh trên thị trường bia cao cấp Việt Nam. Sau khi nhận được đơn khiếu nại, Cục QLCT đã tiến hành điều tra sơ bộ và ra quyết định điều tra chính thức đối với VNB. Kết quả điều tra đã xác định thị phần của VNB trên thị trường liên quan bia Việt Nam chỉ chiếm 26%, dưới ngưỡng 30% (đáng lẽ ra thị trường liên quan trong vụ việc này là thị trường bia cao cấp tại TP Hồ Chí Minh, nhưng Cục QLCT lại xác định thị trường bia Việt Nam nên thị phần của VNB chỉ chiếm 26%). Vì vậy, VNB không có vị trí thống lĩnh trên thị trường bia Việt Nam nên VNB không vi phạm Luật Cạnh tranh. Trên kết quả điều tra đó, Hội đồng Cạnh tranh đã thành lập Hội đồng xử lý vụ việc và vào ngày 21/5/2010, Hội đồng xử lý vụ việc đã ra quyết định đình chỉ vụ việc tranh tranh theo điểm a khoản 1 Điều 101 Luật Cạnh tranh năm 2004. Rõ ràng trong vụ việc này, Cục QLCT đã hoàn toàn nhầm lẫn khi xác định thị trường liên quan, nhưng Hội đồng xử lý vụ việc vẫn giải quyết. Liên quan đến vấn đề này có thể xem chi tiết tại Quyết định số 07/QĐ-HĐCT ngày 20/4/2010 của Hội đồng Cạnh tranh. Vấn đề này xem thêm tại Trịnh Minh Hiền (2014), Vụ việc lạm dụng vị trí độc quyền của VINAPCO - bài học kinh nghiệm cho các doanh nghiệp và cơ quan quản lý nhà nước, Kỷ yếu Hội thảo 10 năm thực thi Luật Cạnh tranh ở Việt Nam và những bài học kinh nghiệm của châu Âu, tổ chức tại Thành phố Hồ Chí Minh ngày 16-17/12/2014.*

27 *Xem thêm: Chương VIII Luật Chống độc quyền của Nhật Bản năm 1947, sửa đổi mới nhất vào năm 2005, có hiệu lực từ tháng 01/2006.*

28 *Xem thêm: Cục QLCT Việt Nam, Báo cáo rà soát các quy định của Luật Cạnh tranh năm 2012, tr. 268.*

29 *Như trên.*

- Tên gọi Uỷ ban Cạnh tranh quốc gia thể hiện được chức năng, nhiệm vụ là cơ quan thực thi pháp luật về cạnh tranh thông qua việc xem xét, xử lý các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh.

Thứ hai, về vị trí pháp lý:

Chúng tôi đề xuất Luật Cạnh tranh sửa đổi lần tới nên quy định như sau: "Ủy ban Cạnh tranh quốc gia là cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh, do Chính phủ ra quyết định thành lập, là cơ quan độc lập, không trực thuộc các bộ; Các thành viên của Ủy ban Cạnh tranh quốc gia do Thủ tướng là người bổ nhiệm và miễn nhiệm". Đề xuất này dựa vào các lập luận sau:

- Sẽ khắc phục được sự bất cập về vị trí pháp lý của Cục QLCT và HĐCT như quy định hiện hành. Bởi lẽ, cơ quan thực thi cạnh tranh không nên trực thuộc Bộ Công thương, điều này dẫn đến hiệu quả xử lý vụ vi phạm pháp luật cạnh không cao, khi các hành vi này liên quan đến các doanh nghiệp do các bộ quản lý. Do đó, cần tách cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh thành một cơ quan độc lập, trực thuộc Chính phủ.

- Tạo ra tính độc lập cho cơ quan thực thi pháp luật về cạnh tranh với bên thứ ba, phù hợp với kinh nghiệm của Nhật Bản, Hoa Kỳ và Đài Loan, đáp ứng được nhu cầu hội nhập quốc tế.

Thứ ba, về chức năng, nhiệm vụ:

Chức năng, nhiệm vụ của Ủy ban Cạnh tranh quốc gia cần được quy định như sau: "Ủy ban Cạnh tranh quốc gia có chức năng quản lý nhà nước về cạnh tranh; có nhiệm vụ, quyền hạn là phát hiện, thụ lý, giải quyết các hành vi vi phạm pháp luật cạnh tranh; giải quyết khiếu nại về vụ việc vi phạm pháp luật cạnh tranh và các nhiệm vụ khác theo quy định của pháp luật". Theo quy định của Luật Cạnh tranh, các văn bản dưới luật sẽ hướng dẫn thi hành theo hướng quy định cụ thể các nhiệm vụ cho từng ban chức năng trên cơ sở thành lập các ban chuyên trách, cụ thể:

- Ban thực thi các vụ việc liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh có nhiệm vụ phát hiện, thụ lý, xử lý các vụ việc liên quan đến hành vi hạn chế cạnh tranh, gồm: hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh; hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh, vị trí độc quyền; hành vi tập trung kinh tế. Thụ lý hồ sơ khiếu nại về hành vi hạn chế cạnh tranh để đề nghị Chủ tịch Ủy ban Cạnh tranh quốc gia giải quyết. Phối hợp với các cơ quan khác trong quá trình điều tra, xử lý về các hành vị vi phạm pháp luật cạnh tranh.

- Ban thực thi các hành vi cạnh tranh không lành mạnh có nhiệm vụ phát hiện, thụ lý, xử lý các vụ việc liên quan đến hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Thụ lý hồ sơ khiếu nại về vụ việc cạnh tranh không lành mạnh để đề nghị Chủ tịch Ủy ban Cạnh tranh quốc gia giải quyết. Phối hợp với các cơ quan khác trong quá trình điều tra, xử lý về các hành vị vi phạm pháp luật cạnh tranh.

Đề xuất này xuất phát từ những lý giải sau: (i) việc đề xuất một cơ quan thực thi pháp luật cạnh tranh thay cho hai cơ quan như trước đây sẽ góp phần tinh giản bộ máy quản lý, quan trọng hơn là tạo ra tính chuyên trách về nhiệm vụ trong quá trình giải quyết vụ việc cạnh tranh, khắc phục những bất cập trong quá trình phân quyền giải quyết; (ii) việc quy định chức năng, nhiệm vụ của Uỷ ban Cạnh tranh như đề xuất là trọng tâm và mang tính chuyên sâu, không quá "ôm đồm" như hiện tại, còn các nhiệm vụ của Cục QLCT trước đây như: điều tra xử lý các hành vi chống bán phá giá; chống trợ cấp; phòng vệ thương mại;... các nhiệm vụ này nên trao về cho các phòng chức năng thuộc Bộ Công thương giải quyết, nhưng thiết lập cơ chế phối hợp giữa các cơ quan này với các Ban thuộc Ủy ban Cạnh tranh quốc gia. Điều này cũng phù hợp với kinh nghiệm của các nước như Hoa Kỳ, Nhật Bản ■

NHỮNG ĐIỂM MỚI CỦA HỆ THỐNG QUY PHẠM XUNG ĐỘT TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

BÀNH QUỐC TUẤN*

Việc ban hành Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 là một bước tiến bộ lớn của pháp luật dân sự Việt Nam. Trong đó, với việc xây dựng Phần thứ năm thay cho Phần thứ bảy của BLDS năm 2005, hệ thống quy phạm xung đột (QPXĐ) của tư pháp quốc tế (TPQT) Việt Nam đã có nhiều tiến bộ quan trọng trong việc chọn luật điều chỉnh các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài (YTNN).

1. Các loại quy phạm xung đột được xây dựng trong Bộ luật Dân sự năm 2015

Về mặt lý luận, căn cứ vào kỹ thuật xây dựng có hai loại QPXĐ: QPXĐ một bên (một chiều) và QPXĐ hai bên (hai chiều). QPXĐ một bên là loại quy phạm chỉ ra loại quan hệ dân sự chỉ áp dụng pháp luật của một nước cụ thể. QPXĐ hai bên là quy phạm đề ra nguyên tắc chung để các cơ quan tư pháp có thẩm quyền lựa chọn luật của một nước nào đó sẽ được áp dụng để điều chỉnh đối với quan hệ tương ứng. Phần lớn các QPXĐ trong TPQT là QPXĐ hai bên, bởi lẽ, mặc dù việc xây dựng QPXĐ trong luật quốc gia là ý chí đơn phương của quốc gia nhưng phải tính đến lợi ích của các quốc gia khác. Nói cách khác, việc đưa ra nguyên tắc lựa chọn pháp luật trong QPXĐ phải dựa trên các chuẩn mực pháp lý đã được lý luận về TPQT thừa nhận. Ngoài ra, theo một số nhà nghiên cứu TPQT Việt Nam, căn cứ vào tính chất của QPXĐ có thể chia thành QPXĐ mệnh lệnh (imperative) và QPXĐ tùy nghi (dispositive)[1]. QPXĐ có tính chất mệnh lệnh là QPXĐ quy định các cơ quan, tổ chức và cá nhân phải dứt khoát tuân theo, không có quyền thỏa thuận chọn luật để áp dụng. QPXĐ mang tính chất tùy nghi là QPXĐ cho phép các bên đương sự thỏa thuận chọn pháp luật để áp dụng điều chỉnh các quan hệ dân sự của mình.

Căn cứ vào tiêu chí phân loại QPXĐ trên có thể thấy, trong Phần thứ bảy BLDS năm 2005 đã xuất hiện cả hai loại QPXĐ nhưng số lượng QPXĐ một bên ngang bằng với số lượng QPXĐ hai bên. Điều này thể hiện rằng, xu thế của các nhà lập pháp khi xây dựng Phần thứ bảy muốn hướng đến việc áp dụng pháp luật Việt Nam càng nhiều càng tốt trong việc điều chỉnh các quan hệ dân sự có YTNN. Tuy nhiên, cũng chính việc xây dựng nhiều QPXĐ một bên nhằm hướng đến áp dụng pháp luật Việt Nam có thể sẽ làm cho mức độ khái quát của điều luật không cao. Nói cách khác, phạm vi điều chỉnh của điều luật sẽ không thể bao quát hết được các trường hợp quan hệ dân sự có YTNN xảy ra trên thực tế, bởi vì các quy

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

1 *Xem thêm: Đoàn Năng, Một số vấn đề lý luận cơ bản về Tư pháp quốc tế, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2001, tr. 72 - 74.*

phạm này chỉ tính đến các trường hợp có liên quan trực tiếp đến Việt Nam mà đa phần là quan hệ đó phải xảy ra trên lãnh thổ Việt Nam mà không tính đến trường hợp quan hệ đó liên quan đến Việt Nam nhưng xảy ra ở nước còn lại trong quan hệ hoặc nước thứ ba hoặc đó là quan hệ giữa các chủ thể Việt Nam nhưng xảy ra ở nước ngoài. Bên cạnh đó, tính khả thi của việc áp dụng các quy phạm này cũng không cao vì như nhận định ở trên, chỉ khi nào cơ quan có thẩm quyền chọn luật áp dụng là cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam thì các quy phạm này mới có cơ hội áp dụng trong thực tế. Ngoài ra, việc xây dựng nhiều QPXĐ một bên nhằm hướng đến việc áp dụng pháp luật Việt Nam càng nhiều càng tốt tỏ ra không phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của TPQT, bao gồm bốn nguyên tắc cơ bản: nguyên tắc bình đẳng về mặt pháp lý giữa các chế độ sở hữu khác nhau; nguyên tắc không phân biệt đối xử giữa công dân nước sở tại với người nước ngoài, giữa người nước ngoài với nhau trên lãnh thổ nước sở tại; nguyên tắc công nhận quyền miễn trừ của quốc gia; nguyên tắc có đi có lại[2], trong đó quan trọng nhất là nguyên tắc có đi có lại. Nói cách khác, nếu áp dụng các QPXĐ của Phần thứ bảy BLDS năm 2005, rõ ràng pháp luật nước có liên quan đến quan hệ ít có cơ hội áp dụng hơn luật Việt Nam. Điều này chưa hẳn là tốt bởi vì trong Phần thứ bảy rất ít xuất hiện trường hợp các bên trong quan hệ được thỏa thuận chọn luật áp dụng nên chắc chắn rằng, các bên tham gia quan hệ ngay từ đầu sẽ không chọn luật áp dụng là luật Việt Nam và hạn chế đến mức tối đa việc giải quyết các vấn đề có liên quan đến quan hệ đó trước cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam.

Phù hợp với xu thế hội nhập quốc tế trong giai đoạn sắp tới, sự tuân thủ các chuẩn mực pháp lý quốc tế cơ bản sẽ là yêu cầu xuyên suốt trong việc xây dựng các QPXĐ, Phần thứ năm BLDS năm 2015 đã tăng cường các QPXĐ hai bên và giảm số lượng các QPXĐ một bên. Cụ thể: Trong 25 điều luật của Phần thứ năm (từ Điều 663 - Điều 687) ngoài 9 điều luật liên quan đến các nguyên tắc chung (Điều 663 - Điều 671), 16 điều luật còn lại là các QPXĐ dùng để chọn luật áp dụng, trong đó chỉ có 6 khoản là QPXĐ một bên, ấn định luật áp dụng là luật Việt Nam, đối với các quan hệ pháp luật liên quan trực tiếp đến Việt Nam. Cụ thể: đoạn 2 khoản 2 Điều 672, khoản 2 Điều 673, khoản 3 Điều 674, khoản 2 Điều 675, khoản 3 Điều 676, khoản 5 Điều 683. Như vậy, so với Phần thứ bảy của BLDS năm 2005 thì số lượng QPXĐ một bên đã giảm đi rất nhiều. Điều này thể hiện sự thay đổi trong nhận thức của nhà làm luật, đưa các QPXĐ của Việt Nam phù hợp hơn với các chuẩn mực pháp lý quốc tế, đảm bảo tuân thủ các nguyên tắc cơ bản của TPQT. Mặt khác, quan trọng hơn, làm cho pháp luật Việt Nam có nhiều cơ hội được áp dụng hơn trong thực tiễn bởi lẽ pháp luật Việt Nam do QPXĐ một bên dẫn chiếu đến chỉ có cơ hội áp dụng khi QPXĐ được sử dụng chọn luật là QPXĐ của Việt Nam. Trong khi đó, những QPXĐ một bên trong BLDS năm 2005 chỉ là QPXĐ của TPQT Việt Nam, chỉ có cơ hội áp dụng khi quan hệ dân sự có YTNN diễn ra tại Việt Nam hoặc tranh chấp liên quan đến quan hệ đó thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án Việt Nam[3]. Đây cũng là một trong những nguyên nhân dẫn đến các QPXĐ của BLDS năm 2005 chưa có nhiều cơ hội áp dụng trong suốt mười năm tồn tại của mình[4].

---

2 *Xem thêm: Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Giáo trình Tư pháp quốc tế, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2013, tr. 38 - 41.*

3 *Xem thêm: Bành Quốc Tuấn, Pháp luật áp dụng cho quan hệ thừa kế có yếu tố nước ngoài theo BLDS năm 2005, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 14 (222), tháng 7/2012, tr. 17 - 22.*

4 *Xem thêm: Hoa Hữu Long, Tổng quan pháp luật Việt Nam và thực tiễn thi hành pháp luật liên quan đến quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, Tham luận tham gia Tọa đàm "Về thực trạng Tư pháp quốc tế Việt Nam và kinh nghiệm Nhật Bản", Bộ Tư pháp tổ chức ngày 05/12/2013 tại Hà Nội.*

Như vậy, với việc giảm QPXĐ một bên và tăng cường số lượng các QPXĐ hai bên, BLDS năm 2015 đã khắc phục hạn chế của BLDS năm 2005 về mặt kỹ thuật lập pháp, đồng thời tạo cơ hội cho pháp luật nội dung của Việt Nam được lựa chọn áp dụng. Điều này cũng góp phần làm cho TPQT Việt Nam phù hợp hơn với các chuẩn mực pháp lý quốc tế.

2. Phạm vi điều chỉnh của quy phạm xung đột trong Bộ luật Dân sự năm 2015

Theo mô hình TPQT Việt Nam hiện nay, hệ thống các QPXĐ được xây dựng theo hướng không cần có một đạo luật riêng điều chỉnh về TPQT mà các QPXĐ sẽ được quy định trong các văn bản pháp luật khác nhau, từ BLDS là luật chung đến các luật chuyên ngành như Luật Hôn nhân và gia đình, Luật Thương mại, Luật Trọng tài thương mại... Chính vì vậy, phạm vi điều chỉnh của các QPXĐ sẽ khác nhau phụ thuộc vào văn bản pháp luật mà nó được chứa đựng trong đó. Với tư cách là văn bản pháp luật chung của TPQT Việt Nam, các QPXĐ chứa đựng trong BLDS năm 2015 cũng có phạm vi điều chỉnh riêng, phù hợp với phạm vi điều chỉnh của BLDS năm 2015. Theo đó, phạm vi điều chỉnh của các QPXĐ trong BLDS năm 2015 được xác định gồm hai nhóm chính là QPXĐ xác định pháp luật áp dụng đối với cá nhân, pháp nhân và QPXĐ xác định luật áp dụng đối với quan hệ tài sản, quan hệ nhân thân. Về cơ bản, BLDS năm 2015 đã xây dựng được một số lượng các QPXĐ đáng kể, khái quát được phần lớn các quan hệ dân sự có YTNN cơ bản nhất bởi những quan hệ đặc thù, cụ thể khác đã được quy định trong các văn bản pháp luật chuyên ngành. Phạm vi điều chỉnh của các QPXĐ tại Phần thứ năm đã bao trùm được phần lớn các quan hệ dân sự cơ bản được điều chỉnh bởi các quy phạm pháp luật nội dung trong các phần trước của BLDS năm 2015. Mô hình của BLDS năm 2015 về cơ bản cũng tương đồng với giải pháp được lựa chọn ở nhiều quốc gia trên thế giới không ban hành đạo luật TPQT riêng như Pháp, Liên bang Nga…

So với BLDS năm 2005, phạm vi điều chỉnh của các QPXĐ tại Phần thứ năm của BLDS năm 2015 đã được mở rộng để đảm bảo sự tương đồng với các quy phạm pháp luật nội dung và đây cũng là một trong những điểm tiến bộ của BLDS năm 2015. Trong tương quan so sánh với những nội dung quy định dành cho các quan hệ dân sự trong nước, có thể thấy rằng, phạm vi điều chỉnh của các QPXĐ trong BLDS năm 2005 hẹp, không đủ cơ sở pháp lý để điều chỉnh các tình huống quan hệ dân sự có YTNN trong thực tế. Nhiều vấn đề được BLDS điều chỉnh đối với quan hệ trong nước nhưng chưa có QPXĐ điều chỉnh như thực hiện công việc không có ủy quyền, được lợi không có căn cứ pháp luật hoặc đã có văn bản pháp luật chuyên ngành điều chỉnh nhưng chưa được BLDS quy định các nguyên tắc chung trong chọn luật áp dụng như quan hệ hợp đồng lao động có YTNN, quan hệ thương mại, quan hệ trọng tài… Cụ thể: Thực hiện công việc không có ủy quyền là một trong những nội dung được BLDS năm 2005 điều chỉnh (từ Điều 594 - Điều 598) với tư cách là một giao dịch dân sự làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ. Trên thực tế quan hệ thực hiện công việc không có ủy quyền có YTNN (đặc biệt là yếu tố chủ thể nước ngoài) là hoàn toàn có thể xảy ra nhưng BLDS năm 2005 còn thiếu QPXĐ điều chỉnh quan hệ thực hiện công việc không có sự ủy quyền của người khác; tương tự, hưởng lợi không có căn cứ pháp luật được điều chỉnh tại Điều 247 BLDS năm 2005 nhưng không có QPXĐ chọn luật áp dụng trong trường hợp quan hệ này có YTNN. Khắc phục hạn chế này, BLDS năm 2015 đã bổ sung Điều 686 về chọn luật điều chỉnh quan hệ thực hiện công việc không có ủy quyền. Tương tự như thế là Điều 685 về chọn luật điều chỉnh nghĩa vụ hoàn trả do chiếm hữu, sử dụng, được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật.

3. Nguyên tắc thỏa thuận chọn luật áp dụng

Nguyên tắc thỏa thuận chọn luật áp dụng luôn là một trong những nguyên tắc cơ bản của TPQT để chọn luật áp dụng điều chỉnh quan hệ dân sự có YTNN. Nguyên tắc này lần đầu tiên được quy định trong TPQT Việt Nam tại Điều 769 BLDS năm 2005 với nhiều điểm hạn chế cần khắc phục[5]. Nhằm tiếp tục ghi nhận và mở rộng việc áp dụng nguyên tắc chọn luật áp dụng, góp phần hoàn thiện hệ thống QPXĐ của TPQT Việt Nam, BLDS năm 2015 đã có nhiều tiến bộ quan trọng trong việc ghi nhận nguyên tắc này. Cụ thể:

- Về phạm vi các quan hệ được thỏa thuận chọn luật áp dụng: BLDS năm 2005 chỉ quy định quyền thỏa thuận chọn luật áp dụng đối với quan hệ hợp đồng có YTNN (Điều 769) và nguyên tắc này tiếp tục được ghi nhận tại Điều 683 BLDS năm 2015. Bên cạnh đó, BLDS năm 2015 đã mở rộng phạm vi áp dụng nguyên tắc thỏa thuận chọn luật đối với quan hệ thực hiện công việc không có uỷ quyền (Điều 686) và quan hệ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (Điều 687). Việc mở rộng phạm vi áp dụng của nguyên tắc thỏa thuận chọn luật áp dụng là phù hợp với xu thế phát triển của TPQT Việt Nam trong giai đoạn sắp tới, bởi lẽ nguyên tắc này đã được ghi nhận rất rộng rãi trong pháp luật ở nhiều nước, đặc biệt là những nước đã ban hành đạo luật riêng về TPQT[6]. So với TPQT các nước, phạm vi áp dụng nguyên tắc thỏa thuận chọn luật áp dụng của BLDS năm 2015 vẫn còn hẹp bởi lẽ các bên chủ thể của nhiều quan hệ dân sự có YTNN khác đều có quyền thỏa thuận chọn luật áp dụng như quan hệ thừa kế theo di chúc, quan hệ lao động,… Những quan hệ này, BLDS năm 2015 hoặc chưa quy định quyền thỏa thuận chọn luật áp dụng hoặc không xây dựng QPXĐ chọn luật áp dụng và đây cũng là một trong những vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu nhằm hoàn thiện hệ thống QPXĐ của TPQT Việt Nam trong giai đoạn sắp tới.

- Về phạm vi những vấn đề được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng trong trường hợp được chọn luật áp dụng: Đối với quy định duy nhất về quyền thỏa thuận chọn luật áp dụng được quy định tại Điều 769 BLDS năm 2005 cho thấy, đây là quy định có rất nhiều hạn chế và trên thực tế quy định này chưa được áp dụng để chọn luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng tại Việt Nam mà một trong những nguyên nhân quan trọng chính là phạm vi các bên chủ thể hợp đồng được phép thỏa thuận chọn luật. Cụ thể: Khoản 1 Điều 769 chỉ cho phép các bên thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng đối với quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng; còn đối với vấn đề hình thức hợp đồng thì các bên không được thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng mà phải tuân theo pháp luật của nước nơi giao kết hợp đồng (Điều 770) hoặc vấn đề xác định nơi giao kết hợp đồng trong trường hợp giao kết hợp đồng vắng mặt thì phải tuân theo pháp luật của nước nơi cư trú của cá nhân hoặc nơi có trụ sở chính của pháp nhân là bên đề nghị giao kết hợp đồng (Điều 771). Bên cạnh đó, quyền thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng của các bên còn bị hạn chế hay nói cách khác, bị "tước bỏ", ngay cả trong những vấn đề luật cho phép lựa chọn luật áp dụng. Cụ thể: đoạn 2 khoản 1 Điều 769 BLDS năm 2005 quy định nếu hợp đồng được giao kết tại Việt Nam và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam thì phải tuân theo pháp luật Việt Nam. Ngoài ra, thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng của các bên cũng sẽ vô hiệu do điều khoản về bảo lưu trật tự công cộng như quy định tại Điều 759

5 *Xem thêm: Bành Quốc Tuấn, Hoàn thiện quy định về quyền thỏa thuận chọn luật áp dụng cho hợp đồng dân sự có yếu tố nước ngoài, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 1 +2 (210 + 211), tháng 01/2012, tr. 73 – tr. 77.*

6 *Xem thêm: Đỗ Văn Đại, Quyền lựa chọn pháp luật trong Tư pháp quốc tế Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (2+3), tháng 3/2013, tr. 46 – 55.*

BLDS năm 2005: "nếu việc áp dụng hoặc hậu quả của việc áp dụng không trái với những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Cộng hòa XHCN Việt Nam" và một số văn bản pháp luật khác với cụm từ tương tự. Các quy định này cho thấy dường như nhà làm luật có khuynh hướng giới hạn đến mức có thể phạm vi những vấn đề của hợp đồng dân sự có YTNN mà các bên được quyền thỏa thuận lựa chọn luật áp dụng và điều này trái với xu thế của TPQT thế giới, đặc biệt là Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế vốn là một Công ước mang tính phổ cập toàn cầu.

Khắc phục những hạn chế của BLDS năm 2005, Điều 683 BLDS năm 2015 đã mở rộng phạm vi các vấn đề trong quan hệ hợp đồng mà các bên được thỏa thuận chọn luật áp dụng. Cụ thể: Theo quy định tại khoản 1 Điều 683: "Các bên trong quan hệ hợp đồng được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng". Như vậy, phạm vi thỏa thuận luật áp dụng là toàn bộ các vấn đề có liên quan đến quan hệ hợp đồng trừ hình thức của hợp đồng được xác định theo pháp luật áp dụng đối với hợp đồng đó. Điều này có nghĩa là nếu luật áp dụng cho hợp đồng là luật do các bên thỏa thuận thì luật này cũng sẽ được sử dụng để xác định tính hợp pháp của hợp đồng. Nói gọn lại, Điều 683 BLDS năm 2015 đã được xây dựng theo hướng mở rộng tối đa phạm vi các bên chủ thể của hợp đồng được thỏa thuận chọn luật áp dụng và điều này phù hợp với pháp luật quốc tế. Công ước Rome ngày 19/6/1980 về Luật áp dụng đối với những nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng cũng như trong Điều 3 Nghị định Rome I (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations), Nghị định điều chỉnh về nghĩa vụ hợp đồng tại Liên minh châu Âu thay thế Công ước Rome 1980 quy định:"Hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi luật do các bên thỏa thuận lựa chọn. Sự lựa chọn phải được thể hiện rõ ràng hoặc được chứng minh rõ ràng bởi các điều khoản trong hợp đồng hoặc tùy theo từng trường hợp cụ thể". Tương tự, các công ước quốc tế đa phương được ban hành trong khuôn khổ của Hội nghị La Haye về TPQT như: Công ước La Haye ngày 15/6/1955 về Luật áp dụng đối với mua bán hàng hóa quốc tế, Công ước La Haye ngày 14/3/1978 về Luật áp dụng cho chi nhánh, văn phòng đại diện, Công ước La Haye ngày 22/12/1986 về Luật áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế cũng quy định tương tự. Điều 2 Công ước La Haye ngày 15/6/1955 quy định: "Hợp đồng mua bán chịu sự điều chỉnh bởi pháp luật của nước được chỉ định bởi các bên giao kết"[7]. Luật hợp đồng của Cộng hòa nhân dân Trung Hoa có hiệu lực thi hành từ ngày 1/10/1999 cũng thừa nhận nguyên tắc thỏa thuận chọn luật áp dụng trong các hợp đồng quốc tế mà không giới hạn phạm vi thỏa thuận lựa chọn[8].

Tóm lại, do điều kiện khách quan, ngay từ đầu TPQT Việt Nam đã theo đuổi mô hình không ban hành đạo luật TPQT riêng mà quy định các QPXĐ trong nhiều văn bản pháp luật, với vị trí trung tâm là BLDS. Các dấu hiệu lập pháp gần đây cho thấy mô hình này sẽ tiếp tục được duy trì trong giai đoạn sắp tới khi các điều kiện để ban hành đạo luật TPQT vẫn chưa xuất hiện đầy đủ. Do đó, việc hoàn thiện hệ thống QPXĐ của BLDS năm 2015 là một nhiệm vụ trọng tâm của hoạt động lập pháp Việt Nam nhằm tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật phục vụ cho quá trình hội nhập quốc tế trong giai đoạn sắp tới ■

---

7 *Xem thêm: Roy Goode, Herbert Kronke, Ewan McKendrick, Jeffrey Wool (2007) - Transnational Commercial Law -Oxford University Press, (tiểu mục 2.30), p. 72.*

8 *V. contract law of the People's Republic of China, Adopted and Promulgated by the Second Session of the Ninth National People's Congress on March 15, 1999, Translated & Compiled by John JIANG & Henry LIU, art.126.*

KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ CHỐNG LAO ĐỘNG CƯỠNG BỨC, THỰC HIỆN CAM KẾT CỦA VIỆT NAM TRONG HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC XUYÊN THÁI BÌNH DƯƠNG

NGUYỄN KHÁNH PHƯƠNG*

Một trong những cam kết quan trọng của Việt Nam ở lĩnh vực lao động khi tham gia Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) là việc loại bỏ tất cả các hình thức lao động cưỡng bức (LĐCB) hoặc bắt buộc. Bài viết góp phần: (i) nhận diện LĐCB theo quy định của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO); (ii) từ góc nhìn kinh tế, lý giải lý do tất yếu phải nghiên cứu hoàn thiện pháp luật nhằm chống LĐCB; (iii) chỉ ra một số bất cập đang tồn tại trong quy định của pháp luật Việt Nam liên quan tới vấn đề này; (iv) kiến nghị một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật.

I. Nhận diện lao động cưỡng bức theo quy định của Tổ chức Lao động Quốc tế

1. Công ước số 29 và 105 về lao động cưỡng bức

LĐCB vừa là một hiện tượng kinh tế, vừa là một thuật ngữ pháp luật. Hiểu đúng về thuật ngữ này là yêu cầu cơ bản giúp đánh giá các vấn đề xã hội có liên quan, giúp xem xét xu hướng thay đổi các dạng LĐCB trên thực tế, cũng như xem xét liệu các quy định của pháp luật có thể góp phần xóa bỏ LĐCB hay không[1]. Công ước số 29 về xóa bỏ LĐCB hoặc bắt buộc năm 1930 (Công ước số 29) và Công ước số 105 về xóa bỏ LĐCB năm 1957 (Công ước số 105) là hai Công ước cơ bản của ILO nhằm nhận dạng và loại bỏ tình trạng LĐCB. Khoản 1 Điều 2 Công ước số 29 định nghĩa: "LĐCB hoặc bắt buộc là mọi công việc hoặc dịch vụ mà một người bị ép buộc phải làm dưới sự đe dọa của một hình phạt nào đó và bản thân người đó không tự nguyện làm". Tuy vậy, Điều 2.2 Công ước số 29 cũng quy định các trường hợp ngoại lệ của tình trạng LĐCB, bao gồm các công việc hoặc dịch vụ: (i) có tính chất quân sự thuần túy; hoặc (ii) là nghĩa vụ công dân bình thường; hoặc (iii) buộc phải thực hiện do quyết định của tòa án đặt dưới sự giám sát và kiểm tra của các cơ quan công quyền; hoặc (iv) buộc phải làm do tình trạng khẩn cấp như chiến tranh, động đất, dịch bệnh…; hoặc (v) là những công việc nhỏ phục vụ cộng đồng. Công ước số 105 được thông qua ngày 25/06/1957 sau đó nhấn mạnh chi tiết hơn rằng, LĐCB không bao giờ được áp dụng như một biện pháp cưỡng chế hoặc giáo dục bắt buộc; như một sự trừng phạt vì bày tỏ quan điểm chính trị hoặc tham gia đình công; như một hình thức kỷ luật lao động; như một sự phân biệt đối xử về chủng tộc, xã hội, dân tộc hoặc tôn giáo; hoặc như một phương thức huy động nhân công vì mục đích phát triển kinh tế[2].

* ***ThS. Khoa Luật - Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh.***

1 *ILO (2014), Profit and poverty: The economics of forced labor, Geneva, p. 3.*

2 *Điều 1 Công ước số 105.*

2. Định nghĩa về LĐCB của ILO

Công ước số 29 của ILO chỉ ra ba yếu tố cấu thành nên khái niệm LĐCB, đó là "công việc hoặc dịch vụ", "sự đe dọa bằng hình phạt", và việc "không tự nguyện thực hiện"[3]. Nói cách khác, một người bị coi là rơi vào trình trạng cưỡng bức lao động (CBLĐ) nếu như người này không tự nguyện và bị ép buộc phải thực hiện công việc. Sự ép buộc có thể hiện diện trong suốt quá trình tuyển dụng nhằm bắt buộc người lao động phải chấp nhận công việc; hoặc trong quá trình người lao động đang làm việc nhằm cưỡng ép người lao động phải làm một nhiệm vụ mà họ không hề đồng ý khi giao kết hợp đồng lao động; hoặc nhằm ngăn cản người lao động chấm dứt công việc[4]. Người lao động ở đây không phân biệt nam hay nữ, có phải là trẻ em hay không. Trong khi đó, sự "không tự nguyện" thể hiện ở việc, người lao động thực hiện công việc do bị ép buộc, bị lừa dối, hoặc bị áp dụng hình phạt hoặc đe dọa sử dụng hình phạt với chính bản thân họ hoặc cha mẹ họ (trong trường hợp người lao động dưới 18 tuổi)[5]. ILO cũng không xem xét tới địa điểm làm việc. Nạn nhân của LĐCB có thể làm việc tại chính nơi mình sinh ra, ở bất kỳ nơi nào trên đất nước họ, hoặc cũng có thể ở nước ngoài[6].

3. Các chỉ số của ILO về LĐCB

Dựa vào quy định của Công ước số 29, trên cơ sở lý thuyết và thực tiễn của Chương trình Hành động đặc biệt của ILO về Phòng, chống LĐCB, năm 2012, ILO đã công bố 11 chỉ số nhằm xác định người nào có khả năng là nạn nhân của LĐCB cần được trợ giúp khẩn cấp, cũng như cung cấp những dấu hiệu phổ biến nhất của một vụ CBLĐ cụ thể. Các chỉ số đó bao gồm: (i) lạm dụng tình trạng khó khăn của người lao động; (ii) lừa gạt; (iii) hạn chế đi lại; (iv) bị cô lập; (v) bạo lực tập thể và tình dục; (vi) dọa nạt, đe dọa; (vii) giữ giấy tờ tùy thân; (viii) giữ tiền lương; (ix) lệ thuộc vì nợ; (x) điều kiện sống và làm việc bị lạm dụng; (xi) làm thêm giờ quá quy định[7]. Trong trường hợp cụ thể nào đó, một chỉ số là đủ để nhận biết một người có đang bị rơi vào tình trạng LĐCB hay không. Tuy vậy, ở nhiều tình huống khác, phải kết hợp các chỉ số khác nhau mới kết luận được một vụ việc là CBLĐ. Ví dụ, khi một người làm thêm giờ quá quy định, người này chưa chắc là nạn nhân của LĐCB. Việc làm thêm giờ quá quy định nếu là hậu quả của việc bị dọa nạt, đe dọa hoặc đi kèm với việc bị hạn chế đi lại và không tự nguyện làm việc mới có thể khẳng định người lao động đang trong tình trạng bị CBLĐ. Như vậy, bộ 11 chỉ số này là tập hợp những yếu tố chính yếu trong một vụ việc LĐCB. Với ý nghĩa đó, đây sẽ là công cụ hỗ trợ các cán bộ thực thi pháp luật như công an, thanh tra lao động... xem xét, xác định một cá nhân có phải là nạn nhân của tình trạng LĐCB hay không; giúp các doanh nghiệp có kiến thức trong việc giám sát hệ thống cung ứng nhằm loại bỏ LĐCB và tạo điều kiện để bản thân người lao động hiểu và phòng tránh tình trạng LĐCB có thể gặp phải.

II. Hoàn thiện pháp luật về lao động cưỡng bức - yêu cầu tất yếu đối với Việt Nam

1. Cam kết của Việt Nam trong TPP

Ngày 04/02/2016, Bộ trưởng phụ trách thương mại của 12 nước tham gia TPP, bao gồm Việt Nam, đã tham dự Lễ ký kết để xác thực lời văn của Hiệp định. Sau khi ký chính thức, các nước sẽ tiến hành thủ tục phê chuẩn TPP và Hiệp định này sẽ có hiệu lực sau 60 ngày kể từ ngày nhận được thông báo

---

3 *ILO (2007), Eradication of Forced Labor, Geneva, p. 20-22.*

4 *ILO (2012), Hard to see, harder to count: Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children, Geneva, p. 13.*

5 *ILO (2014), Profit and poverty: The economics of forced labour, Geneva, p. 4-5, 19.*

6 *ILO (2014), Profit and poverty: The economics of forced labour, Geneva, p. 5.*

7 *ILO (2012), ILO Indicators of Forced Labor. Xem bản tiếng Việt tại: ILO (2014), Các chỉ số của Tổ chức Lao động Quốc tế về CBLĐ.*
Nguồn:http://113.171.224.167/videoplayer/wcms_243517.pdf?ich_u_r_i=93b72791321f178366f48d05ca0680a7&ichs_t_a_r_t=0&ich_e_n_d=0&ich_k_e_y=1645038910750663342408&ich_t_y_p_e=1&ich_d_i_s_k_i_d=3&ich_u_n_i_t=1

sau cùng bằng văn bản về việc các bên đã hoàn thành thủ tục pháp lý nội bộ. Việt Nam, mặc dù mới gia nhập Công ước số 29 của ILO về xóa bỏ LĐCB hoặc bắt buộc năm 1930, chưa ra nhập Công ước số 105 của ILO về xóa bỏ LĐCB năm 1957, nhưng đã cam kết trong TPP tại Điều 19.3 rằng: sẽ loại bỏ tất cả các hình thức LĐCB hoặc bắt buộc[8]. Như vậy, một cách gián tiếp, Việt Nam đã xác nhận nghĩa vụ phải thực thi mọi biện pháp trong đó có hoàn thiện hệ thống pháp luật nhằm xóa bỏ các hình thức LĐCB.

2. Từ góc độ doanh nghiệp Việt Nam

Sau khi ký kết TPP, Việt Nam được dự đoán nhiều khả năng sẽ trở thành trung tâm sản xuất mới của thế giới[9]. Khi tham gia vào sân chơi chung, doanh nghiệp Việt Nam cần hiểu biết để hội nhập và phát triển. Hoàn thiện các quy định pháp luật, hướng dẫn chi tiết hơn về LĐCB có thể thúc đẩy các doanh nghiệp tìm hiểu pháp luật liên quan trong lĩnh vực này. Việc tuân thủ các tiêu chuẩn lao động quốc tế cơ bản trong đó có xóa bỏ mọi hình thức LĐCB, sẽ giúp các doanh nghiệp xuất khẩu tránh khỏi sự tẩy chay của người tiêu dùng tại những quốc gia nhập khẩu[10].

Thêm nữa, rà soát các quy định pháp luật, bổ sung các biện pháp xử lý vi phạm hành chính cùng với phương pháp tuyên truyền phổ biến pháp luật sẽ góp phần thay đổi nhận thức của doanh nghiệp cũng như người lao động Việt Nam về tình trạng LĐCB. Đây là một yếu tố vô cùng quan trọng. Bởi lẽ, nếu vấn đề CBLĐ không được các doanh nghiệp chú tâm thay đổi, thì không chỉ ngành gạch và dệt may, mà còn nhiều ngành hàng sản xuất tại Việt Nam khác có thể bị gắn mác cấm nhập khẩu vào Hoa Kỳ do sử dụng lao động trẻ em và LĐCB[11].

3. Từ góc độ doanh nghiệp nước ngoài

Trong thời đại toàn cầu hóa hiện nay, các công ty có xu hướng sử dụng các quy trình cung ứng và sản xuất phức tạp. Lẽ tự nhiên, họ sẽ muốn lựa chọn nơi nào có chi phí sản xuất thấp nhất, trong đó chi phí nhân công cạnh tranh nhất, bao gồm: tiền lương thấp, thời giờ làm việc dài trong khi điều kiện sinh hoạt và lao động không cao. Tuy nhiên, ở góc độ trách nhiệm xã hội của doanh nghiệp, các công ty luôn bị đòi hỏi phải xác định liệu các doanh nghiệp đối tác có sử dụng LĐCB hay không? Ở những quốc gia quy định nghiêm ngặt về LĐCB, bất kỳ doanh nghiệp nào bị phát hiện thu lợi từ việc khai thác LĐCB sẽ bị ảnh hưởng nghiêm trọng về uy tín, phải đối mặt với các mức phạt tiền rất cao, thậm chí bị xử lý về hình sự[12]. Khi lựa chọn Việt Nam là một mắt xích trong chuỗi cung ứng hàng hóa của mình, các doanh nghiệp nước ngoài thường có thể phải chật vật kiểm tra liệu có tồn tại CBLĐ trong các doanh nghiệp Việt Nam hay không? Cho nên, chi tiết hóa các quy định pháp luật, bổ sung các chế tài tương ứng với các hành vi CBLĐ có thể giúp tạo hành lang pháp lý cụ thể, minh bạch, giảm thiểu tối đa các chi phí liên quan tới việc điều tra xác minh mà doanh nghiệp nước ngoài phải thực hiện khi

---

8 *Điều 19.3.1.b Chương 19 TPP.*

9 *Nhật Quang (2015), Việt Nam sẽ trở thành trung tâm gia công của thế giới, http://laodong.com.vn/doi-song-thi-truong/viet-nam-se-tro-thanh-trung-tamgia-cong-cua-the-gioi-375812.bld.*

10 *Kimberly, A.E & Richard, B.F. (2003), Can Labor Standards Improved under Globalization?, Institute for International Economics, Washington, p.17. Đọc thêm: Phạm Trọng Nghĩa (2014), Thực hiện các Công ước cơ bản của Tổ chức lao động quốc tế (ILO) tại Việt Nam: Cơ hội và thách thức, Nxb. Chính trị Quốc gia- Sự thật, Hà Nội, tr. 53-54.*

11 *Tháng 2 năm 2016, một dự luật trong đó chính thức cấm nhập khẩu các loại sản phẩm có liên quan đến LĐCB và lao động trẻ em vào Hoa Kỳ đã được thông qua. Theo đó, hơn 350 sản phẩm được sản xuất từ khắp các quốc gia trên thế giới có nguy cơ cao không được nhập khẩu vào Hoa Kỳ do sử dụng lao động trẻ em hoặc LĐCB. Trong số này, đáng chú ý, Việt Nam góp mặt với hai nhóm ngành hàng: gạch và dệt may.*

Xem thêm tại: Martha Mendoza (2016), Obama bans US imports of slave-produced goods http://bigstory.ap.org/article/2a97f21a10534ae089a6db26ef809aed/obama-bans-us-imports-slave-produced-goods; và United States Department of Labor (2014), List of Goods Produced by Child Labor or Forced Labor http://www.dol.gov/ilab/reports/child-labor/list-of-goods/.

12 *Roger Plant (2008), Forced Labor: Critical Issues For US Business Leaders http://www.ilo.org/ global/docs/ WCMS_092176/lang—en/index.htm.*

tiếp cận doanh nghiệp Việt Nam. Cùng với việc thực hiện thanh tra, kiểm tra nghiêm ngặt, hy vọng một hệ thống pháp lý đồng bộ sẽ góp phần khiến các doanh nghiệp nước ngoài tin tưởng lựa chọn doanh nghiệp Việt Nam như một khâu sản xuất trong chuỗi cung ứng của mình.

III. Một số bất cập trong quy định của pháp luật Việt Nam về lao động cưỡng bức

1. Thiếu các quy định mang tính hệ thống về LĐCB

CBLĐ là hành vi bị nghiêm cấm được quy định trong Hiến pháp năm 2013[13]. Định nghĩa CBLĐ được giải thích chi tiết tại khoản 10 Điều 3 Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 2012: "CBLĐ là việc dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc các thủ đoạn khác nhằm buộc người khác lao động trái ý muốn của họ". Bên cạnh điều khoản này, các quy định khác liên quan tới LĐCB nằm rải rác trong BLLĐ. Điều 8 và Điều 183 BLLĐ lần lượt nghiêm cấm tình trạng LĐCB trong quan hệ lao động[14], đặc biệt trong quan hệ có sử dụng lao động là người giúp việc gia đình[15]. Khi bị đẩy vào tình trạng LĐCB, pháp luật Việt Nam cũng cho phép người lao động được quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động[16]. Như vậy, kết nối các điều luật liên quan tới LĐCB trong BLLĐ, khái niệm CBLĐ có lẽ là điều khoản duy nhất giải thích trực tiếp về tình trạng LĐCB, các điều khoản còn lại chỉ đơn thuần dẫn chiếu thuật ngữ "CBLĐ" mà thôi.

Cần phải nói thêm rằng, Điều 8 BLLĐ[17] liệt kê các hành vi bị nghiêm cấm trong quan hệ lao động, hành vi CBLĐ (khoản 3) được quy định song song với các loại hành vi được xem là chỉ dẫn cơ bản hoặc yếu tố chính tiềm ẩn của LĐCB, ví dụ: ngược đãi người lao động, quấy rối tình dục tại nơi làm việc (khoản 2), lợi dụng danh nghĩa dạy nghề để trục lợi, bóc lột sức lao động hoặc dụ dỗ ép buộc người học nghề vào hoạt động trái pháp luật (khoản 4); hoặc dụ dỗ, hứa hẹn và quảng cáo gian dối để lừa gạt người lao động hoặc lợi dụng dịch vụ việc làm, hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng để thực hiện hành vi trái pháp luật (khoản 6). Quả thật, khi đối chiếu với khái niệm "CBLĐ" trong chính BLLĐ, các khoản 2, 4 và khoản 6 Điều 8 bộc lộ những sơ hở pháp lý và sự thiếu logic trong bố cục điều luật. Sự thiếu logic nằm ở chỗ, mấu chốt của "CBLĐ" là sự không tự nguyện làm việc của người lao động xuất phát từ chính những thủ đoạn đe dọa dùng vũ lực, dùng vũ lực hoặc dụ dỗ, lôi kéo, lừa gạt…của người sử dụng lao động đối với người lao động. Với cùng một thủ đoạn như vậy, khoản 4 và khoản 6 Điều 8 tất yếu phải là các hành vi lý giải chi tiết cho khoản 3 (CBLĐ). Bên cạnh đó, sơ hở pháp lý có thể được tìm thấy vì khoản 4 và khoản 6 Điều 8 chỉ nghiêm cấm việc lừa dối, dụ dỗ, bóc lột sức lao động, bắt buộc người học nghề hoặc người lao động đi làm việc ở

13 *Khoản 3 Điều 35 Hiến pháp năm 2013.*

14 *Điều 8, BLLĐ.*

15 *Điều 183.1.1, BLLĐ.*

16 *Điều 37.1.c, BLLĐ.*

17 *Điều 8. Các hành vi bị nghiêm cấm*

1. Phân biệt đối xử về giới tính, dân tộc, màu da, thành phần xã hội, tình trạng hôn nhân, tín ngưỡng, tôn giáo, nhiễm HIV, khuyết tật hoặc vì lý do thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn.

2. Ngược đãi người lao động, quấy rối tình dục tại nơi làm việc.

3. Cưỡng bức lao động.

4. Lợi dụng danh nghĩa dạy nghề, tập nghề để trục lợi, bóc lột sức lao động hoặc dụ dỗ, ép buộc người học nghề, người tập nghề vào hoạt động trái pháp luật.

5. Sử dụng lao động chưa qua đào tạo nghề hoặc chưa có chứng chỉ kỹ năng nghề quốc gia đối với nghề, công việc phải sử dụng lao động đã được đào tạo nghề hoặc phải có chứng chỉ kỹ năng nghề quốc gia.

6. Dụ dỗ, hứa hẹn và quảng cáo gian dối để lừa gạt người lao động hoặc lợi dụng dịch vụ việc làm, hoạt động đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng để thực hiện hành vi trái pháp luật.

7. Sử dụng lao động chưa thành niên trái pháp luật.

nước ngoài thực hiện hoạt động trái pháp luật, mà không nghiêm cấm việc dùng các thủ đoạn ép buộc người lao động thực hiện công việc tuy đúng pháp luật nhưng trái ý muốn của người lao động. Hơn nữa, các khoản 4 và 6 chỉ đề cập tới hoạt động dạy nghề, học nghề, hoạt động đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài mà không mở rộng quy định về các hình thức dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc các thủ đoạn khác khi ký kết, thực hiện hay chấm dứt hợp đồng lao động.

Ở một khía cạnh khác, nếu nói rằng, cần nghiên cứu bao quát các vấn đề thuộc phạm vi điều chỉnh của BLLĐ, rằng các khoản 2, 4 và 6 Điều 8 có thể đề cập tới các tình huống pháp lý hoàn toàn khác với CBLĐ; vậy dường như các nhà làm luật Việt Nam có cái nhìn khác biệt về dấu hiệu của tình trạng LĐCB so với ILO, mặc dù khái niệm của BLLĐ khá tương đồng với khái niệm "LĐCB" được đề cập trong Công ước số 29. Bởi, khi xếp khoản 2 - "CBLĐ" song song với các khoản khác, có nghĩa là, nhà làm luật Việt Nam đã ngầm định các điều khoản khác (khoản 2, 4 và 6) nằm ngoài phạm vi của LĐCB tại khoản 2. Trong khi đó, "bạo lực về thân thể và tình dục" (tương đương với khoản 2 Điều 8 về ngược đãi người lao động, quấy rối tình dục tại nơi làm việc) và "lừa gạt" (tương đương với khoản 4 và khoản 6 Điều 8 - hứa hẹn và quảng cáo gian dối để lừa gạt người lao động đi làm việc ở nước ngoài hoặc dụ dỗ, ép buộc người học nghề) là hai trong số các chỉ số nhận biết về LĐCB mà ILO đã công bố[18].

Cần nhấn mạnh rằng, vì Việt Nam chưa có bất cứ quy định chi tiết hướng dẫn về các dạng hành vi CBLĐ tồn tại trên thực tế, nên các nhà nghiên cứu cũng như các cơ quan, cá nhân thực thi pháp luật có lẽ sẽ gặp phải khó khăn khi xem xét khái niệm CBLĐ đặt trong tình huống cụ thể nếu so sánh, đối chiếu với các điều khoản chi tiết của Điều 8 BLLĐ.

2. Thiếu các chỉ dẫn cụ thể được luật hóa

Nếu so sánh với bộ hướng dẫn gồm 11 chỉ số nhận biết LĐCB của ILO, pháp luật Việt Nam hiện chưa xây dựng được một hệ thống các chỉ dẫn nhằm mục đích loại bỏ hình thức CBLĐ trên thực tế. Tổng hợp lại, người sử dụng lao động tại Việt Nam không được phép: (i) giữ bản chính giấy tờ tùy thân, chứng chỉ, văn bằng của người lao động[19]; (ii) yêu cầu người lao động phải thực hiện biện pháp bảo đảm bằng tiền hoặc tài sản khác cho việc thực hiện hợp đồng[20]; (iii) ngược đãi người lao động[21]; (iv) bóc lột sức lao động hoặc dụ dỗ, ép buộc người học nghề vào hoạt động trái pháp luật[22]; (v) dụ dỗ, quảng cáo, hứa hẹn gian dối để lừa gạt người lao động đi làm việc ở nước ngoài[23]; (vi) trả lương thấp hơn mức lương tối thiểu do Chính phủ quy định[24]; (vii) trả lương không trực tiếp, đầy đủ và đúng hạn[25]; hoặc (viii) buộc người lao động làm thêm giờ mà không có sự đồng ý của họ[26]. Nhưng hàng loạt các nghĩa vụ mà pháp luật yêu cầu này lại không được đặt nhất thiết trong tình huống cụ thể nhằm xem xét liệu có hay không một tình trạng CBLĐ. Nói cách khác, trong các tình huống pháp lý khác nhau, các nghĩa vụ này có thể được nhìn nhận ở các khía cạnh khác nhau. Vì vậy, các nhà nghiên cứu, các cơ quan thực thi pháp luật, người lao động hay các doanh nghiệp có trách nhiệm xã hội khi kiểm tra chuỗi cung ứng

18 *ILO (2012), ILO Indicators of Forced Labor. Xem bản tiếng Việt tại: ILO (2014), Các chỉ số của Tổ chức Lao động Quốc tế về CBLĐ, http://113.171.224.167/videoplayer/wcms_243517.pdf?ich_u_r_i=93b72791321f178366f48d05ca0680a7&ich_s_t_a_r_t=0&ich_e_n_d=0&ich_k_e_y=16450389107506633424 08&ich_t_y_p_e=1&ich_d_i_s_k_i_d=3&ich_u_n_i_t=1,*

19 *Điều 20.1 BLLĐ,*

20 *Điều 20.2 BLLĐ,*

21 *Điều 8.2 BLLĐ,*

22 *Điều 8.4 BLLĐ,*

23 *Điều 8.6 BLLĐ,*

24 *Điều 90.1 BLLĐ,*

25 *Điều 96 BLLĐ,*

26 *Điều 106.2 BLLĐ.*

có lẽ sẽ khó khăn để kết nối và xem xét các điều luật dưới lăng kính của LĐCB.

Thêm nữa, những hành vi như: lạm dụng tình trạng khó khăn của người lao động; hạn chế đi lại đối với người lao động; dọa nạt, đe dọa người lao động hoặc người thân của họ; cô lập người lao động ở những nơi xa xôi hẻo lánh; biến người lao động thành người lệ thuộc vì nợ nhằm buộc họ phải làm việc; và bắt ép người lao động thực hiện công việc trong điều kiện không đảm bảo hoặc độc hại; hoàn toàn chưa được luật hóa. Điều này có thể dẫn tới việc các tình huống CBLĐ bị bỏ sót, không được xử lý thỏa đáng trên thực tế.

3. Các chế tài xử lý hành vi CBLĐ chưa thật đầy đủ, rõ ràng

Phải công nhận rằng, sự ra đời của Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 đánh dấu bước tiến mới trong việc bảo vệ quyền lợi hợp pháp của người lao động cũng như quyết tâm của Việt Nam trong việc loại bỏ LĐCB. Hành vi dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực, lừa gạt hoặc bằng thủ đoạn khác chuyển giao hoặc tiếp nhận người nhằm CBLĐ đã được quy định như một loại tội phạm nguy hiểm cần xử lý hình sự[27]. Đặc biệt, bằng Điều 297, hành vi CBLĐ lần đầu tiên được hình sự hóa với mức cao nhất của khung hình phạt, lên tới 12 năm tù[28]. Tuy vậy, xem xét kỹ các trường hợp phạm tội mới thấy, nếu không có các quy định hướng dẫn chi tiết dấu hiệu nhận biết LĐCB cùng với nghị định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, e rằng Điều 297 khó có khả năng thực thi. Bởi lẽ, thứ nhất không phải hoạt động CBLĐ nào cũng dẫn tới hậu quả có thể đo đếm được là "gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe" với "tỷ lệ tổn thương cơ thể" từ 31% trở lên. Người sử dụng lao động trong nhiều trường hợp thường sử dụng biện pháp đe dọa uy hiếp về tinh thần, hoặc lừa gạt hoặc giam giữ, cô lập người lao động. Các thủ đoạn này đều không gây ra tổn hại hoặc gây tổn hại không lớn trên cơ thể người lao động nhưng hậu quả vẫn là bắt buộc được người lao động làm công việc mà họ không tự nguyện chấp nhận. Nói cách khác, về mặt bản chất, đây đều là dấu hiệu của một vụ CBLĐ, nhưng nếu không có hướng dẫn cụ thể, các thủ đoạn có thể bị bỏ qua, dẫn tới tình trạng để lọt tội phạm.

Thứ hai, trong khi khoản 1 Điều 297 quy định hành vi CBLĐ chỉ bị xử lý hình sự nếu đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi này; Nghị định số 95/2013/NĐ-CP ngày 22/8/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội và đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng (Nghị định 95) và Nghị định số 88/2015/NĐ-CP của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 95/2013/NĐ-CP ngày 22/8/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng (Nghị định 88) hiện nay chưa có bất cứ một hình thức xử phạt vi phạm hành chính nào áp dụng trực tiếp với LĐCB. Những biện pháp xử lý vi phạm hành chính trong hai Nghị định được quy định riêng rẽ với từng hành vi vi phạm pháp luật lao động của người sử dụng lao động, nhưng khó lập luận, liên kết chúng để áp dụng một biện pháp xử phạt hành chính cho hành vi CBLĐ. Ví dụ, Điều 5 Nghị định 88 ấn định mức phạt tiền từ 20 triệu đồng tới 25 triệu đồng đối với người lao động giữ bản chính giấy tờ tùy thân, chứng chỉ, văn bằng của người lao động. Mức phạt này cũng áp dụng đối với người sử dụng lao động, buộc người lao động thực hiện biện pháp bảo đảm bằng tiền hoặc tài sản khác cho việc thực hiện hợp đồng lao động. Hoặc Điều 13 Nghị định 88 quy định về việc xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi trả lương không đúng hạn, trả lương thấp hơn mức lương trong thang lương bảng lương hoặc trả

27 Điều 150.1.b và Điều 151.1.b BLHS năm 2015.

28 BLHS năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009 không xử lý hình sự đối với hành vi CBLĐ.

lương thấp hơn mức lương tối thiểu vùng do Chính phủ quy định. Mức phạt tiền dao động từ 5 triệu tới 75 triệu đồng tùy từng trường hợp vi phạm. Nghị định cũng quy định phạt tiền đồng thời đình chỉ hoạt động đối với người sử dụng lao động huy động người lao động làm thêm giờ mà không được sự đồng ý của người lao động; hoặc thực hiện thời giờ làm việc bình thường hoặc làm thêm giờ vượt quá số giờ làm việc theo quy định của BLLĐ[29].

Các chế tài xử lý LĐCB chưa thật đầy đủ còn thể hiện ở khía cạnh quy định pháp luật về đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài. Nghị định 95 và Nghị định 88 đều xử phạt tiền từ 80 triệu tới 100 triệu đồng đối với hành vi lôi kéo, dụ dỗ, lừa gạt hoặc ép buộc người lao động Việt Nam ở lại nước ngoài trái pháp luật. Tuy nhiên, cả hai Nghị định tuyệt nhiên không quy định xử phạt đối với các vi phạm của tổ chức đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài, nếu tổ chức này sử dụng thông tin sai sự thật, áp dụng các biện pháp lôi kéo, ép buộc người lao động Việt Nam nhằm buộc người lao động chấp nhận ký kết và thực hiện hợp đồng lao động ở nước ngoài. Nghị định cũng không quy định hình thức xử lý đối với hành vi thu phí môi giới cao hơn quy định của pháp luật trong khi vì điều này, phần lớn người lao động Việt Nam phải đối mặt với nguy cơ bị giữ hộ chiếu và phải làm thêm giờ để trả những món nợ bất hợp pháp[30].

IV. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về lao động cưỡng bức

1. Ban hành quy định hướng dẫn chi tiết các dấu hiệu của LĐCB

Với những lý do như đã trình bày, rõ ràng, các chỉ số về LĐCB là cần thiết nhằm xử lý nghiêm minh, tránh bỏ sót tội phạm CBLĐ; cũng như tạo hành lang pháp lý minh bạch giúp cơ quan thực thi pháp luật hoặc người lao động hay doanh nghiệp phát hiện nhanh chóng tình trạng LĐCB. Bộ hướng dẫn 11 chỉ số của ILO về LĐCB là tài liệu các nhà làm luật Việt Nam rất nên tham khảo.

2. Bổ sung quy định về xử phạt vi phạm hành chính

Cần thiết bổ sung vào Nghị định 95 một quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi CBLĐ. Đây sẽ là cơ sở pháp lý quan trọng để có thể xử lý hình sự đối với các trường hợp CBLĐ không rơi vào các điều khoản còn lại được nêu rõ trong Điều 297 BLHS năm 2015. Các chỉ số hướng dẫn chi tiết về LĐCB sẽ là cơ sở để nhà làm luật đánh giá và quyết định mức nghiêm trọng của hành vi vi phạm, từ đó quyết định mức phạt tiền tương ứng.

Ngoài ra, nên bổ sung vào Điều 8 Nghị định 88 quy định xử phạt đối với hành vi sử dụng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực không cho phép người lao động chấm dứt quan hệ lao động. Bổ sung vào Điều 31 Nghị định 95 quy định xử phạt đối với hành vi lừa gạt, dụ dỗ, áp dụng các biện pháp lôi kéo, ép buộc người lao động Việt Nam tham gia tuyển chọn, ký kết và thực hiện hợp đồng lao động ở nước ngoài. Biện pháp xử phạt vi phạm hành chính cũng cần được quy định rõ đối với hành vi thu phí môi giới cao hơn quy định của pháp luật ■

---

29 Điều 14 Nghị định 88.

30 Ngày 17/9/2014, một báo cáo của Verité với tựa đề "LĐCB trong sản xuất đồ điện tử ở Malaysia – Nghiên cứu toàn diện về phạm vi và đặc điểm" đã được công bố. Báo cáo chỉ ra rằng, 32% trong tổng số gần 200.000 lao động nước ngoài làm việc trong ngành sản xuất đồ điện tử thuộc tình trạng LĐCB. Theo Verite' người lao động bị giữ hộ chiếu và phải làm việc thêm giờ để trả những món nợ do bị thu phí môi giới tuyển dụng quá cao và bất hợp pháp. So với các quốc tịch khác như Myanmar, Indonesia và Nepal, người lao động Việt Nam phải trả phí môi giới tuyển dụng cao nhất, trong khi nhận mức lương thấp nhất hàng tháng. Số lượng người lao động Việt Nam bị xem xét đang nằm trong tình trạng LĐCB cũng cao nhất so với các quốc gia khác, chiếm tới 40%. Xem thêm: ILO (2014), Thông cáo của ILO về báo cáo của Verité về điều kiện làm việc của công nhân ngành điện tử ở Malaysia; http://www.ilo.org/hanoi/Informationresources/ Publicinformation/ Pressreleases /WCMS _308015/lang—vi/index.htm.

PHÁP LUẬT VỀ KÝ KẾT, THỰC HIỆN ĐIỀU ƯỚC QUỐC TẾ Ở MỘT SỐ NƯỚC VÀ NHỮNG NỘI DUNG CẦN THAM KHẢO

HOÀNG VĂN TÚ*
TRƯƠNG HỒ HẢI**

1. Pháp luật về ký kết, thực hiện điều ước quốc tế của Cộng hòa Pháp

Cộng hoà Pháp là quốc gia có hệ thống pháp luật tiêu biểu cho pháp luật châu Âu lục địa. Hiến pháp năm 1958 của Cộng hòa Pháp thể hiện rõ mối quan hệ giữa pháp luật quốc tế và pháp luật quốc gia cũng như nguyên tắc chuyển hoá điều ước quốc tế (ĐƯQT) vào pháp luật quốc gia.

Hiến pháp năm 1958 đã dành Mục VI bao gồm các điều từ Điều 52 đến Điều 55 để quy định về vấn đề này, cụ thể như sau[1]: thẩm quyền của Tổng thống (đàm phán và ký kết ĐƯQT); thẩm quyền của Nghị viện (phê chuẩn ĐƯQT); mối quan hệ giữa pháp luật của Pháp và pháp luật của liên minh châu Âu; thừa nhận thẩm quyền của Toà Hình sự quốc tế; vai trò của Hội đồng bảo hiến trong việc kiểm tra tính hợp hiến của các ĐƯQT; vị trí của ĐƯQT trong hệ thống pháp luật. Trong đó, Điều 55 Hiến pháp năm 1958 ghi rõ: "Các ĐƯQT được phê chuẩn hoặc phê duyệt một cách hợp lệ, ngay sau khi công bố, sẽ có hiệu lực pháp lý cao hơn luật, với điều kiện bên ký kết kia cũng phải thực hiện ĐƯQT đó".

Như vậy, Điều 55 Hiến pháp Pháp đã khẳng định ĐƯQT có vị trí ưu tiên áp dụng so với nội luật. Giá trị ưu tiên áp dụng này không phải là mặc nhiên, mà nó phải đi kèm với một số điều kiện nhất định, đó là: *thứ nhất* là điều kiện về hình thức, ĐƯQT phải được phê chuẩn hoặc phê duyệt một cách hợp lệ; *thứ hai* là điều kiện về nội dung, đó là bên ký kết kia cũng phải thực hiện nghiêm chỉnh ĐƯQT đó (nguyên tắc có đi có lại).

Khác với nhiều nước trên thế giới ban hành một đạo luật về ĐƯQT, Cộng hòa Pháp không có một văn bản nào hướng dẫn thi hành các quy định của Hiến pháp về ĐƯQT. Công tác đàm phán, ký kết ĐƯQT do Bộ Ngoại giao cũng như các Bộ hữu quan khác trong Chính phủ Pháp thực hiện thường dựa chủ yếu vào kinh nghiệm từ thực tiễn hoạt động hành chính. Đến năm 1997, Bộ Ngoại giao mới ban hành một Thông tư để pháp điển hoá các kinh nghiệm thực tiễn này, song cũng chỉ dừng lại ở những quy định mang tính nguyên tắc chung.

* ***PGS,TS. Viện Nghiên cứu Lập pháp.***
** ***PGS,TS. Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.***

Bài viết là kết quả của Đề tài khoa học cấp Bộ "Hoàn thiện pháp luật về ký kết, gia nhập và thực hiện Điều ước quốc tế - Cơ sở lý luận và thực tiễn" của Viện Nghiên cứu Lập pháp do PGS,TS. Hoàng Văn Tú làm Chủ nhiệm, thuộc Chương trình nghiên cứu khoa học cấp Bộ trong các cơ quan của Quốc hội giai đoạn 2014 - 2016.

1 *Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Hiến pháp Cộng hòa Pháp năm 1958, trong Tuyển tập Hiến pháp của một số quốc gia, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr. 228-230.*

a. Các cơ quan có thẩm quyền đàm phán, ký kết, chuyển hóa ĐƯQT vào nội luật

Theo quy định của Hiến pháp Pháp, cơ quan hành pháp nắm quyền đàm phán, ký kết ĐƯQT. Trên thực tế, nhiệm vụ này chủ yếu do Bộ Ngoại giao và các Bộ hữu quan khác thực hiện. Bộ Ngoại giao giữ vai trò trung tâm trong công tác ĐƯQT, là cơ quan đàm phán chính thức và điều phối, bảo quản, lưu chiểu. Còn thẩm quyền phê duyệt ĐƯQT thuộc về Tổng thống (Điều 52).

Cơ quan thẩm định ĐƯQT cũng là Bộ Ngoại giao. Bộ Ngoại giao (cụ thể là Vụ Pháp chế) có nhiệm vụ thẩm định đối với các ĐƯQT do các Bộ khác đề xuất đàm phán, ký kết. Khi có ý kiến khác nhau giữa Bộ Ngoại giao và các Bộ hữu quan thì Ban Tổng thư ký của Chính phủ sẽ đứng ra làm trọng tài. Ban Tổng thư ký của Chính phủ là một thiết chế đặc biệt trong bộ máy nhà nước Pháp. Về bản chất, đây là một cơ quan liên Bộ, bao gồm khoảng 50 nhân viên, có nhiệm vụ tư vấn cho Thủ tướng Chính phủ trong công tác lập pháp (bao gồm cả công tác ĐƯQT).

Cũng cần nhấn mạnh là, theo quy định của Hiến pháp Pháp thì các chính quyền địa phương không có thẩm quyền đàm phán, ký kết ĐƯQT mà chỉ có thẩm quyền ký kết các thỏa thuận quốc tế với các đơn vị hành chính tương đương của các quốc gia khác trong khuôn khổ các hoạt động giao lưu, hợp tác kinh tế, văn hóa, khoa học, kỹ thuật.

b. Vấn đề xem xét tính hợp hiến của ĐƯQT trong pháp luật của Pháp

Nói chung, Pháp thường cố gắng tránh đưa vào dự thảo ĐƯQT những điều khoản có nội dung trái Hiến pháp. Chỉ trong những trường hợp đặc biệt vì lý do chính trị, Pháp mới chấp nhận đưa vào ĐƯQT những điều khoản trái Hiến pháp. Từ trước đến nay ở Pháp mới chỉ có 04 trường hợp như vậy, đó là: Hiệp ước Max-xtrích; Hiệp ước Am-xtec-đam; Hiệp ước thành lập Toà Hình sự quốc tế; Hiến chương về các Ngôn ngữ trong khu vực.

Tuy nhiên, trong các trường hợp này, yêu cầu thủ tục được đặt ra hết sức chặt chẽ để đảm bảo tính tối thượng của Hiến pháp. Cụ thể là trước khi trình Nghị viện phê chuẩn, yêu cầu đặt ra là phải sửa đổi Hiến pháp trước thông qua trưng cầu dân ý. Điều 54 Hiến pháp quy định: "Trong trường hợp Hội đồng Bảo hiến, theo đề nghị của Tổng thống, Thủ tướng Chính phủ, Chủ tịch Thượng nghị viện hoặc Hạ nghị viện, 60 Thượng nghị sỹ hoặc 60 Hạ nghị sỹ, tuyên bố rằng một ĐƯQT có chứa một điều khoản trái với Hiến pháp, thì chỉ có thể phê chuẩn hoặc phê duyệt ĐƯQT đó sau khi tiến hành sửa đổi Hiến pháp". Như vậy, giả sử việc sửa đổi Hiến pháp bị thất bại (kết quả trưng cầu dân ý đạt dưới 50%), thì ĐƯQT có điều khoản trái Hiến pháp sẽ không được phê chuẩn hoặc phê duyệt, nói cách khác là sẽ không có hiệu lực pháp lý ràng buộc đối với Pháp với tư cách là một bên ký kết.

c. Xem xét tính hợp pháp của ĐƯQT

Vì ĐƯQT có giá trị cao hơn luật nên trong trường hợp ĐƯQT có chứa điều khoản trái với luật quốc gia thì việc thực hiện ĐƯQT đòi hỏi phải sửa đổi hệ thống luật trong nước. Việc này sẽ gây nhiều xáo trộn, nên Pháp cũng thường cố gắng tránh đưa vào ĐƯQT điều khoản trái với luật trong nước. Khi chấp nhận một hoặc nhiều điều khoản trái với luật trong nước, thì thông thường, cơ quan đàm phán phải giải trình rõ lý do (thường là trường hợp ĐƯQT có ý nghĩa quan trọng với Pháp hoặc Pháp muốn phát triển một lĩnh vực cụ thể và cải cách hệ thống pháp luật trong lĩnh vực này). Ở đây, có hai vấn đề cần lưu ý: *Thứ nhất,* nếu ĐƯQT thuộc đối tượng phải trình Nghị viện phê chuẩn theo Điều 53 Hiến pháp Cộng hòa Pháp năm 1958 (liên quan đến hoà bình, thương mại quốc tế, tổ chức quốc tế, tài chính quốc gia, làm thay đổi các quy định của luật, nhân thân, chuyển nhượng, đổi hoặc tiếp nhận thêm một phần lãnh thổ quốc gia)[2], thì cơ quan đàm phán thường không chấp nhận trong điều khoản thi hành của văn

2 Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Tuyển tập Hiến pháp của một số quốc gia, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr. 229.

kiện điều ước lại có quy định: "ĐƯQT có hiệu lực ngay sau khi ký kết". Trong trường hợp này, phía Pháp bao giờ cũng yêu cầu sửa đổi quy định về hiệu lực thi hành thành: "ĐƯQT có hiệu lực sau khi được phê chuẩn hoặc phê duyệt". *Thứ hai*, Pháp thường tránh việc áp dụng tạm thời ĐƯQT trước khi ĐƯQT đó có hiệu lực. Lý do là về nguyên tắc, sau khi được công bố trên Công báo của Pháp thì ĐƯQT có giá trị pháp lý (các tổ chức, cá nhân có thể viện dẫn trước Toà án của Pháp). Như vậy, nếu chưa có sự phê chuẩn của Nghị viện mà đã cho công bố điều ước trên Công báo thì coi như đã đặt Nghị viện vào tình thế việc đã rồi. Do đó, Thông tư năm 1997 quy định rất rõ, trong mọi trường hợp, Đoàn đàm phán của Pháp không được chấp nhận những điều khoản cho phép áp dụng tạm thời ĐƯQT nếu điều ước đó buộc phải có sự phê chuẩn của Nghị viện. Chỉ trong một số trường hợp hãn hữu và phải được Ban Tổng thư ký của Chính phủ thông qua thì quy định về hiệu lực tạm thời của ĐƯQT mới được chấp nhận.

d. Các phương thức nội luật hoá

Pháp luật của Pháp phân biệt hai trường hợp sau:

Thứ nhất, nếu có thể áp dụng trực tiếp ĐƯQT (các bên đều mong muốn và đã được quy định rõ trong văn kiện ĐƯQT) thì chỉ cần thông qua thủ tục phê chuẩn hay phê duyệt là điều ước đó có hiệu lực áp dụng trực tiếp. Mọi công dân Pháp đều có quyền viện dẫn ĐƯQT đó trước Toà án Pháp. Trên thực tế, trường hợp này chiếm đa số trong các ĐƯQT mà Pháp đã ký kết hoặc tham gia.

Thứ hai, nếu không thuộc trường hợp trên thì Pháp phải ban hành một đạo luật để chuyển hoá ĐƯQT vào pháp luật quốc gia (rất ít khi Pháp phải ban hành một đạo luật chuyển hoá như vậy). Đây thường là các ĐƯQT làm phát sinh trực tiếp quyền và nghĩa vụ đối với các cá nhân; bản thân ĐƯQT không có đầy đủ các quy định rõ ràng và cụ thể để có thể được áp dụng trực tiếp; hoặc trong trường hợp quy định về hiệu lực trực tiếp đã rõ ràng nhưng điều ước đó có nội dung lại trái hoặc chưa được quy định trong luật quốc gia thì cũng phải ban hành một đạo luật để chuyển hoá ĐƯQT vào pháp luật quốc gia.

e. Thủ tục nội luật hoá

Đối với những ĐƯQT thuộc loại phải trình Nghị viện, trước hết cơ quan chủ trì phải xây dựng Dự thảo luật và Tờ trình. Dự thảo luật chỉ gồm một điều rất đơn giản là: "Nghị viện cho phép phê chuẩn, phê duyệt, gia nhập ĐƯQT ký giữa Pháp với... ". Còn Tờ trình bao gồm các nội dung chủ yếu là sự cần thiết, lợi ích của ĐƯQT đối với kinh tế - xã hội của Pháp cũng như chính sách đối ngoại của Pháp. Dự thảo luật và Tờ trình phải được xin ý kiến các Bộ chuyên môn hữu quan. Sau đó, Bộ Ngoại giao tổng hợp và trình lên Ban Tổng thư ký của Chính phủ, rồi Ban Tổng thư ký của Chính phủ chuyển sang Tham chính viện[3] để lấy ý kiến. Ý kiến của Tham chính viện không có giá trị bắt buộc nhưng trên thực tế, Chính phủ thường nghe theo Tham chính viện vì đây là một trong những cơ quan gồm các chuyên gia pháp luật hàng đầu của Pháp.

f. Vai trò của Hội đồng Bảo hiến trong công tác ĐƯQT

Hội đồng Bảo hiến (Conseil constitutionel) về bản chất chính là Tòa án Hiến pháp của Pháp, bao gồm 09 thành viên với nhiệm kỳ 09 năm (không được tái bổ nhiệm). Ba thành viên do Thượng nghị viện bầu, ba thành viên do Hạ nghị viện bầu và ba thành viên do Tổng thống chỉ định. Ngoài các thành viên chính thức còn có các thành viên danh dự là các cựu Tổng thống nước Cộng hòa Pháp.

Vai trò của Hội đồng Bảo hiến trong lĩnh vực ĐƯQT được đề cập tại Điều 54

3 *Tham chính viện (Conseil d'Etat) là một thiết chế đặc thù trong bộ máy nhà nước Pháp, giữ hai chức năng: tư vấn cho Chính phủ về sự phù hợp của các văn bản do Chính phủ ban hành đối với các luật; là Tòa án Hành chính tối cao của Pháp.*

Hiến pháp[4], theo đó Hội đồng Bảo hiến là cơ quan duy nhất có quyền xem xét đánh giá tính hợp hiến của các ĐƯQT trước khi Nghị viện phê chuẩn. Quy định này cho phép hiểu là một khi ĐƯQT đã được phê chuẩn hoặc phê duyệt thì Hội đồng Bảo hiến không còn thẩm quyền can thiệp nữa vì ĐƯQT lúc này đã có hiệu lực pháp lý. Người có quyền đề nghị Hội đồng Bảo hiến kiểm tra tính hợp hiến theo quy định của Hiến pháp là Tổng thống, Thủ tướng, Chủ tịch Thượng nghị viện, Chủ tịch Hạ nghị viện, 60 Thượng nghị sỹ, 60 Hạ nghị sỹ.

2. Pháp luật về ký kết, thực hiện điều ước quốc tế của Nhật Bản

Nhật Bản quy định ĐƯQT là các văn bản pháp lý quốc tế mà Nhật Bản tham gia hoặc ký kết với các nước, các tổ chức quốc tế, bao gồm Công ước, Hiệp định, Nghị định thư... Theo quy định của khoản 2 Điều 98 Hiến pháp Nhật Bản năm 1946[5], ĐƯQT được coi như Luật quốc gia và được thực hiện một cách đầy đủ.

Tuy nhiên, pháp luật Nhật Bản không có quy định về trật tự, thứ bậc giữa pháp luật quốc gia và ĐƯQT, cái nào có giá trị pháp lý cao hơn cái nào hoặc ĐƯQT có phải là một bộ phận của luật quốc gia hay không. Tuy không có quy định, nhưng hầu hết các chuyên gia pháp luật của Nhật Bản đều cho rằng, ĐƯQT có giá trị pháp lý thấp hơn Hiến pháp, bởi lẽ ĐƯQT đa phần là do Chính phủ ký kết, còn Nghị viện thông qua các văn bản này. Đồng thời, nếu ĐƯQT có giá trị pháp lý cao hơn Hiến pháp, thì khi có sự mẫu thuẫn giữa Hiến pháp và ĐƯQT phải tiến hành sửa Hiến pháp. Điều này có vẻ không phù hợp đối với một quốc gia như Nhật Bản.

Pháp luật Nhật Bản cũng không quy định hay khẳng định thành nguyên tắc chung ĐƯQT có vị trí như thế nào đối với luật trong hệ thống pháp luật, mà chỉ có một số văn bản pháp luật riêng lẻ của Nhật Bản đề cập đến thứ tự ưu tiên của ĐƯQT khi có mâu thuẫn về nội dung của ĐƯQT với văn bản pháp luật có liên quan, chẳng hạn như Luật Bản quyền của Nhật Bản,.... Còn lại, đa số các văn bản pháp luật hiện hành của Nhật Bản không đề cập đến quyền ưu tiên của ĐƯQT. Nhưng căn cứ vào các quy định riêng rẽ của một số văn bản pháp luật thì có thể thấy rằng, ở Nhật Bản ĐƯQT có giá trị pháp lý cao hơn luật.

Như vậy, mặc dù các quy định của Hiến pháp và các văn bản pháp luật của Nhật Bản không nói rõ trực tiếp về thứ bậc của ĐƯQT trong hệ thống pháp luật quốc gia, nhưng căn cứ vào các quy định của Hiến pháp và các văn bản pháp luật của Nhật Bản, chúng ta thấy rằng, ở Nhật Bản, ĐƯQT có giá trị pháp lý dưới Hiến pháp, nhưng cao hơn luật. Mặt khác, các quy định của Nhật Bản xác định rằng, Nhật Bản coi ĐƯQT là một bộ phận tách rời khỏi hệ thống pháp luật quốc gia, tức là theo trường phái "nhị nguyên luận" và không có sự áp dụng trực tiếp các ĐƯQT. Bởi lẽ nếu một quốc gia coi ĐƯQT là một bộ phận của luật quốc gia (nhất nguyên luận), thì ĐƯQT sẽ là một bộ phận gắn liền với pháp luật trong nước nên không cần đặt ra vấn đề vị trí cao thấp của ĐƯQT trong luật quốc gia. Khi nghiên cứu, xem xét việc thực hiện ĐƯQT của Nhật Bản, ta thấy nhiều văn bản pháp luật của Nhật Bản chỉ dẫn đến việc áp dụng trực tiếp các ĐƯQT, ví dụ, Điều 3 của Luật Thuế quan quy định: "Trong trường hợp có quy định cụ thể của ĐƯQT, thì áp dụng ĐƯQT".

Như vậy, Nhật Bản cũng như nhiều nước hiện nay đều không cứng nhắc theo một chủ thuyết nào trong việc thực hiện các ĐƯQT, mà có sự uyển chuyển trong sự tiếp thu của hai học thuyết: nhị nguyên luận và

---

4 *Điều 54: "Trong trường hợp, trên cơ sở có đề nghị của Tổng thống, Thủ tướng, Chủ tịch Hạ viện hoặc Chủ tịch Thượng viện hoặc của 60 Hạ nghị sỹ hoặc 60 Thượng nghị sỹ, Hội đồng Hiến pháp tuyên bố một cam kết quốc tế có điều khoản trái với Hiến pháp, thì cam kết quốc tế đó chỉ được phê chuẩn hoặc phê duyệt sau khi đã tiến hành sửa đổi Hiến pháp". Xem: Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Tuyển tập Hiến pháp của một số quốc gia, Sđd.*

5 *Khoản 2 Điều 98: "Chính phủ phải tôn trọng các hiệp ước ký kết của quốc gia và quốc tế". Xem: Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Tuyển tập Hiến pháp của một số quốc gia, Sđd.*

nhất nguyên luận. Các quốc gia thường quan tâm đến hiệu quả của việc thực hiện các ĐƯQT, khi ĐƯQT rõ ràng, có thể áp dụng trực tiếp được thì họ sẽ áp dụng trực tiếp; còn nếu chưa rõ ràng, khó áp dụng, thì các quốc gia sẽ tiến hành việc chuyển hoá thành các quy định của pháp luật trong nước.

a. Cách thức chuyển hoá các ĐƯQT vào pháp luật quốc gia

Theo quy định của khoản 3 Điều 73 Hiến pháp Nhật Bản[6], Chính phủ có quyền ký kết các ĐƯQT khi có sự chấp thuận trước hoặc đồng thời của Nghị viện, và sau khi ký kết, Chính phủ phải trình ĐƯQT ra cả hai viện là Thượng nghị viện và Hạ nghị viện để phê chuẩn. Trong trường hợp Chính phủ trình phê chuẩn ĐƯQT nhưng không đạt được sự đồng thuận của cả Hạ nghị viện và Thượng nghị viện, thì ý kiến của Hạ nghị viện sẽ là ý kiến quyết định. Trên thực tế, trường hợp này cũng hiếm khi xảy ra và pháp luật Nhật Bản cũng không có quy định liên quan đến việc xử lý trong trường hợp này.

Pháp luật Nhật Bản không có quy định cụ thể về các tiêu chí khi xem xét một ĐƯQT đã ký kết hoặc gia nhập có cần nội luật hoá hay không và cũng không quy định cơ quan nào có thẩm quyền xác định vấn đề này. Nhưng khi tổng kết quá trình hoạt động thực tiễn, Toà án Tối cao của Nhật Bản đã đưa ra hai tiêu chí xác định ĐƯQT không phải nội luật hoá, đó là: (i) ngay khi ký kết, gia nhập các bên thỏa thuận rằng các nội dung của điều ước sẽ được áp dụng trực tiếp; (ii) các quy định trong ĐƯQT đã rõ ràng, chính xác và tiện áp dụng.

Việc xác định một điều ước có được áp dụng trực tiếp hay không sẽ có ý nghĩa thực tiễn trong xét xử hoặc giải quyết các vụ việc cụ thể. Bởi lẽ, khi xác định một điều ước có hiệu lực áp dụng trực tiếp, không phải thông qua thủ tục nội luật hoá, thì một cá nhân có quyền căn cứ vào ĐƯQT đó để kiện Chính phủ, nếu cá nhân này cho rằng Chính phủ đã vi phạm nghĩa vụ theo quy định của ĐƯQT đó. Ngược lại, nếu một ĐƯQT phải thông qua thủ tục nội luật hoá vào pháp luật trong nước, thì cá nhân không có quyền căn cứ vào các quy định của ĐƯQT này để kiện Chính phủ.

Toà án Nhật Bản, trong nhiều vụ việc xét xử đã từ chối hiệu lực áp dụng trực tiếp của điều ước liên quan, ví dụ, trong năm 1994, một Toà án quận của Tokyo đã từ chối hiệu lực trực tiếp của Hiệp định GATT. Hay năm 1995, khi Nhật Bản đã phê chuẩn Công ước về Xoá bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử (Công ước này không được nội luật hoá), nhưng một số nhà tắm công cộng vẫn giữ quy định cũ là chỉ cho người Nhật Bản vào tắm chứ không cho người nước ngoài được sử dụng dịch vụ này. Vụ việc này đã được khởi kiện tại toà án. Khi xem xét vụ việc, thì toà án đã tuyên là Công ước trên không được áp dụng trực tiếp, nên các cá nhân không được căn cứ vào Công ước này để khởi kiện tại toà[7].

Đối với các quy định của pháp luật trong nước, nếu có điều khoản trái với ĐƯQT mà Nhật Bản ký kết hoặc gia nhập, thì Nhật Bản thực hiện việc sửa đổi hoặc ban hành mới các văn bản pháp luật liên quan. Chẳng hạn, khi là thành viên của Tổ chức Thương mại thế giới, Nhật Bản đã ban hành mới và sửa đổi một loạt các văn bản pháp luật trong nước để thực hiện nghĩa vụ thành viên của mình: liên quan đến thực hiện việc chống bán phá giá, Nhật Bản ban hành Luật Thuế quan; liên quan đến các biện pháp tự vệ, Nhật Bản ban hành Luật về Kiểm soát ngoại thương và ngoại hối; liên quan đến sở hữu trí tuệ, Nhật Bản ban hành Luật về Bản quyền, Luật về Cạnh tranh lành mạnh… Ngoài các văn bản nói trên, Nhật Bản cũng ban hành và sửa đổi rất nhiều văn bản khác nữa để phù hợp với các quy định trong khuôn khổ Tổ chức Thương mại thế giới.

---

6 *Xem: Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Tuyển tập Hiến pháp của một số quốc gia, Sđd.*

7 *Cũng vụ việc này, sau đó, khi căn cứ vào quy định của Bộ luật Dân sự, tòa án đã tuyên rằng việc không cho người nước ngoài vào tắm tại một số nhà tắm công cộng là vi phạm quy định của Bộ luật Dân sự.*

Nhật Bản không dùng phương pháp "dùng một luật để sửa nhiều luật" hiện hành khi thực hiện các nghĩa vụ cam kết trong các ĐƯQT đã ký kết hoặc gia nhập như một số quốc gia khác, mà lựa chọn cách thức sửa đổi hoặc ban hành mới từng luật cụ thể để thực hiện các nghĩa vụ này. Vấn đề khó khăn là trong nhiều trường hợp, sẽ chỉ có một khoảng thời gian rất ngắn để Nhật Bản sửa đổi, ban hành một khối lượng lớn các văn bản pháp luật trong nước liên quan đến thực hiện các cam kết quốc tế (như khi là thành viên chính thức của Tổ chức Thương mại thế giới). Tuy nhiên, khi nghiên cứu quy trình xây dựng luật và hệ thống cơ cấu Nghị viện - cơ quan làm luật ở Nhật Bản - chúng ta thấy rằng việc áp dụng cách thức trên của Nhật Bản là có cơ sở hiện thực. Nghị viện Nhật Bản hầu như làm việc tất cả các ngày trong năm. Từ năm 1998 đến nay, trong một kỳ họp, Nghị viện Nhật Bản thông qua khoảng 60 Luật mới. Ngoài ra, Nghị viện Nhật Bản còn thông qua một số lượng lớn các luật sửa đổi, bổ sung khác.

b. Giải thích các ĐƯQT

Pháp luật Nhật Bản không có quy định rõ ràng về cơ quan giải thích ĐƯQT. Khi có vụ việc tranh chấp xảy ra liên quan đến nội dung một ĐƯQT cụ thể, các cơ quan hành chính và toà án sẽ xem xét giải thích áp dụng ĐƯQT đó. Như vậy, cơ quan giải thích ĐƯQT ở Nhật Bản là các cơ quan trực tiếp áp dụng pháp luật liên quan.

Tuy nhiên, các quyết định giải quyết tranh chấp của cơ quan hành chính cũng có thể bị xem xét lại bằng thủ tục tư pháp (toà án) nếu có yêu cầu của người khiếu kiện. Khi xem xét các quyết định giải quyết khiếu kiện của cơ quan hành chính, toà án xem xét cả về việc áp dụng pháp luật, áp dụng ĐƯQT của các cơ quan hành chính. Do đó, xét đến cùng, cơ quan có quyền giải thích ĐƯQT ở Nhật Bản chính là toà án.

3. Pháp luật về ký kết, thực hiện điều ước quốc tế của Hoa Kỳ

Hoa Kỳ có thể chế pháp luật và thực tiễn thi hành các ĐƯQT tương đối phức tạp về nhiều khía cạnh, từ thẩm quyền, thủ tục đến việc phải dung hoà các quyền lợi khác nhau.

Các ĐƯQT của Hoa Kỳ đều được ký bởi Tổng thống và đại diện của Tổng thống. Như vậy, bất kỳ nghĩa vụ quốc tế nào mà Hoa Kỳ sẽ gánh vác từ việc ký một ĐƯQT đều xuất phát từ một hành động đơn phương của nhánh hành pháp. Thẩm quyền hành pháp đơn phương như vậy dường như đi ngược lại với quy trình xây dựng các điều ước đã được quy định cụ thể tại Điều II Hiến pháp Hoa Kỳ, quy trình này yêu cầu phải có sự tham vấn và tán thành của hai phần ba Thượng viện. Tuy nhiên, mức độ của xung đột hiến pháp này phụ thuộc vào phạm vi của nghĩa vụ xuất phát từ việc ký ĐƯQT.

Suốt chiều dài lịch sử, Hoa Kỳ đã ký hàng loạt các ĐƯQT nhưng sau đó lại không phê chuẩn. Hiện tượng này càng rõ hơn trong vài thập kỷ trở lại đây, khi Hoa Kỳ đã ký nhiều điều ước đa phương quan trọng nhưng lại không phê chuẩn. Các điều ước này bao gồm các điều ước liên quan đến nhân quyền như Công ước quốc tế về các Quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (ký năm 1977); Hiệp ước châu Mỹ về Nhân quyền (ký năm 1977); Công ước về Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ (ký năm 1980); Công ước về Quyền trẻ em (ký năm 1995). Ngoài ra, còn hàng loạt các điều ước quan trọng về môi trường không được phê chuẩn như Nghị định thư Kyoto, Công ước khung của Liên hiệp quốc về biến đổi khí hậu (ký năm 1998); Công ước Rio về đa dạng sinh học (ký năm 1993); và một hiệp định sửa đổi các quy định về khai thác khoáng sản dưới đáy biển trong Công ước về Luật biển (ký năm 1994). Một nhóm các hiệp ước khác đã được ký nhưng chưa được phê chuẩn và được thảo luận nhiều, liên quan đến cuộc chiến chống khủng bố sau ngày 11/9/2001 là các Nghị định thư thứ nhất và thứ hai bổ sung cho Công ước Geneva (ký năm 1977). Cuối cùng, hiện tượng này cũng xảy ra với nhiều hiệp ước liên quan đến tư pháp quốc tế mà Hoa Kỳ đã ký. Việc chưa phê chuẩn những điều ước này không đồng nghĩa với việc Hoa Kỳ sẽ không trở thành một bên tham gia điều ước. Ít ra từ Chiến tranh thế giới lần thứ nhất,

việc Hoa Kỳ ký một điều ước rồi mãi sau đó mới phê chuẩn không phải là chuyện hiếm. Hai ví dụ cụ thể là Nghị định thư Geneva về Cấm sử dụng các loại khí gây ngạt, độc, các phương pháp chiến tranh vi trùng, được ký năm 1925 nhưng chỉ được phê chuẩn vào năm 1975, tức 50 năm sau đó. Hoa Kỳ cũng đã ký Công ước Liên hiệp quốc về Phòng ngừa và trừng phạt tội diệt chủng năm 1948 nhưng cũng chỉ phê chuẩn 41 năm đó, vào năm 1989. Công ước về Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ được ký năm 1980 là một ví dụ về một điều ước được ký và có thể cuối cùng sẽ được phê chuẩn: năm 2002, bất chấp sự phản đối của chính quyền Bush, Ủy ban Đối ngoại Thượng viện Hoa Kỳ - chịu sự kiểm soát của Đảng Dân chủ - đã bỏ phiếu cho phép Công ước này được đưa ra cho toàn thể Thượng viện thảo luận và thông qua. Dù chưa có một cuộc bỏ phiếu nào được tổ chức ở Thượng viện nhưng nhiều nhà ủng hộ Công ước này đang hy vọng nó sẽ được phê chuẩn.

Có nhiều nguyên nhân khiến Hoa Kỳ có thể ký một điều ước nhưng lại không phê chuẩn nó. Tổng thống có thể đệ trình một ĐƯQT lên Thượng viện nhưng lại không được Thượng viện thông qua, dù việc này hiếm khi xảy ra. Hai ví dụ nổi bật là Hiệp ước Versailles, hiệp ước nền tảng xây dựng nên Hội Quốc liên, và Hiệp ước Cấm thử vũ khí hạt nhân toàn diện. Trong một trường hợp khả dĩ hơn, Tổng thống trì hoãn việc đệ trình điều ước lên Thượng viện bởi nhận thấy sự phản đối ở đó, và việc trì hoãn này có lẽ đồng nghĩa với hy vọng sẽ có một sự thay đổi lập trường và thành phần nghị sĩ trong Thượng viện. Đây là trường hợp đã xảy ra với Công ước về Quyền trẻ em mà chính quyền Clinton đã ký năm 1995 nhưng không đệ trình lên Thượng viện. Thêm vào đó, Tổng thống có thể đệ trình một điều ước lên Thượng viện và để nó bị quên lãng khi không hội tụ đủ số lượng phiếu của các thượng nghị sĩ ủng hộ. Một ví dụ minh họa là Công ước về Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ mà Ủy ban Đối ngoại Thượng viện đã chấp thuận và gửi đến Thượng viện để xem xét thông qua. Tuy nhiên, cuối cùng Thượng viện đã gửi trả lại cho Ủy ban Đối ngoại. Như đã nói trên, Ủy ban này đã trình Công ước lên Thượng viện một lần nữa vào năm 2002, tuy nhiên đến nay, nó vẫn đang nằm yên tại đó. Ở Hoa Kỳ, Tổng thống cũng có thể ký một điều ước mà không cam kết phê chuẩn nó. Hành động này có thể là nỗ lực để tham gia vào các cuộc đàm phán tiếp theo liên quan đến điều ước hay các tổ chức được thành lập bởi quy định trong điều ước, hay vì một lợi ích chính trị mang tính biểu tượng nào đó.

Sự thay đổi trong chính sách bởi một chính quyền Tổng thống mới cũng là một lý do tạo nên hiện tượng này. Ví dụ, Tổng thống Carter ký Hiệp ước Hạn chế vũ khí chiến lược (SALT II) nhằm cắt giảm vũ khí hạt nhân vào năm 1979, nhưng vào năm 1982, chính quyền Tổng thống Reagan tuyên bố rằng Hoa Kỳ không có ý định phê chuẩn Hiệp ước trên. Ngoại trưởng Mỹ Alexander Haig nói trước Ủy ban Đối ngoại Thượng viện rằng, "bản đề xuất này đã bị chính quyền bác bỏ", và "chúng tôi xem SALT II đã chết và đã thông báo cho Liên Xô như vậy". Tương tự, năm 1987, chính quyền Reagan tuyên bố rằng, sẽ không phê chuẩn Nghị định thư thứ nhất bổ sung cho Công ước Geneva về luật chiến tranh mà Tổng thống Carter đã ký năm 1977. Tổng thống Reagan giải thích trong một thông điệp gửi cho Thượng viện rằng, Nghị định thư này "có những khiếm khuyết cơ bản và không thể điều hòa được", rằng các vấn đề liên quan đến Nghị định thư là "quá cơ bản về bản chất đến mức chúng không thể được khắc phục thông qua việc bảo lưu quan điểm", và vì thế, "Tổng thống đã quyết định không đệ trình Nghị định thư lên Thượng viện dưới bất kỳ hình thức nào".

Có thể nói, cả Tổng thống và Quốc hội Hoa Kỳ đều có các quyền nhất định về ĐƯQT và lịch sử pháp luật Hoa Kỳ về ĐƯQT - nhất là trong lĩnh vực thương mại - là lịch sử của việc tranh giành quyền lực giữa hai nhánh quyền lực này. Trong khi Tổng thống (hay người được Tổng thống ủy quyền) là người đại diện duy nhất cho Hoa Kỳ trong thương lượng và ký kết các thoả

thuận quốc tế, Quốc hội nói chung mới có thẩm quyền phê chuẩn hay thi hành bất kỳ một thoả thuận nào có liên quan tới các đạo luật của Hoa Kỳ khi cần phải sửa đổi, bổ sung, ban hành mới hay huỷ bỏ chúng.

Có năm cách cơ bản được quy định cho việc đàm phán và thi hành các ĐƯQT của Hoa Kỳ (mà cũng có thể gọi là năm loại hay hình thức ĐƯQT):

Thứ nhất, đàm phán một hiệp ước, sau đó Thượng nghị viện, với 2/3 phiếu ủng hộ, phê chuẩn điều ước này theo các quy định của Hiến pháp;

Thứ hai, Tổng thống có thể được cho phép trên cơ sở các hiệp ước hiện có, ký kết các hiệp định quốc tế thi hành chi tiết hiệp ước, tức là có sự cho phép trước trong một hiệp ước có hiệu lực;

Thứ ba, Tổng thống ký kết các "hiệp định hành pháp" theo thẩm quyền vốn có của mình đối với quan hệ đối ngoại mà không cần có sự tham gia hay cho phép của Quốc hội. Tuy nhiên, thủ tục này nói chung không được sử dụng đối với các hiệp định thương mại vì Hiến pháp quy định cụ thể là Quốc hội có quyền "quy định và thu thuế xuất nhập khẩu và đặt ra các quy định đối với thương mại với nước ngoài (Điều I, khoản 8, Hiến pháp Hoa Kỳ).

Do đó, để đàm phán và thực hiện các hiệp định thương mại thì Tổng thống cần có sự hợp tác từ Quốc hội theo một trong hai cách:

Một là, Tổng thống đàm phán và ký kết các hiệp định với uỷ quyền cho phép trước của Quốc hội, chẳng hạn như Điều 101 của Luật Thương mại 1974;

Hai là, Tổng thống đàm phán và ký kết các hiệp định với việc phê chuẩn và nội luật hoá các điều khoản của hiệp định sau khi được ký, chẳng hạn Luật về các Hiệp định Bretton Woods.

Chính vì sự hợp tác giữa Tổng thống và Quốc hội này nên nhiều nhà nghiên cứu đã gọi các hiệp định thương mại này là các "hiệp định liên hành pháp và lập pháp".

4. Những nội dung Việt Nam cần tham khảo

Thứ nhất, trong quá trình hoàn thiện pháp luật, Việt Nam cần xác định rõ ràng và cụ thể vị trí của ĐƯQT trong hệ thống pháp luật, quy định cụ thể mối quan hệ thứ bậc giữa ĐƯQT với pháp luật quốc gia. Trong đó, cần quy định rõ, giá trị pháp lý của ĐƯQT không thể cao hơn Hiến pháp, tuy nhiên, cần có sự "ưu tiên áp dụng các ĐƯQT". Điều này có ý nghĩa quan trọng trong việc áp dụng trực tiếp các ĐƯQT.

Thứ hai, trong quá trình hoàn thiện pháp luật ký kết và thực hiện ĐƯQT ở Việt Nam, cần quy định rõ tiêu chí xác định loại ĐƯQT nào được áp dụng trực tiếp, loại nào buộc phải tiến hành chuyển hóa. Quy định cụ thể này nhằm xác định rõ chức năng, nhiệm vụ của cơ quan lập pháp và cơ quan hành pháp trong việc ký kết và thực hiện ĐƯQT.

Thực tế ở các nước cho thấy, các ĐƯQT được áp dụng trực tiếp thường không có các văn bản hướng dẫn thi hành đi kèm. Điều này dẫn đến tình trạng đôi khi cơ quan chức năng nhầm lẫn việc ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành đối với các ĐƯQT được áp dụng trực tiếp, với việc ban hành các văn bản pháp luật thực hiện việc chuyển hóa các quy định của ĐƯQT vào pháp luật quốc gia. Việc không có các văn bản hướng dẫn thi hành các ĐƯQT được áp dụng trực tiếp sẽ dẫn đến tình trạng thực thi không đúng, không đủ, không hiệu quả vì các quy định của ĐƯQT không phải lúc nào cũng dễ hiểu, dễ áp dụng.

Thứ ba, đối với những ĐƯQT đa phương mà Việt Nam ký kết, thông thường những ĐƯQT này không yêu cầu phải có bản song ngữ, do vậy, việc giải thích ĐƯQT, dịch ĐƯQT ra tiếng Việt là hết sức quan trọng (giải thích và bản dịch chính thức). Đảm bảo tốt nhất tính chính xác về nội dung của ĐƯQT trong bản dịch tiếng Việt là yếu tố cực kỳ quan trọng không chỉ đối với ĐƯQT được áp dụng trực tiếp mà còn cả đối với những ĐƯQT được chuyển hóa vào pháp luật quốc gia. Bởi lẽ, bản dịch tiếng

(Xem tiếp trang 37)