

### **Trách nhiệm giải trình**

Trách nhiệm giải trình là một yêu cầu cốt yếu của quản trị tốt. Không chỉ các cơ quan nhà nước mà các tổ chức xã hội công dân và khối tư nhân cũng phải có trách nhiệm giải trình trước công chúng và trước các đối tác. Phạm vi chủ thể và đối tượng hướng tới của trách nhiệm giải trình khác nhau giữa các quốc gia, phụ thuộc vào việc các quyết định và hành động được tiến hành hay áp dụng ở trong hay ở ngoài cơ quan, tổ chức đó. Tuy nhiên, xét chung thì một tổ chức hoặc cơ quan nhà nước sẽ phải chịu trách nhiệm giải trình trước những chủ thể mà bị ảnh hưởng bởi các quyết định hay hành động của mình.

Trách nhiệm giải trình có mối quan hệ khăng khít với pháp quyền và sự minh bạch. Không thể có trách nhiệm giải trình nếu không tôn trọng và thực hiện các nguyên tắc pháp quyền và sự minh bạch.

Bên cạnh quan điểm của các cơ quan Liên hiệp quốc đã nêu trên, một số cơ quan, tổ chức và học giả khác còn bổ sung thêm một số đặc trưng (hoặc nguyên tắc) của quản trị tốt. Ví dụ, có tài liệu cho rằng ngoài các đặc trưng nêu trên, quản trị tốt còn biểu hiện ở tính có thể dự đoán hoặc tính nhất quán [trong chính sách, pháp luật của nhà nước] (predictability or coherence)<sup>29</sup>, hay ở các vấn đề như: bảo vệ các quyền con người phổ quát (universal protection of human rights); pháp luật không phân biệt đối xử (non-discriminatory laws); thủ tục tư pháp

hiệu quả, vô tư và nhanh chóng (efficient, impartial and rapid judicial processes); việc phân bổ các nguồn lực và quyền ra quyết định cho các cấp chính quyền địa phương (devolution of resources and decision making to local levels from the capital)<sup>30</sup>; tính trách nhiệm (responsibility)<sup>31</sup>.

Từ những phân tích ở trên, có thể thấy *quản trị tốt là một tập hợp những tiêu chí về quản lý xã hội nhằm hướng đến mục tiêu thúc đẩy, bảo đảm sự phát triển hài hoà, bền vững của một quốc gia. Quản trị tốt không phải là một phương thức hay mô hình tổ chức, hoạt động của một nhà nước hay một hệ thống chính trị, mà là các nguyên tắc định hướng cho việc thiết kế và vận hành bộ máy nhà nước hoặc hệ thống chính trị đó.*

Cũng từ những phân tích nêu trên, có thể thấy những nguyên tắc của quản trị tốt rất rộng lớn, mà có thể nhìn nhận qua ba chiều cạnh chính, đó là<sup>32</sup>:

*Về kinh tế (economic aspect):* Thể hiện ở các nguyên tắc nhằm thúc đẩy tính công khai, minh bạch trong hoạt động của cơ quan nhà nước cũng như tính hiệu quả trong việc quản lý và sử dụng các nguồn lực công.

*Về xã hội (social aspect):* Thể hiện ở các nguyên tắc nhằm thúc đẩy sự bình đẳng và sự tham gia của người dân vào các hoạt động quản lý nhà nước, quản lý xã hội.

*Về chính trị (political aspect):* Thể hiện ở các nguyên tắc nhằm tăng cường pháp quyền, thúc đẩy việc bảo vệ các quyền

29 Xem Good Governance in Multiethnic Communities, Conditions, Instruments, Best Practices, Ways to Achieve and Measure Good Governance at the Local Level, tài liệu đã dẫn, tr.12.

30 Xem Miriam Wyman - Thinking about Governance: A Draft Discussion Paper Prepared for The Commonwealth Foundation Citizens and Governance Programme- [http://www.education.gov.mt/youth/pdf\\_cyf/CYF\\_Themes\\_Concept\\_Papers/cg\\_governance\\_paper.pdf](http://www.education.gov.mt/youth/pdf_cyf/CYF_Themes_Concept_Papers/cg_governance_paper.pdf). Cũng xem Catalin-Valentin RAIU, An Ontology of Good Governance. A Political Theory Approach, <http://revecon.ro/articles/2015-1/2015-1-8.pdf> <http://revecon.ro/articles/2015-1/2015-1-8.pdf>.

31 Commission on Human Rights, Resolution 2000/64.

32 Xem Good Governance in Multiethnic Communities, Conditions, Instruments, Best Practices, Ways to Achieve and Measure Good Governance at the Local Level, tài liệu đã dẫn, tr.13.

con người và trách nhiệm giải trình của bộ máy nhà nước.

Do tính chất rộng lớn của nó, việc bảo đảm tất cả các nguyên tắc của quản trị tốt là không dễ dàng. Trong thực tế, hiện mới có ít quốc gia đạt được tất cả các tiêu chí của quản trị tốt. Tuy nhiên, đây là một mục tiêu mà các quốc gia vẫn cần nỗ lực đạt được để phát triển bền vững.

### 3. Vai trò, ý nghĩa và mối quan hệ của quản trị tốt với nhân quyền và chống tham nhũng

Mặc dù xuất hiện và được cổ vũ đầu tiên ở các nước phát triển phương Tây, quản trị tốt hiện được các tổ chức quốc tế và các cơ quan viện trợ phát triển quốc gia xem là những nguyên tắc nền tảng cho phát triển bền vững. Bên cạnh đó, quản trị tốt cũng có tác động đến nhiều vấn đề khác như quyền con người, và đặc biệt là trong phòng, chống tham nhũng. Đó chính là lý do vấn đề quản trị tốt và phòng, chống tham nhũng thường được gắn với nhau trong các chương trình nghị sự của các tổ chức quốc tế và trong chính sách, pháp luật của nhiều quốc gia.

Về mối quan hệ giữa quản trị tốt với nhân quyền, theo Cơ quan Cao uỷ nhân quyền của Liên hiệp quốc<sup>33</sup>, đây là hai phạm trù có mối liên hệ hỗ trợ lẫn nhau. Các nguyên tắc về nhân quyền cung cấp một bộ giá trị định hướng và các tiêu chuẩn hành động cho việc tổ chức và hoạt động của các nhà nước, cũng như của các chủ thể chính trị, xã hội khác. Trong khi đó, quản trị tốt là nền tảng cho việc thực hiện các quyền con người. Nếu thiếu quản trị tốt, các quyền con người không thể được tôn trọng và thực thi vì việc bảo đảm quyền con người phụ thuộc

rất lớn vào môi trường, bối cảnh quản trị quốc gia.

Có thể tìm thấy mối liên hệ giữa khái niệm quản trị tốt với các nguyên tắc và các quyền con người trong nhiều văn kiện quốc tế về nhân quyền. Ví dụ, Điều 21 Tuyên ngôn toàn thế giới về Nhân quyền năm 1948 khẳng định tầm quan trọng của quyền quản lý nhà nước của công dân, còn hai Công ước quốc tế về các Quyền dân sự, chính trị và Công ước quốc tế về các Quyền kinh tế, xã hội văn hoá năm 1966 đều yêu cầu các quốc gia thành viên phải tôn trọng và thực hiện các biện pháp cần thiết để bảo đảm các quyền được ghi nhận trong hai công ước này. Trong Bình luận chung số 12 của Ủy ban về các Quyền kinh tế, xã hội văn hoá, cơ quan này nêu rõ: “Quản trị tốt là thiết yếu để hiện thực hoá tất cả các quyền con người cho tất cả mọi người”<sup>34</sup>.

Về mối quan hệ giữa quản trị tốt với phòng chống tham nhũng, các nguyên tắc của quản trị tốt như công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình... đồng thời cũng là những yêu cầu, biện pháp nền tảng trong phòng chống tham nhũng. Công ước của Liên hiệp quốc về Chống tham nhũng (UNCAC) có nhiều điều khoản liên quan đến các nguyên tắc của quản trị tốt, cụ thể như sau:

- Điều 5 (Chính sách và hành động phòng chống tham nhũng) yêu cầu các quốc gia thành viên phải xây dựng, thực hiện hoặc duy trì các chính sách chống tham nhũng mà *phải thúc đẩy sự tham gia của xã hội và thể hiện nguyên tắc nhà nước pháp quyền*, quản lý đúng đắn việc công và tài sản công, tính liêm khiết, minh bạch và trách nhiệm.

33 Good Governance and Human Rights, at <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Development/GoodGovernance/Pages/GoodGovernanceIndex.aspx>

34 CESCR General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11), at <http://www.refworld.org/pdfid/4538838c11.pdf>.

- Điều 7 (Khu vực công), quy định, mỗi quốc gia thành viên phải nỗ lực ban hành, duy trì và củng cố chế độ tuyển dụng, thuê, sử dụng, đề bạt và hưu trí đối với công chức dựa trên các nguyên tắc hiệu quả, minh bạch và tiêu chí khách quan như khả năng xuất sắc, công minh và năng lực.

- Điều 9 (Mua sắm công và quản lý tài chính công) yêu cầu mỗi quốc gia thành viên phải tiến hành các biện pháp cần thiết để xây dựng được các cơ chế mua sắm phù hợp dựa trên sự minh bạch, cạnh tranh và tiêu chí khách quan trong khâu ra quyết định, giúp phòng ngừa tham nhũng có hiệu quả.

- Điều 10 (Báo cáo công khai) yêu cầu các quốc gia thành viên phải áp dụng các biện pháp cần thiết để tăng cường minh bạch trong quản lý hành chính công, kể cả trong hoạt động tổ chức, thực hiện chức năng và ra quyết định.

- Điều 12 (Khu vực tư) yêu cầu các quốc gia thành viên áp dụng các biện pháp để thúc đẩy minh bạch giữa các tổ chức tư nhân, khi thích hợp áp dụng cả các biện

pháp nhận dạng thể nhân và pháp nhân tham gia thành lập và quản lý công ty.

- Điều 13 (Tham gia của xã hội) yêu cầu các quốc gia thành viên áp dụng các biện pháp thích hợp, nhằm thúc đẩy sự tham gia chủ động của các cá nhân và tổ chức ngoài khu vực công như xã hội dân sự, các tổ chức phi chính phủ và các tổ chức cộng đồng, vào công tác phòng ngừa và đấu tranh chống tham nhũng. Sự tham gia đó cần được tăng cường thông qua các biện pháp như: (a) tăng cường tính minh bạch trong các quy trình ra quyết định, thúc đẩy sự đóng góp của công chúng vào các quy trình ra quyết định; (b) đảm bảo cho công chúng được tiếp cận thông tin một cách hiệu quả; (c) tổ chức các hoạt động thông tin cho công chúng góp phần đấu tranh không khoan nhượng chống tham nhũng, cũng như các chương trình giáo dục công chúng, bao gồm cả chương trình giảng dạy trong nhà trường và trường đại học; (d) tôn trọng, tăng cường và bảo vệ sự tự do tìm kiếm, nhận, xuất bản và tuyên truyền thông tin về tham nhũng...■

## TÀI LIỆU THAM KHẢO

- 1 Aristote, Chính trị luận, bản tiếng Việt, tại <http://icevn.org/vi/node/366>.
- 2 Anwar Shah with Sana Shah, The New Vision of Local Governance and the Evolving Roles of Local Governments, at <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/NewVisionofLocalGovernance.pdf>.
- 3 ADB (2005), Governance: Sound Development Management. Governance: Sound Development Management, at <https://www.adb.org/sites/default/files/institutional-document/32027/govpolicy.pdf>.
- 4 Benz, A., Papadopoulos, Y. (eds, 2006) Governance and Democracy: Comparing National, European and International Experiences. Routledge, London.
- 5 Catalin-Valentin RAIU, An Ontology of Good Governance. A Political Theory Approach, <http://revecon.ro/articles/2015-1/2015-1-8.pdf> <http://revecon.ro/articles/2015-1/2015-1-8.pdf>.
- 6 Corina Adriana Dumitrescu, The Concept of Good Governance in Aristotle's View, tại [http://cogito.ucdc.ro/nr\\_3\\_en/1%20-%20THE%20CONCEPT%20OF%20GOOD%20GOVERNANCE%20IN%20\\_eng\\_.pdf](http://cogito.ucdc.ro/nr_3_en/1%20-%20THE%20CONCEPT%20OF%20GOOD%20GOVERNANCE%20IN%20_eng_.pdf).
- 7 Commission on Global Governance (1995), "Our Global Neighbourhood", at <http://www.gdrc.org/u-gov/global-neighbourhood/>

- 8 Commonwealth Foundation (1999), *Citizens and Governance: Civil Society in the New Millennium*. Commonwealth Foundation, London.
- 9 Daniel Kaufmann, Aart Kraay, Massimo Mastruzzi. *The Worldwide Governance Indicators: Methodology and Analytical Issues*, the World Bank Development Research Group Macroeconomics and Growth Team, September 2010, at file:///Users/macbook/Downloads/SSRN-id1682130.pdf.
- 10 *Good Governance in Multiethnic Communities, Conditions, Instruments, Best Practices, Ways to Achieve and Measure Good Governance at the Local Level*, A joint publication of the Ethnocultural Diversity Resource Center and the King Baudouin Foundation, 2007. Xem tại: [http://www.annalindhoundation.org/sites/annalindh.org/files/documents/publication/pub\\_1660\\_good20governance\\_multiethnic\\_com\\_light.pdf](http://www.annalindhoundation.org/sites/annalindh.org/files/documents/publication/pub_1660_good20governance_multiethnic_com_light.pdf)
- 11 Helen Clark (Administrator of the United Nations Development Programme), Remark at the Fourth United Nations Conference on the Least Developed Countries High Level Interactive Thematic Debate on Good Governance at All Levels, Istanbul, 11 May 2011.
- 12 Miriam Wyman, *Thinking about Governance*, Discussion Paper Prepared for the Commonwealth Foundation Citizens and Governance Programme, at [http://www.education.gov.mt/youth/pdf\\_cyf/CYF\\_Themes\\_Concept\\_Papers/cg\\_governance\\_paper.pdf](http://www.education.gov.mt/youth/pdf_cyf/CYF_Themes_Concept_Papers/cg_governance_paper.pdf)
- 13 Michel Camdessus (IMF Managing Director), Address to the United Nations Economic and Social Council, 2 July 1997.
- 14 OECD, (2001), *Governance in the 21st Century*, at <https://www.oecd.org/futures/17394484.pdf>.
- 15 OECD (2001), *Governance in the 21st Century: Future Studies*. Report from Conference ‘21st Century Governance: Power in the Global Knowledge Economy and Society’, Germany, 25–26 March, 2000. OECD, Paris.
- 16 OECD (2004), *Principles of Corporate Governance*, at <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf>.
- 17 Seth Lartey and Deepti Sastry, *Governance in the Commonwealth: Current Debates* trong ‘Governance in the Commonwealth: Current Debates (Seth Lartey and Deepti Sastry edited), © 2010 Commonwealth Foundation, at [http://www.commonwealthfoundation.com/sites/cwf/files/downloads/Governance\\_in\\_the\\_Commonwealth\\_current\\_debates.pdf](http://www.commonwealthfoundation.com/sites/cwf/files/downloads/Governance_in_the_Commonwealth_current_debates.pdf), p.10
- 18 United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific, *What is Good Governance? Report of the Commission on Global Governance Our Global Neighbourhood*. Xem tại: <http://www.itcilo.it/english/actrav/telearn/global/ilo/globe/gove.htm>.
- 19 UNDP (1997), *Governance & Sustainable Human Development*. A UNDP Policy Document, tại <http://www.pogar.org/publications/other/undp/governance/undppolicydoc97-e.pdf>.
- 20 UN Commission on Human Rights, Resolution 2000/64.
- 21 Victor Hart, *Good Governance as an Anti-corruption Tool*, in “Governance in the Commonwealth: Current Debates”, Edited by Seth Lartey and Deepti Sastry, © 2010 Commonwealth Foundation, pp. 41-49.
- 22 World Bank (1992), *Governance and Development*. World Bank, Washington, DC
- 23 World Bank (2006), *Making PRSP Inclusive*, at <http://siteresources.worldbank.org/DISABILITY/Resources/280658-1172608138489/MakingPRSPInclusive.pdf>.
- 24 World Bank (2007), *Strengthening the World Bank Group Engagement on Governance and Anticorruption*.

# QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ TRÁCH NHIỆM CỦA NGƯỜI ĐỨNG ĐẦU CƠ QUAN HÀNH CHÍNH NHÀ NƯỚC

**Bùi Thị Ngọc Mai\***

\* TS. Học viện Hành chính Quốc gia

**Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:* trách nhiệm người đứng đầu

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 25/7/2016

Biên tập: 01/9/2016

Duyệt bài: 02/01/2017

**Tóm tắt:**

Việt Nam hiện đang hướng đến xây dựng nhà nước pháp quyền. Mục tiêu này đòi hỏi việc xây dựng pháp luật nói chung, pháp luật về chế độ trách nhiệm của Nhà nước, của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước (CQ HCNN) nói riêng phải khoa học, hiệu quả. Bài viết phân tích một số vấn đề đặt ra đối với các quy định pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu các CQ HCNN ở Việt Nam và đưa ra một số phương hướng hoàn thiện.

**Article Information:**

*Keywords:* responsibility of the head

*Article History:*

Received: 25 Jul. 2016

Edited: 01 Sep. 2016

Approved: 02 Jan. 2017

**Abstract:**

Vietnam is now on an orientation toward the rule of law. It is required that the developments of the laws in general and the laws on the regime of the responsibilities of the state agencies, and of the laws on responsibilities of the heads of state administrative agencies (SAA) in particular must be in a scientific, efficient manner. This article provides analysis of a number of questions to the legal provisions on the responsibility of the head of the SAA in Vietnam and also proposes recommendations for improvements.

## 1. Đánh giá hệ thống pháp luật quy định trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước

Hệ thống văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) để điều chỉnh trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị, trong đó có trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN có thể được phân định thành ba nhóm, bao gồm: nhóm các văn bản dành riêng để điều chỉnh trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị; nhóm

các văn bản có quy định điều chỉnh trách nhiệm của cán bộ, công chức (CB,CC), trong đó có nội dung về trách nhiệm của người đứng đầu tổ chức; nhóm các văn bản có quy định riêng cho từng chức danh người đứng đầu từng loại hình tổ chức.

### 1.1 Ưu điểm

Một là, hệ thống văn bản khá phong phú, chứa đựng các QPPL về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị, trong đó có người đứng đầu CQ HCNN.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Có quan điểm cho rằng, “trong lịch sử nhà nước và pháp luật chưa có thời kỳ nào công tác xây dựng pháp luật về trách nhiệm người đứng đầu CQ HCNN được chú trọng và đạt được những kết quả lớn như thời kỳ này”<sup>1</sup>. Kết quả này thể hiện những nỗ lực của Nhà nước ta trong việc thể chế hóa nội dung trách nhiệm của người đứng đầu, nhằm tạo cơ sở pháp lý cho việc điều chỉnh trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN.

*Hai là*, hệ thống pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN “đã có sự đổi mới về chất”<sup>2</sup>, từng bước phản ánh được những nhu cầu cơ bản, khách quan, những nguyên tắc, định hướng của Đảng là đề cao trách nhiệm cá nhân người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị nói chung và người đứng đầu CQ HCNN nói riêng.

*Ba là*, các quy định pháp luật đã quy định phạm vi trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN, bao gồm trách nhiệm đối với nội bộ và trách nhiệm đối với xã hội.

*Bốn là*, nội dung điều chỉnh pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN được xác định khá rõ ràng và cụ thể, với các quy định xác định trách nhiệm trong tổ chức quản lý đội ngũ cán bộ, công chức (CB,CC) thuộc quyền, trong quản lý tài sản công, trong đấu tranh phòng chống tham nhũng, chống lãng phí và thực hành tiết kiệm...; Các quy định xác định trách nhiệm của người đứng đầu đối với việc ban hành văn bản quản lý nhằm thực hiện các chức năng lãnh đạo, quản lý; Các quy định xác định trách nhiệm đối với kết quả hoạt động của CQ HCNN.

*Năm là*, các quy định pháp luật đã quy

định các loại hình trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN, bao gồm trách nhiệm chính trị, trách nhiệm pháp lý, trách nhiệm đạo đức của người đứng đầu CQ HCNN trong thực thi công vụ. Đây là những cơ sở pháp lý quan trọng để người đứng đầu CQ HCNN thực hiện trách nhiệm và cũng là căn cứ để các cơ quan, tổ chức, cá nhân đánh giá, xem xét trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN.

### 1.2 Hạn chế

*a. Chưa xác định rõ quan niệm về người đứng đầu CQ HCNN*

Trong các văn bản QPPL quy định về trách nhiệm của người đứng đầu, không có điều khoản nào giải thích hay định nghĩa thế nào là “người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị”, để qua đó có cách hiểu thế nào là “người đứng đầu CQ HCNN”. Nghị định số 157/2007/NĐ-CP của Chính phủ quy định chế độ trách nhiệm đối với người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị của Nhà nước trong thi hành nhiệm vụ, công vụ không có điều khoản nào giải thích thế nào là “người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị”, trong khi lại có phần giải thích thế nào là “cấp phó của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị của Nhà nước” cùng một số từ ngữ khác. Tương tự, trong Nghị định số 107/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006 của Chính phủ quy định xử lý trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị khi để xảy ra tham nhũng trong cơ quan, tổ chức, đơn vị do mình quản lý, phụ trách cũng không tìm thấy điều khoản nào giải thích thế nào là “người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị”, mà chỉ giải thích ba thuật ngữ: “cấp phó của người đứng

1 Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh (2010), Hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu các CQ HCNN Việt Nam hiện nay - Vấn đề và giải pháp, Báo cáo tổng hợp kết quả nghiên cứu Đề tài khoa học cấp Bộ năm 2009, Cơ quan chủ trì: Viện Nhà nước và Pháp luật, Chủ nhiệm đề tài: PGS.TS. Trịnh Đức Thảo, Hà Nội, tr. 118.

2 Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh (2010), Hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu các CQ HCNN Việt Nam hiện nay - Vấn đề và giải pháp, t.lđd, tr. 118.

đầu”, “trách nhiệm trực tiếp”, “trách nhiệm liên đới”. Còn trong Nghị định số 103/2007/NĐ-CP của Chính phủ quy định trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị và trách nhiệm của CB,CC, viên chức trong việc thực hành tiết kiệm, chống lãng phí, có giải thích về “người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị” như sau: “Người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị” quy định tại Nghị định này là người đứng đầu các cơ quan, tổ chức, đơn vị được giao quyền hạn và trách nhiệm trong sử dụng và quản lý ngân sách, tài sản nhà nước hoặc của cơ quan tổ chức, đơn vị được giao quản lý vốn, tài sản nhà nước”. Có thể thấy, cách giải thích này không nhằm mục đích làm rõ ý thế nào là người đứng đầu, mà chỉ nhằm khoanh vùng phạm vi người đứng đầu là trong khu vực nhà nước mà không phải người đứng đầu ở khu vực tư nhân. Như vậy, cách giải thích này cũng không làm rõ thế nào là người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị. Do đó, thế nào là “người đứng đầu CQ HCNN” vẫn là một câu hỏi chưa có lời giải đáp.

“Khoảng trống” này có thể dẫn đến nhiều hệ quả, trong đó, hệ quả lớn nhất là khó xác định rõ ràng ai là người đứng đầu CQ HCNN. Có lẽ vì thế mà “Nghị định về xử lý trách nhiệm người đứng đầu ban hành từ lâu rồi nhưng đến nay áp dụng thực tế vẫn rất nhùng nhằng. Chẳng hạn tiêu cực, tham nhũng xảy ra ở đơn vị thuộc Sở thì Giám đốc Sở hay Chủ tịch tỉnh là người đứng đầu? Nếu ở cấp cao hơn, thì Chủ tịch tỉnh hay Bí thư tỉnh mới là người đứng đầu?”<sup>3</sup>. Đó là chưa kể đến trong các CQ HCNN hoạt động theo cơ chế tập thể lãnh đạo, cá nhân phụ trách như Chính phủ, UBND các cấp, thì người đứng đầu là ai: tập thể, hay cá nhân?

b. Chưa thống nhất cách hiểu về nội hàm thuật ngữ “trách nhiệm” của người đứng đầu CQ HCNN

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

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

*Trường hợp thứ hai*, trách nhiệm được hiểu theo nghĩa là “bị xử lý”, “chịu trách nhiệm”. Ví dụ, trong Luật CB,CC năm 2008, Điều 70 quy định về các trường hợp

3 Nghĩa Nhân, Chồng tham nhũng: vẫn khó xác định người đứng đầu, Báo Pháp luật TP Hồ Chí Minh online, <http://phapluattp.vn/20110407123540164p0c1013/chong-tham-nhung-van-kho-xac-dinh-nguoi-dung-dau.htm>, đăng ngày 7/4/2011.

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

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

*c. Vị trí của người đứng đầu CQ HCNN chưa được quy định rõ ràng*

Điều này thể hiện ở chỗ *danh hiệu, tên gọi* của người đứng đầu CQ HCNN chưa được xác định rõ ràng, thống nhất, rằng: họ là “người đứng đầu CQ HCNN”. Mặc dù, theo quy định pháp luật hiện hành, có một số chức danh được quy định rõ là “người đứng đầu”, nhưng lại có sự mâu thuẫn trong hệ thống các quy định khiến “người đứng đầu” lại chỉ được “coi như là người đứng đầu”. Trong Nghị định 103/2007/NĐ-CP quy định trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị và trách nhiệm của CB,CC, viên chức trong việc thực hành tiết kiệm, chống lãng phí có một chi tiết rất đáng

chú ý. Phân Giải thích từ ngữ của Nghị định này quy định như sau: “Đối với các tổ chức hoạt động theo cơ chế tập thể, biểu quyết theo đa số (Ủy ban, Hội đồng quản trị, Hội đồng quản lý...) thì *Chủ tịch được coi như là người đứng đầu*”. Theo tinh thần của quy định này, thì Chủ tịch UBND chỉ “được coi như là người đứng đầu”, bởi UBND là “tổ chức hoạt động theo cơ chế tập thể, biểu quyết theo đa số”. Từ quy định này có thể suy rộng ra, đối với tất cả những tổ chức hoạt động theo cơ chế tập thể, biểu quyết theo đa số, đều chỉ có người được “coi như là người đứng đầu”, mà không có “người đứng đầu” nguyên nghĩa, đầy đủ, thực sự. Trong các tổ chức như vậy, có cả Chính phủ. Bởi theo quy định, Chính phủ thảo luận tập thể và quyết định theo đa số những vấn đề quan trọng.

Như vậy, danh hiệu, tên gọi của người đứng đầu CQ HCNN chưa được xác định rõ ràng, thống nhất, rằng: họ là “người đứng đầu CQ HCNN”. Bởi là “người đứng đầu”, và “coi như người đứng đầu” là một sự khác biệt rất lớn, và những người được “coi như người đứng đầu” không thể thực hiện đầy đủ trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN.

*d. Chưa quy định rõ ràng trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN với các chủ thể khác*

Thực tế hiện nay cho thấy, trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN chưa có sự phân định rõ ràng với các chủ thể khác nhau cùng tham gia vào quá trình quản lý nhà nước.

*Một là*, trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN vẫn chưa phân biệt rõ ràng với tổ chức Đảng. Theo kết quả một nghiên cứu thì ở các nước XHCN nói chung và ở Việt Nam nói riêng, Đảng có khả năng chi phối rất sâu đối với tổ chức và hoạt động của các CQ HCNN, là tổ chức thực sự có quyền lực bởi tổ chức này có tiếng nói mang tính quyết định về công tác tổ chức, cán bộ và những chủ trương lớn của CQ HCNN. Ví dụ



như trong công tác cán bộ của Chính phủ, theo phân cấp hiện nay trong Đảng, có rất nhiều cấp tham gia việc bổ nhiệm Thứ trưởng, Phó Thứ trưởng cơ quan ngang bộ. Nhưng chỉ sau khi Bộ Chính trị, Ban Bí thư Trung ương Đảng có ý kiến nhất trí thì Thủ tướng Chính phủ mới có thể ra quyết định bổ nhiệm về mặt Nhà nước<sup>4</sup>. Ở UBND cũng tương tự. Nhìn chung, vai trò của các tổ chức đảng và nhất là của các đảng viên giữ các cương vị lãnh đạo chủ chốt ở CQ HCNN là biểu hiện mang tính đặc trưng trong các nhà nước XHCN, thể hiện qua lời nhận xét của nhà lý luận người Hungary Jozep Révai: “Đảng và Nhà nước không phải là một, nhưng cũng không phải là hai”<sup>5</sup>.

*Hai là*, trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN vẫn chưa phân biệt rõ ràng với tập thể lãnh đạo. Đơn cử, đối với các cơ quan Chính phủ, UBND các cấp, việc xem xét trách nhiệm cá nhân người đứng đầu CQ HCNN không phải là vấn đề đơn giản. Bởi theo các quy định hiện hành của Việt Nam, Chính phủ, UBND làm việc theo chế độ tập thể, quyết định theo đa số; Thủ tướng, Chủ tịch UBND chỉ có quyền quyết định cá nhân trong một số công việc được giao, còn những vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền của Chính phủ, của UBND phải được thảo luận tập thể và quyết định theo đa số. Nhìn chung, đối với rất nhiều hoạt động của Chính phủ và UBND, về mặt quy định, khi biểu quyết giữa tập thể, vị trí của Thủ tướng và Chủ tịch UBND chỉ ngang bằng với tất cả các thành viên khác trong Chính phủ, UBND. Vì thế, khó có thể phân định rõ ràng trách nhiệm quản lý, điều hành của người đứng đầu CQ HCNN với sự quản lý, điều hành của tập thể.

*Ba là*, trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN chưa phân biệt rõ ràng với các công chức thuộc quyền. Một trong những đặc điểm của các CQ HCNN ở Việt Nam hiện nay là không có ranh giới rõ rệt giữa yếu tố chính trị và yếu tố hành chính. Trong CQ HCNN, dù là người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu hay các công chức làm công tác tham mưu, tác nghiệp cụ thể thì đều tham gia và chia sẻ trách nhiệm trong một quy trình quản lý. Đặc tính trên đây là sự phản ánh rõ nét về bản chất chính trị nhất nguyên của bộ máy hành chính nhà nước Việt Nam cũng như ở các nước XHCN<sup>6</sup>. Do đó, nếu như người đứng đầu CQ HCNN phải trực tiếp điều hành nhiều vụ việc mang tính hành chính nội bộ thì công chức dưới quyền cũng phải tham mưu, giúp người đứng đầu CQ HCNN giải quyết vấn đề thuộc trách nhiệm của người đứng đầu. Vì vậy, sự khác nhau giữa họ chẳng qua chỉ là sự phân cấp về quyền hạn và phân công trách nhiệm từng công đoạn của quá trình quản lý hành chính, và mối quan hệ trách nhiệm giữa họ thường là mối quan hệ trách nhiệm liên đới. Điều này khiến cho việc phân định trách nhiệm giữa người đứng đầu CQ HCNN với các công chức thuộc quyền khó có thể rõ ràng.

*Bốn là*, chưa có sự rõ ràng trách nhiệm giữa những người đứng đầu CQ HCNN với nhau. Hiện nay, cơ cấu tổ chức bộ máy hành chính của Việt Nam còn nhiều chông chéo về chức năng, nhiệm vụ, do đó, vẫn chưa phân định rõ trách nhiệm của những người đứng đầu các CQ HCNN với nhau: giữa CQ HCNN ở trung ương với CQ HCNN ở địa phương cũng như giữa các CQ HCNN cùng cấp. Việc thiết kế tổ chức bộ máy hành chính

4 TS. Đặng Xuân Phương, Hoàn thiện tổ chức và hoạt động của Bộ, cơ quan ngang Bộ trong quá trình CCHC ở Việt Nam hiện nay, Nxb. Chính trị Quốc gia, H., 2011, tr. 54-55.

5 Kornai Janos, Hệ thống XHCN, Nxb. Văn hóa - Thông tin, H., 2002, tr. 34.

6 TS. Đặng Xuân Phương, Hoàn thiện tổ chức và hoạt động của Bộ, cơ quan ngang Bộ trong quá trình CCHC ở Việt Nam hiện nay, sdd, tr. 108-109.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

chưa thực hiện được nguyên tắc: *Một việc chỉ giao cho một cơ quan, một người chịu trách nhiệm chính*. Bộ máy hành chính còn nhiều điểm vướng mắc, chưa rõ công vụ nào là công vụ quốc gia do chính quyền trung ương đảm nhận, công vụ nào là trách nhiệm của chính quyền địa phương, do đó, rất nhiều vụ việc xảy ra nhưng trách nhiệm không rõ thuộc về người đứng đầu CQ HCNN ở trung ương hay ở địa phương. Đồng thời, tổ chức bộ máy hành chính ở trung ương và địa phương vẫn còn nhiều chức năng, nhiệm vụ trùng lặp, dẫn đến trong khi có nhiều vấn đề chưa rõ trách nhiệm giữa các bộ, thì lại có những lĩnh vực còn bỏ trống chưa ai chịu trách nhiệm. Đây là một trong những lý do rất cơ bản khiến việc thực hiện trách nhiệm của người đứng đầu các CQ HCNN gặp nhiều khó khăn, lúng túng, đồng thời, khi có vấn đề nảy sinh rất khó để quy kết trách nhiệm.

*e. Các quy định thiếu sự tương thích giữa yếu tố nghĩa vụ, quyền và yếu tố chịu trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN*

Sự thiếu tương thích này thể hiện ở các góc độ sau đây:

*Thứ nhất*, người đứng đầu CQ HCNN có nghĩa vụ và phải chịu trách nhiệm lớn hơn so với quyền hạn mà họ nhận được. Theo quy định hiện hành, người đứng đầu CQ HCNN phải “Chỉ đạo tổ chức thực hiện nhiệm vụ được giao và chịu trách nhiệm về kết quả hoạt động của cơ quan, tổ chức, đơn vị” (Luật CB,CC năm 2008), phải “Chịu trách nhiệm về toàn bộ hoạt động của cơ quan, tổ chức, đơn vị được giao lãnh đạo, quản lý” (Khoản 1 Điều 7 Nghị định 157/2007). Quy định này cho thấy nghĩa vụ của người đứng đầu là rất rộng và việc chịu trách nhiệm rất nặng nề. Và để đảm bảo sự tương thích, người đứng đầu CQ HCNN cần phải có quyền quyết định cá nhân đối với

toàn bộ các hoạt động của cơ quan được giao lãnh đạo, quản lý, ví dụ, quyền quyết định trong công tác tổ chức bộ máy, quản lý nhân sự, quản lý tài chính... Tuy nhiên, theo các quy định hiện nay thì quyền hạn của người đứng đầu CQ HCNN còn hạn chế, chưa đủ để thực hiện nghĩa vụ.

Đơn cử như quyền hạn về quản lý nhân sự. Một mặt, quy định hiện hành trao quyền quản lý nhân sự cho người đứng đầu, ví dụ, pháp luật quy định Bộ trưởng được quyền đề nghị bổ nhiệm nhân sự cấp phó, Chủ tịch UBND có quyền được bổ nhiệm, miễn nhiệm, điều động, cách chức, khen thưởng, kỷ luật CB,CC nhà nước theo sự phân cấp quản lý... Tuy nhiên, mặt khác lại có quy định “công tác cán bộ là thuộc thẩm quyền của tập thể cấp ủy đảng, theo nguyên tắc tập trung dân chủ”<sup>7</sup>, nghĩa là công tác cán bộ thực hiện theo nguyên tắc Đảng thống nhất lãnh đạo và quản lý. Nguyên tắc này hiện đang được áp dụng với tất cả các cơ quan nhà nước. Chính vì thế, việc thực hiện quyền hạn về công tác cán bộ của người đứng đầu CQ HCNN còn gặp nhiều khó khăn, chưa có tính thực quyền.

*Thứ hai*, người đứng đầu CQ HCNN có nghĩa vụ và phải chịu trách nhiệm lớn hơn so với quyền lợi mà họ nhận được. Điều này thể hiện ngay trong Luật CB,CC 2008. Đó là: Luật dành một điều quy định riêng về Nghĩa vụ của người đứng đầu, tuy nhiên, không có điều nào quy định riêng về Quyền lợi của người đứng đầu. Điều đó có nghĩa, theo quy định pháp luật, quyền lợi của người đứng đầu CQ HCNN không có gì khác biệt so với các CB,CC không phải là người đứng đầu. Cách quy định này có thể dẫn đến nhận thức rằng: Nghĩa vụ của người đứng đầu là khác với các CB,CC không phải là người đứng đầu, nhưng quyền hạn, quyền lợi của người đứng đầu thì không có gì khác biệt với các CB,CC không là người đứng đầu.

7 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Hội nghị lần thứ 5 Ban chấp hành Trung ương khóa X, Nxb. Chính trị Quốc gia, H., 2008, tr. 101.

## **2. Phương hướng hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu**

### **2.1 Xác lập rõ vị trí, vai trò, trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN**

Để nâng cao trách nhiệm của người đứng đầu, trước hết cần khẳng định rõ ràng, nhất quán vị trí quan trọng, vai trò quyết định của người đứng đầu CQ HCNN đối với kết quả hoạt động của CQ HCNN. Đồng thời, cần phân định rõ trách nhiệm của tập thể và trách nhiệm của cá nhân người đứng đầu để tránh tình trạng né tránh, đùn đẩy trách nhiệm khi có khó khăn hoặc xử lý sai phạm trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước. Đảm bảo tính minh bạch, rõ ràng, cụ thể về vị trí, vai trò, trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN chính là cơ sở pháp lý để người đứng đầu phát huy tối đa khả năng lãnh đạo, quản lý và sự sáng tạo trong thực hiện chức năng, nhiệm vụ.

### **2.2 Đảm bảo quy định nhất quán trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN**

Trước hết, trong các văn bản pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN, thuật ngữ “trách nhiệm” cần được hiểu theo một nghĩa thống nhất. Trong lĩnh vực quản lý nhà nước, nên xem trách nhiệm bao gồm ba yếu tố cấu thành: những việc phải làm, không được làm (nghĩa vụ, nhiệm vụ), những việc được làm (quyền hạn), và chế tài xử lý (chịu trách nhiệm). Do đó, các thuật ngữ: “nghĩa vụ”/“nhiệm vụ”, “quyền”/“quyền hạn”, “chịu trách nhiệm” cần được phân biệt với nhau một cách rõ ràng. Nếu như đó là *việc phải làm, không được làm*, thì nên gọi đó là *nghĩa vụ/ nhiệm vụ*; Nếu như đó là *việc được làm*, thì gọi đó là *quyền hạn*; Nếu như đó là *hậu quả phải gánh chịu* do thực hiện không đúng, không tốt nghĩa vụ và quyền, thì gọi là *chịu trách nhiệm*. Còn nếu đã nói đến “trách nhiệm”, “chế độ trách nhiệm”, thì cần hội tụ đầy đủ cả ba yếu tố trên. Do đó, trong các quy định về “trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN” phải bao gồm một tổng thể thống

nhất tương thích của ba yếu tố: nghĩa vụ, quyền, việc chịu trách nhiệm.

### **2.3 Đảm bảo sự phân định rõ ràng trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN với các chủ thể khác**

Để thực hiện được điều này, cần quan tâm quy định những vấn đề cơ bản sau:

*Một là*, phải luật hóa nội dung phương thức lãnh đạo của Đảng để làm rõ trách nhiệm của người đứng đầu trong quản lý, điều hành. Nhìn chung, sự né tránh đề cập mối quan hệ giữa các cơ quan lãnh đạo của Đảng và cơ quan hành chính trên phương diện pháp lý là không thể, nếu muốn thực hiện nghiêm chế độ trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN. Việc này hoàn toàn có cơ sở vì Đảng đã khẳng định việc không làm thay trách nhiệm của Nhà nước. Do đó, các cấp ủy đảng cần tập trung thực hiện đúng vai trò lãnh đạo của Đảng, tức là thực hiện các chức năng định hướng và kiểm tra đối với các hoạt động của bộ máy nhà nước, không làm thay bộ máy chính quyền các công việc quản lý nhà nước, điều hành hành chính, không quyết định cụ thể các vấn đề thuộc thẩm quyền, trách nhiệm của CQ HCNN theo quy định của pháp luật.

*Hai là*, phải phân định rõ chức năng, nhiệm vụ của từng CQ HCNN làm cơ sở cho việc phân định rõ trách nhiệm của từng người đứng đầu CQ HCNN. Về nguyên tắc tổ chức bộ máy, việc xác định rõ nhiệm vụ, quyền hạn của từng loại cơ quan cũng như của người đứng đầu CQ HCNN đóng vai trò quan trọng trong việc thực hiện chế độ trách nhiệm. Sự phân công rành mạch giữa các CQ HCNN cùng với cơ chế tự điều chỉnh của mỗi cơ quan sẽ góp phần ngăn chặn việc lạm dụng quyền lực nhà nước, bảo đảm cho việc tự xử lý và phòng ngừa tối đa những sai phạm có thể xảy ra trong nội bộ từng cơ quan.

*Ba là*, phân biệt rõ trách nhiệm của người đứng đầu với tập thể CQ HCNN, cấp phó của người đứng đầu, các CB,CC trong phạm vi quản lý của người đứng đầu. Theo

đó, người đứng đầu CQ HCNN cần tập trung vào những hoạt động mang tính định hướng, vĩ mô, đúng với tính chất công việc của nhà quản lý ở cấp cao nhất, không mất thời gian cho những công việc sự vụ. Ngược lại, không thể giao những công việc ở tầm hoạch định chính sách, quản lý vĩ mô cho các công chức chuyên môn. Nếu không làm rõ được trách nhiệm giữa các “vai” một cách rõ ràng, khó có thể nâng cao hiệu quả thực hiện trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN.

### **2.4 Đảm bảo sự thống nhất tương thích giữa nghĩa vụ, việc chịu trách nhiệm với quyền hạn, quyền lợi**

Để người đứng đầu CQ HCNN có thể chịu trách nhiệm toàn bộ về hoạt động cũng như kết quả hoạt động của cơ quan, thì Nhà nước phải đảm bảo đủ quyền, gồm quyền hạn và quyền lợi cho người đứng đầu, nhằm tạo ra phương tiện cũng như động lực để thực hiện trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN. Cụ thể, cần lưu ý một số vấn đề sau:

*Thứ nhất*, cần sửa Luật CB,CC năm 2008 theo hướng: bên cạnh các quy định đã có về nghĩa vụ của người đứng đầu, cần bổ sung quy định về những quyền hạn, quyền lợi và việc chịu trách nhiệm của người đứng đầu. Bởi nếu như người đứng đầu phải thực hiện rất nhiều nghĩa vụ, mà nghĩa vụ đầu tiên là: “Chỉ đạo tổ chức thực hiện nhiệm vụ được giao và chịu trách nhiệm về kết quả hoạt động của cơ quan, tổ chức, đơn vị” (khoản 1 Điều 10 Luật CB,CC năm 2008), thì cũng cần có quy định: quyền hạn đặc thù mà người đứng đầu được quyền sử dụng để thực hiện các nghĩa vụ đó; quyền lợi đặc thù về vật chất, về tinh thần... mà người đứng

đầu có quyền được nhận khi thực hiện nghĩa vụ; và chế tài đặc thù đối với người đứng đầu CQ HCNN khi họ thực hiện không đúng, không tốt những nghĩa vụ, quyền hạn được trao. Thực hiện được việc này sẽ đảm bảo sự thống nhất tương thích giữa ba yếu tố cấu thành trách nhiệm là nghĩa vụ, quyền và việc chịu trách nhiệm của người đứng đầu CQ HCNN.

*Thứ hai*, cần trao đủ quyền, đặc biệt là quyền quyết định về nhân sự cho người đứng đầu CQ HCNN. Lý luận và thực tiễn đều chỉ ra rằng, trong các nguồn lực giúp tổ chức đạt mục tiêu thì nguồn nhân lực có ý nghĩa quyết định. Vì vậy, các quy định pháp luật cần trao đủ quyền cho người đứng đầu CQ HCNN trong việc quản lý nhân sự. Ví dụ: Thủ tướng cần phải được chọn nội các của mình thay cho việc từ trước đến nay, nhân sự cấp cao đều do Ban tổ chức Trung ương trình Bộ Chính trị xin ý kiến. Làm được như vậy, người đứng đầu Chính phủ mới được toàn quyền chọn cấp giúp việc của mình, và tự chịu trách nhiệm cao nhất trong công tác điều hành<sup>8</sup>. Điều này cũng cần thực hiện tương tự với người đứng đầu các CQ HCNN khác. Đây cũng là xu hướng của các nền hành chính hiện đại trên thế giới. Pháp luật các nước quy định thẩm quyền cấp trưởng được chọn cấp phó<sup>9</sup>. Đơn cử như trong nền công vụ Mỹ, một trong những đặc điểm nổi bật của các quy định pháp luật về trách nhiệm của Tổng thống - người đứng đầu ngành hành pháp - là Tổng thống có quyền bổ nhiệm người đứng đầu tất cả các bộ và các cơ quan hành pháp cùng hàng trăm quan chức khác. Và việc bổ nhiệm bộ trưởng sẽ được Thượng viện phê chuẩn<sup>10</sup> ■

8 Đỗ Minh, Cần người giám sát việc thực thi trách nhiệm người đứng đầu, Báo VietnamNet, <http://vnn.vietnamnet.vn/chinhtri/2007/06/704996/>, ngày 11/6/2007.

9 Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh (2010), Hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu các CQ HCNN Việt Nam hiện nay - Vấn đề và giải pháp, tldđ, tr. 80.

10 Học viện Chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh (2010), Hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu các CQ HCNN Việt Nam hiện nay - Vấn đề và giải pháp, tldđ, tr. 72.

# QUYỀN TỰ DO THÀNH LẬP TỔ CHỨC ĐẠI DIỆN CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG THEO TPP VÀ YÊU CẦU HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT

**Lê Thị Hoài Thu\***

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

**Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:* quyền thành lập tổ chức đại diện theo TPP

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 25/7/2016  
Biên tập: 16/8/2016  
Duyệt bài: 05/01/2017

**Article Infomation:**

*Keywords:* rights to form representative organizations under TPP

*Article History:*

Received: 25 Jul. 2016  
Edited: 16 Aug. 2016  
Approved: 05 Jan. 2017

**Tóm tắt:**

Bài viết phân tích các quyền tự do công đoàn của người lao động theo Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP), nêu các điều kiện đảm bảo thực thi quyền tự do thành lập tổ chức đại diện của người lao động theo TPP và các yêu cầu hoàn thiện pháp luật.

**Abstract:**

This article analyzes the rights of the employees for the trade union freedoms under the Trans-Pacific Partnership (TPP), presents the conditions to enforce the freedoms of establishment of representative organizations of workers under TPP and the requirements of the law completion.

## 1. Quyền tự do công đoàn của người lao động theo TPP

TPP (Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương) là một hiệp định tự do thương mại được ký kết giữa các quốc gia thành viên. Việt Nam chính thức trở thành thành viên của TPP từ ngày 04/02/2016. Đối tượng và phạm vi áp dụng của TPP không chỉ là hàng hóa, mà còn bao gồm cả người sản xuất ra hàng hóa (người lao động). Những

cam kết về công đoàn có thể được coi là cam kết đột phá, quan trọng nhất của Việt Nam trong lĩnh vực lao động khi Việt Nam trở thành thành viên chính thức của TPP. Tuy nhiên, cũng cần lưu ý rằng, những cam kết của Việt Nam về công đoàn không chỉ nằm trong Chương 19 của TPP, mà còn nằm trong Bản Kế hoạch đẩy mạnh quan hệ thương mại và lao động giữa Hoa Kỳ và Việt Nam nhằm triển khai TPP (sau đây gọi tắt là

## **NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT**

Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ). Trong đó, Chương 19 của TPP chi ghi nhận các quyền chung và có tính lặp lại Công ước số 87 (năm 1948) của Tổ chức Lao động Quốc tế (ILO) về quyền tự do lập hội của người lao động (NLĐ) và bảo vệ quyền tự do lập hội, còn Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ thể hiện những cam kết cụ thể của Việt Nam về quyền tự do công đoàn của NLĐ, đặc biệt là cam kết về 5 nguyên tắc của quyền này.

*Nguyên tắc 1:* NLĐ được tự do gia nhập các tổ chức công đoàn theo lựa chọn của mình (không nhất thiết phải gia nhập hệ thống công đoàn của Tổng Liên đoàn lao động Việt Nam (LĐLĐVN) như hiện nay).

Với cam kết này, Việt Nam sẽ xây dựng luật cho phép NLĐ tại một doanh nghiệp được thành lập tổ chức đại diện của mình mà không cần có sự ủy quyền trước từ bất kỳ tổ chức hay cá nhân nào. Tổ chức của NLĐ sau khi thành lập theo quy định của pháp luật có thể chọn gia nhập hệ thống Tổng LĐLĐVN hoặc đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo luật định để hoạt động độc lập với hệ thống của Tổng LĐLĐVN. Cam kết này được đánh giá là cam kết tạo nền móng cho quyền công đoàn độc lập tại Việt Nam. Đương nhiên, công đoàn độc lập phải tuân thủ Hiến pháp, pháp luật và đăng ký trước khi chính thức hoạt động. Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ nêu rõ việc đăng ký phải tuân thủ các chuẩn mực của ILO, tức là phải có tính minh bạch, rõ ràng về thời gian và quy trình, phải có số lượng thành viên tối thiểu và không được tùy tiện. Sau khi đăng ký, công đoàn độc lập được hưởng các quyền liên quan đến lao động như các tổ chức công đoàn cơ sở thuộc hệ thống Tổng LĐLĐVN.

Các tổ chức công đoàn độc lập này cũng được liên kết với nhau ở mức độ liên doanh nghiệp hoặc cấp độ ngành, cấp độ vùng, đồng thời được nhận sự hỗ trợ về mặt kỹ thuật từ các tổ chức công đoàn quốc tế hoặc Việt Nam hoạt động hợp pháp trong các lĩnh vực về pháp luật lao động Việt Nam, đàm phán tập thể, đình công, hoặc các hoạt động khác theo ILO.

*Nguyên tắc 2:* các tổ chức công đoàn phải được tự quản (về mặt điều lệ, hoạt động, kinh phí và tư cách).

Tự quản về mặt điều lệ cho phép công đoàn tự mình xây dựng bản quy chế, điều lệ của mình mà không buộc phải tuân theo Điều lệ chung của Tổng LĐLĐVN như Luật Công đoàn hiện hành quy định. Tại Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ, Việt Nam đã cam kết sẽ thay đổi luật mà theo đó, Nhà nước sẽ công nhận và chấp thuận việc đăng ký các tổ chức công đoàn với điều lệ riêng. Công đoàn cũng được phép tham vấn với Chính phủ trong việc ban hành luật về lao động như hệ thống Tổng LĐLĐVN.

Công đoàn độc lập được phép thu lệ phí công đoàn trực tiếp từ thành viên của mình và được hưởng phần kinh phí công đoàn do doanh nghiệp đóng góp (nếu có). Công đoàn độc lập có quyền sở hữu tài sản của riêng mình. Công đoàn độc lập không nhất thiết phải nằm trong hệ thống chính trị Việt Nam, không phải thực hiện một nhiệm vụ chính trị nào như Tổng LĐLĐVN hiện nay đang thực hiện.

*Nguyên tắc 3:* NLĐ được tự chủ trong việc nhận đại diện của công đoàn trong các đơn vị không có công đoàn.

Với cam kết này, Việt Nam sẽ sửa đổi luật theo hướng quyền đại diện của tổ chức công đoàn đối với các doanh nghiệp, đơn vị

sử dụng lao động chưa có tổ chức công đoàn không phải là đương nhiên như quy định hiện nay<sup>1</sup> mà phải xuất phát từ yêu cầu trực tiếp của những NLD không phải đoàn viên công đoàn. Nguyên tắc này thể hiện rõ quan điểm tự do công đoàn không chỉ bao gồm quyền của NLD được tham gia công đoàn, mà còn là quyền không tham gia, không dính líu đến công đoàn.

*Nguyên tắc 4:* đảm bảo tính đại diện trong việc lựa chọn cán bộ công đoàn.

Nguyên tắc này khẳng định việc lựa chọn cán bộ công đoàn phải dựa trên một cuộc bầu cử thực sự bởi các công đoàn viên, có thể bao gồm cả cán bộ công đoàn cấp cơ sở và cán bộ công đoàn cấp trên cơ sở<sup>2</sup>.

Thực hiện nguyên tắc này không những đảm bảo quyền tự do của NLD trong việc thành lập, gia nhập tổ chức công đoàn, mà còn đảm bảo quyền tự quyết của NLD trong công tác cán bộ - yếu tố quyết định nhất tới hiệu quả hoạt động của tổ chức công đoàn. Các cơ quan nhà nước, người sử dụng lao động (NSDLĐ)... không có quyền can thiệp vào công tác cán bộ của công đoàn, càng không có quyền áp đặt đối với công đoàn trong công tác đặc biệt quan trọng này.

*Nguyên tắc 5:* ngăn chặn việc can thiệp của giới chủ vào hoạt động của công đoàn.

Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ quy định nguyên tắc chung: quyền lợi của NLD và giới chủ phải tách bạch, nghiêm cấm việc can thiệp của giới chủ vào hoạt động công đoàn, đồng thời yêu cầu Việt Nam tăng mức xử phạt hiện hành đối với các hành vi vi phạm quyền công đoàn của bất kỳ ai. Thực hiện nguyên tắc này sẽ đảm bảo công đoàn là tổ chức thực sự độc lập so với NSDLĐ và tổ chức của NSDLĐ, tạo điều kiện thực tế cho công đoàn là tổ chức đại diện, nói lên tiếng nói của NLD, bảo vệ quyền lợi hợp pháp, chính đáng của NLD; khắc phục những tồn tại, hạn chế bấy lâu nay trong hệ thống công đoàn Việt Nam, nhất là công đoàn cấp cơ sở.

TPP không quy định mới về quyền tự do công đoàn (quyền tự do lập hội của NLD), mà chỉ khẳng định lại tiêu chuẩn lao động quốc tế về quyền này được quy định tại Công ước số 87 (năm 1948) của ILO và yêu cầu các thành viên của TPP phải cam kết thực hiện. Theo Chương 19 TPP, Việt Nam phải tôn trọng và bảo đảm quyền của NLD trong việc thành lập và gia nhập tổ chức đại diện của NLD tại cơ sở. Tổ chức đại diện của NLD tại cơ sở có thể lựa chọn gia nhập Tổng LĐLĐVN hoặc đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền để được chính thức hoạt động với tư cách là tổ chức độc lập so

---

1 Hiện nay theo quy định của Bộ luật Lao động Việt Nam, công đoàn cấp trên trực tiếp của công đoàn cơ sở là người đại diện đương nhiên của NLD ở những đơn vị sử dụng lao động chưa có tổ chức công đoàn cơ sở. Theo đó, Ban chấp hành Công đoàn cấp trên trực tiếp của công đoàn cơ sở đương nhiên có quyền tham gia việc ban hành Nội quy lao động, quy chế tiền lương, quy chế tiền thưởng, quy chế đánh giá lao động, ký kết thỏa ước tập thể, tham gia quá trình xử lý vi phạm kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất đối với NLD, lãnh đạo tập thể lao động tiến hành đình công...

2 Trong Bản Kế hoạch hành động không thể hiện rõ việc lựa chọn cán bộ công đoàn ở đây là chỉ ở cấp cơ sở hay cả cấp trên cơ sở. Vì vậy có thể dẫn đến hai cách hiểu khác nhau: (1) Việc đảm bảo tính đại diện trong lựa chọn cán bộ công đoàn chỉ bắt buộc áp dụng ở cấp cơ sở; (2) Việc đảm bảo tính đại diện trong lựa chọn cán bộ công đoàn bắt buộc áp dụng ở cấp cơ sở và cả cấp trên cơ sở. Theo chúng tôi, để đảm bảo thực hiện triệt để nguyên tắc này và đảm bảo tổ chức của NLD thực sự là tổ chức đại diện của NLD, do chính NLD lựa chọn thì nên hiểu và áp dụng cam kết này theo cách hiểu thứ 2.

với hệ thống Tổng LĐLĐVN (không thuộc về hệ thống Tổng LĐLĐVN). Dù thuộc hay không thuộc hệ thống Tổng LĐLĐVN, tổ chức đại diện của NLĐ đều phải tuân thủ Hiến pháp, pháp luật, hoạt động phải phù hợp với tôn chỉ, mục đích và phương thức hoạt động đã được đăng ký. Tôn chỉ, mục đích hoạt động của tổ chức đại diện NLĐ phải bảo đảm theo đúng các tiêu chuẩn của ILO là để đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của NLĐ thông qua các hình thức tương tác được quy định trong pháp luật bao gồm đối thoại, thương lượng tập thể, đình công và các hành động công nghiệp khác trong quan hệ lao động. Các tổ chức đại diện NLĐ không được phép tiến hành bất cứ hoạt động nào có khả năng xâm hại đến an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, không được tham gia bất cứ hoạt động nào ngoài tôn chỉ, mục đích phù hợp với quy định của ILO và đã đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

### **2. Các điều kiện đảm bảo thực thi quyền tự do thành lập tổ chức đại diện của người lao động theo TPP**

Triển khai thực thi quyền tự do thành lập tổ chức đại diện của NLĐ theo TPP và Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ cần nhiều điều kiện đảm bảo khác nhau, nhất là các điều kiện về nhận thức, về sự tiếp nhận của xã hội, về khả năng kinh tế của NLĐ và nền tảng pháp lý của vấn đề này.

*Thứ nhất*, nhận thức về quyền tự do lập hội (quyền tự do công đoàn) của NLĐ.

Nhận thức đúng về một vấn đề được xem là một trong những điều kiện tiên quyết, có ý nghĩa nền móng cho việc có hành động đúng về vấn đề đó trong tương lai. Điều kiện về nhận thức đề cập ở đây bao gồm: (1) nhận thức về quyền tự do lập hội (trong đó có quyền tự do lập hội của NLĐ)

và (2) nhận thức về quyền tự do thành lập tổ chức đại diện của NLĐ theo TPP và Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ.

Tất cả các chủ thể có liên quan đều phải có nhận thức đúng đắn về vấn đề này, trước hết là NLĐ, tổ chức đại diện của NLĐ, NSDLĐ, tổ chức đại diện của NSDLĐ, các cơ quan nhà nước hữu quan.

Ở Việt Nam, tự do lập hội là quyền cơ bản của công dân được ghi nhận tại Điều 25 Hiến pháp năm 2013. Trên cơ sở quy định này, Quốc hội và các cơ quan nhà nước có thẩm quyền có trách nhiệm ban hành các văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) phù hợp để cụ thể hóa quyền này của công dân. Tuy nhiên, cho đến nay, quyền tự do lập hội của công dân vẫn đang được thực hiện theo Nghị định số 45/2010/NĐ-CP ngày 21/4/2010 của Chính phủ quy định về tổ chức, hoạt động và quản lý hội và Nghị định số 33/2012/NĐ-CP ngày 13/4/2012 của Chính phủ về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 45/2010/NĐ-CP. Hiện nay Luật về Hội đang trong giai đoạn dự thảo để trình Quốc hội Khóa XIV thông qua trong thời gian tới. Một điểm cần đặc biệt lưu ý là các quy định tại Nghị định số 45/2010/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bằng Nghị định số 33/2012/NĐ-CP) không áp dụng đối với Tổng LĐLĐVN - Tổ chức đại diện duy nhất của NLĐ Việt Nam hiện nay (khoản 2 Điều 1). Tổng LĐLĐVN nói riêng, toàn bộ hệ thống công đoàn Việt Nam nói chung hiện nay được điều chỉnh bởi Luật Công đoàn năm 2012 và Điều lệ Công đoàn Việt Nam năm 2013. Như vậy, hiện nay NLĐ Việt Nam muốn thành lập tổ chức đại diện của mình bắt buộc phải tuân thủ các quy định của Luật Công đoàn, Điều lệ Công đoàn Việt Nam và phải nằm trong hệ thống Tổng LĐLĐVN. Điều này có nghĩa NLĐ không được tự do lựa chọn tổ chức đại diện



của mình một cách độc lập so với hệ thống Tổng LĐLĐVN. Cũng theo quy định hiện nay, Công đoàn Việt Nam là người đại diện đương nhiên của NLĐ, bất kể người đó có là đoàn viên công đoàn hay không.

Nếu đánh giá một cách khách quan thì quy định và cách làm hiện nay của nước ta chưa thực sự phù hợp với tinh thần chung về quyền tự do lập hội của NLĐ được quy định tại Công ước số 87 (năm 1948) của ILO (Công ước về quyền tự do lập hội và bảo vệ quyền lập hội). Theo Điều 2 của Công ước này, *NLĐ và NSDLĐ, không phân biệt dưới bất kỳ hình thức nào, đều không phải xin phép trước mà vẫn có quyền được tổ chức và gia nhập các tổ chức theo sự lựa chọn của mình, với một điều kiện duy nhất là phải tuân theo điều lệ của chính tổ chức đó.*

Cùng với việc nhận thức đúng về quyền tự do lập hội theo tinh thần của Công ước 87 nói trên, việc nhận thức đúng đắn về quyền tự do công đoàn theo TPP và Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ cũng là điều đặc biệt quan trọng, có ý nghĩa trực tiếp, quyết định trong việc triển khai thực hiện TPP và Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ tại Việt Nam.

Trong điều kiện kinh tế thị trường hội nhập quốc tế mạnh mẽ như hiện nay, đã đến lúc chúng ta cần thực hiện tiêu chuẩn chung của quốc tế về quyền tự do lập hội của NLĐ. Điều này cũng phù hợp với tinh thần của TPP và Bản kế hoạch hành động mà Việt Nam đã ký kết và có nghĩa vụ thực hiện trong thời gian tới (khi TPP có hiệu lực thì hành đối với Việt Nam).

Để các chủ thể có liên quan nói riêng, xã hội nói chung có nhận thức đúng đắn về vấn đề này, Việt Nam cần xây dựng kế hoạch cụ thể, phù hợp về công tác phổ biến, tuyên truyền Công ước số 87 của ILO, các nội dung có liên quan của TPP và Bản Kế

hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ và triển khai ngay trong thời gian tới.

*Thứ hai*, sự tôn trọng, phối hợp công tác của các chủ thể có liên quan và sự bảo vệ của Nhà nước đối với quyền tự do lập hội của NLĐ.

Quyền tự do lập hội của NLĐ chỉ có thể được đảm bảo thực thi trên thực tế khi có sự tôn trọng của các chủ thể có liên quan và sự bảo vệ cần thiết từ phía Nhà nước.

Trước hết là sự tôn trọng của giới chủ (bao gồm NSDLĐ và các tổ chức đại diện của NSDLĐ). Bắt đầu từ sự tôn trọng của NSDLĐ và các tổ chức đại diện của NSDLĐ đối với quyền tự do thành lập, tự do lựa chọn gia nhập tổ chức đại diện của NLĐ đến việc tôn trọng tổ chức và hoạt động hợp pháp của các tổ chức của NLĐ. Không cản trở, không ép buộc, không phân biệt đối xử, không trù dập... đối với NLĐ khi họ thực hiện quyền tự do công đoàn của mình; thực hiện nghiêm túc các nghĩa vụ do pháp luật quy định trong việc thừa nhận các tổ chức đại diện hợp pháp của NLĐ, tạo điều kiện và phối hợp công tác với các tổ chức đại diện này... chính là những biểu hiện cụ thể của sự tôn trọng từ phía NSDLĐ, tổ chức đại diện của NSDLĐ đối với quyền tự do công đoàn của NLĐ.

Quyền tự do công đoàn của NLĐ cũng cần nhận được sự tôn trọng và ủng hộ của chính những NLĐ và tổ chức đại diện của họ, nhất là sự tôn trọng và ủng hộ từ hệ thống Tổng LĐLĐVN và những NLĐ hiện đang là đoàn viên công đoàn thuộc hệ thống Tổng LĐLĐVN. Triển khai thực hiện TPP, tổ chức công đoàn độc lập với hệ thống Tổng LĐLĐVN sẽ hình thành, song song tồn tại và hoạt động bên cạnh hệ thống Tổng LĐLĐVN. Khi đó quyền tự do công đoàn của NLĐ và nguyên tắc cạnh tranh lành mạnh trong hoạt động công đoàn phải được

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

tôn trọng và thực hiện trên thực tế, bao gồm cả việc đoàn viên công đoàn thuộc hệ thống Tổng LĐLĐVN xin ra khỏi tổ chức công đoàn hiện thời để gia nhập tổ chức công đoàn độc lập mới được thành lập. Tổng LĐLĐVN cần chấp nhận việc này như một tất yếu khách quan, không cản trở việc NLĐ liên kết thành lập công đoàn độc lập tại cơ sở, liên kết thành công đoàn độc lập cấp ngành, cấp vùng, không cản trở việc đoàn viên của mình xin ra khỏi tổ chức công đoàn để gia nhập tổ chức công đoàn độc lập mới được thành lập... Bên cạnh đó, Tổng LĐLĐVN cũng cần thực hiện nghiêm túc mối quan hệ phối hợp công tác với tổ chức công đoàn độc lập theo quy định của pháp luật.

Nhà nước, mà cụ thể là các cơ quan nhà nước hữu quan, vừa phải tôn trọng, thực hiện các biện pháp đảm bảo thực thi quyền tự do công đoàn, vừa là người bảo vệ quyền tự do công đoàn của NLĐ theo tinh thần của TPP và Bản kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ. Sự bảo vệ của Nhà nước trước hết thể hiện ở việc Nhà nước xây dựng được hệ thống pháp luật đồng bộ, hoàn chỉnh điều chỉnh tổ chức và hoạt động công đoàn của NLĐ theo đúng tinh thần của TPP. Quan trọng hơn là Nhà nước phải tổ chức thực thi hiệu quả hệ thống pháp luật này trên thực tế, trên cơ sở đó thực hiện các biện pháp kinh tế, hành chính... để bảo vệ quyền tự do công đoàn của NLĐ.

*Thứ ba, về khả năng kinh tế của NLĐ.*

Chấp nhận quyền tự do công đoàn, công đoàn độc lập theo tinh thần của TPP cũng đồng thời với việc chấp nhận các công đoàn viên phải tự “nuôi” tổ chức của mình. Nói cách khác là toàn bộ quỹ công đoàn là do các công đoàn viên đóng góp và có thể phải xóa bỏ quy định về nghĩa vụ đóng kinh phí công đoàn (2%) của NSDLĐ như hiện

nay. Kể cả đối với hoạt động công đoàn trong hệ thống Tổng LĐLĐVN, nếu thực hiện nguyên tắc bình đẳng thì cũng cần cân nhắc việc xóa bỏ quy định về nghĩa vụ đóng góp kinh phí công đoàn của NSDLĐ.

Trong bối cảnh như vậy, khả năng kinh tế của NLĐ đến đâu, liệu NLĐ có thể tự nuôi được tổ chức của mình hay không, sẽ là vấn đề quan trọng, tác động không nhỏ tới khả năng thực hiện quyền tự do công đoàn của NLĐ trên thực tế. Với tình hình thu nhập của số đông NLĐ Việt Nam hiện nay thì đây sẽ là vấn đề khó khăn, là áp lực lớn của NLĐ khi sử dụng quyền tự do công đoàn của mình. Vì vậy, Nhà nước cần cân nhắc kỹ lưỡng, có lộ trình hợp lý cho việc sửa đổi, bổ sung pháp luật liên quan đến vấn đề này.

*Thứ tư, về cơ sở pháp lý đảm bảo thực thi quyền tự do công đoàn của NLĐ.*

Quyền của công dân nói chung, quyền của NLĐ nói riêng (trong đó có quyền tự do công đoàn) là những nội dung được quy định trong Hiến pháp, các bộ luật, luật có liên quan. Trên cơ sở các văn bản pháp luật này, NLĐ có cơ sở pháp lý để hưởng dụng quyền của mình; đồng thời các tổ chức, cá nhân có liên quan có trách nhiệm tôn trọng và đảm bảo thực thi quyền tự do công đoàn của NLĐ trên thực tế. Vì vậy, nếu các quy định pháp luật về quyền tự do công đoàn của NLĐ đầy đủ, khoa học, hợp lý thì sẽ tạo ra một hành lang pháp lý an toàn cho quyền tự do công đoàn của NLĐ, tính khả thi của pháp luật sẽ cao và quyền tự do công đoàn của NLĐ mới được đảm bảo trên thực tế. Ngược lại, nếu các quy định pháp luật về quyền tự do công đoàn của NLĐ không đầy đủ, không hợp lý, tính khả thi thấp... thì quyền tự do công đoàn của NLĐ có thể chỉ dừng lại là một “tuyên ngôn”, một sự tuyên bố về chính sách, chỉ mang tính hình thức

mà nó sẽ không được đảm bảo thực thi trên thực tế.

Đối với Việt Nam hiện nay, về cơ bản, pháp luật về quyền tự do công đoàn, về công đoàn độc lập của NLD theo tinh thần của TPP và Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ nhìn chung là chưa có (lý do dễ hiểu là từ trước đến nay chúng ta chưa có chủ trương về vấn đề này). Vì vậy, thời gian tới chúng ta sẽ phải rà soát, sửa đổi, bổ sung và ban hành các VBQPPL mới về vấn đề này và đây sẽ là một nhiệm vụ chính trị nặng nề của các cơ quan nhà nước hữu quan.

### **3. Hoàn thiện pháp luật nhằm thực thi hiệu quả quyền tự do thành lập tổ chức đại diện của người lao động theo TPP**

Như trên đã đề cập, cơ sở pháp lý là một trong những cơ sở không thể thiếu, mang tính quyết định cho việc đảm bảo thực thi quyền tự do công đoàn của NLD theo tinh thần của TPP. Theo chúng tôi, việc hoàn thiện pháp luật Việt Nam nhằm thực thi hiệu quả quyền tự do công đoàn của NLD trong thời gian tới cần đáp ứng những yêu cầu cơ bản sau đây:

*Thứ nhất*, cần cụ thể hóa đầy đủ trong các VBQPPL của Việt Nam (Hiến pháp, bộ luật, luật, hệ thống các văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành có liên quan) tinh thần quyền tự do công đoàn của NLD theo quy định tại Công ước số 87 (năm 1948) của ILO, quy định của TPP và quy định tại Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ nhằm triển khai TPP.

Thực hiện yêu cầu có một vấn đề đặt ra là Việt Nam có nhất thiết phải phê chuẩn Công ước số 87 (năm 1948) của ILO hay không trước khi triển khai quyền tự do công đoàn của NLD theo tinh thần của Công ước này. Về vấn đề này hiện còn có quan điểm khác nhau. Quan điểm thứ nhất cho rằng, Việt Nam chỉ có nghĩa vụ thực hiện quyền

tự do công đoàn theo tinh thần của Công ước số 87 của ILO sau khi đã chính thức phê chuẩn công ước này. Quan điểm thứ hai lại cho rằng, Việt Nam phải đảm bảo thực hiện quyền tự do công đoàn theo TPP mà không nhất thiết phải phê chuẩn Công ước số 87 của ILO vì bản thân TPP đã dẫn chiếu đến quyền tự do công đoàn theo Công ước số 87 nói trên. Chúng tôi cho rằng quan điểm thứ hai là phù hợp.

*Thứ hai*, cần rà soát toàn bộ hệ thống pháp luật Việt Nam, bắt đầu từ Hiến pháp năm 2013, tiếp đến là các bộ luật, luật liên quan (Bộ luật Lao động năm 2012, Luật Công đoàn năm 2012, Luật Việc làm năm 2013, Luật An toàn, vệ sinh lao động năm 2015, Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014, Luật Bảo hiểm y tế năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014), Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006...) và các nghị định, thông tư, quyết định... quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành các bộ luật, luật có liên quan đến quyền tự do công đoàn của NLD. Trên cơ sở đó, cần sửa đổi, bổ sung một cách toàn diện, đồng bộ toàn bộ hệ thống pháp luật liên quan, bao gồm cả các quy định về quyền thành lập, gia nhập tổ chức công đoàn, đăng ký công đoàn; thẩm quyền của công đoàn các cấp liên quan đến việc đề xuất xây dựng pháp luật liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của NLD; tham gia ý kiến với cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi quyết định các vấn đề liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của NLD; tham gia kiểm tra, giám sát việc thực hiện pháp luật lao động, pháp luật công đoàn; giải quyết hoặc tham gia giải quyết khiếu nại, tố cáo của NLD; tham gia đối thoại tại nơi làm việc, thương lượng tập thể, ký kết thỏa ước lao động tập thể, xây dựng quy chế dân chủ ở cơ sở tại nơi làm việc; tham gia ý kiến với NSDLĐ khi xây dựng nội quy lao

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

động, quy chế tiền lương, quy chế đánh giá NLĐ, thang lương, bảng lương; đại diện tập thể lao động trong quá trình giải quyết tranh chấp lao động tập thể; tổ chức, lãnh đạo tập thể lao động tiến hành đình công... Cùng với việc sửa đổi, bổ sung các văn bản pháp luật hiện hành, cần có kế hoạch ban hành các văn bản pháp luật mới như Luật về Hội (trong đó điều chỉnh cả việc thành lập, hoạt động của tổ chức công đoàn độc lập của NLĐ theo tinh thần của TPP) và các văn bản pháp luật cần thiết khác về quyền tự do công đoàn của NLĐ.

*Thứ ba*, việc hoàn thiện hệ thống pháp luật liên quan cần có bước đi, lộ trình thích hợp với điều kiện kinh tế - xã hội, đặc điểm hệ thống quan hệ lao động, nền tảng văn hóa của Việt Nam và thời gian được phép chuẩn bị của Việt Nam được quy định trong TPP. Bước đi, lộ trình thích hợp sẽ tạo điều kiện cần thiết để có thể chuyển biến tư duy, nhận thức và sự sẵn sàng đón nhận một cuộc cải cách căn bản về vấn đề này của các giới có liên quan trong xã hội; không tạo “cú sốc” cho xã hội và cũng là khoảng thời gian cần thiết để việc chuẩn bị được thực hiện thật chu đáo, đảm bảo tính khả thi của pháp luật sau khi được thông qua hoặc ban hành.

*Thứ tư*, pháp luật về quyền tự do công đoàn của NLĐ cần bao gồm đầy đủ các nội dung (nhóm nội dung) sau đây:

- Quy định về nội dung quyền tự do công đoàn của NLĐ theo đúng quy định của Công ước số 87 (năm 1948) của ILO, Chương 19 TPP và đảm bảo tuân thủ 5 nguyên tắc mà Việt Nam đã cam kết trong Bản Kế hoạch hành động Việt Nam - Hoa Kỳ.

- Quy định điều kiện, thủ tục thành lập công đoàn tại cơ sở phù hợp với xu hướng đa dạng hóa tổ chức công đoàn mà Công ước số 87 và TPP đã quy định.

- Quy định thủ tục gia nhập hệ thống Tổng LĐLĐVN của Công đoàn cơ sở sau khi được thành lập theo thủ tục nêu trên.

- Quy định thẩm quyền đăng ký, thủ tục đăng ký hoạt động của công đoàn độc lập so với hệ thống Tổng LĐLĐVN.

- Quy định thủ tục liên kết của công đoàn độc lập cơ sở thành tổ chức công đoàn độc lập cấp ngành, cấp vùng (không thuộc hệ thống Tổng LĐLĐVN).

- Quy định về thẩm quyền của công đoàn các cấp liên quan đến việc đề xuất xây dựng pháp luật liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của NLĐ; tham gia ý kiến với cơ quan nhà nước có thẩm quyền khi quyết định các vấn đề liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của NLĐ; tham gia kiểm tra, giám sát việc thực hiện pháp luật lao động, pháp luật công đoàn; giải quyết hoặc tham gia giải quyết khiếu nại, tố cáo của NLĐ; tham gia đối thoại tại nơi làm việc, thương lượng tập thể, ký kết thỏa ước lao động tập thể, xây dựng quy chế dân chủ ở cơ sở tại nơi làm việc; tham gia ý kiến với NSDLĐ khi xây dựng nội quy lao động, quy chế tiền lương, quy chế đánh giá NLĐ, thang lương, bảng lương; đại diện tập thể lao động trong quá trình giải quyết tranh chấp lao động tập thể; tổ chức, lãnh đạo tập thể lao động tiến hành đình công...

- Quy định về mối quan hệ phối hợp công tác giữa tổ chức công đoàn cấp cơ sở với NSDLĐ, giữa các tổ chức công đoàn cấp trên cơ sở với các cơ quan nhà nước hữu quan, giữa hệ thống công đoàn độc lập với Tổng LĐLĐVN.

- Quy định về các biện pháp chế tài, thẩm quyền, thủ tục các biện pháp chế tài đối với các hành vi vi phạm pháp luật về quyền tự do công đoàn.

- Các nội dung cần thiết khác ■

# ĐẠI DIỆN BIÊN GIỚI: CƠ CHẾ MỚI TRONG QUẢN LÝ BIÊN GIỚI TRÊN ĐẤT LIỀN VIỆT NAM - TRUNG QUỐC

**Nguyễn Duy Chiến\***

\* Phó Chủ nhiệm Ủy ban Biên giới Quốc gia.

**Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:* Đại diện biên giới, quản lý biên giới, xử lý các sự kiện biên giới.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 16/12/2016

Biên tập: 05/01/2017

Duyệt bài: 05/01/2017

**Tóm tắt:**

Bài viết giới thiệu một số nội dung trong Hiệp định về Quy chế quản lý biên giới trên đất liền Việt Nam - Trung Quốc, đó là xác lập cơ chế Đại diện biên giới để thực hiện duy trì, bảo vệ quy chế quản lý biên giới và kịp thời xử lý các sự kiện biên giới. Bài viết cũng liệt kê một số hoạt động của các Đại diện biên giới trong thời gian qua.

**Article Infomation:**

*Keywords:* border representatives, border management, settlement of border events.

*Article History:*

Received: 16 Dec. 2016

Edited: 05 Jan. 2017

Approved: 05 Jan. 2017

**Abstract:**

This article introduces brief contents of the Vietnam-China Land Border Management System Agreement, which established a mechanism of the Border Representatives for the performance and protection of the Agreement and for timely settlement of the border events. This article also provides a number of the activities by the Border Representatives in recent years.

Sau khi công việc phân giới, cắm mốc biên giới trên đất liền Việt Nam - Trung Quốc được hoàn thành, ngày 18/11/2009, đại diện toàn quyền hai nước đã ký Hiệp định về Quy chế quản lý biên giới trên đất liền Việt Nam - Trung Quốc (gọi tắt là Hiệp định năm 2009 về quy chế biên giới). Bên cạnh việc quy định các nguyên tắc và quy phạm điều chỉnh phương thức

quản lý, duy trì, bảo vệ đường biên giới và các mốc giới, hoạt động sản xuất tại vùng biên giới, cách thức qua lại, bảo vệ trật tự vùng biên và xử lý các sự kiện biên giới, Hiệp định năm 2009 về quy chế biên giới đã xác lập cơ chế Đại diện biên giới - một cơ chế mới - để thực hiện duy trì, bảo vệ quy chế quản lý biên giới và kịp thời xử lý các sự kiện biên giới.

### 1. Cơ cấu tổ chức và chức năng của Đại diện biên giới

#### a) Cơ cấu tổ chức của Đại diện biên giới

Theo các quy định liên quan của Hiệp định năm 2009 về quy chế biên giới, trên toàn tuyến biên giới đất liền Việt Nam - Trung Quốc, mỗi bên có 8 Đại diện biên giới phụ trách 8 đoạn biên giới. Đại diện biên giới đoạn số 1 phụ trách từ mốc giao điểm ba nước Việt Nam - Lào - Trung Quốc đến mốc giới số 17. Đại diện biên giới đoạn số 2 phụ trách từ mốc giới số 17 đến mốc giới số 85. Đại diện biên giới đoạn số 3 phụ trách từ mốc giới số 85 đến mốc giới số 167. Đại diện biên giới đoạn số 4 phụ trách từ mốc giới số 167 đến mốc giới số 498. Đại diện biên giới đoạn số 5 phụ trách từ mốc giới số 498 đến mốc giới số 820. Đại diện biên giới đoạn số 6 phụ trách từ mốc giới số 820 đến mốc giới số 962. Đại diện biên giới đoạn số 7 phụ trách từ mốc giới số 962 đến mốc giới số 1300/4. Đại diện biên giới đoạn số 8 phụ trách từ mốc giới số 1300/4 đến điểm kết thúc của đường biên giới<sup>1</sup>.

Đại diện biên giới các đoạn có các Phó Đại diện và một số nhân viên công tác cần thiết như trợ lý, thư ký, phiên dịch và nhân viên liên lạc. Đại diện và Phó Đại diện biên giới được cơ quan có thẩm quyền của nước mình cấp Thư ủy nhiệm; còn các trợ lý, thư ký, phiên dịch, nhân viên liên lạc được Đại diện biên giới các đoạn cấp Thẻ Trợ lý, Thư ký, Phiên dịch, nhân viên liên lạc. Để thực hiện chức trách của mình, Đại diện biên giới và các nhân viên công tác được sử dụng các giấy tờ đó để qua lại biên giới Việt Nam - Trung Quốc tại các địa điểm đã được thỏa thuận trước. Khi thực thi công vụ liên quan

đến Hiệp định năm 2009 về Quy chế quản lý biên giới trong lãnh thổ của bên kia, Đại diện biên giới và các nhân viên công tác được đảm bảo an toàn thân thể, văn kiện công vụ và các tài sản mang theo không bị xâm phạm, nhưng họ phải tuân thủ pháp luật của nước sở tại.

#### b) Chức năng xử lý các sự kiện biên giới

Theo quy định của Hiệp định năm 2009 về Quy chế quản lý biên giới, chức năng chính của các Đại diện biên giới là tiến hành hợp tác phòng ngừa và phối hợp điều tra xử lý các sự kiện xảy ra ở biên giới.

Các sự kiện đó bao gồm: phá hoại, dịch chuyển, đánh cắp mốc giới, vật đánh dấu đường biên giới hoặc các công trình biên giới khác; xây dựng công trình biên giới trên sông, suối trái với quy định của Hiệp định; nổ súng sang bên kia biên giới; gây nổ vi phạm quy định của Hiệp định; từ bên này đường biên giới hoặc vượt qua đường biên giới gây thương tích, giết hại hoặc có hành vi gây nguy hại đối với công dân trong lãnh thổ bên kia; người gia súc, gia cầm và phương tiện giao thông vận tải, v.v.. vượt qua biên giới; vượt qua biên giới chặt phá, trồng trọt, an táng, đánh bắt săn bắn, hái lượm hoa quả, cây thuốc hoặc tiến hành các hoạt động sản xuất khác; cư trú bất hợp pháp; vận chuyển trái phép hàng hóa qua biên giới; cướp giết, cướp bóc, lừa đảo, trộm cắp, phá hoại hoặc làm hư hỏng tài sản trong lãnh thổ của phía bên kia; bệnh truyền nhiễm ở người, động vật, bệnh ký sinh trùng ở động vật, các bệnh và côn trùng, cỏ dại, mang tính nguy hiểm ở thực vật; tổ chức, dụ dỗ công dân bên kia đánh bạc; hỏa hoạn, lũ lụt và các thiên tai khác lan tràn qua biên

1 Phụ lục 9 của Hiệp định năm 2009 về Quy chế quản lý biên giới; Nxb Tri Thức, Hà Nội, 2012.

giới; buôn bán người, đặc biệt là phụ nữ và trẻ em qua biên giới; buôn bán, vận chuyển, chế biến các chất ma túy, nguyên liệu và các chất pha chế ma túy, các chất gây mê và các thuốc hướng thần, v.v.. qua biên giới; buôn bán, vận chuyển trái phép vũ khí, chất gây nổ và các nguyên liệu hạt nhân, v.v.. qua biên giới; buôn bán, vận chuyển tiền giả qua biên giới; bắt giữ trái phép, đánh đập, ngược đãi, tra tấn, ép cung hoặc các hành vi khác trực tiếp gây nguy hại cho công dân của bên kia; và các sự kiện biên giới khác<sup>2</sup>.

## **2. Phương thức hoạt động của các Đại diện biên giới**

a) Các Đại diện biên giới và Phó Đại diện biên giới tổ chức hội đàm để thực hiện công tác liên hợp. Các cuộc hội đàm được tổ chức định kỳ hoặc theo đề nghị của một bên và lần lượt luân phiên trong lãnh thổ hai nước. Hội đàm do Đại diện biên giới của bên này đề nghị tổ chức thì Đại diện biên giới của bên kia cần đích thân tham dự (nếu có lý do chính đáng như bệnh tật, đi công tác, nghỉ phép, v.v.. thì Phó Đại diện biên giới dự thay nhưng phải thông báo trước cho Đại diện biên giới của bên kia). Kết quả hội đàm được đưa vào biên bản cuộc hội đàm. Nếu được sự ủy quyền của Đại diện biên giới thì Trợ lý Đại diện biên giới hai bên cũng có thể gặp gỡ để hội đàm. Kết quả hội đàm ở cấp này cũng được ghi nhận trong biên bản hội đàm, nhưng chỉ được thực hiện sau khi Đại diện biên giới hai bên xác nhận.

b) Các Đại diện biên giới của hai bên cũng có thể giải quyết các sự kiện biên giới nảy sinh và các công việc liên quan khác bằng cách trao đổi thư. Đồng thời hai bên cũng qua trao đổi thư để thu xếp thời gian, địa điểm, nội dung thỏa thuận và nhân viên

tham gia các cuộc hội đàm hoặc gặp gỡ, cách thức liên lạc, v.v..

c) Để xử lý các sự kiện biên giới, các Đại diện, Phó Đại diện, Trợ lý Đại diện biên giới của hai bên tiến hành điều tra liên hợp tại thực địa. Trong trường hợp cần thiết, có thể đưa chuyên gia, người làm chứng và người bị hại đến hiện trường. Trong quá trình điều tra, nếu Đại diện biên giới của hai bên có ý kiến khác nhau về nguyên nhân, quá trình và hậu quả của sự kiện biên giới đang điều tra thì cần thể hiện trong biên bản.

## **3. Hoạt động của các Đại diện biên giới thời gian qua**

Ngày 14/7/2010, ba văn kiện pháp lý mới liên quan đường biên giới trên đất liền giữa Việt Nam và Trung Quốc (Nghị định thư phân giới, cắm mốc biên giới trên đất liền Việt Nam - Trung Quốc, Hiệp định về Quy chế quản lý biên giới trên đất liền Việt Nam - Trung Quốc và Hiệp định về Cửa khẩu và Quy chế quản lý cửa khẩu biên giới trên đất liền Việt Nam - Trung Quốc) bắt đầu có hiệu lực. Phân ban Việt Nam trong Ủy ban Liên hợp biên giới trên đất liền Việt Nam - Trung Quốc phối hợp chặt chẽ với các Bộ, ngành liên quan và 7 tỉnh biên giới phía Bắc từng bước xây dựng và hoàn thiện cơ cấu tổ chức Đại diện biên giới của 8 đoạn (tỉnh Cao Bằng có 2 Đại diện biên giới). Sau khi 8 Đại diện biên giới được bổ nhiệm, Ủy ban nhân dân 7 tỉnh lần lượt ban hành các quyết định thành lập Bộ phận giúp việc Đại diện biên giới thuộc phạm vi của tỉnh. Ngày 4/4/2012, tỉnh Lai Châu và tỉnh Lạng Sơn tổ chức lễ ra mắt Đại diện biên giới và Bộ phận giúp việc Đại diện biên giới đoạn số 2 và đoạn số 7. Đến tháng 10/2012, cả 5 tỉnh Lào Cai, Cao Bằng, Quảng Ninh, Hà Giang và

2 Điều 31 Hiệp định năm 2009 về Quy chế quản lý biên giới.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Đại diện biên giới và Bộ phận giúp việc Đại diện biên giới các đoạn số 1, 3, 4, 5, 6 và 8.

Từ giữa năm 2012, cơ chế Đại diện biên giới trên tuyến biên giới đất liền giữa Việt Nam và Trung Quốc bắt đầu hoạt động chính thức. Dưới sự chỉ đạo chặt chẽ của Phân ban Việt Nam trong Ủy ban Liên hợp biên giới đất liền Việt Nam - Trung Quốc, Bộ Quốc phòng và Ủy ban nhân dân 7 tỉnh biên giới, các Đại diện biên giới cùng các thành viên của các bộ phận giúp việc tích cực triển khai các hoạt động liên quan việc thực hiện ba văn kiện pháp lý mới nói trên, quản lý đường biên giới theo đúng các quy định của ba văn kiện, duy trì và bảo vệ quy chế quản lý biên giới và xử lý các sự kiện biên giới nảy sinh. Tại thực địa, các đồn biên phòng thuộc 7 tỉnh biên giới có các cuộc tiếp xúc, gặp gỡ thường xuyên, gửi thư cho biên phòng Trung Quốc để phối hợp quản lý biên giới và xử lý các sự kiện biên giới.

Cuối tháng 9/2012, Đại diện biên giới đoạn số 3 của Việt Nam và Trung Quốc tổ chức cuộc hội đàm liên hợp đầu tiên<sup>3</sup>, tiếp đó vào cuối tháng 10/2012, Đại diện biên giới đoạn số 2 của hai bên tiến hành hội đàm<sup>4</sup>. Sau đó lần lượt các cuộc hội đàm liên hợp giữa các Đại diện biên giới các đoạn số 1, 4, 5, 6, 7 và 8 được tổ chức tại các tỉnh biên giới của Việt Nam và Trung Quốc. Cho đến nay, việc tổ chức hội đàm liên hợp giữa các Đại diện biên giới của 8 đoạn đã trở thành một hoạt động thường xuyên, qua đó,

các lực lượng chức năng quản lý biên giới hai nước cùng nhau trao đổi thông tin về tình hình biên giới, sự phối hợp trong việc thực hiện quản lý biên giới theo ba văn kiện pháp lý liên quan cũng như thúc đẩy các hoạt động liên quan biên giới.

Trong năm 2016, Đại diện biên giới các đoạn đã tiếp tục tổ chức một loạt các cuộc hội đàm liên hợp: Cuối tháng 3, Đại diện biên giới đoạn số 8 của hai nước hội đàm lần 6 ở Đông Hưng (Trung Quốc)<sup>5</sup>. Cuối tháng 9, Đại diện biên giới đoạn số 4 hội đàm ở xã Thanh Thủy, huyện Vị Xuyên, tỉnh Hà Giang và khảo sát thực địa để thống nhất vị trí xây cầu, tên cầu và một số điều kiện cần thiết cho việc hình thành lối mở của hai bên<sup>6</sup> và Đại diện biên giới đoạn số 6 hội đàm ở Long Châu (Trung Quốc)<sup>7</sup>. Cuối tháng 11, Đại diện biên giới đoạn số 5 tổ chức hội đàm ở TP Cao Bằng, v.v..

Là một cơ chế rất mới và hoạt động của Đại diện biên giới và các bộ phận giúp việc Đại diện biên giới trên đất liền Việt Nam - Trung Quốc trong mấy năm qua có đặc thù là vừa làm vừa hoàn thiện. Cho đến nay, có thể nói hoạt động của cơ chế mới này đã đi vào nền nếp và đã đóng góp to lớn vào nỗ lực chung của Chính phủ, các Bộ, ngành hữu quan và 7 tỉnh biên giới trong việc quản lý, duy trì và bảo vệ đường biên giới đã được phân giới và cắm mốc; tạo điều kiện thuận lợi cho việc thúc đẩy giao lưu và hợp tác toàn diện giữa Việt Nam và Trung Quốc ■

3 Báo Biên phòng ngày 26/9/2012.

4 Báo Lào Cai ngày 23/10/2012.

5 Báo Quảng Ninh ngày 24/3/2016.

6 Báo Hà Giang ngày 27/9/2016.

7 Báo Biên phòng, ngày 28/9/2016



# PHÁN QUYẾT BIỂN ĐÔNG - HIỆN THỰC VÀ TƯƠNG LAI

**Nguyễn Hồng Thao\***

\* PGS, TS. Đại học Quốc gia Hà Nội

**Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:* phán quyết, vùng biển tranh chấp, quyền lịch sử, danh nghĩa lịch sử, vùng chồng lấn

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 25/12/2016  
Biên tập: 28/12/2016  
Duyệt bài: 02/01/2017

**Article Information:**

*Keywords:* ruling, disputed waters, historic rights, historic title, overlapped waters

*Article History:*

Received: 25 Dec. 2016  
Edited: 28 Dec. 2016  
Approved: 02 Jan. 2017

**Tóm tắt:**

Ngày 12/7/2016, Tòa Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của Công ước Liên hiệp quốc về Luật biển năm 1982 (UNCLOS) đã ra phán quyết chung cuộc và bắt buộc cho vụ Philippines kiện Trung Quốc ở Biển Đông. Phán quyết của Tòa Trọng tài đã làm giảm đáng kể các vùng biển tranh chấp, làm rõ tình trạng pháp lý của cấu trúc trong Biển Đông, bao gồm đá, bãi cát ngầm và bảo vệ địa vị pháp lý của vùng đặc quyền kinh tế (EEZ) trước những tuyên bố bất hợp pháp dựa trên quyền lịch sử. Phán quyết đã tạo một hướng đi mới để giải quyết tranh chấp thông qua đàm phán và biện pháp hòa bình khác trong tương lai. Tuy nhiên, việc thực hiện phán quyết lại phụ thuộc vào thiện chí của các bên trong các trường hợp Cộng hòa Phillippines và Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa cũng như áp lực của dư luận. Tình hình chính trị phức tạp ở Biển Đông đã tạo ra thách thức mới cho việc thực hiện phán quyết. Tuy nhiên, công lý sẽ được thực hiện trong tương lai.

**Abstract:**

The ruling issued on 12 July 2016 by the Arbitral Tribunal constituted under Annex VII to the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea made a turning point in the history of disputes in the East Sea. The award has reduced significantly the disputed waters, clarified the legal status of features in the East Sea, including rocks, shoals, and defended the legal status of EEZ before the illegal claims based on the historic rights. The award gives a new direction to settle the disputes through negotiations and other peaceful means in the future. However, the implementation of the award depends on the good will of parties in the cases, the Republic of Phillippines and People Republic of China as well as the pressure of the public opinion. The new political situations in the East Sea have created new challenges for the implementation of the award. Moreover, the justice will be done in the future.

## 1. Những điểm chính trong phán quyết

Phán quyết thúc đẩy tinh thần thượng tôn pháp luật quốc tế, đưa ra các chỉ dẫn quan trọng về giải thích và áp dụng Công ước Luật biển 1982 (Công ước), đồng thời yêu cầu các quốc gia liên quan phải làm rõ nội dung và phạm vi tranh chấp phù hợp với luật pháp. Các nhà bình luận đều thống nhất

nhận định: phán quyết đã tạo ra một bước ngoặt trong giải quyết tranh chấp biển tại Biển Đông. Đóng góp lớn nhất của phán quyết là làm giảm thiểu các vùng biển tranh chấp, tạo điều kiện để các bên tranh chấp đàm phán giải quyết tranh chấp biển một cách độc lập hay gắn với tranh chấp chủ quyền, ít nhất trên 4 điểm:

*Trước hết*, phán quyết đã làm rõ nội hàm pháp lý của quyền lịch sử và danh nghĩa lịch sử, qua đó bác bỏ yêu sách vùng biển bằng đường 9 đoạn của Trung Quốc. Bằng việc chứng minh các hành vi và tuyên bố của Trung Quốc, Tòa Trọng tài kết luận yêu sách các tài nguyên dầu khí và cá trong phạm vi đường 9 đoạn trên cơ sở các quyền lịch sử tồn tại độc lập đối với Công ước<sup>1</sup>. Các quyền này hoàn toàn trái với Công ước và không có hiệu lực pháp lý vì chúng vượt quá giới hạn địa lý và thực chất của các danh nghĩa biển của Trung Quốc theo Công ước<sup>2</sup>. Với kết luận này, sẽ không có sự chồng lấn giữa các vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa từ lãnh thổ lục địa của các nước với phạm vi đường 9 đoạn và do đó không có tranh chấp. Kết luận này cũng sẽ tạo tiền lệ áp dụng đối với mọi yêu sách quyền lịch sử của các nước khác trong Biển Đông, tồn tại độc lập với Công ước. Không có sự phân biệt đối xử chỉ với đường 9 đoạn.

*Thứ hai*, Tòa kết luận là tất cả các thực thể nổi của Trường Sa đều không thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng và do vậy chúng chỉ có 12 hải lý lãnh hải. Kết luận này được dựa trên những lập luận làm rõ hơn khái niệm đá và quy chế pháp lý của chúng trong điều 121.3. Đây là điều khoản gây tranh cãi nhất trong UNCLOS. Tòa cho rằng, điều kiện để một đá thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng phụ thuộc vào khả năng khách quan của thực thể, vào các điều kiện tự nhiên của chúng, vào khả năng duy trì một cộng đồng người ổn định hoặc có hoạt động kinh tế không phụ thuộc vào các nguồn lực bên ngoài hoặc được khai thác một cách hoàn toàn tự nhiên. Tòa đã đưa ra 10 chỉ dẫn để

nhận biết: 1) từ “đá” trong điều 121.3 không giới hạn ở quy định các thực thể bắt buộc phải cấu tạo từ đá cứng. Thành phần địa chất và địa mạo của đá có thể rất khác nhau, là san hô, là cát, là bùn, với điều kiện chúng là các vùng đất nổi trên mặt nước khi thủy triều cao nhất; 2) quy chế của thực thể được xác định trên cơ sở khả năng tự nhiên của chúng, không có bất kỳ một sự bổ sung hay thay đổi từ bên ngoài nhằm tăng cường khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng; 3) khái niệm “thích hợp cho con người đến ở” phải được hiểu những cư dân ở đây là những cư dân tự nhiên, là một cộng đồng ổn định trên thực thể, coi thực thể là nhà trên đó họ có thể ở lại. Cộng đồng như vậy không nhất thiết phải lớn và đối với những vùng đảo san hô xa xôi, một vài cá nhân hoặc nhóm gia đình cũng đủ. Sự trú ngụ định kỳ hoặc thường xuyên của nhóm người này cũng có thể tạo nên tính thích hợp cho con người đến ở; 4) khái niệm “đời sống kinh tế riêng” gắn liền với yêu cầu thích hợp cho con người đến ở. Điều 121.3 không nói về giá trị kinh tế mà là về có “đời sống kinh tế”. Đời sống kinh tế ở đây là cuộc sống và các điều kiện sống của người dân sống và làm nhà trên các thực thể hoặc nhóm thực thể. Đời sống kinh tế này phải gắn liền với thực thể của chính nó. Đời sống kinh tế phải được định hướng xung quanh thực thể và không chỉ tập trung vào các vùng nước hoặc đáy biển của lãnh hải bao bọc. Hoạt động kinh tế hoàn toàn phụ thuộc vào các nguồn lực bên ngoài hoặc nhằm sử dụng thực thể như đối tượng của các hoạt động khai thác mà không có sự tham dự của cộng đồng địa phương sẽ thiếu đi liên hệ cần thiết với chính bản thân thực thể. Hoạt động khai

1 Final Award, par. 212-214 <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>

2 Final Award, par. 246, 1203 B.2, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>

thác kinh tế thu hoạch các tài nguyên thiên nhiên của thực thể vì lợi ích của cư dân nơi khác rõ ràng là khai thác tài nguyên nhằm thu lợi kinh tế nhưng chúng không thể được coi là tạo ra một đời sống kinh tế riêng của đảo; 5) Mặc dù lời văn của điều 121.3 mang tính phân biệt, khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng nhưng từ góc độ thực tiễn, Tòa cho rằng, một thực thể biển chỉ có thể có một đời sống kinh tế riêng nếu như nó đã có một cộng đồng cư dân ổn định. Chỉ có ngoại lệ là trường hợp cư dân duy trì đời sống của họ thông qua mạng lưới nhiều thực thể biển liên quan. Song cư dân mà các điều kiện sống và đời sống kinh tế của họ trên cả mạng lưới các thực thể đó sẽ không thể không thừa nhận rằng các thực thể này có đời sống kinh tế riêng của mình chỉ vì không phải tất cả chúng đều có người cư ngụ thường xuyên; 6) Khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng là tiêu chí khách quan. Chúng không liên quan gì đến vấn đề chủ quyền trên thực thể; 7) Khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng phải được đánh giá theo từng vụ việc cụ thể. Các yếu tố chính tạo ra khả năng tự nhiên của thực thể bao gồm sự hiện diện của nguồn nước, thực phẩm và nơi cư ngụ với số lượng đủ cho một nhóm người sống trên thực thể trong khoảng thời gian không định. Các yếu tố này có thể bao gồm việc đánh giá các điều kiện sinh hoạt và phát triển đời sống kinh tế trên thực thể, bao gồm khí hậu thịnh hành, mức độ lân cận của thực thể với các vùng có cư dân khác sinh sống và dân chúng, tiềm năng sinh nhai trên và xung quanh thực thể. Sự đóng góp và tầm quan trọng của các yếu tố này đối với khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng sẽ khác nhau từ thực thể này tới thực thể khác; 8) Đối với trường hợp một nhóm các thực thể có thể mang tính

tập thể có khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng, Tòa cho rằng không nên đánh đồng vai trò nhóm các đảo với việc cung cấp từ bên ngoài. Việc sử dụng mang tính địa phương các tài nguyên lân cận như một phần sinh nhai của cộng đồng không đánh đồng với những lợi ích kinh tế đến từ xa nhằm khai thác các tài nguyên thiên nhiên; 9) Bằng chứng các điều kiện vật chất từ đầu chỉ đủ để phân loại thực thể thuộc tiêu chí này hay tiêu chí khác. Nếu thực thể hoàn toàn không có thực vật và thiếu nước uống được cũng như các thực phẩm thiết yếu cho đời sống cơ bản, nó rõ ràng thiếu khả năng thích hợp cho con người đến ở. Kết luận ngược lại cũng đúng nơi mà các đặc trưng vật chất của một thực thể lớn làm cho nó có khả năng thích hợp cho con người đến ở. Vì vậy, Tòa cho rằng, bằng chứng về các điều kiện vật chất là không đủ đối với một thực thể. Sẽ rất khó nếu không nói là không thể, xác định từ các đặc trưng vật chất của một thực thể đơn độc mà khả năng chỉ đủ giữ cho con người sống được đang kết thúc và khả năng thích hợp cho một cộng đồng bắt đầu sinh sống an cư. Sự xem xét cần phải khác biệt từ thực thể này với thực thể khác; 10) Các bằng chứng xác thực nhất về khả năng của một thực thể thường là sử dụng chúng trong lịch sử. Nếu hồ sơ lịch sử của một thực thể chứng tỏ không có một cộng đồng ổn định nào được phát triển trên đó thì một kết luận hợp lý là các điều kiện tự nhiên là quá khó đối với việc thành lập một cộng đồng như vậy và thực thể không có khả năng thích hợp cho con người đến ở. Trong trường hợp không có những lực lượng can thiệp như chiến tranh, ô nhiễm, suy thoái môi trường, thì hoàn toàn có thể kết luận một thực thể không có lịch sử duy trì một cộng đồng sẽ thiếu khả năng thích hợp cho con người đến ở. Bằng chứng thích hợp cho con người đến ở có trước khi

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

có khái niệm vùng đặc quyền kinh tế trong Luật biển sẽ có giá trị cao hơn bằng chứng hiện tại vì cái sau đã bị che lấp bởi những toan tính rõ ràng về yêu sách vùng biển<sup>3</sup>.

*Thứ ba*, Tòa kết luận về quy chế của các bãi nửa nổi nửa chìm. Các quốc gia hoàn toàn có quyền xây dựng các đảo nhân tạo với điều kiện tôn trọng quyền tài phán của quốc gia ven biển tại vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Các bãi này không có quy chế của đá nên chúng không được hưởng lãnh hải 12 hải lý mà chỉ có vùng an toàn 500 m xung quanh. Các bãi nằm trong khoảng 12 hải lý tính từ các đá xung quanh có thể được xem xét chọn làm các điểm cơ sở tính lãnh hải của các đá đó. Quy chế của chúng chỉ quyết định theo từng trường hợp cụ thể.

*Thứ tư*, Tòa cũng khẳng định quần đảo Trường Sa không được coi là một tổng thể gắn bó hữu cơ mà là các đá và thực thể nửa nổi nửa chìm rải rác. Vì vậy, việc áp dụng đường cơ sở thẳng của quốc gia quần đảo cho Trường Sa là vô hiệu. Trường Sa không có các vùng biển chung mà chỉ có các lãnh hải 12 hải lý cho từng đá cụ thể.

Với các kết luận này, Tòa đã “giải phóng” một vùng biển lớn tranh chấp do các yêu sách vùng biển chồng lấn tính từ 33 đá và khoảng 700 bãi nửa nổi nửa chìm thuộc quần đảo Trường Sa. Căn cứ vào các kết luận của Tòa, có thể hình dung bức tranh về tranh chấp biển mới trong Biển Đông như sau:

- Các vùng lãnh hải 12 hải lý chồng lấn giữa các đá ở Trường Sa còn rất ít. Nhiều chồng lấn đa phương nay chỉ còn song

phương. Điều đó có nghĩa là các vụ phân định biển trong tương lai cũng giảm đi một cách đáng kể.

- Chồng lấn yêu sách đặc quyền kinh tế và thềm lục địa từ đất liền và các đảo lớn của các nước xung quanh Biển Đông sẽ giảm bớt. Chỉ còn tồn tại vùng chồng lấn giữa Việt Nam - Indonesia, Việt Nam - Malaysia. Các tranh chấp tại Bãi Tư Chính hay Bãi Cỏ Rong do yêu sách 200 hải lý từ Trường Sa như một thực thể với đặc quyền kinh tế của các nước khác sẽ không còn.

- Xuất hiện vùng Biển cả bên ngoài đường yêu sách đặc quyền kinh tế 200 hải lý từ lục địa và các đảo lớn của các nước xung quanh: Philippins, Trung Quốc, Việt Nam, Malaysia và Brunei.

- Xuất hiện vùng đáy biển Di sản chung của loài người bên ngoài ranh giới ngoài thềm lục địa của các nước xung quanh. Ủy ban ranh giới thềm lục địa của Liên hiệp quốc sẽ có cơ sở xem xét hồ sơ ranh giới ngoài của các nước đệ trình để hài hòa quyền của quốc gia ven biển với lợi ích chung của Cộng đồng quốc tế được điều hành bởi Cơ quan quyền lực đáy đại dương.

Ngoài ra, các kết luận của Tòa về các hành vi của các bên trong vùng đặc quyền kinh tế là cơ sở để giải quyết các tranh chấp hàng hải, môi trường, nghề cá, quản lý đảo nhân tạo. Tòa kết luận: Việc xây dựng, mở rộng các đảo nhân tạo và xua đuổi ngư dân trong vùng đặc quyền kinh tế của nước khác là vi phạm các điều 56, 60, 77 và 80 của Công ước. Các hành vi đâm va, dùng vòi rồng xua đuổi tàu nước khác là vi phạm Công ước tránh đâm va COLREG và điều 94 của UNCLOS. Các hành vi xây dựng, mở rộng đảo nhân tạo quy mô lớn đã làm tổn hại

3 Final Award, par. 540-550 <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%202020160712%20-%20Award.pdf>

môi trường biển, vi phạm các điều 192-194 của UNCLOS.

## 2. Hiệu lực của phán quyết

Phán quyết chỉ có hiệu lực với các bên trong vụ kiện, cụ thể là Philippines và Trung Quốc. Do UNCLOS và Tòa Trọng tài không có cơ chế giám sát bắt buộc thi hành nên việc thực thi phán quyết phải trên tinh thần *pacta sunt servanda* và phụ thuộc vào thiện chí của các bên. Nghĩa vụ này được khẳng định trong điều 26 Công ước Viên về Luật điều ước quốc tế 1969<sup>4</sup>. Không có quy định cụ thể về thời gian thực hiện phán quyết.

Vụ Philippines kiện Trung Quốc là một vụ án đặc thù trong thực tiễn áp dụng và giải thích UNCLOS do sự vắng mặt của một bên. Sau 17 năm đàm phán song phương bất thành, ngày 22/1/2013, Philippines chính thức đệ đơn kiện Trung Quốc<sup>5</sup>. Bắc Kinh từ chối tham gia vụ kiện nhưng đưa ra Tài liệu lập trường<sup>6</sup> trong đó nêu các lý do bác bỏ thẩm quyền của Tòa: 1) bản chất thực sự của tranh chấp Trung Quốc - Philippines là vấn đề chủ quyền mà Tòa không có thẩm quyền; các đệ trình của Philippines như xác định quy chế các thực thể liên quan đến vấn đề phân định biển và đã bị loại bỏ bởi bảo lưu của

Trung Quốc năm 2006 đối với điều 298 của Công ước; Philippines đã không tuân thủ các cam kết giữa hai nước, Tuyên bố ASEAN - Trung Quốc về cách ứng xử của các bên ở Biển Đông, Hiệp ước thân thiện và hợp tác Đông Nam Á, Hiệp ước Đa dạng sinh học... quy định tiến hành giải quyết bằng đàm phán song phương thay vì sự can thiệp của bên thứ ba.

Ngay sau khi có phán quyết, Trung Quốc đã ra tuyên bố bác bỏ và kêu gọi giải quyết tranh chấp bằng đàm phán song phương<sup>7</sup>. Trung Quốc đưa ra chính sách 4 không (không tham gia, không công nhận thẩm quyền của Tòa, không chấp nhận và không thi hành phán quyết)<sup>8</sup>. Các lý do nêu ra vẫn là các lập luận trong Tài liệu lập trường cho rằng Tòa không có thẩm quyền xét xử và vi phạm bảo lưu điều 298 của UNCLOS từ phía Trung Quốc, việc thành lập Tòa Trọng tài do sự chỉ định của Chánh án người Nhật Bản là thiên vị, không khách quan, phán quyết của Tòa Trọng tài không phải là nguồn của luật quốc tế nên Trung Quốc không vi phạm.

Philippines cũng có những biểu hiện tạm thời không sử dụng phán quyết như một

---

4 <http://news.abs-cbn.com/focus/11/29/16/icj-judge-urges-ph-china-to-resolve-sea-dispute-peacefully>

5 PCA Case No. 2013-19: The South China Sea Arbitration (The Republic of the Philippines v. The People's Republic of China), <http://www.pca.org>; [http://thediplomat.com/wp-content/uploads/2016/07/thediplomat\\_2016-07-12\\_09-15-50.pdf](http://thediplomat.com/wp-content/uploads/2016/07/thediplomat_2016-07-12_09-15-50.pdf)

6 [http://www.fmprc.gov.cn/mfa\\_eng/zxxx\\_662805/t1217147.shtml](http://www.fmprc.gov.cn/mfa_eng/zxxx_662805/t1217147.shtml)

7 China Adheres to the Position of Settling Through Negotiation the Relevant Disputes Between China and the Philippines in the South China Sea, Global Times, <http://www.globaltimes.cn/content/993982.shtml>.

8 Chinese Society of International Law, The Tribunal's Award in the "South China Sea Arbitration" initiated by the Philippines is Nul and Void, 10 June 2016, Hong Kong International Arbitration Centre HKIAC, Proceedings on Public International Law Colloquium on Maritime Disputes Settlement, 2016; Chinese Journal of International Law (2016), Special Issue on Jurisdiction and Admissibility in the South China Sea Arbitration, Downloaded from <http://chinesejil.oxfordjournals.org/> at University of Melbourne on November 28, 2016; Li Mingjiang, The South China Sea Arbitration: Turning point in Chinese foreign policy, RSIS N0 205, 12 August 2016, [www.rsis.edu.sg](http://www.rsis.edu.sg)

thắng lợi pháp lý áp đặt lên Trung Quốc. Trước chuyến thăm chính thức Bắc Kinh tháng 9/2016, Tổng thống Philippines, ông Duterte gọi phán quyết là một tờ giấy có bốn góc và quyết định đẩy việc thực thi về phía sau những vấn đề nóng khác giữa hai nước<sup>9</sup>. Tuy nhiên, Bộ Ngoại giao Philippines đã giải thích về ưu tiên chính sách đối ngoại cao nhất của Philippines hiện nay là làm sống động lại quan hệ hai nước, xây dựng lòng tin giữa hai nước và Chính phủ Philippines vẫn khẳng định tôn trọng các điều ước quốc tế, bao gồm cả những kết luận của phán quyết<sup>10</sup>. Những yêu cầu chính trị mới cho Tổng thống đắc cử Duterte đã nảy sinh sau phán quyết. Ông phải bảo đảm giành được quyền đánh cá cho người dân tại Scarborough (mục tiêu của vụ kiện) và hiện đại hóa lực lượng hải quân và cảnh sát biển để thực thi theo tinh thần phán quyết. Đây là những nhiệm vụ khó thực hiện khi chính quyền mới của Philippin chưa đủ tiềm lực và đang có chính sách tìm kiếm đầu tư nước ngoài, trong khi Mỹ - đồng minh chưa sốt sắng. Trung Quốc sẵn sàng đưa ra những gói viện trợ kinh tế mong đợi, nên Philippines đã lựa chọn “gác” chứ không phải “bỏ” phán quyết.

Các diễn tiến tiếp theo cho thấy, dường như hai nước đã có một thỏa thuận ngầm về hợp tác biển. Trung Quốc giảm bớt lực lượng hải giám và ngư dân Philippines được phép tiếp cận nguồn cá tại Scarborough (bãi cạn Hoàng Nham). Ngày 21/11/2016, Tổng thống Duterte đơn phương tuyên bố thành

lập khu bảo tồn biển Panatag Lagoon và cho biết các nhà lãnh đạo Trung Quốc và Philippines đã thảo luận về hợp tác biển tại Peru, bên lề hội nghị APEC<sup>11</sup>. Philippines hy vọng bước đi này nhằm hạn chế ngư dân Philippines và Trung Quốc trong khu vực và ngăn Bắc Kinh tiếp tục xây dựng các công trình như trên 7 bãi nửa nổi nửa chìm ở Trường Sa. Ngược lại, Trung Quốc triển khai các “dàn xếp riêng” cho ngư dân Philippines có thể đánh cá ở những vùng nước lân cận nhưng vẫn khẳng định “Chủ quyền và các quyền tài phán trên bãi cạn Hoàng Nham vẫn và sẽ không thay đổi”<sup>12</sup>. Philippines và Trung Quốc cũng bật đèn xanh cho các công ty dầu khí bàn về khai thác chung tại Bãi Cỏ Rong khi coi đây là các thương thuyết tư nhân mà không phải của Chính phủ nên không ảnh hưởng đến lập trường chủ quyền mỗi bên. Mặt khác, Philippines cũng chưa rút bỏ phản đối của mình hay gia nhập hồ sơ chung về ranh giới ngoài thềm lục địa do Việt Nam và Malaysia đệ trình khi các đá ở Trường Sa, theo phán quyết, không có thềm lục địa riêng.

Thái độ của các bên chính trong phán quyết rõ ràng ảnh hưởng đến khả năng thực thi.

Về mặt luật pháp, điều 11 Phụ lục VII quy định: “Bản án có tính chất tối hậu và không được kháng cáo”. Điều 12 bổ sung: “Bất kỳ tranh cãi nào có thể xảy ra giữa các bên trong vụ tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay cách thi hành bản án, đều có

9 Liu Zhen, South China Morning Post, Duterte is looking to engage with China, but says he wants to put the South China Sea dispute in ‘the back seat’, Oct. 19, 2016; <http://www.businessinsider.com/rodrigo-duterte-philippines-south-china-sea-dispute-piece-of-paper-2016-10>, He said the tribunal’s ruling was “a piece of paper with four corners”. “The arbitral award gives us the right. China has the historical right. And they’re insisting. In this situation, do we argue, or do we just talk? I would say, let us put it [off] to some other day.”

10 <https://globalnation.inquirer.net/150895/yasay-duterte-wont-deviate-south-china-sea-ruling>

11 <http://asianjournal.com/news/duterte-to-establish-panatag-as-protected-marine-sanctuary/>, Nov. 21, 2016.

12 Người phát ngôn Bộ Ngoại giao Trung Quốc nói ngày 25/11/2016.

thể được bên này hoặc bên kia đưa ra để Tòa Trọng tài đã tuyên án quyết định”. Philippins và Trung Quốc là thành viên của UNCLOS có nghĩa vụ thi hành Phụ lục VII đã ký và phê chuẩn, trong đó có các quy định mà phán quyết đã tuân thủ. Nếu một bên chưa chấp thuận bản án, hay còn tranh cãi giữa các bên thì một trong hai bên đều có quyền yêu cầu Tòa tiếp tục giải thích bản án<sup>13</sup>.

Các lập luận không chấp nhận phán quyết của Trung Quốc đều đã được Tòa Trọng tài từ chối và giải thích rõ trong quá trình phân xử. Trong vụ kiện vắng mặt, Tòa đã áp dụng điều 9 Phụ lục VII của UNCLOS: “Khi một trong số các bên trong vụ tranh chấp không ra Tòa hoặc không trình bày các lý lẽ của mình, thì bên kia có thể yêu cầu Tòa tiếp tục trình tự tố tụng và phán quyết. Việc một bên vắng mặt hay việc một bên không trình bày các lý lẽ của mình không cản trở cho trình tự tố tụng. Trước khi ra phán quyết, Tòa Trọng tài cần phải biết chắc chắn rằng, không những Tòa có thẩm quyền xét xử vụ tranh chấp mà còn chắc chắn rằng đơn kiện có cơ sở về mặt thực tế pháp lý”. Trong quá trình xem xét, Tòa Trọng tài đã thận trọng đánh giá bằng hai phán quyết về thẩm quyền và nội dung trước khi đi đến kết luận Tòa có thẩm quyền xét xử và đơn kiện (gồm 15 điểm) có cơ sở về mặt thực tế pháp lý. Các ngoại lệ mà Tài liệu

lập trường của Trung Quốc đưa ra đã lần lượt được Tòa phân tích và bác bỏ một cách thuyết phục trong hai bản án về thẩm quyền và nội dung<sup>14</sup>. Lý do Tòa Trọng tài 5 người không khách quan do được thành lập thông qua chỉ định của Chánh án Tòa Trọng tài Luật biển quốc tế ITLOS, ông Yanai - người Nhật Bản cũng khó thuyết phục, vì Trung Quốc hoàn toàn có thể tham gia vào quá trình lựa chọn trọng tài nhưng đã quyết định vắng mặt. Các thẩm phán của ITLOS là những người được lựa chọn và đánh giá một cách nghiêm ngặt, bảo đảm có năng lực pháp lý và khách quan trong công việc. Là thành viên của ITLOS, Trung Quốc và Philippins đều tham dự vào quá trình tuyển chọn này. Phán quyết của các Tòa pháp lý không phải là nguồn chính của Luật quốc tế nhưng chúng là những nguồn bổ trợ được quy định trong Điều 38 Quy chế của Tòa án pháp lý quốc tế. Điều 287 của UNCLOS đã quy định quyền tự do lựa chọn các thủ tục giải quyết tranh chấp trong đó có Tòa Trọng tài thành lập theo Phụ lục VII. Điều 296 UNCLOS quy định: “Các quyết định do tòa án có thẩm quyền theo mục này đưa ra là có tính chất tối hậu, và tất cả các bên tranh chấp phải tuân theo”.

Đã có những tiền lệ trong lịch sử về việc không thực thi phán quyết. Năm 1986, trong vụ Các hoạt động quân sự và bán quân

13 Stefan Talmon in *The South China Sea Arbitration and the Finality of “Final” Awards*, *Bonne Research papers on the public international law*, N0 12/2016, Nov. 24, 2016 p. 4 cho rằng, phán quyết của Tòa không phải là tối hậu vì nó không loại bỏ khả năng Tòa sẽ phải điều chỉnh lại phán quyết trong trường hợp có sự bất đồng của các bên về giải thích và cách giải thích phán quyết cũng như trong các hoàn cảnh đặc biệt khi có những bằng chứng mới có tính quyết định được phát hiện.

14 Xem JEROME A. COHEN, *The Wisdom of The Hague’s South China Sea Decision*, <http://www.wsj.com/articles/the-wisdom-of-the-hagues-south-china-sea-decision-1468943819>, or <http://roilogolez.blogspot.com/2016/07/the-wisdom-of-hagues-south-china-sea.html>; Nguyễn Hồng Thao, *Những khía cạnh pháp lý của phán quyết Tòa Trọng tài vụ Philippin kiện Trung Quốc ở Biển Đông*, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, tháng 8/2016.

sự tại Nicaragua và chống lại Nicaragua, Tòa án Công lý quốc tế ICJ đã kết luận Mỹ vi phạm nguyên tắc cấm sử dụng vũ lực và đe dọa sử dụng, nguyên tắc can thiệp vào công việc nội bộ của nước khác và yêu cầu chấm dứt các hoạt động hỗ trợ cho các lực lượng Contrat chống Chính phủ và bồi thường thiệt hại cho Nicaragua. Mỹ đã phản đối không chấp hành phán quyết. Năm 1990, khi chính quyền mới của Nicaragua không đòi hỏi bồi thường, hai nước đã bình thường hóa quan hệ. Mỹ đã cắt viện trợ cho lực lượng Contrat, tháo dỡ lệnh cấm vận kinh tế với Nicaragua. Trong vụ *Arctic Sunrise* năm 1990, tàu và thủy thủ đoàn đã được phóng thích dù trước đó Nga tuyên bố không thừa nhận phán quyết của Tòa Trọng tài luật biển quốc tế. Các phán quyết cuối cùng vẫn được thực thi trên cơ sở thiện chí, ngoại giao mềm dẻo, giữ thể diện nước lớn và tuân thủ luật quốc tế.

Việc thực thi phán quyết không chỉ phụ thuộc vào thiện chí của các bên trong phán quyết mà còn chịu tác động lớn của dư luận quốc tế.

### 3. Tác động của phán quyết với bên thứ ba

Phán quyết không có hiệu lực với các bên thứ ba. Tuy nhiên các bên thứ ba hoàn toàn có quyền vận dụng phán quyết để bảo vệ quyền lợi của mình trong các tranh chấp tương tự, nhất là với các bên trong phán quyết. Phán quyết đã đề cao quyền tự do bay, tự do hàng hải, tự do đặt dây cáp và ống dẫn ngầm trong các vùng đặc quyền kinh tế. Tàu thuyền được phép thực hiện quyền tự do đi lại trong vùng nước nằm ngoài 12 hải lý lãnh hải từ các đá đang tranh chấp chủ quyền và ngoài vùng an toàn 500 m từ các bãi nửa nổi nửa chìm hiện đang có lực lượng

đồn trú. Nếu thực hiện đúng phán quyết thì trong vùng biển cả và vùng đáy biển - di sản chung của loài người ở giữa Biển Đông, tất cả các quốc gia, có biển hay không có biển, đều được hưởng quyền tự do biển cả (tự do bay, tự do hàng hải, tự do đặt dây cáp và ống dẫn ngầm, tự do đánh cá, tự do nghiên cứu khoa học biển, tự do thiết lập và xây dựng các đảo nhân tạo, các công trình thiết bị trên biển) và quyền được chia sẻ tài nguyên trên đáy biển dưới sự điều hành của Cơ quan quyền lực Vùng. Các quyền này là các quyền đã được thừa nhận chung, được ghi nhận trong UNCLOS và có tính tập quán. Các quốc gia có quyền lợi có thể viện dẫn phán quyết của Tòa khi có tranh chấp với các bên tham gia vụ kiện. Nếu các quyền lợi này bị vi phạm thì một vụ kiện áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp bắt buộc và Phụ lục VII của UNCLOS tương tự như vụ *Philippines vs. Trung Quốc* sẽ được kích hoạt. ASEAN bị phân hoá thành các nhóm tranh chấp và nhóm không có quyền lợi giờ đây ít nhất cũng thấy điểm chung quyền lợi trong vùng biển cả và Vùng đáy biển di sản. Lào - quốc gia không có biển, hay Campuchia được coi là bất lợi về mặt địa lý, sẽ có quyền yêu cầu phần của mình trong Biển Đông. Các quốc gia có thương mại hàng hải lớn qua Biển Đông như Mỹ, Australia, Nhật Bản, Hàn Quốc không thể bỏ qua quyền lợi tự do biển cả và quản lý Vùng đáy biển to lớn này. Việc không chấp nhận và không thi hành phán quyết của Tòa sẽ tác động tiêu cực tới quyền của các quốc gia trong và ngoài khu vực. Việc các nước đồng lòng bảo vệ các quyền lợi này sẽ tạo sức ép buộc các bên trong phán quyết phải xem xét mức độ thực thi của mình.



#### 4. Thái độ các nước

Ngay trong ngày phán quyết, Đài Loan đã ra hai tuyên bố phản đối vì Tòa đã gọi đảo quốc này là “Chính quyền Đài Loan của Trung Quốc” và đã coi đảo Ba Bình chỉ có quy chế lãnh hải 12 hải lý. Tuy nhiên, Đài Loan vẫn kêu gọi giải quyết hòa bình tranh chấp thông qua đàm phán đa phương và gác tranh chấp, đẩy mạnh cùng khai thác. Trong khi không chấp nhận tính bắt buộc của phán quyết, Đài Loan cam kết giải quyết tranh chấp biển phù hợp với UNCLOS và luật quốc tế và không duy trì các yêu sách thái quá. Đài Loan không coi đường 9 đoạn là yêu sách tranh chấp vùng biển và chỉ duy trì tuyên bố năm 1994 về các khu vực cấm 4000 m và hạn chế 6000 m xung quanh đảo Ba Bình<sup>15</sup>.

Malaysia là một trong những nước được hưởng lợi từ phán quyết. Đường 9 đoạn chồng lấn 4/5 vùng đặc quyền kinh tế của Malaysia tính từ các bang Sabah và Sarawak, nơi có nhiều mỏ dầu khí<sup>16</sup>. Điểm phía Nam xa nhất của đường 9 đoạn là Bãi ngầm Tảng Mẩu thuộc Malaysia. Song Malaysia cũng không phải là bên ủng hộ nhiệt tình việc sử dụng con đường trọng tài trong giải quyết các tranh chấp biển, nhất là sau khi đã thua kiện với Singapore. Malaysia cũng nhìn nhận Trung Quốc như một nhà đầu tư tiềm năng. Bắc Kinh đã mua cổ phiếu của Quỹ đầu tư 1 Malaysia Berhad 1MB để cứu danh tiếng của Thủ tướng Najib và thương mại hai nước dự tính tăng từ 100 tỷ năm 2015 lên 169 tỷ USD năm

2019. Malaysia cũng đóng vai trò quan trọng trong chiến lược Một con đường, Một vành đai của Trung Quốc. Trung thành với chính sách ngoại giao im lặng, Kuala Lumpur tuyên bố: “tất cả các bên liên quan cần tìm kiếm các cách thức xây dựng để phát triển các cuộc đối thoại, đàm phán và tư vấn lành mạnh trong khi thượng tôn các nguyên tắc luật pháp vì hòa bình, an ninh và ổn định của khu vực”<sup>17</sup>.

Việt Nam cũng là nước được hưởng lợi từ phán quyết. Ngay trong quá trình vụ kiện, Hà Nội đã ủng hộ khả năng Tòa Trọng tài có thẩm quyền. Lập trường này là nhất quán khi Việt Nam nhanh chóng ra tuyên bố ngày 12/7/2016: “Việt Nam một lần nữa khẳng định lập trường nhất quán về vụ kiện, ủng hộ mạnh mẽ việc giải quyết các tranh chấp ở Biển Đông bằng biện pháp hòa bình, bao gồm các tiến trình ngoại giao và pháp lý, không sử dụng hoặc đe dọa sử dụng vũ lực theo quy định của luật pháp quốc tế, trong đó có Công ước của Liên hiệp quốc về Luật Biển năm 1982. Việt Nam ủng hộ duy trì hòa bình, ổn định trong khu vực, an ninh, an toàn, tự do hàng hải và hàng không ở Biển Đông, tôn trọng nguyên tắc thượng tôn pháp luật trên các vùng biển và đại dương. Việt Nam tiếp tục khẳng định chủ quyền của mình đối với hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa, chủ quyền đối với nội thủy và lãnh hải, quyền chủ quyền và quyền tài phán đối với vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của Việt Nam được xác định phù hợp với UNCLOS cũng như tất cả các quyền và lợi ích pháp lý của Việt Nam liên quan đến các

15 Tsai Holds 1st NSC meeting, “Unveil South China Sea Approach”, Taiwan Today 20 July 2016.

16 Prashanth Parameswaran, “Malaysia’s Approach to the South China Sea dispute”, Contemporary Southeast Asia, Vol. 38 No 3, (2016) p. 377.

17 Ministry of Foreign Affairs, “Statement by Malaysia”, 12 July 2016.

cấu trúc địa lý thuộc hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa”<sup>18</sup>. Việt Nam cần nghiên cứu kỹ phán quyết để có những chính sách và phản ứng phù hợp. Thái độ thận trọng của Việt Nam hoàn toàn có thể được giải thích khi Tòa Trọng tài không có chức năng giải quyết tranh chấp chủ quyền. Việc áp dụng quy chế đá của Trường Sa lên Hoàng Sa không thể máy móc khi chính Tòa đã khuyến nghị phải căn cứ từng trường hợp cụ thể, khi thiếu sự đồng thuận của Trung Quốc và khi chính Bắc Kinh đang thi hành một số hoạt động như mở tuyến du lịch, đường bay dân dụng hàng ngày, tăng cường vũ khí ở Hoàng Sa, vi phạm chủ quyền Việt Nam.

Thái độ của ba nước ASEAN tranh chấp chính trong Biển Đông ảnh hưởng mạnh đến lập trường chung của khối. Năm 2017, Philippines sẽ là Chủ tịch ASEAN. Việc Philippines và Malaysia có chính sách nghiêng về mục tiêu kinh tế với Bắc Kinh sẽ làm mức độ phân hóa trong khối tăng lên và ASEAN khó có được một tuyên bố chung về Biển Đông cũng như về phán quyết. Nếu Philippines quyết định “gác tranh chấp cùng khai thác” trên phần thềm lục địa bên ngoài 12 hải lý các đá Philippines đang chiếm đóng, việc tham gia của Việt Nam như trong Thỏa thuận Ba bên năm 2003 là một câu hỏi bỏ ngỏ.

Tiếng nói của các nước ngoài khu vực cũng chưa mạnh mẽ. Sau khi phán quyết ra đời, mới chỉ có 7 nước ủng hộ rõ ràng phán quyết. Phần lớn các nước khác dùng các ngôn từ ngoại giao “công nhận, ghi nhận, nghiên cứu”, yêu cầu các bên liên quan thực thi phán quyết. Đây là những bước đi tính

toán chính trị hơn là cách hiểu cộng đồng quốc tế không ủng hộ phán quyết.

Mỹ không phải là một bên ký kết UNCLOS. Chính sách của Tổng thống mới đắc cử Donald Trump với châu Á chưa rõ ràng. Tuyên bố của Tổng thống Mỹ sẽ rút khỏi TPP ít nhiều ảnh hưởng tới các đồng minh tại châu Á - Thái Bình Dương và gieo rắc lo ngại rằng, Trung Quốc có thể tận dụng cơ hội để chiếm lĩnh khoảng trống quyền lực. Mặt khác, ông Trump lại tỏ ra cứng rắn qua các biểu hiện (như trao đổi điện thoại với bà Trần Thái Vân, bỏ qua quy tắc tôn trọng chính sách Một Trung Quốc trong quan hệ Trung - Mỹ; bổ nhiệm những người theo đường lối cứng rắn vào Chính phủ; lớn giọng trong vụ Trung Quốc thu giữ thiết bị lặn không người lái của Hải quân Mỹ...). Mỹ, dưới thời Donald Trump, có thể liên kết với Nga để hạn chế đà đi lên của Trung Quốc như Nixon đã từng liên kết với Trung Quốc năm 1972 để mở đầu giai đoạn suy vong của Liên Xô. Với bản tính của một tỷ phú, chính sách của Donald Trump sẽ dễ bị các tính toán kinh tế tác động hơn là giữ một cái nhìn dài hạn. Quan tâm của Mỹ sẽ là nước Mỹ, Trung Đông và Biển Hoa Đông nhiều hơn là Biển Đông. Một kịch bản bắt tay như năm 1972 là hoàn toàn có thể.

### 5. Tương lai của phán quyết

Đánh giá cá nhân một vấn đề lớn, phức tạp như tranh chấp Biển Đông là không thể đầy đủ, chính xác. Song từ các lập luận pháp lý về vụ kiện và các thực tiễn tiếp sau, một số ý tưởng có thể là hữu ích cho trao đổi.

Phán quyết là một thắng lợi pháp lý chưa trọn vẹn do Tòa Trọng tài không có

18 <http://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/chinh-tri/315323/viet-nam-hoan-nghenh-phan-quyet-cua-pca.html>

thẩm quyền giải quyết tranh chấp chủ quyền. Mức độ và thời gian thực thi phán quyết chưa xác định do chính các bên trong phán quyết chưa thực tâm thực hiện. Cộng đồng quốc tế bị phân tâm bởi các quan ngại khác và cảm giác Phán quyết đã xong, vụ việc chỉ còn do các bên trực tiếp đàm phán giải quyết. Sức ép của công luận không cao. Việc thực thi Phán quyết sẽ còn cần rất nhiều thời gian và không thể tách khỏi quá trình giải quyết tranh chấp chủ quyền.

Trung Quốc tuyên bố không chấp nhận, không thi hành phán quyết nhưng điều đó không có nghĩa nước này vĩnh viễn không chấp nhận hay thi hành trong tương lai. Sau phán quyết, Trung Quốc tránh không làm căng thẳng tình hình trên biển trừ việc tiếp tục duy trì các đảo nhân tạo. Trung Quốc thậm chí đã để ngư dân Philippins quay lại đánh bắt ở Scarborough và đồng ý giải quyết các tranh chấp trên cơ sở luật quốc tế. Trung Quốc cũng không rút khỏi UNCLOS sau khi có những cân nhắc hơn thiệt. Biển Đông là vấn đề địa chiến lược của Trung Quốc nên nước này sẽ không bao giờ từ bỏ ý định kiểm soát toàn bộ. Vì vậy Trung Quốc sẽ phải tìm cách dung hòa giữa vị thế đang lên và trật tự thế giới cũ, giữa ý định tạo an toàn chiến lược sâu sau với tôn trọng quyền lợi biển của các quốc gia khác. Sự thay đổi chính sách của Donald Trump đối với TPP và châu Á sẽ mang lại những lợi thế mới cho Trung Quốc ở Biển Đông. Song nước này không thể một mình thách thức trật tự pháp lý quốc tế. Điều này nếu xảy ra sẽ làm tổn hại đến hình ảnh trời đất hòa bình của Trung Quốc, làm các nước xung quanh e ngại. Trung Quốc tỏ ra thận trọng, không làm gì mới để thách thức các kết luận của Tòa trừ việc xây dựng 7 đảo nhân tạo đã hoàn thành trước phán quyết. Việc thu giữ rồi nhanh chóng trả lại tàu lặn

không người lái cho Hải quân Mỹ cho thấy, Trung Quốc sẽ trung thành với chiến thuật cắt lát salami, họ sẽ tiếp tục có những bước đi căng thẳng đủ độ để khẳng định vị thế nhưng không gây ra đổ vỡ quan hệ với Mỹ. Việc không tuân thủ phán quyết về lâu dài có thể gây ra những tranh chấp mới với các nước khác khi sử dụng quyền tự do biển cả và Vùng Di sản, không có lợi cho Trung Quốc. Trong khi vẫn duy trì yêu sách chủ quyền trên các thực thể nằm trong phạm vi đường 9 đoạn và tiếp tục bồi đắp các bãi nửa nổi nửa chìm, Trung Quốc sẽ gây áp lực để các nước khác chấp nhận hình mẫu “gác tranh chấp cùng khai thác” giống như đang làm ở Scarborough với Philippins. Hình thức đàm phán song phương sẽ được đẩy mạnh vì nó mang lại những lợi ích cục bộ (như đàm phán Philippins - Trung Quốc sau phán quyết) và là ví dụ để Trung Quốc quảng bá lập trường giải quyết tranh chấp bằng đàm phán song phương. Trung Quốc cũng cam kết cùng ASEAN sớm thông qua Bộ Quy tắc ứng xử ở Biển Đông (COC). Không loại trừ Trung Quốc sẽ tiếp tục xây dựng căn cứ quân sự trên các bãi san hô mới hoặc thiết lập vùng nhận diện phòng không ADIZ trong Biển Đông. Bước đi này không dễ dàng, mà cần tìm lý do thuyết phục cộng đồng quốc tế chấp thuận. Xa hơn nữa, Trung Quốc có thể vận động các nước thông qua một thỏa thuận giải thích riêng về điều 121.3 để bác bỏ hiệu lực của phán quyết.

Philippins - nước được hưởng lợi từ phán quyết, đồng thời có nghĩa vụ xem lại phản đối hồ sơ chung ranh giới ngoài thềm lục địa của Việt Nam và Malaysia, và có thể tham gia cùng. Nước này có thể sẽ đẩy mạnh các sáng kiến hợp tác biển (nghiên cứu khoa học biển, bảo vệ môi trường biển...) trong khi kêu gọi đầu tư từ Trung Quốc. Các nước sẽ chú trọng đến các sáng kiến hợp tác quản

## **NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT**

lý các hoạt động biển (bảo tồn tài nguyên biển, giữ gìn môi trường biển, nghiên cứu khoa học biển) vì mục đích chung. Các cuộc đàm phán về tranh chấp chủ quyền vẫn bế tắc giữa hai cách tiếp cận: 1) trên cơ sở đàm phán song phương và 2) cái gì song phương thì đàm phán song phương, cái gì đa phương thì giải quyết đa phương. Việt Nam và Trung Quốc sẽ tiếp tục trao đổi về hợp tác ngoài cửa vịnh Bắc Bộ trong khi chờ đợi một giải pháp cuối cùng về vấn đề Hoàng Sa. Vai trò kết nối của ASEAN có thể nâng cao khi tổ chức thống nhất đại diện cho quyền lợi của khối trong vùng biển cả và đáy biển di sản cũng như các quyền tự do trên cơ sở tôn trọng quyền tài phán của quốc gia ven biển trong vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. ASEAN và Trung Quốc sẽ tiếp tục đẩy mạnh sáng kiến COC, nghiêng về phía quản lý xung đột, an ninh biển và các hoạt động biển hơn là giải quyết tranh chấp chủ quyền.

Tranh chấp chủ quyền vẫn chưa được giải quyết. Phán quyết góp phần làm giảm các tranh chấp biển nhưng điều này chỉ thực sự có ý nghĩa khi các bên liên quan đến vụ kiện có thiện chí thực hiện và các nước trong và ngoài khu vực tạo áp lực. Diễn biến hậu các vụ Nicaragua kiện Mỹ hay *Arctic Sunrise* cho thấy, các nước lớn khá quan tâm đến vấn đề thể diện và một chính sách ngoại giao linh hoạt. Giúp họ vượt qua mặc cảm đó không phải là cách tiếp cận tồi. Công lý sẽ cần thời gian dài để thay đổi nhận thức trong nội bộ các nước liên quan vụ kiện, để các nước khác nhận thức được tối đa quyền lợi chính đáng và đáng giá của mình khi công nghệ phát triển cho phép khai thác, sử dụng tối đa biển cả và đáy biển di sản. Phán quyết sẽ được thực hiện hoàn toàn khi tương quan lực lượng và tình hình chính trị thay đổi. Biển Đông cần một giải pháp tổng thể về chính trị, kinh tế, ngoại giao, pháp lý, quân sự vì hòa bình, ổn định và thịnh vượng.

Phán quyết của Tòa tạo điều kiện pháp lý bảo vệ toàn vẹn vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của Việt Nam từ đất liền tách khỏi vùng nước tranh chấp. Hợp đồng công ty Trung Quốc Hai Zi Yang ký với công ty Mỹ Crestone năm 1992 trên Bãi Tư Chính thuộc thềm lục địa Việt Nam sẽ không còn giá trị. Cũng như vậy là 9 lô dầu khí mà CNOOC (Công ty Dầu khí ngoài khơi Trung Quốc) gọi thầu năm 2012 trên thềm lục địa Việt Nam. Đây là ví dụ đã được Tòa đề cập trong phán quyết tại trang 89.

Việt Nam và Malaysia có thể yêu cầu Ủy ban ranh giới thềm lục địa của Liên hiệp quốc xem xét sớm hồ sơ chung về ranh giới ngoài thềm lục địa hai nước đã đệ trình năm 2009. Philippines sẽ rút lại yêu cầu Ủy ban chưa xem xét hồ sơ của Việt Nam và Malaysia và nước này có thể gia nhập hồ sơ chung.

Các hoạt động cất cấp, truy đuổi ngư dân Việt Nam thực hiện quyền đánh bắt chính đáng tại các vùng biển của mình phải được chấm dứt. Quyền tiếp cận tài nguyên của ngư dân Việt Nam tại các vùng biển Hoàng Sa, Trường Sa phải được đảm bảo.

Việt Nam cùng các nước có cơ sở đòi hỏi Trung Quốc chấm dứt lệnh cấm đánh bắt cá trái phép trong Biển Đông ban hành từ 1998.

Việt Nam cũng như các nước liên quan có cơ sở làm rõ đòi hỏi vùng biển quần đảo Trường Sa trên cơ sở yêu sách chủ quyền các thực thể.

Việt Nam có thể học hỏi kinh nghiệm, sử dụng giải pháp pháp lý để xác định quy chế pháp lý của các thực thể tại quần đảo Hoàng Sa, bác bỏ đường cơ sở quanh quần đảo Hoàng Sa năm 1996, giảm bớt các tranh chấp biển ngoài cửa Vịnh Bắc Bộ trên cơ sở duy trì đòi hỏi chủ quyền. Việt Nam cũng có cơ sở để đấu tranh với các vi phạm môi trường biển ■

# XÂY DỰNG PHÁP LUẬT VỀ HOẠT ĐỘNG GỌI VỐN CỘNG ĐỒNG

\* **Lê Hương Giang**

\* ThS. Khoa Pháp luật kinh tế - Đại học Luật Hà Nội.

## Thông tin bài viết:

*Từ khoá:* Gọi vốn cộng đồng, doanh nghiệp vừa và nhỏ, doanh nghiệp khởi nghiệp, khởi nghiệp trong lĩnh vực công nghệ

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 10/8/2016  
Biên tập: 1/9/2016  
Duyệt bài: 02/01/2017

## Article Infomation:

*Keywords:* Crowdfunding, small and medium-sized enterprises (SMEs), startup enterprises, technology startup projects.

## Article History:

Received: 10 Aug. 2016  
Edited: 11 Sep. 2016  
Approved: 02 Jan. 2017

## Tóm tắt:

Gọi vốn cộng đồng là một hoạt động khá mới ở Việt Nam, có tốc độ phát triển rất nhanh chóng và sôi động. Hiện nay, gọi vốn cộng đồng (GVCD) chia thành hai dạng: Các dự án khởi nghiệp gọi vốn để thực hiện dự án kinh doanh và các dự án của các tổ chức từ thiện kêu gọi tài trợ cho các chương trình phục vụ lợi ích cộng đồng (phi lợi nhuận). Trong đó, các dự án khởi nghiệp kinh doanh chiếm phần lớn trong hoạt động GVCD hiện nay. Vì đây là một hoạt động khá mới mẻ, có thể tiềm ẩn những rủi ro nhất định mà chưa có quy định pháp luật cụ thể, do đó, các nhà lập pháp nên nghiên cứu, thiết lập cơ sở pháp lý cho hoạt động này được tồn tại một cách an toàn ở Việt Nam.

## Abstract:

Crowdfunding is a new method for calling up the financial resource, which has strong development in Vietnam. Currently, crowdfunding is divided into two types: Crowdfunding for start-up projects (profit) and crowdfunding for the charity projects (non-profit). However, most of crowdfunding projects are carried out with the purpose of profit. Because crowdfunding may have potential risks, legislators should establish the legal basis for this activity in order that it could be performed safely in Vietnam.

## 1. Tổng quan về hoạt động gọi vốn cộng đồng

GVCD được hiểu là một phương thức kêu gọi vốn để tập hợp một khoản tiền nhất định từ công chúng trên môi trường mạng nhằm tài trợ cho một dự án nào đó, mà chủ yếu là các dự án khởi nghiệp của các cá nhân hay một dự án mới của một doanh nghiệp có quy mô nhỏ. GVCD bắt nguồn từ hoạt động của website ArtistShare tại Mỹ vào năm 2003, của Brian Camelio - một nhà lập trình

máy tính và sản xuất âm nhạc.. Dự án đầu tiên của ArtistShare là gọi vốn cho việc sản xuất album “Concert in a Garden” của Maria Schneider. Hình thức gọi vốn của dự án này như sau: Với gói tài trợ 9,95\$, người tài trợ có thể trở thành một trong những khách hàng đầu tiên được tải xuống album vào năm 2004; với mức tài trợ từ 250\$ trở lên thì người đóng góp sẽ được in tên trên sản phẩm album với tư cách “người làm nên sản phẩm này”; với mức đóng góp 10.000\$ thì được ghi tên là nhà sản xuất. Nhờ sự thành

công của ArtistShare, rất nhiều website GVCĐ tiếp tục được thiết lập, điển hình như Indiegogo (năm 2008), Kickstarter (năm 2009)<sup>1</sup>. Các dự án GVCĐ có thể thành công, có thể thất bại, nhưng ngày càng chứng tỏ rằng GVCĐ là một hình thức gọi vốn hiệu quả cho những dự án khởi nghiệp kinh doanh trên thế giới.

Ở Việt Nam, GVCĐ mới manh nha từ năm 2013 và đến nay, hoạt động GVCĐ đã được phổ biến hơn, với một số website<sup>2</sup>... Tuy nhiên, rào cản lớn đối với sự phát triển hoạt động GVCĐ ở Việt Nam là nhận thức của xã hội còn chưa cao, người dân còn thiếu sự tin tưởng vào các dự án khởi nghiệp hay kinh doanh. Bên cạnh đó, bản thân những nhà khởi nghiệp cũng còn ngại ngần khi công khai dự án, ý tưởng để kêu gọi sự giúp đỡ vốn từ xã hội, khi mà họ còn chưa thể chắc chắn về sự thành công hay thất bại của dự án đó. Ngoài ra, sự thiếu hụt khung pháp lý cho hoạt động GVCĐ cũng là một lý do quan trọng khiến hoạt động này chưa có chỗ đứng và phát triển trong thị trường.

Về bản chất, GVCĐ là một hình thức kêu gọi vốn rộng rãi từ công chúng thông qua một website nhằm thực hiện một dự án kinh doanh hoặc từ thiện. GVCĐ có những đặc trưng như sau:

*Thứ nhất, về chủ thể*, các chủ thể xuất hiện trong hoạt động GVCĐ bao gồm người góp vốn (backers), chủ dự án GVCĐ (bên gọi vốn), tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ<sup>3</sup>. Trong đó, người góp vốn có thể là mọi tổ chức, cá nhân trong xã hội, những người có khả năng tài chính phù hợp, có nhu cầu giúp

đỡ dự án GVCĐ trở thành hiện thực. Chủ dự án GVCĐ (bên gọi vốn) là những tổ chức, cá nhân có ý tưởng thực hiện một dự án kinh doanh hoặc từ thiện, cần sự giúp đỡ từ cộng đồng để tập hợp được nguồn vốn đủ để thực hiện dự án của mình. Tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ là một tổ chức kinh doanh, thiết lập môi trường để chủ dự án GVCĐ có thể giới thiệu về dự án của mình, tìm kiếm sự giúp đỡ từ cộng đồng. Hiện nay, tư cách pháp lý của tổ chức cung cấp dịch vụ này chưa được pháp luật Việt Nam quy định rõ. Tuy nhiên, xét trên chức năng chính của tổ chức này, có thể thấy, vai trò của họ là nhà môi giới cho sự “gặp gỡ” giữa bên gọi vốn và bên góp vốn. Ngoài ra, trong một số trường hợp có yêu cầu từ bên gọi vốn, tổ chức này sẽ có thể là bên tư vấn và hỗ trợ một số công việc theo yêu cầu.

*Thứ hai, về mục đích*, khi tham gia vào hoạt động GVCĐ, các chủ thể đều có mục đích của mình. Trước hết, *đối với chủ dự án GVCĐ*, mục đích có thể là gây quỹ từ thiện hoặc là một bước ban đầu để hiện thực hoá dự án khởi nghiệp kinh doanh. Đối với dự án gọi vốn kinh doanh, do hoạt động GVCĐ có bản chất là kêu gọi sự giúp đỡ, hỗ trợ ban đầu từ xã hội, cho nên chủ dự án GVCĐ thường là các cá nhân khởi nghiệp hoặc tổ chức kinh doanh có ít vốn. Thông qua GVCĐ, bên gọi vốn quảng bá cho dự án, tiếp thị sản phẩm trước khi ra mắt. Bên cạnh đó, khi thực hiện GVCĐ, chủ dự án còn có cơ hội khảo sát nhu cầu thị trường, thu thập các ý kiến và đánh giá mức độ thành công của dự án. *Đối với những người*

1 David M.Freedman, Matthew R. Nutting (2015), A brief history of crowdfunding, source: <http://www.freedman-chicago.com/ec4i/History-of-Crowdfunding.pdf>.

2 Số liệu từ Toạ đàm “Crowdfunding như thế nào”, do Bảo Kim tổ chức, ngày 7/8/2016 tại Hà Nội.

3 Các dự án GVCĐ hiện nay phần lớn đều thông qua các trang web của tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ; các tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ có chuyên môn để hỗ trợ, tư vấn khi cần thiết. Tuy nhiên, cũng có một số trường hợp chủ dự án GVCĐ tự mình thiết lập website để GVCĐ, nhưng cách thức này ít khi được sử dụng bởi chủ dự án GVCĐ là những nhà khởi nghiệp, vốn ít.

*góp vốn*, việc góp vốn cho một dự án GVCĐ trước hết thể hiện sự yêu thích ý tưởng của dự án, hỗ trợ những nhà kinh doanh khởi nghiệp, ủng hộ tinh thần sáng tạo hay những hoạt động từ thiện trong cộng đồng. Ngoài ra, những người góp vốn còn có thể hưởng đến những quyền lợi nhất định nếu dự án thành công, như quà tặng<sup>4</sup>, cổ phần, lãi vay. Như vậy, người góp vốn vào các hoạt động GVCĐ cho các dự án kinh doanh cũng trở thành một nhà đầu tư. Cuối cùng, *tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ* là một tổ chức kinh doanh, là bên trung gian (môi giới) kết nối giữa chủ dự án GVCĐ và những người có nhu cầu góp vốn để ủng hộ dự án đó. Nếu quan hệ giữa bên gọi vốn và bên góp vốn vào dự án GVCĐ không phải lúc nào cũng mang tính thương mại (trong trường hợp dự án từ thiện) thì quan hệ giữa bên gọi vốn với tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ luôn là quan hệ thương mại. Tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ hưởng lợi ích từ việc thiết lập môi trường (website) cho chủ dự án GVCĐ đăng tải được nội dung dự án của mình, do đó, họ sẽ được hưởng một số tiền với tỷ lệ phần trăm nhất định theo quy định sẵn hoặc theo thỏa thuận với chủ dự án GVCĐ.

*Thứ ba, về hình thức*, hiện nay có thể kể đến bốn loại hình GVCĐ<sup>5</sup> là: (i) *gọi vốn theo hình thức cổ phần* (equity-based crowdfunding), là hình thức huy động góp vốn vào dự án mà lợi ích nhận được sẽ là cổ phần của công ty, người ủng hộ trong trường hợp này là một nhà đầu tư hướng đến việc trở thành một cổ đông trong công ty cổ

phần<sup>6</sup>; (ii) *gọi vốn theo hình thức vay vốn* (lending-based crowdfunding), là hình thức những người góp vốn trở thành bên cho vay, hình thức này phù hợp với những doanh nghiệp nhỏ không đủ tài sản thế chấp để vay ngân hàng, cần sự trợ giúp của những người ủng hộ trong xã hội<sup>7</sup>; (iii) *gọi vốn theo hình thức trả phần thưởng, quà tặng* (reward-based crowdfunding), chủ dự án sẽ dành cho người góp vốn những lợi ích (thể hiện bằng gói quà tặng) được quy định sẵn phù hợp với số tiền mà người góp vốn bỏ ra để đầu tư vào dự án mà không phụ thuộc vào lợi nhuận dự án thu được<sup>8</sup>; (iv) *gọi vốn theo hình thức quyên góp từ thiện* (donation-based crowdfunding) thường được các tổ chức xã hội, tổ chức từ thiện, tổ chức phi chính phủ đứng ra kêu gọi tài trợ để giúp đỡ những dự án không nhằm mục tiêu lợi nhuận như hỗ trợ thiên tai, giúp đỡ người có hoàn cảnh đặc biệt..., do đó chủ dự án không cần trả lợi ích cho người góp vốn<sup>9</sup>.

*Thứ tư, về cơ sở pháp lý*, pháp luật nước ta hiện chưa có quy định cụ thể về tư cách, quyền hạn, trách nhiệm của mỗi bên trong quan hệ GVCĐ. Tuy nhiên, căn cứ vào các quy định chung về dân sự, thương mại hay hoạt động thương mại điện tử (TMĐT), các cơ sở pháp lý để phân định quyền hạn và trách nhiệm của các bên như sau: Hợp đồng sử dụng dịch vụ GVCĐ (Bên GVCĐ - Tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ); thỏa thuận giữa bên GVCĐ với bên góp vốn (thể hiện bằng lời giới thiệu, hình ảnh, cam kết mà chủ dự án công bố trên website GVCĐ).

---

4 Các chủ dự án GVCĐ thường thiết kế nhiều gói quà tặng để gia tăng cơ hội huy động được vốn, các gói quà tặng tăng dần về lợi ích và mức độ hấp dẫn tương ứng với mức tiền đóng góp.  
5 Garry A Gabison, JRC Science and Policy Report- Understanding crowdfunding and its regulations, 2015, trang 9-10. Nguồn: <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC92482/lbna26992enn.pdf>  
6 Điển hình là cách thức hoạt động của Crowdfunder (<https://www.crowdfunder.com>).  
7 Điển hình như Lendingclub (<https://www.lendingclub.com>) hay Kiva (<https://www.kiva.org>).  
8 Điển hình là trang Kickstarter (<https://www.kickstarter.com>), ở Việt Nam có Betado (<http://www.betado.com>).  
9 Điển hình như Crowdrise (<https://www.crowdrise.com>) trên thế giới, Charitymap (<https://www.charity-map.org>) ở Việt Nam.

### 2. Khuyến nghị xây dựng pháp luật về hoạt động gọi vốn cộng đồng

#### 2.1 Sự cần thiết phải xây dựng các quy định của pháp luật về hoạt động GVCĐ

Các nhà làm luật Việt Nam đã có ý tưởng về việc xây dựng các quy định của pháp luật về GVCĐ tại Dự thảo Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa<sup>10</sup>. Việc xây dựng các quy định của pháp luật về hoạt động GVCĐ trong bối cảnh hiện nay là cần thiết, xuất phát từ những lý do sau:

*Thứ nhất, xuất phát từ thực tiễn.* Hiện nay, hoạt động GVCĐ, đặc biệt là cho các dự án khởi nghiệp ngày càng trở nên sôi động, thu hút sự quan tâm của nhiều nhà đầu tư và chủ dự án, khá nhiều dự án khởi nghiệp thành công do đã huy động được đủ nguồn vốn ban đầu từ xã hội. Bản thân những người muốn bỏ vốn ủng hộ các dự án cũng cần hiểu rõ bản chất của hoạt động này, cần có những cơ chế bảo vệ quyền lợi của họ khi tham gia vào quan hệ GVCĐ. Những chủ dự án GVCĐ hay tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ cần có những quy định của pháp luật để phân định rõ trách nhiệm giữa họ và để thừa nhận tư cách pháp lý của tổ chức đó.

*Thứ hai, xuất phát từ nhu cầu quản lý.* Từ thực tiễn tồn tại của hoạt động GVCĐ hiện nay, các nhà quản lý cũng cần có những cơ sở pháp lý để theo dõi, giám sát hoạt động GVCĐ, nhằm tạo điều kiện phát huy những mặt tích cực và hạn chế, triệt tiêu những mặt tiêu cực của hoạt động này. Đặc biệt, đây là một hoạt động khá mới mẻ tại Việt Nam, sự tác động tới xã hội sẽ là khá lớn nếu như có yếu tố tiêu cực xảy ra (ví dụ như xuất hiện yếu tố lừa đảo). Do đó, dịch vụ GVCĐ cần được ghi nhận là một ngành

ngành cụ thể, cần được hoạt động và được quản lý trong một khuôn khổ pháp lý được quy định bởi Nhà nước.

*Thứ ba, xuất phát từ chủ trương chính sách khuyến khích phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa, hỗ trợ các dự án khởi nghiệp.* Cụ thể, tại Nghị quyết số 142/2016/QH13 ngày 12/4/2016 của Quốc hội về kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016-2020 đã khẳng định, Việt Nam “đẩy mạnh tinh thần khởi nghiệp gắn với chính sách hỗ trợ của Nhà nước. Thúc đẩy xã hội hóa sở hữu và sản xuất kinh doanh, khuyến khích phát triển các hình thức doanh nghiệp cổ phần. Trợ giúp để phát triển mạnh doanh nghiệp nhỏ và vừa, kinh tế hộ gia đình, kinh tế hợp tác”; Nghị quyết số 19/2016/NQ-CP của Chính phủ về những nhiệm vụ, giải pháp chủ yếu cải thiện môi trường kinh doanh, nâng cao năng lực cạnh tranh quốc gia 2 năm 2016-2017, định hướng đến năm 2010 cũng chỉ rõ nhiệm vụ của Chính phủ là “tạo lập hệ thống hỗ trợ khởi nghiệp, tạo môi trường đầu tư, kinh doanh thuận lợi, ổn định, tự do sáng tạo cho doanh nghiệp khởi nghiệp”. Việc xây dựng các quy định của pháp luật về GVCĐ là phù hợp với chủ trương hiện nay, nhằm tận dụng khả năng nội tại của những nhà khởi nghiệp, cũng như tận dụng nguồn vốn có sẵn trong xã hội mà Nhà nước không cần trực tiếp tham gia trợ giúp vốn cho các dự án khởi nghiệp. Việc Nhà nước công nhận và pháp luật có quy định rõ ràng về GVCĐ cũng sẽ khuyến khích hoạt động này phát triển.

Như vậy, việc thiết lập cơ sở pháp lý cần thiết cho hoạt động GVCĐ sẽ đem lại lợi ích cho nhiều bên như: đảm bảo an toàn, tạo sự an tâm cho người góp vốn; chuyên nghiệp hoá và tránh thất thu thuế từ nguồn

10 Được thể hiện tại Dự thảo Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa ngày 25/5/2016 đăng trên Cổng thông tin điện tử của Bộ Kế hoạch và Đầu tư, nhưng đến Dự thảo ngày 7/7/2016 thì phần về hỗ trợ khởi nghiệp, hoạt động GVCĐ không còn được quy định trong Dự thảo.



lợi nhuận của hoạt động cung cấp dịch vụ GVCĐ; giúp giảm thiểu các tranh chấp phát sinh giữa các chủ thể tham gia vào hoạt động GVCĐ... Có một khung pháp lý đầy đủ với sự quản lý của Nhà nước, người dân sẽ cảm thấy an tâm hơn khi tham gia đầu tư vốn cho các dự án GVCĐ, từ đó, hoạt động GVCĐ tại Việt Nam sẽ càng phát triển.

## **2.2 Một số đề xuất cụ thể về nội dung của pháp luật về GVCĐ<sup>11</sup>**

*Một là, cần ghi nhận hoạt động GVCĐ (cho các dự án kinh doanh) trong Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa*

Hoa Kỳ đã có một đạo luật có quy định về GVCĐ<sup>12</sup>. Ở Anh, website GVCĐ phải được đăng ký. Tại Pháp, người quản lý website GVCĐ phải có chứng chỉ “*cố vấn đầu tư GVCĐ*” (investment-crowdfunding adviser) sau khi đã vượt qua các kỳ sát hạch theo quy định<sup>13</sup>. Tại Việt Nam, thực tế đòi hỏi Nhà nước cần quan tâm tới việc thiết lập hàng rào pháp lý để chính thức “công nhận”, đưa hoạt động này trở nên phổ biến hơn, từ đó tạo sự an tâm cho cả bên huy động vốn, bên hỗ trợ vốn và đặc biệt là bên trung gian cung cấp dịch vụ GVCĐ. Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa nên quy định một số vấn đề đặc thù về hỗ trợ tiếp cận vốn cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa, dự án khởi nghiệp, trong đó hoạt động GVCĐ sẽ là một cách thức tiếp cận nguồn vốn từ xã hội hiệu quả<sup>14</sup>.

*Hai là, cần xây dựng địa vị pháp lý cho tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ*

Hiện nay, tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ tồn tại khá nhiều ở Việt Nam, nhưng từ góc độ pháp luật, chưa có quy định ghi nhận rõ tư cách pháp lý, quyền và nghĩa vụ của tổ chức này đối với các bên trong quan hệ GVCĐ. Thực tế cho thấy, các tổ chức GVCĐ thực hiện hoạt động TMĐT, có thu nhập thường xuyên nhưng chưa được quản lý chặt chẽ. Nghị định số 52/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định về TMĐT có liệt kê các hình thức tổ chức hoạt động TMĐT bao gồm: website TMĐT bán hàng (do thương nhân, tổ chức, cá nhân tự thiết lập để phục vụ hoạt động xúc tiến thương mại, bán hàng hoặc cung ứng dịch vụ của mình), website cung cấp dịch vụ TMĐT (cung cấp môi trường cho các thương nhân, tổ chức, cá nhân khác tiến hành hoạt động thương mại, bao gồm sàn giao dịch điện tử, website đấu giá trực tuyến, website thương mại trực tuyến, website khác do Bộ Công thương quy định)<sup>15</sup>. Như vậy, trang web GVCĐ không thuộc các hình thức tổ chức hoạt động TMĐT đã được liệt kê, vậy sẽ thuộc trường hợp “website khác do Bộ Công thương quy định”. Pháp luật cần quy định rõ tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ phải là thương nhân, bởi tổ chức này lấy hoạt động cung cấp dịch vụ GVCĐ để làm thu nhập thường xuyên cho mình. Bên cạnh đó, cần phải có

11 Các đề xuất trong phần này liên quan đến việc GVCĐ cho các dự án nhằm mục đích kinh doanh. Các đề xuất chỉ mang tính định hướng chung, các đề xuất chi tiết hơn sẽ được triển khai ở những nghiên cứu tiếp theo.

12 Đạo luật về Khởi nghiệp - Jumpstart our Business Startup (JOBS) Act (2012) - có quy định tại Mục III về “crowdfunding”

13 Garry A Gabison, JRC Science and Policy Report- Understanding crowdfunding and its regulations, 2015, tr 21. Nguồn: <http://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC92482/lbna26992enn.pdf>

14 Có thể sẽ có ý kiến phản biện rằng, hoạt động GVCĐ bao gồm: gọi vốn cho dự án kinh doanh và dự án từ thiện. Đối với các dự án gọi vốn từ thiện, không thể được điều chỉnh bởi Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa. Tuy nhiên, chúng tôi đề xuất như vậy bởi phần lớn các hoạt động GVCĐ hiện nay là cho các dự án kinh doanh, đặc biệt là dự án khởi nghiệp. Khi đã có quy định về GVCĐ cho các dự án kinh doanh tại Luật này, địa vị pháp lý của tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ sẽ được ghi nhận, từ đó cũng có thể có những văn bản dưới luật hướng dẫn thêm cho hoạt động GVCĐ cho dự án từ thiện.

15 Điều 25 Nghị định số 52/2013/NĐ-CP về TMĐT.

## BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

quy định về tư cách của tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ trong mối quan hệ với bên chủ dự án gọi vốn và bên góp vốn, theo đó, tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ là trung gian môi giới; từ đó, ràng buộc trách nhiệm của tổ chức cung cấp dịch vụ GVCĐ với bên gọi vốn<sup>16</sup> cũng như với các thông tin được công bố trên website dùng để gọi vốn.

*Ba là, cần quy định rõ một số trách nhiệm cơ bản của bên gọi vốn và bên góp vốn vào dự án GVCĐ*

Những dự án GVCĐ cho các dự án kinh doanh thường sẽ có hình thức hoàn trả lợi ích khác nhau cho bên góp vốn, có thể bằng cổ phần của công ty, lãi vay hoặc quà tặng. Do đó, các nhà làm luật cần xét đến sự khác nhau này để quy định cho phù hợp.

*Về trách nhiệm của bên gọi vốn cho dự án GVCĐ:* Pháp luật cần có quy định bên gọi vốn phải đảm bảo tính trung thực và chịu trách nhiệm về mọi thông tin được công khai về dự án GVCĐ. Bên gọi vốn phải đảm bảo việc sử dụng nguồn vốn huy động được đúng mục đích, triển khai dự án đúng tiến độ như đã cam kết với những người góp vốn. Bên gọi vốn cũng phải đảm bảo đúng thời hạn, tiến độ hoàn trả lợi ích cho người góp vốn như cam kết. Đặc biệt, đối với những dự án hoàn trả lợi ích bằng quà tặng, bên gọi vốn phải trả sản phẩm quà tặng đúng chủng loại, đúng chất lượng, đúng các tiêu chí theo cam kết và phải ưu tiên trả sản phẩm cho những người góp vốn trước rồi mới được bán các sản phẩm ra thị trường. Trong thực tế, đã có nhiều dự án GVCĐ thành công, nhưng sau khi triển khai đã không đảm bảo đúng thời hạn trả quà tặng cho những người góp vốn, làm ảnh hưởng không nhỏ tới sự phát triển chung của hoạt động GVCĐ. Do đó, pháp luật cũng cần có quy định về thời hạn tối đa trả lợi ích cho người góp vốn, đặc biệt trong trường hợp trả

lợi ích bằng quà tặng. Đối với các dự án GVCĐ nhằm mục tiêu kinh doanh, nhằm đảm bảo đúng tính chất kêu gọi vốn “cộng đồng”, cần có quy định mức trần góp vốn trên cơ sở cân nhắc yếu tố an toàn cho xã hội nhưng vẫn đáp ứng được nhu cầu kêu gọi vốn và khả năng thành công của các dự án kinh doanh. Ngoài ra, cần quy định trách nhiệm và thời hạn tối đa hoàn trả vốn góp cho những người góp vốn vào dự án trong trường hợp dự án GVCĐ không thành công.

*Trách nhiệm của bên góp vốn cho các dự án GVCĐ:* Do nhận thức chúng về GVCĐ còn chưa cao, nên pháp luật cần có những quy định mang tính định hướng rõ ràng cho người góp vốn về các nghĩa vụ của mình. Mặc dù việc góp vốn cho các dự án GVCĐ xuất phát từ sự tự nguyện, tin tưởng vào sự thành công của dự án hay những hấp dẫn từ gói quà tặng có tính chất độc đáo, nhưng một khi đã quyết định góp vốn, người góp vốn cần được quy định chỉ được quyền rút lại vốn trong một số trường hợp như: (i) Có sự đồng ý của bên gọi vốn; (ii) Dự án gọi vốn không thành công, bên gọi vốn trả lại vốn góp; (iii) Bên gọi vốn vi phạm những nghĩa vụ cơ bản với bên góp vốn; (iv) Theo thỏa thuận khác giữa các bên. Điều này cần được pháp luật quy định rõ nhằm tránh những tranh chấp không đáng có.

Chúng tôi cho rằng, việc thiết lập khung pháp lý về hoạt động GVCĐ là phù hợp với bối cảnh thực tiễn, nhu cầu của xã hội và chính sách của Nhà nước. Trên đây chỉ là một số kiến nghị chung, có tính định hướng cho hoạt động lập pháp. Để hoàn thiện khung pháp lý, các nhà lập pháp cần tiếp tục có những nghiên cứu để pháp luật kịp thời điều chỉnh các quan hệ trong xã hội, vừa đảm bảo sự phát triển năng động, sáng tạo của thị trường, đảm bảo sự an toàn cho người dân ■

16 Áp dụng quy định về môi giới thương mại tại Điều 151 Luật Thương mại (2005).

# TIẾP TỤC HOÀN THIỆN HỆ THỐNG PHÁP LUẬT, CHÍNH SÁCH ĐỐI VỚI ĐỒNG BÀO DÂN TỘC THIỂU SỐ

**Nguyễn Lâm Thành\***

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

**Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:* chính sách dân tộc

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 19/11/2016

Biên tập: 13/12/2016

Duyệt bài: 05/01/2017

**Tóm tắt:**

Cùng với việc nêu bật những thành tựu trong thực hiện pháp luật, chính sách dân tộc của Đảng và Nhà nước ta, bài viết chỉ ra một số khó khăn, thách thức trong quá trình phát triển và hòa nhập của đồng bào dân tộc thiểu số (DTTS) hiện nay, nhấn mạnh đến mục tiêu phát triển, quan điểm và giải pháp hoàn thiện pháp luật, chính sách đối với đồng bào DTTS trên tinh thần Hiến pháp năm 2013.

**Article Information:**

*Keywords:* Policies for ethnic minorities

*Article History:*

Received: 19 Nov. 2016

Edited: 13 Dec. 2016

Approved: 05 Jan. 2017

**Abstract:**

This article highlights a number of achievements from the implementations of the laws on and the policies for the ethnic minorities by the Communist Party and the Socialist Republic of Vietnam, this article also points out some of the obstacles and challenges in the current developments and integrations of ethnic minorities (EM), emphasizes the development objectives, provides the viewpoints and the solutions for improvements of the related laws and policies towards ethnic minorities in the spirit of the Constitution of 2013.

## **1. Thành tựu trong thực hiện pháp luật, chính sách dân tộc và một số vấn đề đặt ra**

Là quốc gia có nhiều dân tộc, Đảng và Nhà nước ta luôn xác định đường lối, chính sách dân tộc có vị trí đặc biệt quan trọng. “Chính sách dân tộc của Đảng là thực hiện triệt để quyền bình đẳng về mọi mặt giữa các dân tộc, tạo những điều kiện cần thiết để xoá bỏ tận gốc sự chênh lệch về trình độ kinh tế, văn hoá giữa các dân tộc ít người và

dân tộc đông người, làm cho tất cả các dân tộc đều có cuộc sống ấm no, văn minh và hạnh phúc, đoàn kết giúp nhau tiến bộ, cùng làm chủ tập thể Tổ quốc Việt Nam XHCN”<sup>1</sup>.

Đây là nguyên tắc cơ bản để thực hiện các quyền của DTTS trong một quốc gia nhiều dân tộc, hướng tới xây dựng xã hội dân chủ, hạnh phúc và văn minh, đề cao các giá trị quyền con người.

Trên cơ sở đường lối, quan điểm, chủ trương, chính sách của Đảng, hệ thống chính

---

1 Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ IV.

## CHÍNH SÁCH

sách, pháp luật của Nhà nước và tổ chức thực hiện của Chính phủ, đời sống chính trị, kinh tế, xã hội của các DTTS đã được thực hiện tốt trên nhiều mặt. Đó là:

*Về chính trị:* Mọi người là công dân không phân biệt dân tộc, tín ngưỡng, tôn giáo, giới đều bình đẳng về chính trị, bình đẳng trong các lĩnh vực của đời sống và bình đẳng trước pháp luật. Đại đoàn kết toàn dân tộc không ngừng được củng cố, tăng cường. Các dân tộc tôn trọng, đoàn kết, giúp đỡ nhau cùng tiến bộ, cùng nhau xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam XHCN.

*Về kinh tế:* Nhà nước quan tâm và có chính sách ưu tiên đầu tư, đặc biệt là xây dựng kết cấu hạ tầng kinh tế - xã hội thiết yếu. Hiện đã có 92% số xã có đường ô tô đến trung tâm xã; 95% số xã có điện; 80% số xã có thủy lợi nhỏ; 65% số xã có công trình nước sinh hoạt<sup>2</sup>. Nhờ vậy, bộ mặt nông thôn vùng dân tộc thiểu số, miền núi đã có sự chuyển biến rõ nét. Sản xuất ở hầu hết các địa bàn vùng dân tộc đều phát triển. Các huyện, xã đều có điển hình sản xuất giỏi; một số vùng đã có sản xuất hàng hóa; nhiều người dân có việc làm và tăng thu nhập. Tỷ lệ hộ nghèo vùng dân tộc thiểu số, nhất là ở các huyện nghèo, xã đặc biệt khó khăn đã giảm rõ rệt<sup>3</sup>.

*Về giáo dục, đào tạo phát triển nguồn nhân lực:* Hệ thống cơ sở vật chất đã được xây dựng tương đối đồng bộ ở tất cả các xã vùng dân tộc cùng hệ thống điểm trường ở thôn, bản, hệ thống các trường dân tộc nội trú, trường bán trú dân nuôi, cùng với chính sách hỗ trợ sinh hoạt phí cho học sinh nghèo đã giúp cho con em đồng bào dân tộc có cơ hội đến trường, tiếp cận nền giáo dục quốc

gia. Đến nay, đã có 50/54 dân tộc có người học từ trình độ cao đẳng, đại học trở lên<sup>4</sup>. Công tác đào tạo nghề, dạy nghề gắn với tạo việc làm đã có sự chuyển biến nhất định.

*Về y tế:* Hệ thống y tế, đặc biệt là mạng lưới y tế cơ sở được củng cố và phát triển rộng khắp, kể cả ở vùng sâu, vùng xa, vùng DTTS. Việc tăng đầu tư chung cho lĩnh vực y tế đã giúp cho việc xây mới, nâng cấp, sửa chữa kết cấu hạ tầng và đầu tư trang thiết bị y tế cho hầu hết các cơ sở y tế vùng đặc biệt khó khăn, hệ thống bệnh viện đa khoa tuyến huyện được xây dựng đồng bộ trên cả nước. Hiện đã có 99% số xã có trạm y tế và 94% số thôn, bản có cán bộ y tế. Công tác chăm sóc sức khỏe của đồng bào các dân tộc không ngừng được cải thiện, đã góp phần nâng cao chất lượng dân số.

*Về văn hóa:* Các thiết chế văn hóa cơ sở, như nhà văn hóa, thư viện, câu lạc bộ, trung tâm sinh hoạt cộng đồng... ở vùng đồng bào DTTS được chỉ đạo tập trung xây dựng ở các làng, thôn, bản, buôn, phum, sóc... Hầu hết các xã vùng dân tộc, miền núi có nhà văn hóa hoặc điểm bưu điện văn hóa; nhiều thôn, bản có nhà sinh hoạt cộng đồng. Đây là nơi sinh hoạt, tổ chức các hoạt động văn hóa cộng đồng với nhiều dạng thức phong phú. Nhiều lễ hội ở các vùng dân tộc được khôi phục, tổ chức nhằm bảo tồn và phát huy giá trị bản sắc văn hóa các dân tộc, kể cả các DTTS rất ít người.

*Về hệ thống chính trị cơ sở và cán bộ dân tộc:* Hệ thống chính trị vùng dân tộc không ngừng được xây dựng, củng cố, đáp ứng ngày càng tốt hơn yêu cầu lãnh đạo nhân dân thực hiện nhiệm vụ chính trị, phát triển kinh tế - xã hội ở địa phương.

2 Báo cáo của Ủy ban Dân tộc năm 2016.

3 Báo cáo Kinh tế - xã hội của Chính phủ 2016.

4 Báo cáo giám sát của Hội đồng Dân tộc 2015.

Đội ngũ cán bộ công chức, viên chức người dân tộc thiểu số trong vùng dân tộc thiểu số từng bước được nâng lên cả về số lượng và chất lượng<sup>5</sup>.

Những kết quả, thành tựu trên cũng chính là những thuận lợi rất cơ bản đảm bảo cho sự phát triển toàn diện, bền vững của các DTTS Việt Nam. Tuy nhiên, vùng đồng bào dân tộc thiểu số còn đối mặt với nhiều khó khăn, thách thức trong quá trình phát triển và hòa nhập.

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

- Chất lượng giáo dục, chất lượng nguồn nhân lực hạn chế, lao động trong độ tuổi qua đào tạo thấp, chỉ đạt từ 5% - 20% (tùy từng dân tộc). Vẫn còn tình trạng một bộ phận không nhỏ dân cư mù chữ hoặc tái mù chữ (21%)<sup>6</sup>, cộng với trình độ văn hóa thấp đã hạn chế khả năng tiếp cận và hưởng thụ các thành quả phát triển gắn với tiêu chí về các quyền cơ bản. Cùng với đó, trình độ năng lực hạn chế sẽ dẫn đến khả năng tự bảo vệ các quyền cơ bản của con người, quyền công dân của cá nhân được luật pháp thừa nhận cũng hạn chế.

- Bản sắc văn hóa của nhiều dân tộc đang đứng trước nguy cơ mai một, bị đồng hóa, nhất là ở các cộng đồng vùng nghèo dưới tác động của đời sống kinh tế - xã hội hiện đại, xâm thực văn hóa, xâm nhập và biến đổi tôn giáo - tín ngưỡng diễn ra ngày càng mạnh mẽ. Nhiều thiết chế tổ chức, quản lý làng, bản truyền thống gắn với các cộng đồng không gian văn hóa bị phá vỡ (hoặc phá bỏ trong quá trình phát triển). Sức bảo vệ trước dòng chảy văn hóa của một số cộng đồng DTTS trở nên suy yếu, cần có những chính sách trợ lực để bảo vệ bản sắc văn hóa cộng đồng dân tộc.

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

## **2. Mục tiêu phát triển, quan điểm và giải pháp hoàn thiện pháp luật, chính sách đối với đồng bào dân tộc thiểu số trên tinh thần Hiến pháp năm 2013**

### **2.1 Về mục tiêu phát triển**

Trong giai đoạn phát triển hiện nay, hệ thống pháp luật, chính sách dân tộc cần bảo đảm hướng tới những mục tiêu cơ bản sau:

*Về khía cạnh chính trị, xã hội:* Việc bảo đảm các quyền cho đồng bào dân tộc nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho lĩnh vực phát triển con người đó là quyền được phát triển, các quyền cơ bản về chỗ ở, cư trú và

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

6 Điều tra 53 dân tộc thiểu số, Tổng cục Thống kê năm 2016.

đảm bảo các điều kiện sống. Xây dựng xã hội cộng đồng ổn định, thống nhất về tâm lý xã hội, dân chủ, phát huy tinh thần đoàn kết, tương trợ giúp nhau cùng phát triển. Sự phát triển đó phải bảo đảm tạo dựng nền tảng ổn định chính trị của quốc gia, thiết lập dân chủ, công bằng cho xã hội, đem lại những giá trị tiến bộ xã hội về mọi mặt.

*Về khía cạnh kinh tế, giải quyết được cơ bản tình trạng lạc hậu, chậm phát triển của khu vực thông qua xây dựng, cải thiện điều kiện sở hạ tầng, dịch vụ; tạo việc làm, phát triển sản xuất tăng thu nhập. Bảo đảm những điều kiện sống cơ bản về lương thực, nhà ở, nước sinh hoạt, học hành và chăm sóc sức khỏe; ổn định, cải thiện và nâng cao đời sống vật chất, tinh thần cho đồng bào. Giảm tỷ lệ đói nghèo, hạn chế phân tầng xã hội, bất bình đẳng trong phát triển, rút ngắn khoảng cách chênh lệch phát triển với khu vực đồng bằng và đô thị. Trong đó, nhấn mạnh quyền tiếp cận và tham gia của cộng đồng trong việc quản lý và bảo vệ nguồn tài nguyên của mình, quyền tiếp cận cơ hội việc làm, có việc làm và hưởng thụ thành quả lao động.*

*Về khía cạnh giáo dục và văn hóa:* Tập trung vào mục tiêu phát triển con người, trau dồi những kiến thức, kỹ năng, thay đổi tập tục và thói quen cá nhân, nâng cao khả năng thích ứng của người dân trước những tác động mới xuất phát từ yêu cầu của phát triển. Bảo tồn và phát huy được những giá trị văn hóa truyền thống và tiếp thu có chọn lọc các yếu tố văn hóa bên ngoài, văn hóa hiện đại, phổ biến, ngăn chặn được các tư tưởng ngoại lai, phản động.

### **2.2 Quan điểm hoàn thiện hệ thống pháp luật, chính sách**

Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, bảo đảm cơ sở pháp lý ngày càng đầy đủ hơn cho việc bảo vệ và thúc

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

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

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

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

của người dân một cách cơ bản theo các mục tiêu phát triển.

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

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

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

### **2.3 Một số giải pháp cụ thể theo các lĩnh vực**

*Lĩnh vực chính trị, dân sự, công tác cán bộ*

- Đổi mới những quy định trong hệ thống pháp luật về bầu cử, ứng cử nhằm tăng cường quyền lực chính trị của nhân

dân, trong đó tăng cường công tác tuyên truyền, nâng cao nhận thức về quyền chính trị cho đồng bào DTTS cùng với các biện pháp đặc thù để tạo điều kiện cho người dân thực hiện các quyền cơ bản của mình.

- Rà soát lại hệ thống văn bản pháp quy có liên quan để bổ sung những yêu cầu cần thiết nhằm tăng cường sự tham gia của nhân dân vào các hoạt động quản lý địa phương, quản lý nhà nước, các hoạt động tự quản cộng đồng. Mở rộng các hình thức dân chủ phù hợp trong đời sống các cộng đồng dân tộc để họ tham gia hiệu quả hơn vào các quá trình quản lý.

- Đối với các quyền dân sự, cần tăng cường thông tin, phổ biến giáo dục pháp luật đến cho đồng bào nhằm nâng cao hiểu biết về quyền lợi và trách nhiệm trong hệ thống quy định chung. Bên cạnh đó, cung cấp điều chỉnh, bổ sung chính sách liên quan đến nguyên tắc quyền cư trú của một số nhóm đối tượng di cư tự do; áp dụng tập quán tốt đẹp trong hôn nhân gia đình; quyền bình đẳng giới v.v..

- Tiếp tục xây dựng đội ngũ cán bộ dân tộc nhằm tăng cường sự tham gia của họ vào bộ máy nhà nước trung ương và chính quyền địa phương các cấp. Chú trọng, làm tốt công tác quy hoạch dự nguồn cán bộ DTTS để có chính sách đào tạo, bồi dưỡng và sử dụng hợp lý, hình thành đội ngũ cán bộ DTTS đông về số lượng, giỏi về chuyên môn, đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội của các địa phương.

- Một số chính sách khác cần được bổ sung như: quy hoạch, đào tạo, bổ nhiệm cán bộ dân tộc trong hệ thống bộ máy nhà nước; xây dựng đội ngũ trí thức người dân tộc, chính sách đối với người tiêu biểu của các DTTS (không chỉ đơn thuần là người tiêu biểu ở cấp cơ sở như mục tiêu chính sách

## CHÍNH SÁCH

hiện nay). Cụ thể hóa thêm chính sách cán bộ đối với một số vùng nhóm dân tộc để đáp ứng yêu cầu thực tiễn trong giai đoạn mới.

- Trên các khía cạnh, lĩnh vực giáo dục phát triển nguồn nhân lực, nâng cao dân trí, tạo nguồn cho đào tạo bồi dưỡng cán bộ, cần sửa đổi một số chính sách giáo dục liên quan đến thực hiện chế độ cử tuyển về công tác đào tạo, trong đó có ngành nghề đào tạo, đối tượng đào tạo. Sửa đổi chế độ tuyển dụng công chức, viên chức tập trung ưu tiên cho con em DTTS, phù hợp với đặc điểm cơ cấu dân số.

### *Lĩnh vực kinh tế*

- Tập trung nỗ lực để xoá đói, giảm nghèo, tạo thêm việc làm, tạo lập cơ hội bình đẳng cho đồng bào dân tộc tham gia các hoạt động xã hội, văn hoá, chính trị, phát triển kinh tế và bảo vệ môi trường. Quy hoạch bố trí, sắp xếp lại dân cư, giải quyết tốt vấn đề du canh du cư và di cư tự do. Tiếp tục cải thiện điều kiện nhà ở, nước sinh hoạt và nước sản xuất cho nhân dân cùng với các điều kiện về giao thông, điện, thông tin liên lạc và các dịch vụ công ích khác.

- Thúc đẩy chính sách việc làm trong hệ thống chính sách an sinh xã hội, hướng đến mục tiêu việc làm bền vững và tạo cơ hội bình đẳng về việc làm cho mọi người trong xã hội, nâng cao trách nhiệm của Nhà nước và xã hội đối với vấn đề thúc đẩy việc làm.

- Tiếp tục thể chế hóa và xây dựng những chính sách ưu tiên thúc đẩy việc làm đối với nhóm lao động trong khu vực phi chính thức, đặc biệt là đối với lao động là người DTTS ở khu vực nông thôn, lao động tự do... nhằm tăng cường tính bền vững đối với việc làm ở các khu vực này vì đây là khu vực chịu nhiều rủi ro về điều kiện môi

trường làm việc, thu nhập và thiếu tính ổn định hơn so với khu vực chính thức.

- Tiến hành đánh giá hiệu quả của việc thực hiện Đề án đẩy mạnh xuất khẩu lao động đối với lao động người DTTS ở các huyện nghèo trong Chương trình Nghị quyết 30a. Phát huy vai trò của các cơ quan quản lý nhà nước, của chính quyền địa phương trong việc hỗ trợ lao động DTTS.

- Chính phủ xây dựng các văn bản hướng dẫn thi hành quy định của Luật Việc làm, nhất là các chính sách ưu đãi tạo việc làm đối với người DTTS ở khu vực có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, chính sách hỗ trợ chuyển đổi nghề nghiệp, việc làm cho người lao động ở khu vực nông thôn, chính sách việc làm công.

### *Lĩnh vực giáo dục, đào tạo*

- Tiếp tục tổ chức triển khai có hiệu quả các chương trình, chính sách của Chiến lược phát triển giáo dục 2011 - 2020, tập trung ưu tiên cho đối tượng đồng bào DTTS, vùng có điều kiện kinh tế khó khăn và đặc biệt khó khăn. Nâng cao chất lượng giáo dục các cấp từ mầm non đến trung học cơ sở trên cơ sở bảo đảm điều kiện cơ sở vật chất trường lớp học, cải tiến nội dung và phương pháp dạy và học, kết hợp giữa kiến thức và rèn luyện kỹ năng. Tổ chức dạy tiếng dân tộc cho đối tượng con em đồng bào dân tộc có nhu cầu.

- Phát triển thêm hệ thống các trường nội trú cấp huyện, trung tâm cụm xã theo chương trình mục tiêu bằng việc tăng cường cơ sở vật chất, trang thiết bị và đồ dùng dạy học. Đề khuyến khích con em nông dân vùng cao có thể được vào học trong các trường dân tộc nội trú, bên cạnh việc thực hiện nghiêm chỉnh những quy định về những tiêu chuẩn đối tượng, cần xem xét



một cách hợp lý hơn về điểm chuẩn xét tuyển với diện này. Bởi vì họ mới là lực lượng bổ sung nguồn lực và đội ngũ cán bộ tại cơ sở làng bản.

- Thực hiện có kết quả Đề án xóa mù chữ triển khai trên địa bàn 14 tỉnh miền núi dân tộc đến năm 2020, trong đó tập trung vào các vùng ưu tiên trọng điểm, các nhóm dân tộc có chất lượng nguồn nhân lực thấp. Đẩy mạnh việc tổ chức các lớp xoá mù những người trong độ tuổi, nâng cao trình độ phổ cập, nâng cao chuẩn xoá mù chữ, đổi mới phương pháp, kỹ năng dạy học. Chú trọng các biện pháp kết hợp sau xoá mù để tránh tái mù, đặc biệt là sự lồng ghép nội dung công tác khuyến nông, khuyến lâm, truyền thông dân số.

- Củng cố vai trò của các tổ chức cộng đồng và quá trình vận động xã hội ảnh hưởng tới công tác xoá mù và nâng cao mặt bằng dân trí. Xã hội hoá giáo dục thông qua công tác văn hoá và các hoạt động, tổ chức truyền thông ở cộng đồng. Tăng cường và khuyến khích sự tham gia của bộ đội, bộ đội biên phòng tham gia công tác xoá mù chữ.

#### *Lĩnh vực y tế*

- Tập trung xây dựng, củng cố, mở rộng cơ sở y tế, khám chữa bệnh; bảo đảm thuốc phòng và chữa bệnh cho đồng bào các dân tộc ở vùng có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn và đặc biệt khó khăn.

- Xây dựng các chính sách ưu tiên chăm sóc sức khoẻ nhân dân miền núi, vùng sâu, vùng xa, đặc biệt quan tâm tới đồng bào DTTS, nâng cao khả năng tiếp cận dịch vụ y tế có chất lượng cho nhân dân vùng nghèo, DTTS, vùng sâu, vùng khó khăn.

- Mở rộng các phương thức trả trước và chia sẻ rủi ro trong khám bệnh, chữa bệnh thông qua phát triển bảo hiểm y tế (BHYT)

toàn dân; cải cách và đơn giản hóa thủ tục mua, thanh toán BHYT, tạo thuận lợi cho người có BHYT trong khám bệnh, chữa bệnh; tiếp tục triển khai tốt chính sách BHYT cho người nghèo, cận nghèo, trẻ em dưới 6 tuổi, người cao tuổi, đồng bào DTTS vùng kinh tế - xã hội khó khăn và các đối tượng dễ bị tổn thương.

- Hỗ trợ việc bảo tồn, khai thác, sử dụng những bài thuốc dân gian và phương pháp chữa bệnh cổ truyền có giá trị của đồng bào các dân tộc đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền công nhận.

- Bảo đảm nâng cao chất lượng dân số, phát triển dân số hợp lý của từng dân tộc theo quy định của pháp luật, nhất là đối với các dân tộc có số dân ít dưới 10.000 người. Hạn chế tình trạng tảo hôn và hôn nhân cận huyết diễn ra ở một vùng, nhóm dân tộc. Kiểm soát tỷ lệ sinh cao ở một số dân tộc nhằm bảo đảm nâng cao chất lượng dân số cũng như hạn chế những vấn đề xã hội phát sinh.

#### *Lĩnh vực văn hóa*

- Xây dựng chính sách văn hóa dân tộc phải bảo đảm phù hợp với điều kiện, hoàn cảnh môi trường sống của khu vực miền núi dân tộc - là cái gốc để sản sinh văn hóa và nuôi dưỡng văn hóa truyền thống. Bảo đảm phù hợp với trình độ hiểu biết, nhận thức của người dân hay chính là điểm thực tại của bối cảnh văn hóa của một cộng đồng và nó được quy định bởi yếu tố nền tảng là mặt bằng trình độ phát triển cơ sở hạ tầng kinh tế - xã hội hiện có. Trong đó, xác định rõ chủ thể văn hóa để thúc đẩy việc bảo tồn và phát huy bản sắc văn hóa truyền thống các DTTS.

- Tôn trọng tính đa dạng văn hóa cũng có nghĩa là phải tăng cường quảng bá, giới

## CHÍNH SÁCH

thiệt đầy đủ hơn bản sắc của từng dân tộc và coi đó như là giá trị quốc gia và rộng hơn là giá trị văn hóa nhân loại, đồng thời khắc phục tâm lý tự ti trong quá trình giao lưu văn hóa. Vấn đề bảo tồn và phát huy bản sắc văn hoá, suy cho cùng là giải quyết một cách hài hoà mối quan hệ giữa con người với văn hóa.

- Đẩy mạnh các hoạt động bảo tồn và phát huy bản sắc văn hóa các DTTS kết hợp với các chương trình phát triển kinh tế, phát triển nghề thủ công truyền thống, du lịch cộng đồng với xóa đói giảm nghèo. Khai thác và sử dụng tri thức địa phương. Đánh giá, phát hiện các vấn đề thuận lợi để khai thác, tìm điểm hạn chế cho phát triển để điều chỉnh, khắc phục, tránh trở ngại, hoặc định hướng, dẫn dắt sự phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội theo chiều thuận mà không tạo nên những xung đột văn hóa, tâm lý xã hội.

- Phát triển và hiện đại hóa mạng lưới thông tin đại chúng, nâng cao chất lượng các sản phẩm văn hóa, thông tin phù hợp. Đẩy mạnh và phát huy hiệu quả công cụ phát thanh, truyền hình phù hợp với đồng bào các DTTS. Xây dựng đồng bộ và nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động của các thiết chế văn hóa cộng đồng, thực sự phát huy vai trò của cộng đồng trong tổ chức các hoạt động văn hóa cộng đồng, phát huy hiệu quả thực sự của các thiết chế văn hóa.

### *Lĩnh vực tín ngưỡng, tôn giáo*

- Thực hiện tốt các nội dung của Luật Tín ngưỡng, tôn giáo vừa được Quốc hội thông qua nhằm tạo điều kiện thuận lợi hơn cho sinh hoạt tôn giáo của người dân trên

nguyên tắc “Nhà nước Cộng hoà XHCN Việt Nam tôn trọng và bảo đảm quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo, theo hoặc không theo một tôn giáo nào của công dân, không ai được xâm phạm quyền tự do ấy”<sup>7</sup>.

- Bảo đảm quyền tự do tín ngưỡng tôn giáo của người dân, cùng với việc: nghiêm cấm việc ép buộc công dân theo đạo, bỏ đạo hoặc lợi dụng quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo để phá hoại hoà bình, độc lập, thống nhất đất nước... chia rẽ nhân dân, chia rẽ các dân tộc, chia rẽ tôn giáo; gây rối trật tự công cộng, xâm hại đến tính mạng, sức khoẻ, nhân phẩm, danh dự, tài sản của người khác, cản trở việc thực hiện quyền và nghĩa vụ công dân; hoạt động mê tín dị đoan và thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật khác.

- Tích cực làm tốt công tác vận động, tuyên truyền trong nhân dân trong việc thực thi chính sách của Nhà nước về tín ngưỡng, tôn giáo, tránh bị kẻ xấu kích động, lừa gạt. Xây dựng lực lượng cốt cán trong vùng tôn giáo DTTS để kịp thời nắm bắt tâm tư, nguyện vọng cũng như những diễn biến tâm lý cộng đồng.

- Tiếp tục làm tốt công tác phát triển kinh tế - xã hội, xóa đói giảm nghèo để người dân tiếp cận được các cơ hội phát triển, thoát khỏi nghèo nàn, lạc hậu dễ bị tác động lôi kéo. Mặt khác tăng cường các hoạt động văn hóa cộng đồng dân tộc làm tăng tính liên kết xã hội và làm chỗ dựa đời sống tinh thần cho nhân dân, không tạo nên khoảng trống cho tôn giáo có cơ hội xâm nhập ■

7 Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016.

# NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA KHI THỰC THI CHÍNH SÁCH, PHÁP LUẬT VỀ CẢI CÁCH DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

**Viên Thế Giang\***

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

**Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:* Cải cách doanh nghiệp nhà nước

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 16/11/2016  
Biên tập: 15/12/2016  
Duyệt bài: 05/01/2017

**Tóm tắt:**

Một trong những nội dung quan trọng của đổi mới thể chế kinh tế thị trường (KTTT) ở nước ta là xác định đúng vị trí, vai trò của doanh nghiệp nhà nước (DNNN) trên nguyên tắc bảo đảm cạnh tranh minh bạch, công bằng với các doanh nghiệp thuộc khối tư nhân, đồng thời, đòi hỏi phải áp dụng những chuẩn mực và thông lệ quốc tế vào quản trị DNNN. Việc tái cơ cấu DNNN đáp ứng yêu cầu xây dựng môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế đã đạt được nhiều thành tựu quan trọng, song cũng phát sinh nhiều vấn đề cần được tiếp tục nghiên cứu làm rõ, nhất là trong giai đoạn hội nhập sâu, rộng vào nền kinh tế thế giới hiện nay.

**Article Information:**

*Keywords:* Reform of state-owned enterprises

*Article History:*

Received: 16 Nov. 2016  
Edited: 15 Dec. 2016  
Approved: 05 Jan. 2017

**Abstract:**

One of the important issues of the institutional reform oriented towards the market economy (ME) in Vietnam is to determine the right position, the role of the state-owned enterprises (SOEs) on the principles of competition, transparency and fairness to the ones in the private sector, at the same time, it requires application of the appropriate standards and international practices in governance of SOEs. Restructure of SOEs to meet the requirements of the development of the business environment of transparency, fairness, and based on the international integration context has reached important achievements, but also generated several issues for further clarifications, especially in the period of deep, and wide-ranged integration into the world economy today.

## **1. Kết quả xây dựng chính sách, pháp luật về cải cách doanh nghiệp nhà nước đáp ứng yêu cầu xây dựng môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập**

*1.1 Từng bước xóa bỏ những ưu đãi và xác định đúng vị trí, vai trò của DNNN trong nền KTTT: DNNN không còn được nhìn nhận và sử dụng như những “quả đấm*

*thép”, là công cụ để Nhà nước điều tiết thị trường; chấm dứt thời kỳ thí điểm xây dựng và vận hành các tập đoàn kinh tế nhà nước*

Cải cách, chuyển mạnh DNNN hoạt động theo hướng thị trường đóng vai trò trung tâm trong quá trình chuyển từ nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung sang nền KTTT của nhiều quốc gia<sup>1</sup>, nhằm giảm quy mô khu

1 Nguyễn Thường Lạng, Cải cách DNNN trong bối cảnh hội nhập quốc tế, Tạp chí Tài chính, Kỳ 1, tháng 12/2015.

vực DNNN, cũng như nâng cao hiệu quả sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp. Thực chất của việc cải cách DNNN là để giảm thiểu những can thiệp bằng biện pháp hành chính thông qua các DNNN vào các quan hệ thị trường, tách chức năng quản lý nhà nước ra khỏi chức năng kinh doanh, để cho các quan hệ thị trường tự điều chỉnh dựa trên cơ sở các quy luật của nền KTTT. Quá trình cải cách DNNN được đẩy mạnh qua việc ghi nhận tại nhiều Văn kiện Đại hội Đảng, các Nghị quyết của Bộ Chính trị, Ban Chấp hành Trung ương Đảng sau khi phát hiện ra nhiều sai phạm trong quản lý DNNN, nhất là tình trạng thất thoát tài sản, thua lỗ của nhiều tập đoàn kinh tế nhà nước từ những năm 2009<sup>2</sup>.

Văn kiện Đại hội lần thứ XI của Đảng đề ra yêu cầu: “Đẩy mạnh đổi mới, sắp xếp và nâng cao hiệu quả kinh doanh của DNNN. Khẩn trương cơ cấu lại ngành nghề kinh doanh của các tập đoàn kinh tế và các tổng công ty nhà nước, tập trung vào một số ngành, lĩnh vực then chốt của nền kinh tế. Từng bước xây dựng các doanh nghiệp mang tầm khu vực và toàn cầu. Xác định đúng đắn, cụ thể hơn quyền hạn, trách nhiệm của hội đồng quản trị và giám đốc doanh nghiệp đối với vốn và tài sản nhà nước tại doanh nghiệp, vừa bảo đảm quyền chủ động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp, vừa bảo toàn, nâng cao hiệu quả sử

dụng vốn và tài sản nhà nước”<sup>3</sup>.

Việc hiện thực hóa yêu cầu cải cách DNNN được thể hiện rõ trong Kết luận số 50-KL/TW ngày 29/10/2012 của Hội nghị lần thứ 6 Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa XI về Đề án “Tiếp tục sắp xếp, đổi mới và nâng cao hiệu quả DNNN”, trong đó có một số định hướng tiếp tục sắp xếp, đổi mới và nâng cao hiệu quả DNNN đáp ứng bảo đảm yêu cầu xây dựng môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế:

i) Các DNNN phải được tổ chức lại theo mô hình công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn phù hợp với quy định của pháp luật; áp dụng chế độ quản trị tiên tiến phù hợp với KTTT và thực hiện chế độ kiểm toán, kiểm tra, giám sát chặt chẽ, công khai, minh bạch trên cơ sở mở rộng diện niêm yết trên thị trường chứng khoán;

ii) Chức năng hỗ trợ điều tiết vĩ mô và bảo đảm an sinh xã hội của doanh nghiệp phải được đổi mới và thay thế bằng cơ chế đặt hàng của Nhà nước, được hạch toán theo cơ chế thị trường;

iii) Kết thúc việc thực hiện chủ trương thí điểm tập đoàn kinh tế nhà nước; xem xét chuyên một số tập đoàn kinh tế nhà nước thành tổng công ty;

iv) Nghiên cứu hình thành tổ chức thực hiện thống nhất chức năng đại diện chủ sở hữu đối với DNNN.

2 Xem cụ thể tại:

- Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 05/02/2007 “Về một số chủ trương, chính sách lớn để nền kinh tế phát triển nhanh và bền vững khi Việt Nam là thành viên của Tổ chức Thương mại thế giới”.
- Nghị quyết số 22-NQ/TW ngày 10/4/2013 của Bộ Chính trị về hội nhập quốc tế.
- Nghị quyết số 06-NQ/TW ngày 5/11/2016 của Ban Chấp hành trung ương Đảng khóa XII về thực hiện có hiệu quả tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, giữ vững ổn định chính trị - xã hội trong bối cảnh nước ta tham gia các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới.

3 Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa X, nguồn: <http://chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/NuocCHXHCNVietNam/ThongTinTongHop/noidungvankiendaihoi dang?categoryId=10000716&articleId=10038382>.

Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XII đề ra nhiều quan điểm mới quan trọng liên quan đến thành phần kinh tế nhà nước và DNNN như: hoàn thiện thể chế về sở hữu theo hướng thể chế hóa quyền tài sản (bao gồm quyền sở hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt và hưởng lợi từ sử dụng tài sản) của Nhà nước, tổ chức và cá nhân đã được quy định trong Hiến pháp năm 2013. Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XII đã xác định rõ “quyền quản lý, thu lợi của Nhà nước đối với tài sản công và quyền bình đẳng trong việc tiếp cận, sử dụng tài sản công của mọi chủ thể trong nền kinh tế”<sup>4</sup>. Theo đó, việc quản lý, thu lợi từ tài sản công thuộc về Nhà nước. Việc tiếp cận, sử dụng tài sản công là quyền của các chủ thể trong nền kinh tế. Điều này cũng có nghĩa, yêu cầu bảo đảm bình đẳng trong việc tiếp cận, sử dụng tài sản công của các chủ thể trong nền kinh tế là bước tiến vượt bậc về nhận thức lý luận, đồng thời phá bỏ mọi hoài nghi về việc đồng nhất kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo trong nền kinh tế cũng đồng nghĩa với việc được ưu tiên tiếp cận các nguồn tài sản công. Để được tiếp cận, sử dụng tài sản công, DNNN cũng phải cạnh tranh, phải đáp ứng được yêu cầu như những doanh nghiệp khác thuộc mọi thành phần kinh tế, nghĩa là đã “tách chức năng chủ sở hữu tài sản, vốn của Nhà nước và chức năng quản lý nhà nước, chức năng quản trị kinh doanh của DNNN”<sup>5</sup>.

**1.2 Xây dựng và hoàn thiện khuôn khổ pháp luật cho tổ chức và hoạt động của DNNN đáp ứng yêu cầu cụ thể hóa các tiêu chuẩn quản trị công ty hiện đại, phân định rõ trách nhiệm của người quản trị, điều hành với người đại diện phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp và cơ quan đại diện chủ sở hữu**

Một là, luật hóa các quy định của pháp luật về DNNN trong Luật Doanh nghiệp năm 2014, trong đó có quy định rõ trách nhiệm của người quản trị, điều hành với người đại diện phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp và cơ quan đại diện chủ sở hữu.

Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã thay đổi tiêu chí xác định DNNN<sup>6</sup> và có nhiều quy định về tổ chức DNNN. Theo đó, Luật Doanh nghiệp năm 2014 phân định rõ quyền đại diện chủ sở hữu DNNN với quyền, trách nhiệm của người quản trị, điều hành của DNNN; quy định rõ quyền và nghĩa vụ, trách nhiệm của người quản lý, điều hành DNNN. Các quy định này đã làm rõ được tiêu chuẩn, điều kiện để trở thành thành viên hội đồng thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc, Kiểm soát viên, trong đó đòi hỏi thành viên Hội đồng thành viên, Giám đốc/Tổng Giám đốc phải có trình độ chuyên môn, kinh nghiệm thực tế trong quản trị kinh doanh hoặc trong lĩnh vực, ngành, nghề hoạt động của doanh nghiệp<sup>7</sup>. Đối với Kiểm soát viên phải được đào tạo một trong các chuyên ngành về tài chính, kế toán, kiểm toán, luật,

4 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XII, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2016, tr. 105.

5 Đảng Cộng sản Việt Nam, Tlđd, tr. 106.

6 Khoản 8 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: DNNN là doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

7 Xem: Khoản 1 Điều 92 và khoản 1 Điều 100 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

## CHÍNH SÁCH

quản trị kinh doanh và có ít nhất 03 năm kinh nghiệm làm việc; Trưởng Ban kiểm soát phải có ít nhất 05 năm kinh nghiệm làm việc liên quan đến chuyên ngành tài chính, kế toán, kiểm toán, luật, quản trị kinh doanh được đào tạo<sup>8</sup>.

*Hai là*, tiếp tục hoàn thiện khuôn khổ pháp luật cho việc đẩy mạnh tái cơ cấu các DNNN đáp ứng yêu cầu của hội nhập quốc tế.

Khuôn khổ pháp luật cho việc đẩy mạnh tái cơ cấu các DNNN tập trung vào: i) Các quy định về phân công, phân cấp thực hiện các quyền, trách nhiệm, nghĩa vụ của chủ sở hữu nhà nước đối với DNNN và vốn nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp<sup>9</sup>; ii) Quy định về quản lý, giám sát đối DNNN<sup>10</sup>; iii) Quy định về cổ phần hóa DNNN<sup>11</sup>; iv) Quy

định về thoái vốn nhà nước tại các DNNN<sup>12</sup>. Với khuôn khổ pháp luật hiện hành có thể nhận định, các quy định này đã đáp ứng được mục tiêu tái cơ cấu DNNN là: 1. DNNN có cơ cấu hợp lý hơn, tập trung vào ngành, lĩnh vực then chốt, cung cấp sản phẩm, dịch vụ công ích thiết yếu cho xã hội và quốc phòng, an ninh, làm nòng cốt để kinh tế nhà nước thực hiện được vai trò chủ đạo, là lực lượng vật chất quan trọng để Nhà nước định hướng, điều tiết nền kinh tế và ổn định kinh tế vĩ mô; 2. Nâng cao sức cạnh tranh, tỷ suất lợi nhuận trên vốn chủ sở hữu đối với doanh nghiệp kinh doanh; hoàn thành nhiệm vụ sản xuất, cung ứng các sản phẩm, dịch vụ công ích thiết yếu cho xã hội, quốc phòng, an ninh đối với doanh nghiệp hoạt động công ích<sup>13</sup>.

8 Khoản 1 Điều 103 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

9 Xem cụ thể tại:

- Nghị định số 99/2012/NĐ-CP ngày 15/11/2012 của Chính phủ quy định về phân công, phân cấp thực hiện các quyền, trách nhiệm, nghĩa vụ của chủ sở hữu nhà nước đối với DNNN và vốn nhà nước đầu tư vào doanh nghiệp.

- Nghị định số 91/2015/NĐ-CP ngày 13/10/2015 của Chính phủ về đầu tư vốn nhà nước vào doanh nghiệp và quản lý, sử dụng vốn, tài sản tại doanh nghiệp.

10 Xem cụ thể:

- Nghị định số 61/2013/NĐ-CP ngày 25/6/2013 của Chính phủ quy định về giám sát tài chính, đánh giá hiệu quả hoạt động và công khai thông tin tài chính đối với doanh nghiệp do nhà nước làm chủ sở hữu và doanh nghiệp có vốn nhà nước.

- Nghị định số 206/2013/NĐ-CP ngày 09/12/2013 của Chính phủ quy định về quản lý nợ của doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

- Nghị định số 172/2013/NĐ-CP ngày 13/11/2013 của Chính phủ quy định về thành lập, tổ chức lại, giải thể công ty TNHH một thành viên do Nhà nước làm chủ sở hữu.

- Nghị định số 96/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Doanh nghiệp năm 2014.

- Nghị định số 118/2015/NĐ-CP ngày 12/11/2015 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đầu tư năm 2014.

11 Xem cụ thể tại:

- Nghị định số 59/2011/NĐ-CP ngày 18/7/2011 của Chính phủ về chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần;

- Nghị định số 189/2013/NĐ-CP ngày 20/11/2013 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 59/2011/NĐ-CP ngày 18/7/2011 về chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần.

12 Xem cụ thể tại:

- Nghị định số 71/2013/NĐ-CP ngày 11/7/2013 của Chính phủ về đầu tư vốn nhà nước vào doanh nghiệp và quản lý tài chính đối với doanh nghiệp do Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ.

- Nghị quyết 15/NQ-CP ngày 6/3/2014 về một số giải pháp đẩy mạnh cổ phần hóa, thoái vốn nhà nước tại doanh nghiệp.

- Nghị định số 128/2014/NĐ-CP ngày 31/12/2014 của Chính phủ quy định về bán, giao và chuyển giao doanh nghiệp.

- Quyết định số 51/2014/QĐ-TTg ngày 15/9/2014 của Thủ tướng Chính phủ quy định một số nội dung về thoái vốn, bán cổ phần và đăng ký giao dịch, niêm yết trên thị trường chứng khoán của DNNN, qua đó đẩy mạnh tiến độ thoái vốn của các Tập đoàn, Tổng công ty nhà nước.

13 Xem: Quyết định 929/QĐ-TTg ngày 17/7/2012 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án “Tái cơ cấu doanh nghiệp nhà nước, trọng tâm là tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước giai đoạn 2011 - 2015”.

Ba là, thiết lập và vận hành có hiệu quả khuôn khổ pháp luật bảo đảm môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế theo hướng không phân biệt hình thức sở hữu, thành phần kinh tế.

Nội dung pháp luật bảo đảm môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế liên quan đến các điều kiện gia nhập thị trường, quyền tự do kinh doanh, tự do hợp đồng, tự do cạnh tranh, phá sản và khuôn khổ giải quyết tranh chấp phát sinh trong hoạt động kinh doanh thương mại. Ngoài những quy định trên, các quy định của pháp luật liên quan đến hoạt động kinh doanh thương mại cũng không ngừng được hoàn thiện, nhất là quy định về điều kiện kinh doanh (lực cản gia nhập thị trường hay công cụ giới hạn quyền tự do kinh doanh), pháp luật thị trường tài chính (pháp luật thị trường tiền tệ, thị trường chứng khoán), pháp luật thuế... Có thể khẳng định, khuôn khổ pháp luật bảo đảm môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế đã thể hiện được sự bình đẳng giữa các loại hình doanh nghiệp trong nền kinh tế. Những quy định ưu đãi dành riêng cho

DNNN dần được loại bỏ cùng với yêu cầu cải cách DNNN. Các chuẩn quốc tế, nhất là chính sách đối xử tối huệ quốc, chế độ đãi ngộ quốc gia, chính sách thu hút đầu tư đã được nội luật hóa.

## **2. Những vấn đề đặt ra từ thực tiễn thực thi chính sách, pháp luật về cải cách doanh nghiệp nhà nước đáp ứng yêu cầu xây dựng môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế**

*Thứ nhất*, có sự không thống nhất giữa Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Đề án “Tái cơ cấu DNNN, trọng tâm là tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước giai đoạn 2011 - 2015” về tiêu chí xác định DNNN. Trong Đề án “Tái cơ cấu DNNN, trọng tâm là tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước giai đoạn 2011 - 2015” lại phân loại doanh nghiệp 100% vốn nhà nước hiện có thành 03 nhóm<sup>14</sup>, trong đó bao gồm cả những doanh nghiệp cổ phần hóa mà Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ hoạt động trong các ngành, lĩnh vực theo quy định tại Quyết định số 14/2011/QĐ-TTg ngày 04/3/2011 của Thủ tướng Chính phủ về ban hành tiêu chí, danh mục phân loại DNNN<sup>15</sup>. Cách phân

14 Cụ thể là: Nhóm 1: DNNN nắm giữ 100% vốn điều lệ trong các lĩnh vực độc quyền nhà nước, quốc phòng, an ninh; xuất bản; thủy nông; bảo đảm an toàn giao thông; xô số kiến thiết; sản xuất, phân phối điện quy mô lớn đa mục tiêu có ý nghĩa đặc biệt quan trọng về kinh tế - xã hội gắn với quốc phòng, an ninh; quản lý, khai thác hệ thống kết cấu hạ tầng đường sắt quốc gia, đô thị; các cảng hàng không; cảng biển loại I; in, đúc tiền. Nhóm 2: Doanh nghiệp cổ phần hóa mà Nhà nước nắm giữ trên 50% vốn điều lệ hoạt động trong các ngành, lĩnh vực theo quy định tại Quyết định số 14/2011/QĐ-TTg ngày 04/3/2011 của Thủ tướng Chính phủ về ban hành tiêu chí, danh mục phân loại DNNN. Nhóm 3: Các DNNN thua lỗ kéo dài, không có khả năng khắc phục sẽ thực hiện bán, chuyên nhượng doanh nghiệp; tái cơ cấu lại nợ để chuyển thành công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn nhiều thành viên; giải thể, phá sản.

15 Cụ thể là:

- Nhà nước nắm giữ trên 75% vốn điều lệ khi cổ phần hóa các tập đoàn kinh tế, tổng công ty, DNNN quy mô lớn, hoạt động trong các lĩnh vực khai thác, chế biến tài nguyên, khoáng sản; cung cấp hạ tầng mạng thông tin truyền thông.
  - Nhà nước nắm giữ từ 65% đến 75% vốn điều lệ khi cổ phần hóa các doanh nghiệp quy mô lớn, hoạt động trong các lĩnh vực sản xuất hóa chất cơ bản, phân hóa học; bán buôn lương thực; bán buôn thuốc phòng bệnh, chữa bệnh; hóa dược; tài chính, tín dụng; bảo hiểm; cấp, thoát nước; vệ sinh môi trường, chiếu sáng ở đô thị lớn; sản xuất, lưu giữ giống gốc cây trồng, vật nuôi; sản xuất vắc xin phòng bệnh; quản lý, bảo trì hệ thống đường bộ, đường thủy nội địa; quản lý, khai thác cảng biển; sản xuất điện quy mô lớn; vận tải đường sắt, hàng không.
- Ngoài các doanh nghiệp nêu trên, các doanh nghiệp khác khi cổ phần hóa, căn cứ tình hình cụ thể và khả năng thị trường, Nhà nước nắm giữ từ trên 50% đến dưới 65% vốn điều lệ hoặc không giữ cổ phần.

## CHÍNH SÁCH

loại này đã dẫn đến sự không thống nhất về tiêu chí nhận diện DNNN và sẽ ảnh hưởng đến tiến trình cải cách DNNN ở Việt Nam và vì vậy, không thể áp dụng các quy định về quản lý, điều hành DNNN đối với các DNNN đã cổ phần hóa hoặc chuyển sang mô hình công ty trách nhiệm hữu hạn có từ hai thành viên trở lên. Nói cách khác, những nỗ lực cải cách DNNN chưa triệt để và dường như vẫn còn thấy sự “luyên tiếc”.

*Thứ hai*, xác định được thể chế, cơ chế, chính sách đối với doanh nghiệp 100% vốn nhà nước phải bảo đảm để doanh nghiệp kinh doanh hoạt động trong môi trường pháp lý chung và cạnh tranh bình đẳng với doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác, sử dụng có hiệu quả các nguồn lực đã đầu tư. Doanh nghiệp sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, quốc phòng, an ninh phải hạch toán và thực hiện tốt nhiệm vụ chính sách xã hội được giao. Tuy nhiên, nhiều nghiên cứu chỉ ra rằng, những ưu đãi đối với DNNN vẫn còn khá phổ biến. Những ưu đãi này đã làm méo mó thị trường, phản ánh không đúng tương quan cạnh tranh, năng lực thực sự của các DNNN. Điều này được thể hiện trên các khía cạnh:

*Một là*, kinh nghiệm quốc tế cho thấy, quy mô sở hữu nhà nước càng lớn, thì mức độ can thiệp của nhà nước càng cao; do đó, làm giảm vai trò của thị trường trong phân bổ nguồn lực. Chính phủ Hoa Kỳ, các nước

thành viên EU, Canada và nhiều quốc gia khác coi sở hữu nhà nước đối với tư liệu sản xuất là chỉ số can thiệp của nhà nước vào phân bổ nguồn lực trong nền kinh tế<sup>16</sup>. Trong khi đó tại Việt Nam, DNNN vẫn chiếm số lượng lớn, “chiếm gần 30% GDP, sử dụng hơn 60% tổng tín dụng của nền kinh tế, tài sản của DNNN chiếm gần 45% tổng tài sản của tất cả các doanh nghiệp”<sup>17</sup>. Các DNNN đang đầu tư và hoạt động trong hầu khắp các ngành, nghề của nền kinh tế; phần lớn các doanh nghiệp đều kinh doanh vì lợi nhuận, hoạt động trong các ngành, nghề trực tiếp cạnh tranh với khu vực tư nhân; chỉ một số ít các doanh nghiệp là công ích, hoặc hoạt động trong lĩnh vực an ninh, quốc phòng<sup>18</sup>. Như vậy, phần lớn DNNN vẫn cạnh tranh với khu vực tư nhân để tìm kiếm lợi nhuận<sup>19</sup> và thực tiễn được dành nhiều chính sách ưu đãi, dẫn tới không công bằng với các doanh nghiệp thuộc khối tư nhân. DNNN mặc dù số lượng chỉ chiếm dưới 1% về số lượng doanh nghiệp trong cơ cấu của hệ thống doanh nghiệp Việt Nam nhưng lại nắm giữ tới gần 40% các khoản nợ<sup>20</sup>. Trong thực tế, có nhiều ngân hàng thương mại sẵn sàng cho các DNNN được xem là kém hiệu quả vay vì họ kỳ vọng Nhà nước sẽ hỗ trợ khi không trả được nợ; Lợi thế về thủ tục: Văn bản chỉ đạo cho phép cho vay vượt mức cấp tín dụng có sự chỉ đạo, chỉ định, bảo lãnh,

16 Nguyễn Đình Cung, Báo cáo nghiên cứu “Đổi mới tư duy và tháo bỏ nút thắt thể chế để chuyển mạnh nền kinh tế nước ta sang KTTT đầy đủ, hiện đại”, cập nhật ngày 05/05/2015, <http://rcv.gov.vn/BAO-CAO-NGHIEN-CUU.htm>.

17 Tlđđ.

18 Tlđđ.

19 Tlđđ.

20 Phạm Đức Trung, Cải cách thể chế kinh tế để đổi mới DNNN, <http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/trao-doi—binh-luan/cai-cach-the-che-kinh-te-de-doi-moi-doanh-nghiep-nha-nuoc-57108.html>, truy cập ngày 2/1/2015.



tín chấp của Nhà nước<sup>21</sup>. Không những thế, DNNN có những lợi thế nhất định trong tiếp cận các nguồn lực<sup>22</sup> và gián tiếp làm cho năng lực cạnh tranh được nâng cao nhưng không dựa trên nội lực thực sự của các doanh nghiệp này.

Hai là, cải cách DNNN đáp ứng yêu cầu xây dựng môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế đã thể hiện được quyết tâm chính trị mạnh mẽ và các quy định của pháp luật rất rõ ràng. Tuy nhiên, từ quyết tâm chính trị, hoạt động lập pháp đến “sự rút lui khó khăn của giới quan chức khỏi lãnh địa kinh doanh...”<sup>23</sup> vẫn còn khoảng cách rất xa.

Trong Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung phát triển năm 2011), Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 2011 - 2020, Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XII, Hiến pháp năm 2013 vẫn tiếp tục quy định kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo. Việc tiếp tục ghi nhận kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo nếu nhìn ở khía cạnh lý luận có thể đánh giá là thể chế hóa tốt chủ trương chính sách của Đảng về thể chế KTTT định hướng XHCN. Song, việc ghi nhận này không đáp ứng được mong mỏi các thành phần kinh tế, bởi lẽ, thực chất của việc tiếp

tục ghi nhận này phản ánh “sự bất bình đẳng từ nội hàm của tư tưởng này”<sup>24</sup>.

Khi sửa đổi Hiến pháp năm 1992, về vấn đề ghi nhận các thành phần kinh tế trong Hiến pháp, đã có quan điểm cho rằng, nên từ bỏ tư duy cát cứ chia nền kinh tế thành sáu thành phần khác nhau, nếu được, nên ghi nhận cam kết của chính quyền khi thực hiện nền kinh tế Việt Nam là nền KTTT có điều tiết nhằm phân bổ phúc lợi một cách hài hòa cho các giai tầng nhân dân, giữ gìn tài nguyên quốc gia cho các thế hệ, bảo đảm cân đối giữa phát triển và an ninh sinh thái, bảo vệ môi trường<sup>25</sup>. Trên bình diện quốc tế, sự ưu đãi rõ ràng đối với khu vực kinh tế nhà nước thông qua vai trò chủ đạo và chính sách hỗ trợ của Nhà nước đối với các DNNN trên hầu hết các ngành, lĩnh vực kinh tế tạo ra các quan ngại về một sự can thiệp không lành mạnh vào nền kinh tế, có thể dẫn đến bóp méo tính bình đẳng và cạnh tranh lành mạnh của thị trường; cộng thêm những định kiến về sự ảnh hưởng mạnh mẽ của cơ chế tập trung bao cấp cũ đã khiến Việt Nam phải chấp nhận tư cách của nền kinh tế phi thị trường trong 12 năm đầu gia nhập WTO và chấp nhận các điều kiện gia nhập và nhượng bộ hết sức khắt khe đối với nền kinh tế đang phát triển thấp như Việt Nam<sup>26</sup>.

21 Viện Nghiên cứu Quản lý kinh tế trung ương, DNNN và biến dạng thị trường, Bài tham luận tại Hội thảo “DNNN: Ràng buộc ngân sách, khung khổ quản trị và biến dạng thị trường”, Hà Nội ngày 27/5/2015, <http://rev.gov.vn/Hoi-thao-%E2%80%9CDoanh-nghiep-nha-nuoc-Rang-buoc-ngan-sach-khung-kho-quan-tri-va-bien-dang-thi-truong%E2%80%9D-.htm>.

22 Phạm Đức Trung, Tlđđ.

23 Xem cụ thể: Phạm Duy Nghĩa, Tái cấu trúc tập đoàn và doanh nghiệp nhà nước: Một góc nhìn từ thể chế và pháp luật, Chương trình giảng dạy kinh tế Fulbright, [www.fetp.edu.vn/attachment.aspx?ID=35657](http://www.fetp.edu.vn/attachment.aspx?ID=35657).

24 Lương Xuân Quý (Chủ biên), Tư duy mới về phát triển kinh tế xã hội Việt Nam trong bối cảnh mới, Sách tham khảo, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2015, tr. 45.

25 Phạm Duy Nghĩa, Chế độ kinh tế trong Hiến pháp 1992 - phát hiện một số bất cập và kiến nghị hướng sửa đổi, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 22/2011, tr. 57 – 61.

26 Phan Thị Thanh Thủy, Những yêu cầu sửa đổi chương chế độ kinh tế của hiến pháp 1992 xuất phát từ hội nhập kinh tế quốc tế, in trong “Sửa đổi, bổ sung Hiến pháp 1992 những vấn đề lý luận và thực tiễn”, tập II Quyền con người, quyền công dân, chế độ kinh tế, bảo hiến và một số vấn đề khác, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2012, tr. 225-226.

Ngoài ra, nếu nhìn nhận “Kinh tế nhà nước bao gồm các DNNN và các yếu tố thuộc sở hữu toàn dân mà Nhà nước là đại diện, như đất đai, rừng, biển, vùng trời, tài nguyên thiên nhiên, của cải, tài sản, tư liệu sản xuất, vốn, ngân sách nhà nước, lực lượng dự trữ, kể cả một phần vốn của Nhà nước đưa vào các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác. Nghĩa là, hệ thống kinh tế nhà nước gồm hai bộ phận cấu thành: DNNN và kinh tế nhà nước phi doanh nghiệp (đất đai, rừng, biển, vùng trời, tài nguyên thiên nhiên, của cải, tài sản, tư liệu sản xuất, vốn, ngân sách nhà nước, các quỹ quốc gia)”<sup>27</sup> thì trong các Văn kiện của Đảng cũng chưa làm rõ được tiêu chí xác định “Kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo, là lực lượng vật chất quan trọng để Nhà nước định hướng và điều tiết nền kinh tế, tạo môi trường và điều kiện thúc đẩy các thành phần kinh tế cùng phát triển. Kinh tế nhà nước cùng với kinh tế tập thể ngày càng trở thành nền tảng vững chắc của nền kinh tế quốc dân”<sup>28</sup>. Nghĩa là, chúng ta chưa phân định một cách rõ ràng về vai trò của DNNN trong nền kinh tế và Nhà nước sử dụng DNNN để can thiệp, điều tiết nền kinh tế như thế nào. Ngoài ra, bảo đảm cơ hội tiếp cận nguồn lực kinh tế phi nhà nước của các thành phần kinh tế cũng chưa thật sự rõ ràng.

Hậu quả của sự thiếu vắng tiêu chí xác định vai trò chủ đạo của kinh tế nhà nước là không kiểm soát được tình trạng đầu tư ngoài ngành của các doanh nghiệp, tập đoàn kinh tế nhà nước, làm thất thoát nguồn lực

tài chính quốc gia đã dẫn đến yêu cầu phải thực hiện thoái vốn mạnh mẽ và phải thực hiện tái cơ cấu DNNN. Những bất ổn trong quản lý, vận hành các doanh nghiệp, tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước thời gian qua là những minh chứng không thể chối bỏ, làm giảm đáng kể vai trò chủ đạo của kinh tế nhà nước, làm cho kinh tế nhà nước chưa trở thành *lực lượng vật chất quan trọng để Nhà nước định hướng và điều tiết nền kinh tế, tạo môi trường và điều kiện thúc đẩy các thành phần kinh tế cùng phát triển.*

*Thứ ba, cổ phần hóa và thoái vốn nhà nước tại các DNNN<sup>29</sup> đã đạt được nhiều kết quả, trong đó đáng chú ý là giảm được số lượng DNNN, thu hồi được tài sản cho Nhà nước thông qua việc cổ phần hóa và thoái vốn tại DNNN. Tuy nhiên, trong điều kiện xác định DNNN là các doanh nghiệp mà Nhà nước sở hữu 100% đòi hỏi phải thiết lập cơ chế pháp lý để quản lý phần vốn nhà nước tại các doanh nghiệp mà Nhà nước có phần vốn đầu tư.*

*Thứ tư, việc quản trị doanh nghiệp đề DNNN mà trọng tâm là các tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước đang cố gắng nâng cao tính tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong sản xuất, kinh doanh theo hướng tăng trách nhiệm của người quản lý, điều hành DNNN, đồng thời thống nhất chức năng đại diện chủ sở hữu nhà nước tại DNNN. Cụ thể:*

- Xác định cụ thể và làm rõ quyền hạn, trách nhiệm của Hội đồng thành viên, Tổng giám đốc/Giám đốc doanh nghiệp trong quản lý, sử dụng vốn, tài sản nhà nước để

27 Vũ Văn Phúc, Vì sao lại hiến định: nền kinh tế nước ta có nhiều thành phần kinh tế, trong đó kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo?, <http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/kinh-te-thi-truong-XHCN/2014/25741/Vi-sao-lai-hien-dinh-nen-kinh-te-nuoc-ta-co-nhieu.aspx>, truy cập ngày 5/2/2014.

28 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ X, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2006, tr. 83.

29 Xem cụ thể: Huyền Trang, Tái cơ cấu doanh nghiệp nhà nước ở Việt Nam thời gian qua, <http://tcdclp.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/phap-luat-kinh-te.aspx?ItemID=93>.

bảo đảm quyền chủ động sản xuất, kinh doanh và bảo toàn, nâng cao hiệu quả sử dụng vốn, tài sản.

- Có chế độ công bố, minh bạch báo cáo tài chính, thông tin tài chính, kinh doanh, điều hành tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước.

- Tăng cường trách nhiệm giải trình của Hội đồng thành viên và Ban điều hành.

- Ban hành Nghị định riêng về tổ chức và hoạt động của từng tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước đặc biệt quan trọng để nâng cao tính pháp lý, tăng cường công tác giám sát, kiểm tra của chủ sở hữu nhà nước và các tập đoàn kinh tế, tổng công ty nhà nước hoạt động có hiệu quả hơn.

- Bảo đảm cơ chế tài chính đối với doanh nghiệp sản xuất, cung ứng sản phẩm, dịch vụ công ích, quốc phòng, an ninh bảo đảm người lao động có mức thu nhập hợp lý, doanh nghiệp có lãi, thu hút được nguồn lực của xã hội tham gia; đổi mới cơ chế quản lý tiền lương, tiền thưởng để doanh nghiệp thực sự chủ động trong trả lương, trả thưởng gắn với năng suất lao động, hiệu quả sản xuất, kinh doanh; bảo đảm hài hoà lợi ích của Nhà nước, doanh nghiệp, người lao động; thu hút lao động có trình độ cao vào làm việc.

Tuy nhiên, chế độ quản trị DNNN vẫn còn nhiều bất cập hạn chế<sup>30</sup>:

- Chế độ sở hữu của Nhà nước còn thiếu thống nhất, chưa rõ ràng, còn nhiều bất hợp lý.

- Bộ máy và cách thức thực hiện chức năng chủ sở hữu còn chưa đúng quy định của pháp luật, không rõ ràng trách nhiệm

giải trình của chủ sở hữu, không bảo đảm tính toàn vẹn của hệ thống quản trị; cơ chế ủy quyền nhiều cấp chủ thể, không gắn trách nhiệm cũng như tạo động lực cá nhân cho hiệu quả thực thi quyền sở hữu nhà nước đối với tập đoàn kinh tế nhà nước; chưa tách biệt được chức năng thực hiện quyền chủ sở hữu với các chức năng khác của Nhà nước trong quản lý DNNN.

- Hoạt động giám sát DNNN còn nhiều khiếm khuyết như thiếu khung khổ giám sát bên ngoài đối với DNNN, cơ chế giám sát thực hiện quyền chủ sở hữu nhà nước còn nhiều hạn chế; hoạt động giám sát đối với từng DNNN còn nhiều bất cập, thiếu hiệu quả, chưa đáp ứng yêu cầu cải thiện quản trị DNNN...

- Công bố thông tin và minh bạch hóa hoạt động của DNNN còn nhiều hạn chế.

- Trách nhiệm và hiệu quả của bộ máy quản lý, điều hành DNNN chưa cao.

Những tồn tại, hạn chế trong việc áp dụng các chuẩn mực quản trị đối với DNNN được xem như nguyên nhân căn bản dẫn tới thất thoát trong hoạt động của các DNNN Việt Nam thời gian qua, bởi lẽ, các chuẩn mực và thông lệ quốc tế không được áp dụng hoặc áp dụng không triệt để tại các DNNN dẫn tới sự không rõ ràng về quyền của người đại diện phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp với quyền, trách nhiệm của người quản trị, điều hành DNNN. Những tác động, can thiệp từ phía cơ quan công quyền thông qua các công cụ chính sách, pháp luật vô hình chung đã tạo ra những “bao bọc” cho các DNNN, nhất là việc áp dụng kỷ luật thị trường như “lời ăn, lỗ chịu”; được tạo

30 Xem cụ thể: Nguyễn Đình Cung (Chủ trì) và các cộng sự, Doanh nghiệp nhà nước và méo mó thị trường, Hà Nội, 2015, tr. 59-78, <http://rcv.gov.vn/Doanh-nghiep-Nha-nuoc-meo-mo-thi-truong.htm>, truy cập ngày 4/9/2015.

## CHÍNH SÁCH

điều kiện thuận lợi trong việc tiếp cận nguồn vốn. Việc áp dụng chế độ ngân sách mềm và những đối xử khác biệt đối với DNNN đã và đang làm cho thị trường ở Việt Nam vốn đã kém phát triển, trở nên sai lệch nhiều hơn, nhất là thị trường các yếu tố sản xuất<sup>31</sup>. Điều này đã tạo ra môi trường kinh doanh không bình đẳng, thiếu minh bạch và làm biến dạng, méo mó việc thực thi pháp luật. Khoảng cách giữa quy định của pháp luật với cơ chế thực thi pháp luật còn có nhiều khoảng cách.

### 3. Kết luận và kiến nghị

Cải cách DNNN đáp ứng yêu cầu xây dựng môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế được xem là một trong những nút thắt cần được tháo gỡ. Việc đặt cải cách DNNN đáp ứng yêu cầu xây dựng môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế là một trong ba trụ cột của tái cơ cấu tổng thể nền kinh tế Việt Nam cho thấy nỗ lực cải thiện tình trạng hoạt động của DNNN đáp ứng các yêu cầu của thị trường.

Từ kết quả nghiên cứu trên đây, chúng tôi rút ra một số kết luận chính yếu sau đây:

*Một là, đã có sự chuyển hóa cải cách DNNN đáp ứng yêu cầu xây dựng môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế từ chủ trương, đường lối, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước thành các hành động cụ thể để lấy lại vị trí của DNNN trong nền kinh tế. Sự chuyển hóa này là kết quả của thành tựu 30 năm đổi mới đất nước với sự nỗ lực đáng kể*

trong việc xác định đúng vị trí, vai trò của DNNN trong nền kinh tế. Trọng tâm của cải cách DNNN hiện nay là thiết lập được cơ quan có thẩm quyền quản lý và thực hiện chức năng đại diện phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp theo hướng:

- Giao cho các Bộ quản lý ngành thực hiện quyền quản lý và thực hiện chức năng đại diện phần vốn nhà nước đối với các DNNN sở hữu 100% vốn. Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ được giao quyền quản lý và thực hiện chức năng đại diện phần vốn nhà nước chịu trách nhiệm trước Quốc hội, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ về hiệu quả hoạt động của các doanh nghiệp này. Những lo lắng về tình trạng tư lợi khi bỏ nhiệm các chức danh quản lý, điều hành tại DNNN sở hữu 100% như đã xảy ra thời gian qua là không cần thiết vì Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã quy định tiêu chuẩn người liên quan<sup>32</sup>.

- Tổng công ty Đầu tư kinh doanh vốn nhà nước thực hiện quyền quản lý và thực hiện chức năng đại diện phần vốn nhà nước tại các doanh nghiệp có cổ phần, phần vốn góp của Nhà nước. Tổng Giám đốc Tổng công ty Đầu tư kinh doanh vốn nhà nước chịu trách nhiệm trước Bộ trưởng Bộ Tài chính về hiệu quả đầu tư, kinh doanh phần vốn của Nhà nước theo nguyên tắc thị trường.

*Hai là, phát huy vai trò của thị trường trong việc huy động và phân bổ có hiệu quả các nguồn lực phát triển, là động lực chủ yếu để giải phóng sức sản xuất - một trong*

31 Nguyễn Đình Cung (Chủ trì) và các cộng sự, Tlđđ, tr. 54-56.

32 Xem: Khoản 2 Điều 92, khoản 3 Điều 96, Điều 100, Điều 103.

33 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XII, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2016, tr. 103-106.

những nội dung mới trong Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XII<sup>33</sup>. Theo đó, việc quản lý, thu lợi từ tài sản công thuộc về Nhà nước; việc tiếp cận, sử dụng tài sản công là quyền của các chủ thể trong nền kinh tế. Điều này cũng có nghĩa, yêu cầu bảo đảm bình đẳng trong việc tiếp cận, sử dụng tài sản công của các chủ thể trong nền kinh tế là bước tiến vượt bậc về nhận thức lý luận, đồng thời phá bỏ mọi hoài nghi về việc đồng nhất kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo trong nền kinh tế với việc được ưu tiên tiếp cận các nguồn tài sản công. Để được tiếp cận, sử dụng tài sản công, DNNN cũng phải cạnh tranh, phải đáp ứng được yêu cầu như những doanh nghiệp khác thuộc mọi thành phần kinh tế, nghĩa là đã “tách chức năng chủ sở hữu tài sản, vốn của Nhà nước và chức năng quản lý nhà nước, chức năng quản trị kinh doanh của DNNN”<sup>34</sup>; phân biệt rõ ràng chức năng kinh doanh của DNNN với nhiệm vụ chính trị, công ích. Để làm được điều này, cần giới hạn sự can thiệp của Nhà nước, tăng cường quyền lực thị trường và khuyến khích sự tự điều tiết của thị trường. Nhà nước chỉ can thiệp khi thị trường thất bại, mục đích can thiệp nhằm phân bổ phúc lợi thông qua chính sách điều tiết hoặc các chính sách thuế<sup>35</sup>; “sớm xóa bỏ chức năng đại diện chủ sở hữu của các bộ, Ủy ban nhân dân đối với vốn, tài sản của nhà nước tại doanh nghiệp”<sup>36</sup>. Điều đó cũng có nghĩa, Nhà nước không nên sử dụng DNNN là công cụ để điều tiết vĩ mô nền kinh tế, là

công cụ vật chất để Nhà nước điều tiết nền kinh tế. Điều này hoàn toàn trái với quy luật của KTMT, bởi lẽ, khi DNNN tham gia thị trường, DNNN phải tuân thủ luật chơi của thị trường chứ không được áp dụng luật chơi đối với thị trường thông qua khả năng tác động chính sách hoặc tạo áp lực lên cơ quan quản lý để thay đổi, điều chỉnh hoặc dành cho DNNN luật chơi riêng.

*Ba là*, áp dụng chuẩn mực và thông lệ quốc tế vào quản trị DNNN phải được xem là *bước đột phá* trong cải cách DNNN đáp ứng yêu cầu xây dựng môi trường kinh doanh minh bạch, công bằng, hội nhập quốc tế. Khuôn khổ chủ trương, đường lối, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước đã thể hiện rõ ràng đòi hỏi phải áp dụng chuẩn mực và thông lệ quốc tế vào quản trị DNNN. Tuy nhiên, để có thể áp dụng thành công chuẩn mực và thông lệ quốc tế vào quản trị DNNN đòi hỏi phải có sự thay đổi về nhận thức. Dường như “vết hằn ưu tiên cho DNNN” vẫn còn khá phổ biến; các doanh nghiệp thuộc thành phần kinh tế phi nhà nước gặp vô vàn khó khăn, thực sự phải tìm cách chống đỡ để tồn tại trên thị trường. Đối nghịch với khu vực kinh tế này, xã hội, người dân lại dễ dàng nhận thấy những ưu đãi dành cho các DNNN khi tiếp cận các nguồn lực thuộc kinh tế nhà nước; nhiều DNNN làm ăn thua lỗ, nhưng không bị truy cứu trách nhiệm, người quản lý, điều hành những doanh nghiệp này có thể không phải chịu trách nhiệm về những thua lỗ, thiệt hại do mình gây ra ■

34 Đảng Cộng sản Việt Nam, Tlđđ, tr. 106.

35 Phạm Duy Nghĩa, Chế độ kinh tế trong Hiến pháp 1992 - phát hiện một số bất cập và kiến nghị hướng sửa đổi, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 22/2011, tr. 57 – 61.

36 Đảng Cộng sản Việt Nam, Tlđđ, tr. 106.

# CÁC CHÍNH SÁCH HIỆU QUẢ TRONG PHÒNG, CHỐNG TÁC HẠI CỦA RƯỢU BIA

## Đinh Công Luận\*

Nguyễn Hạnh Nguyên\*\*

\* ThS. Viện Nghiên cứu Lập pháp.

\*\* ThS. Tổ chức HealthBridge Canada tại Việt Nam.

### Thông tin bài viết:

*Từ khoá:* rượu bia; tác hại của rượu bia; kiểm soát tác hại của rượu bia

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 04/01/2017  
Biên tập: 05/01/2017  
Duyệt bài: 06/01/2017

### Article Information:

*Keywords:* Alcohols; harmful effects of alcohol; control of the harmful alcohol effects

### Article History:

Received: 04 Jan. 2017  
Edited: 05 Jan. 2017  
Approved: 06 Jan. 2017

### Tóm tắt:

Để ngăn ngừa những hậu quả ngày một gia tăng do lạm dụng rượu bia, tháng 5/2010, Đại hội đồng Y tế Thế giới lần thứ 63 đã nhất trí thông qua Nghị quyết về Chiến lược toàn cầu giảm tác hại của lạm dụng rượu bia, trong đó khuyến cáo các quốc gia tập trung vào những biện pháp kiểm soát rượu bia hiệu quả như chính sách phòng, chống uống rượu bia khi lái xe, kiểm soát tính sẵn có của chất có cồn, kiểm soát quảng cáo/tiếp thị rượu bia và chính sách giá bên cạnh các biện pháp theo dõi, giám sát và can thiệp của cộng đồng, ngành y tế. Bài viết bước đầu giới thiệu về các chính sách trong phòng, chống tác hại của rượu bia và đưa ra kiến nghị thể chế hóa các chính sách này trong Luật Phòng, chống tác hại của rượu bia.

### Abstract:

In May 2010, to prevent the increasing consequences of alcohol abuse, the Sixty-third session of the World Health Assembly unanimously adopted resolutions on global strategy of reduction of harmful use of alcohol, which recommends the member countries focusing on effective measures to alcohol controls such as the policy on prevention, of harmful use of alcohol while driving, the policies on controls of the alcohol availability and the policy on controls of advertisement/promotion of alcohol and the policy on alcohol pricing along with the measures for monitoring, supervision and intervention of the community, the health sector. This article provides initial introductions of the policies on prevention, of harmful use of alcohol and recommendations to institutionalize these policies in law on prevention, of harmful effects of alcohol.

## Kiểm soát tính sẵn có của rượu bia

Theo Tổ chức Y tế thế giới (WHO), năm giải pháp được khuyến cáo để giảm tính sẵn có của rượu bia bao gồm: quản lý

cấp giấy phép bán lẻ; quy định mật độ cửa hàng; hạn chế ngày bán, giờ bán; quy định tuổi tối thiểu được phép mua rượu bia; và chính sách kiểm soát việc bán/sử dụng rượu

bia ở những nơi công cộng<sup>1</sup>. Tính toán lượng rượu bia tối đa được bán cho một khách hàng sử dụng tại chỗ, không bán rượu bia cho người có biểu hiện say xỉn, không bán rượu bia cho người dưới 18 tuổi, phụ nữ có thai và từng bước hạn chế việc bán rượu bia tại một số thời điểm trong ngày. Hiện nay, 168<sup>1</sup> quốc gia trên thế giới đã có các quy định để kiểm soát rượu bia, bao gồm quy định về điểm bán uống tại chỗ, điểm bán mua mang đi, ngày được bán tùy thuộc vào loại đồ uống. Trên 50%<sup>2</sup> số quốc gia có quy định về giờ mở cửa. Tại Singapore, Luật Kiểm soát đồ uống có cồn được Quốc hội thông qua vào tháng 1/2015 và chính thức có hiệu lực từ 1/4/2015. Luật này quy định, việc uống rượu bia ở nơi công cộng bị cấm từ 22h30 đến 07h sáng ngày hôm sau. Các cửa hàng bán lẻ cũng không được bán bia rượu cho khách hàng mang đi trong thời gian từ 22h30 đến 07h sáng. Tại Thái Lan, việc sử dụng bia rượu được xác định là nguyên nhân chính gây ra nhiều vụ tai nạn giao thông và những hành động bạo lực quá khích. Để giảm thiểu tác hại của bia rượu đối với các vấn đề xã hội, sức khỏe của người dân, quốc gia này có quy định những “Ngày không bia rượu”. Trong những ngày lễ lớn của Phật giáo hay ngày bầu cử, bia rượu bị cấm bán tuyệt đối, kể cả tại các cửa hàng bán lẻ, nhà hàng, các địa điểm giải trí. Ở Mỹ, Canada, Ấn Độ và một số quốc gia Châu Phi, việc Chính phủ độc quyền về sản xuất và kinh doanh rượu, bia đã chứng minh tính hiệu quả trong kiểm soát và giảm được một cách đáng kể tác hại của rượu, bia<sup>3</sup>. Ngoài ra, việc quy định về giới hạn độ tuổi

sử dụng rượu bia cũng được hầu hết các nước áp dụng khi cấm bán rượu, bia cho người dưới 18 tuổi. Theo số liệu báo cáo toàn cầu của WHO năm 2012 cho thấy, trong số 166 quốc gia có báo cáo thì 115 nước giới hạn độ tuổi được mua rượu, bia là 18; có 15 nước giới hạn ở 16 tuổi, 7 nước giới hạn ở tuổi 20 và 14 nước giới hạn tuổi mua rượu bia là từ 21 tuổi.

### **Kiểm soát quảng cáo, khuyến mại, tiếp thị rượu bia**

Theo Báo cáo toàn cầu về rượu bia và sức khỏe của WHO năm 2014, trong 166 quốc gia báo cáo về việc kiểm soát quảng cáo bia, có 10% các quốc gia có chính sách cấm quảng cáo trên toàn bộ các phương tiện truyền thông; 39,6% các quốc gia không có quy định cấm; còn lại là có quy định cấm một phần hoặc toàn bộ. Nghiên cứu về quảng cáo và tiêu thụ đồ uống có cồn ở nhóm thanh niên của Henry Saffer và Dhaval Dave (Cục Nghiên cứu kinh tế quốc gia Mỹ - NBER) năm 2003<sup>4</sup> cho thấy, cấm toàn bộ quảng cáo bia và rượu trên 5 kênh truyền thông ở Mỹ gồm kênh thể thao tivi, kênh radio thể thao, quảng cáo ngoài trời, quảng cáo trên báo và tạp chí, sẽ giảm 24% tỷ lệ thanh thiếu niên sử dụng bia hàng tháng và giảm đến 42% tỷ lệ thanh thiếu niên say rượu bia hàng tháng. Cũng theo một nghiên cứu khác của Henry Saffer (1989)<sup>5</sup>, những quốc gia cấm quảng cáo rượu mạnh trên truyền hình và đài phát thanh có tỷ lệ tiêu thụ rượu bia thấp hơn 16% và tỷ lệ tử vong do tai nạn giao thông thấp hơn 10% so với quốc gia không cấm; tiếp đó, so với quốc gia chỉ cấm quảng cáo rượu mạnh thì những

1 Cục Y tế dự phòng - Bộ Y tế, Hỏi đáp về phòng, chống tác hại của rượu, bia, Nxb. Y học, Hà Nội, 2016, tr. 36.

2 Cục Y tế dự phòng, Tlđđ, tr. 36.

3 Cục Y tế dự phòng, Tlđđ, tr. 37.

4 Henry Saffer, Dhaval Dave (2003). Alcohol advertising and alcohol consumption by adolescents. National bureau of economic research: Cambridge.

5 Henry Saffer (1989), Alcohol advertising bans and alcohol abuse: an international perspective. National bureau of economic research: Cambridge.

## CHÍNH SÁCH

quốc gia cấm quảng cáo bia và rượu trên truyền hình - phát thanh có tỷ lệ tiêu thụ rượu bia thấp hơn 11% và tỷ lệ tử vong do tai nạn giao thông thấp hơn 23% (nghiên cứu phân tích dữ liệu của 17 quốc gia qua 13 năm).

Tại Nga, cuộc đấu tranh vì lệnh cấm quảng cáo bia trên truyền hình đã kéo dài hơn 10 năm. Và cuối cùng, từ 01/01/2013, Luật Cấm quảng cáo rượu đã có hiệu lực, các sửa đổi về cấm quảng cáo rượu trên truyền hình, đài phát thanh, phương tiện giao thông công cộng, nhà ga và sân bay đã được áp dụng. Quảng cáo rượu trên các bảng quảng cáo và biển ngữ cũng sẽ bị cấm. Luật mới cũng cấm quảng cáo rượu trên báo chí và trên Internet. Quảng cáo bất kỳ loại rượu nào cũng sẽ phải biến mất khỏi các ấn phẩm định kỳ và tất cả các nguồn tài nguyên trực tuyến.

Luật Kiểm soát rượu bia Loi Évin 1991<sup>6</sup> của Cộng hòa Pháp kiểm soát chặt chẽ hoạt động quảng cáo đối với rượu và thuốc lá. Theo đó, tất cả đồ uống có cồn có trên 1,2% độ cồn đều được xem như rượu. Không được quảng cáo với mục đích nhằm vào người trẻ tuổi. Không được quảng cáo rượu trên tivi và tại rạp chiếu phim. Không được tài trợ cho các sự kiện văn hóa và thể thao. Chỉ được quảng cáo trên các ấn phẩm dành cho người lớn, trên bảng dán thông báo, trên đài phát thanh (với những điều kiện rất nghiêm ngặt), trong một số sự kiện đặc biệt như hội chợ rượu, bảo tàng về rượu. Trường hợp được phép quảng cáo thì nội dung quảng cáo phải đáp ứng các điều kiện sau:

- Thông điệp và hình ảnh chỉ được nêu về chất lượng của sản phẩm rượu như nồng độ, nguồn gốc, thành phần...

- Quảng cáo phải đi kèm với một cảnh báo sức khỏe như sau: Lạm dụng rượu là mối nguy hiểm cho sức khỏe.

Luật kiểm soát rượu bia và thuốc lá-NATA (National Authority on Tobacco and Alcohol) của Srilanka năm 2006 quy định: cấm quảng cáo rượu. Trong đó quy định, quảng cáo rượu là bất kỳ đặc điểm chữ viết, tranh hoặc ảnh di động, dấu hiệu, biểu tượng hoặc màu sắc hoặc hình ảnh có thể nhìn thấy được hoặc thông điệp bằng âm thanh hoặc bất kỳ sự kết hợp của các yếu tố trên để khuyến khích hoặc thu hút để khuyến khích:

a) Uống rượu;

b) Mua hoặc sử dụng bất kỳ sản phẩm rượu nào;

c) Một thương hiệu được đăng ký cho bất kỳ sản phẩm rượu nào hoặc có điều khoản rằng bao gồm cả sản phẩm rượu;

d) Một nhãn hiệu liên quan đến một sản phẩm rượu;

e) Tên một nhà máy sản xuất rượu.

- Cấm tài trợ: không được sử dụng nhãn hiệu hoặc thương hiệu hay bất kỳ biểu tượng nào có liên quan đến sản phẩm rượu hoặc tên nhà máy sản xuất rượu, dù trực tiếp hay gián tiếp:

a) Có mối liên hệ với khuyến mại trong bất kỳ tổ chức, hoạt động, sự kiện giáo dục, văn hóa, xã hội hoặc thể thao;

b) Trong cách cư xử như biểu lộ, hoặc công nhận rằng bất kỳ hỗ trợ về tài chính hoặc hỗ trợ khác là do hoặc đại diện cho nhà sản xuất, nhập khẩu, phân phối rượu trong các tổ chức, hoạt động hoặc sự kiện;

- Cấm cung cấp miễn phí các sản phẩm rượu: Nhà sản xuất, phân phối, nhập khẩu rượu không được phân phối miễn phí các sản phẩm rượu. Không được cung cấp miễn phí bất kỳ sản phẩm rượu nào cho bất kỳ cá nhân nào;

Không được đưa ra lời chào về phần thưởng, quà, giảm giá hoặc quyền tham gia các cuộc thi, xổ số hoặc trò chơi cho người

6 La loi Évin ou loi du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, comporte deux volets.



mua rượu. Không bị coi là vi phạm quy định này khi nhà sản xuất, phân phối, nhập khẩu đưa ra lời chào giảm giá thương mại với tỷ lệ phổ biến trong hoạt động thương mại.

Một số nước khác như ở Anh, quảng cáo rượu trên truyền hình bị cấm sau 21 giờ. Tại Đức, không được phép quảng cáo rượu trong các chương trình dành cho trẻ em và thanh thiếu niên. Hơn nữa, theo luật pháp Đức, trong các clip quảng cáo rượu không được có hình ảnh thanh niên hút thuốc hoặc uống rượu.

### **Chính sách thuế và giá**

Theo khuyến cáo của WHO<sup>7</sup>, chính sách thuế là một trong những biện pháp hiệu quả nhất để kiểm soát tác hại của rượu, bia, giảm gánh nặng bệnh tật và tử vong do rượu, bia gây ra. Giá của rượu, bia tăng lên thì lượng tiêu thụ của người sử dụng sẽ giảm, kéo theo tác hại giảm. Một nghiên cứu khác của A. Wagenaar năm 2010 xem xét 340 số liệu và kết quả đăng tải trên 50 bài báo được công bố từ các nghiên cứu ở Canada, Mỹ và một số quốc gia châu Âu qua nhiều thập kỷ đã chỉ ra rằng, giá và thuế có tác động rất rõ rệt làm giảm nguy cơ bệnh tật và tử vong, bạo lực, tai nạn giao thông do lái xe say rượu, tỷ lệ bệnh lây truyền qua đường tình dục và các hành vi tình dục nguy cơ cao, tội phạm và việc sử dụng ma túy, ngay cả khi các tác động này, vì nhiều lý do, đã bị đánh giá thấp hơn thực tế<sup>8</sup>. Tiêu thụ rượu bia gia tăng có một nguyên nhân quan trọng nữa là do sức mua của người tiêu dùng gia tăng do giá thực của rượu bia giảm trong khi thu nhập tăng (giá thực là giá đã điều chỉnh theo lạm phát). Để giảm hoặc giữ mức tiêu dùng rượu bia ổn định, phải cần nhiều biện pháp

phối hợp, trong đó biện pháp giá và thuế là rất quan trọng<sup>9</sup>.

- Thuế rượu bia cần được điều chỉnh định kỳ sao cho mức tăng giá thực của rượu bia do tăng thuế phải theo kịp hoặc tăng nhanh hơn mức tăng của thu nhập bình quân đầu người nhằm duy trì ổn định hoặc giảm sức mua rượu bia.

- Cần quản lý và áp dụng thuế tiêu thụ đặc biệt cho tất cả sản phẩm rượu bia.

- Cần phải cấm hoặc hạn chế sử dụng biện pháp khuyến mại liên quan đến giá trực tiếp hoặc gián tiếp như bán giảm giá, bán sản phẩm với giá thấp hơn chi phí hoặc tặng thêm sản phẩm khi mua số lượng lớn hoặc bán kèm sản phẩm khuyến mại, v.v..

- Nghiên cứu áp dụng giá bán tối thiểu cho các sản phẩm rượu bia để đảm bảo không có những sản phẩm bán với giá quá rẻ vì khi Chính phủ áp dụng biện pháp tăng thuế, người tiêu dùng có xu hướng chuyển sang sử dụng rượu bia không chính thống (tự sản xuất) và lúc đó sẽ khó để kiểm soát. Để chính sách giá có hiệu quả thì Nhà nước phải kiểm soát được việc tiêu thụ rượu bia lậu.

- Theo Báo cáo rượu bia và sức khỏe toàn cầu năm 2014 của WHO, 165 quốc gia có chính sách điều chỉnh giá bán, trên 90% các quốc gia đã áp dụng thuế tiêu thụ đặc biệt đối với rượu bia<sup>10</sup>.

### **Kiểm soát nồng độ cồn khi tham gia giao thông**

Nghiên cứu của WHO trên 18.412 nạn nhân bị tai nạn giao thông nhập viện cho thấy nồng độ cồn trong máu của họ cao hơn mức cho phép (> 50 mg/dl) ở người đi xe

7 WHO (2010a) Global strategy to reduce harmful use of alcohol.

8 Wagenaar et al (2010). Effect of alcohol tax and price policies on morbidity and mortality: A systematic review. American Journal of Public Health, Vol 100, No 11.

9 WHO (2014a). Global status report on alcohol and health 2014. Geneva.

10 WHO (2014a). Global status report on alcohol and health 2014. Geneva.

## CHÍNH SÁCH

máy là 36%, ở người lái xe ô tô (> 0 mg/dl) là 66,8%<sup>11</sup>. Phân tích số liệu điều tra quốc gia của 1.061 trường hợp tử vong do tai nạn giao thông tại Việt Nam cho thấy, 1/5 các trường hợp có nguyên nhân là sử dụng chất có cồn<sup>2</sup>. Đáng nói, kết quả điều tra pháp y của Đại học Y Hà Nội và Bệnh viện Việt Đức trên 100 người tử vong do tai nạn giao thông liên quan đến rượu bia cho thấy, khoảng 59% nạn nhân trong độ tuổi 15 - 29 và 24% nạn nhân trong độ tuổi từ 30 - 44, 97% là nam giới và 82% nạn nhân có nồng độ cồn trong máu > 50mg/100ml máu. Đa số các vụ tai nạn giao thông liên quan đến rượu bia là nghiêm trọng, 68% nạn nhân có thời gian sống chỉ dưới 30 phút sau khi tai nạn xảy ra. Kết quả cuộc điều tra quốc gia vị thành niên Việt Nam năm 2009 cho thấy, 20,8% trẻ em nam vị thành niên đã lái xe sau uống rượu bia dẫn đến các chấn thương phải nghỉ học hoặc nghỉ lao động từ một tuần trở lên<sup>12</sup>.

Vì rượu bia ảnh hưởng đến khả năng điều khiển phương tiện giao thông nên hầu hết các quốc gia chỉ cho phép một lượng cồn tối thiểu trong máu hay trong khí thở của người điều khiển phương tiện giao thông. Ví dụ, Áo cho phép nồng độ cồn trong máu là 0,01% đối với lái xe tải và xe buýt; 0,05% đối với người lái xe ô tô và xe máy; còn ở Đức là 0,05% cồn trong máu hoặc 0,25 mg/l khí thở. Một số quốc gia khác như Hungary, Croatia, Bulgari tuyệt đối không cho phép có cồn trong máu khi lái xe<sup>13</sup>.

Kinh nghiệm trên thế giới cho thấy, giảm tác hại của việc sử dụng rượu bia bằng các giải pháp chính sách hiệu quả và cung cấp một cơ sở hạ tầng phù hợp nhằm thực

hiện thành công các giải pháp này là vô cùng quan trọng.

Ở Việt Nam, Chính phủ cũng đã ban hành Chính sách quốc gia Phòng, chống tác hại của lạm dụng đồ uống có cồn đến năm 2020 với quan điểm thống nhất và xuyên suốt trong chính sách bao gồm: (1) lạm dụng rượu, bia và đồ uống có cồn khác gây tác hại đến sức khỏe của người sử dụng, đến gia đình, cộng đồng và kinh tế - xã hội; Nhà nước không khuyến khích người tiêu dùng sử dụng rượu, bia và đồ uống có cồn khác; (2) mọi người có quyền được bảo vệ khỏi ảnh hưởng bởi tác hại của lạm dụng rượu, bia và đồ uống có cồn khác; (3) thông tin, giáo dục, truyền thông là biện pháp quan trọng để nâng cao nhận thức của người dân về tác hại của lạm dụng rượu bia và đồ uống có cồn khác; (4) kiểm soát toàn diện, đồng bộ đối với sản xuất, kinh doanh, sử dụng rượu, bia và đồ uống có cồn khác phù hợp với yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội của đất nước và tập quán văn hóa truyền thống để phòng, chống tác hại của lạm dụng rượu, bia, đồ uống có cồn khác và bảo vệ sức khỏe cộng đồng; và (5) tham gia phòng, chống tác hại của lạm dụng rượu, bia và đồ uống có cồn khác là trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp và cá nhân.

Mặc dù vậy, để chính sách này được thực thi thì cần phải thể chế hóa vào các văn bản quy phạm pháp luật phù hợp, mà cao nhất là Luật Phòng chống tác hại của rượu, bia; cũng như cần đảm bảo các giải pháp tốt trong kiểm soát tác hại của lạm dụng rượu bia được xây dựng và thực thi hiệu quả ■

11 Tổ chức Y tế thế giới, VIHEMA (2010); Nghiên cứu tại Việt Nam từ tháng 7/2009 - tháng 10/2010.

12 Tổng cục Thống kê (2010a); Điều tra quốc gia vị thành niên và thanh niên Việt Nam vòng 2, 2010.

13 WHO (2007a). Drinking and driving: A road safety manual for decision makers and practitioners.

# QUYỀN TỰ BẢO VỆ - ĐIỂM MỚI TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

**Nguyễn Ngọc Điện\***

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

**Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:*

Tự bảo vệ, tái chiếm hữu tự bảo vệ, phá vỡ sự bình ổn

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 14/12/2016

Biên tập: 29/12/2016

Duyệt bài: 05/01/2017

**Tóm tắt:**

Tự bảo vệ trong luật so sánh là hành vi ứng xử của chủ thể nhằm chấn chỉnh một thái độ ứng xử sai trái mà không dựa vào quy trình pháp lý bình thường. Trong lĩnh vực pháp luật tài sản, khái niệm này tạo điều kiện cho cá nhân giành lại tài sản hợp pháp của mình mà không cần nhờ đến thủ tục tư pháp theo quy định. Đặc biệt, chủ nợ có bảo đảm được quyền tiến hành giữ lấy tài sản đang nằm trong tay người mắc nợ miễn là việc nắm giữ được thực hiện mà không vi phạm điều kiện phá vỡ sự bình ổn. Trong luật thực định Việt Nam, tự bảo vệ được thừa nhận trong Bộ luật Dân sự và được cụ thể hóa trong lĩnh vực giao dịch bảo đảm thành quyền thu giữ tài sản.

**Article Information:**

*Keywords:*

Self-help, self-help repossession, breach of the peace

*Article History:*

Received: 14 Dec. 2016

Edited: 29 Dec. 2016

Approved: 05 Jan. 2017

**Abstract:**

Self-help in comparative law is an attempt to redress a perceived wrong by one's own action rather than by normal legal process. In point of view of property law, this concept allows individuals to regain possession of their rightful and legal property without resorting to a formal judicial process. More particularly, a secured creditor is entitled to proceed with the so-called self-help repossession in order to take possession of the collateral from the debtor's hands provided the accomplishment of the process is carried out without breach of the peace. In Vietnamese positive law, self-help is formally acknowledged in the Civil Code and concretized in the field of secured transactions as repossession right available to secured creditors.

## 1. Tổng quan

Tự bảo vệ được hiểu là hành vi phản ứng của chủ thể theo khả năng của bản thân chống lại hành vi của người khác có tác dụng hoặc có nguy cơ xâm hại các lợi ích của mình một cách trực tiếp hoặc gián tiếp. Tự bảo vệ có nghĩa là tự mình tổ chức, thực

hiện các biện pháp đối phó với hành vi xâm hại mà không dựa vào công lực. Ở góc độ học thuyết pháp lý, tự bảo vệ được gọi là “self-help” và được định nghĩa là một nỗ lực nhằm chấn chỉnh một điều sai trái được nhận biết bằng hành động tự thân chứ không thông qua quy trình pháp lý bình thường<sup>1</sup>.

1 Black's Law Dictionary, ấn phẩm 2004, tr. 1391. Self-help is “an attempt to redress a perceived wrong by one own's action rather than through the normal legal process”.

## THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

Ví dụ, bị người khác tấn công, thì đánh trả; trong quan hệ tài sản, thấy người khác tự ý trồng cây, xây dựng trên đất của mình, thì tự mình chặt bỏ, phá dỡ; đồ vật của mình mà bị người ta cướp giật, thì mình tự giành lại.

Tự bảo vệ là động thái có nguồn gốc từ bản năng sinh tồn của động vật trong không gian sống thống trị bởi quy luật “mạnh được yếu thua”, là phản xạ tự nhiên khi đứng trước hiểm họa đối với bản thân.

Trong xã hội có tổ chức, tự bảo vệ cần được thực hiện như thế nào để đạt yêu cầu kép: một mặt, người tự bảo vệ đạt được mục tiêu bảo đảm sự an toàn của bản thân, sự toàn vẹn của tài sản thuộc sở hữu của mình; mặt khác, việc tự vệ không bị coi là việc tấn công nhằm xâm hại thân thể, tài sản của người khác một cách không chính đáng. Để đạt được yêu cầu đó, trước hết cần thừa nhận tự bảo vệ là một quyền của chủ thể và xây dựng một khung pháp lý cho phép nhận dạng, đồng thời tổ chức cho chủ thể thực hiện quyền này một cách có trật tự và hợp lý.

### 2. Quyền tự bảo vệ trong luật các nước

#### 2.1 Từ Luật La Mã đến luật Anh-Mỹ

Khái niệm quyền tự bảo vệ xuất hiện từ rất sớm trong luật La Mã<sup>2</sup>. Trong quá trình phát triển, khái niệm này tỏ ra phù hợp với văn hóa của các nước nói tiếng Anh, do đó, được các nước này hoàn thiện với sự quan tâm cao, đặc biệt trong lĩnh vực pháp luật tài sản. Tư tưởng chủ đạo là chủ thể được quyền tự mình bảo vệ tài sản của mình; “nếu khi làm việc đó, chúng ta sử dụng

nhiều sức mạnh hơn mức cần thiết, chúng ta có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự và có thể chịu trách nhiệm dân sự, nhưng tài sản chúng ta đã lấy lại không thể bị tước đoạt để trả lại cho nạn nhân của biện pháp tự bảo vệ của chúng ta”<sup>3</sup>.

Trong lĩnh vực nghĩa vụ tài sản, quyền tự bảo vệ được hoàn thiện và được biết với tên gọi tái chiếm hữu tự bảo vệ (*self-help repossession*)<sup>4</sup>. Tái chiếm hữu được hiểu là hành vi hoặc trạng thái nắm giữ lại tài sản đang nằm trong tay người khác. Thông thường, tài sản được chủ sở hữu nắm giữ, chi phối; một khi việc nắm giữ, chi phối tài sản của chủ sở hữu bị người khác quấy nhiễu, đe dọa, thì chủ sở hữu có quyền tự mình thực hiện các biện pháp mang ý nghĩa tự vệ nhằm bảo vệ sự an toàn đối với tài sản của mình.

Khái niệm tái chiếm hữu trở nên có ý nghĩa đặc thù trong trường hợp tài sản được chủ sở hữu nắm giữ, kiểm soát nhưng một người khác có quyền đối với tài sản ấy và mong muốn thực thi quyền này trong điều kiện chủ sở hữu không chấp nhận hợp tác. Trong luật cổ La Mã, quyền tái chiếm hữu để tự bảo vệ được biết dưới tên gọi *pignoris capio*<sup>5</sup>. Quyền này cho phép một người bị thiệt hại lấy các động sản của người gây thiệt hại như một cách để bù đắp thiệt hại mà người này phải gánh chịu do hành vi của người gây thiệt hại mà không cần nhờ đến các thủ tục tư pháp.

Ví dụ điển hình về quyền tái chiếm hữu mang tính chất tự bảo vệ được ghi nhận

2 Th. A. Street, *Foundations of Legal Liability – a Presentation of Theory and Development of Common Law*, Northport, N.Y, Edward Thompson Company, 1906, pp. 280-281.

3 F. H. Lawson và B. Rudden, *The Law of Property*, Oxford University Press, London, 2002, tr. 63.

4 Ryan McRobert, *Defining “Breach of the Peace” in Self-Help Repossession*, *Washington Law Review*, Vol. 87-569.

5 Th. A. Street, sdd, tr. 280.

trong trường hợp chủ sở hữu thiết lập biện pháp bảo đảm nghĩa vụ trả nợ vay bằng tài sản đặc định (một chiếc ô tô, một căn nhà,...) với cam kết theo đó, nếu chủ sở hữu không trả nợ vay đúng hạn, thì chủ nợ được quyền bán tài sản bảo đảm (collateral) để thu hồi nợ. Tình huống đặt ra là chủ sở hữu không trả nợ và cũng không chịu giao tài sản bảo đảm để chủ nợ xử lý. Luật cho phép chủ nợ trong tình huống này được quyền tự mình thu giữ tài sản bằng các biện pháp thích hợp mà không cần theo thủ tục tư pháp, với điều kiện không “phá vỡ sự bình ổn” (*breach of the peace*) của xã hội<sup>6</sup>.

## 2.2 Giới hạn của tự bảo vệ

Luật Anh - Mỹ, như đã biết, xây dựng và hoàn thiện khái niệm *breach of the peace* (phá vỡ sự bình ổn) như là giới hạn của việc thực hiện quyền tự bảo vệ. Tuy nhiên, cho đến nay, việc xây dựng và hoàn thiện khái niệm này chỉ diễn ra trong học thuyết và án lệ; người làm luật đến nay chưa có định nghĩa chính thức cho khái niệm này.

Điều chắc chắn là một khi đã gọi là tự bảo vệ, thì dứt khoát không được yêu cầu sự hỗ trợ của nhân viên công lực. Một chủ nợ có bảo đảm đến nhà của người mắc nợ cùng với một viên sĩ quan cảnh sát để cùng tiến hành thu giữ tài sản bảo đảm coi như có hành vi phá vỡ sự bình ổn<sup>7</sup>, bởi sự hiện diện và sự tham gia của công lực ở một bên rõ ràng khiến tương quan lực lượng giữa hai bên trở nên mất cân đối. Điều đáng nói hơn nữa là sự hiện diện và tham gia đó xảy ra

ngoài khuôn khổ hoạt động tổ tụng mà bên mắc nợ lại không phải trong tình trạng phạm pháp quả tang. Đây rõ ràng là việc làm bất hợp pháp.

Tuy nhiên, nếu đại diện công lực chỉ hiện diện mà không tham gia thu giữ tài sản, thì tùy theo mức độ tác động của sự hiện diện ấy đối với việc thu giữ, tòa án có thể ghi nhận có hay không có vi phạm sự bình ổn<sup>8</sup>.

Việc tự bảo vệ cũng bị coi là vi phạm sự bình ổn trong trường hợp được thực hiện bằng vũ lực. Chủ nợ cũng không được quyền tự ý xông vào nơi ở của người mắc nợ mà không được sự cho phép của chủ nhà để lấy tài sản<sup>9</sup>. Cũng có trường hợp người mắc nợ lên tiếng phản đối việc chủ nợ lấy tài sản; nhưng chỉ lên tiếng mà không có động thái cụ thể để ngăn chặn việc chủ nợ lấy tài sản, thì việc thu giữ tài sản không bị coi là vi phạm sự bình ổn.

Trong một vụ thu giữ tài sản gây xô xao dư luận giới luật gia ở Mỹ<sup>10</sup>, một người thu giữ chuyên nghiệp thực hiện việc thu giữ một chiếc ô tô của người mắc nợ đang dừng trên đường công cộng. Người thu giữ lái xe đi mà không biết trên băng ghế phía sau có hai đứa trẻ, con của người mắc nợ. Nhưng khi phát hiện điều này, người thu giữ vội vã quay lại, giao trả xe cùng với những đứa trẻ cho người mẹ. Tòa án cho rằng không có yếu tố vi phạm sự bình ổn trong vụ này, dù những đứa trẻ được chẩn đoán là bị sốc về tâm lý sau sự cố. Sự việc này, cùng với

6 Bộ luật Thương mại thống nhất (UCC) của Mỹ, Điều 9-609: “... after default, a secured party... may take possession of the collateral... pursuant to judicial process; or... without judicial process, is it proceeds without breach of the peace”.

7 Ryan McRobert, Defining “Breach of the Peace” in Self-Help Repossession, đã dẫn, tr. 580 và 581.

8 Ryan McRobert, Defining “Breach of the Peace” in Self-Help Repossession, đã dẫn, tr. 581.

9 R. McRobert, đã dẫn, tr. 583. Nhưng chủ nợ có quyền đi vào sân vườn, lối đi dẫn vào nhà, với điều kiện đó là nơi ra vào được mà không cần xin phép.

10 Chapa v. Traciers&Associates, 267 S.W. 3d 386 (Tex. Ct. App. 2008).

nhiều việc xảy ra gây tranh cãi xoay quanh khái niệm “phá vỡ sự bình ổn”, đã tạo áp lực không nhỏ đối với người làm luật trong việc hoàn thiện khái niệm này về phương diện lập pháp.

### 3. Quyền tự bảo vệ trong luật Việt Nam

#### 3.1 Quá trình hình thành và phát triển

**Chậm và khó khăn.** Việt Nam thuộc số không nhiều nước chính thức thừa nhận quyền tự bảo vệ trong lĩnh vực dân sự<sup>11</sup>. Quyền tự bảo vệ được chính thức thừa nhận trong luật Việt Nam từ khi có Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 1995. Theo Điều 263 của BLDS năm 1995, “chủ sở hữu, người chiếm hữu hợp pháp có quyền tự bảo vệ tài sản thuộc sở hữu của mình, tài sản đang chiếm hữu hợp pháp bằng những biện pháp theo quy định của pháp luật”. Giải pháp này được tái khẳng định trong BLDS năm 2005 (Điều 255).

Tuy nhiên, trong suốt thời gian áp dụng các BLDS năm 1995 và 2005, quyền tự bảo vệ hầu như không thoát được trạng thái phôi thai. Không có bản án dân sự nào được tuyên liên quan đến việc thực hiện quyền này. Các văn bản lập quy cũng không đề cập đến quyền này.

Chỉ riêng trong lĩnh vực bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, các chủ nợ có bảo đảm bằng thế chấp tài sản thường phải đương đầu với thái độ thiếu thiện chí, không hợp tác của người mắc nợ: không chịu trả nợ, người này thậm chí khăng khăng nắm giữ, không chịu

giao tài sản cho chủ nợ để xử lý. Nhằm hỗ trợ cho các chủ nợ có bảo đảm trong việc thực thi quyền đòi nợ, Chính phủ ban hành Nghị định số 63/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 thừa nhận cho chủ nợ có bảo đảm quyền thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý (Điều 63). Sau hơn 5 năm được áp dụng, Nghị định này được hoàn thiện thêm một bước bằng Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012. Việc thực hiện hai nghị định này được hướng dẫn chi tiết tại Thông tư liên tịch số 16/2014/TTLT-BTP-BTNMT-NHNN ngày 06/6/2014 của Bộ Tư pháp, Bộ Tài nguyên & Môi trường và Ngân hàng Nhà nước. Với quyền thu giữ, chủ nợ có bảo đảm có thể có được trong tay tài sản mình cần mà không phải tiến hành các thủ tục tố tụng phức tạp, mất thời gian và tốn kém. Trong chừng mực nào đó, có thể coi quyền thu giữ tài sản bảo đảm là sự cụ thể hoá quyền tự bảo vệ trong trường hợp đặc thù.

Một cách ngẫu nhiên, quyền thu giữ tài sản bảo đảm được hình thành theo cùng một triết lý như *self-help repossession* trong luật Anh - Mỹ: có lẽ ở đâu, lúc nào, chủ nợ có bảo đảm cũng thường phải đương đầu với cùng vấn đề về thái độ bất hợp tác của người mắc nợ, đồng thời nắm giữ tài sản bảo đảm. Nhưng quyền thu giữ tài sản trong luật Việt Nam được triển khai trong điều kiện không có học thuyết rõ ràng về quyền tự bảo vệ, nên gặp nhiều khó khăn.

BLDS năm 2015 nâng quyền tự bảo vệ thành một quyền có tính nguyên tắc,

11 Cần phân biệt chế định quyền tự bảo vệ trong luật dân sự (self-help) và chế định phòng vệ chính đáng trong luật hình (legitimate defence). Phòng vệ chính đáng, như là một chế định của luật hình sự, là hành vi tự vệ chống trả một hành vi khác mang tính chất tội phạm hình sự. Hành vi bị chống trả bởi biện pháp phòng vệ chính đáng là hành vi tấn công trực diện vào lợi ích của người phòng vệ, chẳng hạn đánh, giết người, cướp của. Trong khi đó, tự bảo vệ (self-help) là hành vi mang ý nghĩa chấn chỉnh một việc làm sai trái. Việc làm bị chấn chỉnh có thể không phải là một hành vi tấn công, mà chỉ đơn thuần là thái độ thụ động, bất hợp tác. Ví dụ điển hình là trường hợp người thế chấp tài sản trong ngành không chịu giao tài sản cho chủ nợ nhận thế chấp để xử lý. Hai khái niệm không đồng nhất, nhưng có mối tương quan trong luật Việt Nam.

được ghi nhận tại Điều 11 và được nhận dạng như một quyền hợp pháp theo các điều kiện được ghi nhận tại Điều 12. Trong lĩnh vực pháp luật tài sản, quyền tự bảo vệ được thừa nhận cho chủ sở hữu và chủ thể có quyền khác đối với tài sản theo quy định tại khoản 1 Điều 164: “Chủ sở hữu, chủ thể có quyền khác đối với tài sản có quyền tự bảo vệ, ngăn chặn bất kỳ người nào có hành vi xâm phạm quyền của mình bằng những biện pháp không trái với quy định của pháp luật”.

### **3.2 Quyền tự bảo vệ trong luật thực định**

#### **Lĩnh vực chi phối**

**Tất cả mọi lĩnh vực của đời sống dân sự.** Theo Điều 11 BLDS năm 2015, khi quyền dân sự của cá nhân, pháp nhân bị xâm phạm, thì chủ thể đó có quyền tự bảo vệ theo quy định của Bộ luật này, luật khác có liên quan. Với quy định rất chung như thế, người làm luật thừa nhận trên nguyên tắc, quyền tự bảo vệ có thể được thực thi mỗi khi có sự xâm hại đối với quyền dân sự. Trong khi đó, các quyền dân sự bao gồm các quyền nhân thân và các quyền tài sản. Như vậy, phạm vi thực hiện quyền tự bảo vệ ở Việt Nam rất rộng, bao gồm cả các lĩnh vực tài sản và phi tài sản.

Cụ thể, chủ thể có quyền tự bảo vệ khi danh dự, nhân phẩm của mình bị xâm hại. Chẳng hạn, trong trường hợp bị lăng nhục công khai, chủ thể có quyền phản ứng tương thích. Chủ thể cũng có quyền chống trả khi tính mạng, sức khỏe bị xâm hại. Ở điểm này, có thể thấy nhiều nét tương đồng giữa tự bảo vệ và phòng vệ chính đáng trong luật hình sự. Trong chừng mực nào đó, có thể thừa nhận phòng vệ chính đáng là một trường hợp đặc thù của tự bảo vệ, được ghi nhận trong lĩnh vực hình sự.

Trong quan hệ hợp đồng, quyền tự bảo vệ cũng được thừa nhận như là một cách chế

tài đối với bên vi phạm nghĩa vụ vừa ít tốn kém, dễ thực hiện, vừa có hiệu quả. Trong chừng mực nào đó, các quyền hủy bỏ hợp đồng hoặc đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng là các biến thể của quyền tự bảo vệ trong các trường hợp đặc thù. Trong các hợp đồng cụ thể, quyền tự bảo vệ được ghi nhận thành những hành vi ứng xử thích hợp và không trái luật. Chẳng hạn, người dùng điện, nước mà không chịu trả phí, thì nhà cung ứng có quyền tạm ngưng cung ứng dịch vụ.

#### **Điều kiện**

**Giải pháp nào cho Việt Nam trong điều kiện không có khái niệm “phá vỡ sự bình ổn”?** Theo Điều 12 BLDS năm 2015, việc tự bảo vệ quyền dân sự phải phù hợp với tính chất, mức độ xâm phạm đến quyền dân sự đó và không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự được quy định tại Điều 3 BLDS. Thực ra Điều 3 BLDS chỉ ghi nhận những nguyên tắc rất chung và không phải nguyên tắc nào cũng áp dụng được cho việc thực thi quyền tự bảo vệ.

Chắc chắn không thể dùng quyền tự bảo vệ như một vũ khí tấn công người khác trong điều kiện chưa có ai tấn công mình trước, theo kiểu phòng vệ từ xa. Nói rõ hơn, vấn đề tự bảo vệ chỉ được đặt ra trong trường hợp chủ thể đối mặt với thái độ ứng xử không đúng mực của một người nào đó và việc tự bảo vệ được thực hiện nhằm mục đích chấn chỉnh thái độ đó, cũng như để bảo vệ các lợi ích chính đáng của mình.

Trong trường hợp bị tấn công nhắm vào tính mạng, sức khỏe hoặc tài sản, thì có thể dùng các thành quả của quá trình hoàn thiện học thuyết về phòng vệ chính đáng trong luật hình để xây dựng giới hạn của quyền tự bảo vệ, như đã trình bày ở trên. Khó khăn có thể phát sinh trong trường hợp đối tượng bị xâm hại là danh dự, nhân phẩm.

Nếu bị xúc phạm danh dự, nhân phẩm trên các phương tiện truyền thông đại chúng, thì người bị xúc phạm có thể tự bảo vệ bằng cách lên tiếng cải chính trên các phương tiện truyền thông. Còn nếu bị xúc phạm danh dự, nhân phẩm bằng lời nói (gọi nôm na là bị mắng chửi) ở nơi công cộng, thì thế nào là tự bảo vệ trong giới hạn? Nếu phản ứng lại bằng vũ lực, thì chắc chắn là đi quá giới hạn tự bảo vệ; còn nếu phản ứng bằng lời nói, thì khó mà đánh giá được sự cân bằng của cuộc đời.

Trong trường hợp đối tượng của biện pháp tự bảo vệ không tấn công mà chỉ có thái độ bất hợp tác thụ động, thì cần xây dựng bộ tiêu chí riêng cho phép nhận dạng cái gọi là tự bảo vệ chính đáng. Luật Anh - Mỹ, như đã biết, đã trải qua một quá trình phát triển dài trong việc hoàn thiện khái niệm “phá vỡ sự bình ổn”, nhưng đến nay, sự hoàn thiện chỉ ở mức tập hợp một số tiêu chí: không dựa vào công lực, không dùng vũ lực,... Cần có thời gian để luật Việt Nam hoàn thiện ở điểm này, trên cơ sở đúc kết kinh nghiệm áp dụng chế định tự bảo vệ trong thực tiễn, đặc biệt là thực tiễn xét xử, đồng thời vận dụng kinh nghiệm nước ngoài.

Điều quan trọng là phải nhận thấy rằng tự bảo vệ là con dao hai lưỡi; dùng không khéo, người tự bảo vệ có thể rơi vào tình trạng vi phạm pháp luật. Yêu cầu số một đối với biện pháp tự bảo vệ là phải được thực hiện một cách tinh táo, có chừng mực, nhất là chỉ được mang tính phòng vệ và phải tương xứng với tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi xâm phạm của người khác đối với lợi ích của mình. Người thuê nhà mà không chịu trả tiền nhà, thì chủ nhà có thể

tự bảo vệ bằng cách không tiếp tục cho dùng điện, nước; nhưng không thể chỉ vì người thuê không chịu trả tiền nhà mà chủ nhà khóa cửa, khoá cổng không cho người thuê đi ra, đi vào nhà<sup>12</sup>: làm như vậy là tự vệ vượt giới hạn, là xâm phạm quyền đi lại, quyền cư trú của công dân được hiến định.

### **Quyền tự bảo vệ trong bảo đảm thực hiện nghĩa vụ**

**Quyền thu giữ tài sản bảo đảm trong luật Việt Nam.** Đề xuất đưa quyền thu giữ tài sản bảo đảm vào BLDS đã được đưa ra trong quá trình xây dựng BLDS (sửa đổi), nay là BLDS năm 2015. Nhưng vì nhiều lý do, đề xuất này đã không được chấp nhận.

Trong khi đó, thực tiễn ghi nhận rằng, trong trường hợp tài sản bảo đảm nằm trong tay người bảo đảm, thì bản thân lý thuyết vật quyền không tạo được ưu thế cho chủ nợ có bảo đảm so với các chủ nợ khác của người bảo đảm trong việc thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý. Chủ nợ nhận thế chấp, dù có vật thế chấp mà không cần các thủ tục tố tụng và thi hành án. Để giúp chủ nợ nhận thế chấp tháo gỡ khó khăn trong việc xử lý tài sản thế chấp, người làm luật đặt ra chế định quyền thu giữ, được ghi nhận tại Nghị định số 63 nêu trên. Đây được cho là một công cụ cho phép chủ nợ có bảo đảm vượt lên trước so với các chủ nợ thường trong cuộc chạy đua đòi nợ trong giới hạn luật pháp cho phép. Khi BLDS năm 2015 có hiệu lực, có thể Nghị định sẽ phải được sửa đổi cho phù hợp với tinh thần của BLDS. Nhưng mong rằng, quyền thu giữ sẽ được tiếp tục thừa nhận và hoàn thiện, chứ không bị bãi bỏ.

Tuy nhiên, cũng giống như *self-help* trong luật của Anh và Mỹ, quyền thu giữ

12 Như trường hợp Ban quản lý một khu công nghiệp ở Long An chặn bí cổng ra vào một doanh nghiệp toạ lạc trong khu công nghiệp như một cách làm áp lực để doanh nghiệp trả nợ tiền phí dịch vụ, sự việc xảy ra cách nay gần 1 năm: <http://tuoitre.vn/tin/kinh-te/20160328/chan-loi-vao-doanh-nghiep-tranh-chap-cung-phai-co-chuan-muc/1074838.html>.



chứa đựng nhiều rủi ro, hiểm họa tiềm tàng: sử dụng không hợp lý, nhất là không đúng mục, quyền này có thể trở thành một thứ bạo lực tư nhân đẩy xã hội vào tình trạng hỗn loạn, mất an toàn. Cần đặt quyền thu giữ trong một khung pháp lý chặt chẽ để quyền này phát huy được tác dụng mong muốn, nhất là không bị lạm dụng gây nguy hiểm cho xã hội.

Tư tưởng chủ đạo là chủ nợ có bảo đảm quyền trực tiếp đối với giá trị kinh tế của tài sản bảo đảm và có quyền thực hiện các việc cần thiết để giá trị này bật ra nhằm phục vụ cho việc thu nợ. Với tư tưởng đó, quyền thu giữ, cũng như *self-help*, mang tính chất của một quyền chần chừ một hành vi sai trái - không tự giác thực hiện nghĩa vụ trả nợ. Chủ nợ có bảo đảm ứng xử như thể quyền lợi của mình đang bị xâm hại do hành vi bất hợp tác của người bảo đảm.

Cụ thể, chủ nợ có bảo đảm có quyền tự mình thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý. Để làm được việc này, chủ nợ có thể triển khai lực lượng của mình tại hiện trường nơi tiến hành thu giữ tài sản bảo đảm<sup>13</sup>. Lực lượng này có chức năng giữ trật tự trong quá trình thực hiện quyền thu giữ của chủ nợ. Trong trường hợp người bảo đảm có phản ứng chống đối bằng vũ lực, thì lực lượng này có quyền tự vệ trong khuôn khổ pháp luật; chủ nợ khi đó cũng có quyền yêu cầu chính quyền địa phương can thiệp theo đúng quyền hạn và trách nhiệm của nhà chức trách công để ngăn chặn và xử lý hành vi vi phạm pháp luật của người bảo đảm. Suy cho cùng, phải có ai đó gây mất trật tự hoặc có dấu hiệu rõ ràng chuẩn bị gây mất trật tự, thì công lực mới có căn cứ pháp lý để ra tay với tư cách người chịu trách nhiệm gìn giữ, bảo đảm trật tự công cộng ■

## TÀI LIỆU THAM KHẢO

- Black's Law Dictionary, ấn phẩm 2004.
- F.H. Lawson và B. Rudden, The Law of Property, Oxford University Press, London, 2002.
- Ryan McRobert, Defining "Breach of the Peace" in Self-Help Repossession, Washington Law Review, Vol. 87-569.
- Nguyễn Ngọc Điện, Hoàn thiện các quy định về quản lý và xử lý tài sản thế chấp, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 23 (275), 2014.
- Th. A. Street, Foundations of Legal Liability – a Presentation of Theory and Development of Common Law, Northport, N.Y, Edward Thompson Company, 1906.

---

13 Chủ nợ có bảo đảm không thể dựa vào UBND địa phương để triển khai lực lượng, bởi cơ quan này không thể dùng lực lượng, phương tiện của mình phục vụ cho lợi ích tư nhân ngoài khuôn khổ thi hành một bản án có hiệu lực pháp luật. Chủ nợ có bảo đảm cũng không thể giao kết với UBND một hợp đồng dịch vụ giữ trật tự, bởi UBND không thể cung ứng theo hợp đồng một dịch vụ có đối tượng là một công việc thuộc nhiệm vụ được Nhà nước giao cho mình. Trong khung cảnh luật thực định, trong trường hợp cần có lực lượng giữ trật tự, thì chủ nợ phải nhờ đến các công ty dịch vụ bảo vệ chuyên nghiệp có đăng ký hành nghề. Còn trên thực tế, không ít chủ nợ đã sử dụng các băng nhóm đòi nợ thuê kiểu xã hội đen để thu hồi nợ.

# MỘT SỐ VƯỚNG MẮC PHÁP LÝ VỀ CÁC BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM THỰC HIỆN NGHĨA VỤ DÂN SỰ

**Trương Thanh Đức\***

\* Luật sư, Chủ tịch HĐQT Công ty Luật BASICO, Trọng tài viên VIAC

**Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:*

biện pháp bảo đảm, Bộ luật Dân sự năm 2015

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 30/12/2016

Biên tập: 05/01/2017

Duyệt bài: 02/01/2017

**Tóm tắt:**

Kể từ khi Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế quy định về 03 biện pháp bảo đảm thực hiện hợp đồng, đến nay pháp luật đã quy định 9 biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự nói chung và bảo đảm thực hiện hợp đồng nói riêng. Trong đó, 03 Bộ luật Dân sự đóng vai trò chủ yếu, mà hiện tại là Bộ luật Dân sự năm 2015. Tuy nhiên, theo tác giả, vẫn còn nhiều sự chồng chéo, mâu thuẫn, vướng mắc cần được giải quyết một cách cơ bản, tổng thể và đồng bộ.

**Article Information:**

*Keywords:*

Security measures, the Civil Code of 2015

*Article History:*

Received: 30 Dec. 2016

Edited: 05 Jan. 2017

Approved: 02 Jan. 2017

**Abstract:**

Since the Ordinance on Economic Contracts stipulating 03 measures to ensure the implementation of the contract, the related laws have so far stipulated 9 measures to ensure implementation of civil commitments in general and ensure the implementation of business contracts in particular. Of these, 03 versions of the Civil Code have played as the primarily role, and the Civil Code of 2015 is the current one. However, in the viewpoints of the author, there are still several overlaps, inconsistencies and problems that need to be addressed basically, comprehensively.

## 1. Các biện pháp bảo đảm theo quy định chung

### 1.1 Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989

Pháp lệnh này chỉ quy định 3 biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự là cầm cố, thế chấp tài sản và bảo lãnh tài sản.

Nghị định số 17-HĐBT ngày 16/01/1990 của Hội đồng Bộ trưởng (Chính phủ) “Quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh

Hợp đồng kinh tế”, đã quy định: Cầm cố là việc dùng động sản và giao cho bên nhận cầm cố. Thế chấp là việc dùng động sản hoặc bất động sản và không giao cho bên nhận thế chấp. Bảo lãnh là việc dùng động sản hoặc bất động sản và để bảo đảm nghĩa vụ cho bên thứ ba.

Trước đó “Quy định về việc thế chấp tài sản để vay vốn ngân hàng”, ban hành kèm theo Quyết định số 156/NH-QĐ ngày

18/11/1989 của Tổng Giám đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam cũng quy định thế chấp hoặc bảo lãnh vay vốn ngân hàng có thể bằng bất động sản hoặc động sản như tiền gửi, vàng bạc, các vật dụng sinh hoạt,...

### *1.2. Pháp lệnh Hợp đồng dân sự năm 1991*

Pháp lệnh này có hiệu lực cùng với Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989, quy định 4 biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự là cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc và bảo lãnh.

Pháp lệnh đã quy định như sau: Cầm cố là việc dùng động sản và giao cho bên nhận cầm cố. Thế chấp là việc dùng bất động sản và không giao cho bên nhận thế chấp. Đặt cọc là việc dùng tiền (chưa cho phép đặt cọc bằng các động sản khác như sau này) và giao cho bên nhận đặt cọc. Bảo lãnh là việc dùng hoặc không dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác.

Như vậy Pháp lệnh Hợp đồng dân sự có 3 điểm khác so với Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế và Nghị định số 17-HĐBT năm 1990 về các biện pháp bảo đảm như sau: Thứ nhất là, tăng thêm biện pháp đặt cọc. Thứ hai là, sửa biện pháp “cầm cố” thành “cầm cố tài sản” (thêm từ “tài sản”). Thứ ba là, sửa biện pháp “bảo lãnh tài sản” thành “bảo lãnh” (bỏ bớt từ “tài sản”). Thứ tư là, biện pháp thế chấp chỉ dùng bất động sản, mà không còn dùng động sản như trước đây. Pháp lệnh quy định thế chấp cả tàu biển, nhưng không phải vì coi đó là bất động sản, mà là do khi đó Bộ luật Hàng hải năm 1990 quy định cả việc cầm cố và thế chấp tàu biển. Thứ năm là, biện pháp bảo lãnh, ngoài việc dùng sản tài sản (đôi vật) thì còn gồm cả không dùng tài sản để bảo đảm (đôi nhân).

### *1.3. Bộ luật Dân sự năm 1995*

Bộ luật này thay thế Pháp lệnh Hợp đồng dân sự năm 1991, quy định 7 biện pháp bảo đảm nghĩa vụ dân sự là cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lãnh và phạt vi phạm.

Bộ luật này có 2 điểm khác với quy định của Pháp lệnh Hợp đồng dân sự về các biện pháp bảo đảm như sau: Thứ nhất là tăng thêm 3 biện pháp ký cược, ký quỹ và phạt vi phạm. Thứ hai là, biện pháp đặt cọc, ngoài dùng tiền, thì có thể dùng động sản khác để bảo đảm.

Việc thế chấp vẫn chỉ dùng bất động sản, giống với Pháp lệnh Hợp đồng dân sự năm 1991, nhưng khác với Nghị định số 17-HĐBT năm 1990 (dùng cả động sản). Việc bảo lãnh vẫn dùng tài sản và không dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác giống với các quy định trước đó.

### *1.4. Bộ luật Dân sự năm 2005*

Bộ luật này thay thế Bộ luật Dân sự năm 1995 và Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989, quy định 7 biện pháp bảo đảm nghĩa vụ dân sự là cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lãnh và tín chấp.

Bộ luật này có 4 điểm khác với quy định của Bộ luật Dân sự năm 1995 về các biện pháp bảo đảm như sau: Thứ nhất là bỏ biện pháp phạt vi phạm. Thứ hai là thêm biện pháp tín chấp. Thứ ba là, biện pháp cầm cố và thế chấp, không chỉ để bảo đảm nghĩa vụ dân sự cho bên cầm cố, mà còn có thể để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác. Thứ tư là, biện pháp bảo lãnh không còn dùng tài sản (đôi vật), mà chỉ còn là cam kết (đôi nhân).

Nội dung thay đổi của 3 biện pháp cầm cố, thế chấp và bảo lãnh là điều khác biệt hoàn toàn với tất cả các quy định trước đó. Tuy nhiên, điều này không được thể hiện một cách rõ ràng trong Bộ luật, mà phải thông qua các quy định của Luật Công chứng năm 2006, Luật Công chứng năm 2014 và một loạt văn bản dưới luật như Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ “Về giao dịch bảo đảm”, Nghị định số 84/2007/NĐ-CP ngày 25/2/2007 của Chính phủ “Quy định bổ sung về việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử

dụng đất, thu hồi đất, thực hiện quyền sử dụng đất, trình tự, thủ tục bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất và giải quyết khiếu nại về đất đai” (khoản 1, Điều 31 đã quy định “Bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất theo quy định của Luật Đất đai được hiểu là thế chấp bằng quyền sử dụng đất cho người thứ ba...”), Nghị định số 83/2010/NĐ-CP ngày 23-7-2010 của Chính phủ “Về đăng ký giao dịch bảo đảm” và các Thông tư hướng dẫn về thủ tục thế chấp, đăng ký, thu phí công chứng,...

### 1.5. Bộ luật Dân sự năm 2015

Bộ luật này thay thế Bộ luật Dân sự năm 2005, quy định 9 biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự là cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lưu quyền sở hữu, bảo lãnh, tín chấp và cầm giữ tài sản.

Bộ luật này có 3 điểm khác so với Bộ luật Dân sự năm 2005 về các biện pháp bảo đảm như sau: Thứ nhất là, thêm 2 biện pháp bảo đảm là bảo lưu quyền sở hữu và cầm giữ tài sản. Thứ hai là, cầm cố cả bất động sản. Thứ ba là, bảo lãnh cả bằng tài sản và không bằng tài sản (quay trở lại giống với quy định của Bộ luật Dân sự năm 1995).

## 2. Các biện pháp bảo đảm theo quy định của các luật chuyên ngành

### 2.1. Luật Bảo vệ và phát triển rừng năm 2004

Luật này quy định 2 biện pháp bảo đảm là thế chấp và bảo lãnh bằng giá trị quyền sử dụng rừng, giá trị rừng sản xuất là rừng trồng.

Luật này quy định việc bảo lãnh bằng giá trị rừng là thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự năm 1995 về việc có biện pháp bảo lãnh bằng tài sản.

### 2.2. Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 2006 (sửa đổi năm 2014)

Luật này quy định 2 biện pháp bảo đảm là cầm cố và thế chấp tàu bay. Trong giai đoạn này, Luật Hàng không cũng như

các quy định khác không xác định rõ tàu bay là động sản hay bất động sản. Nhưng thông qua quy định tại Điều 32 về “Kê khai đơn yêu cầu đăng ký giao dịch bảo đảm bằng động sản, trừ tàu bay, tàu biển”, Nghị định số 83/2010/NĐ-CP ngày 23/7/2010 của Chính phủ “Về đăng ký giao dịch bảo đảm” thì suy ra, tàu bay, tàu biển đã được pháp luật xác định là động sản.

Như vậy quy định cả biện pháp cầm cố và thế chấp tàu bay là thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về biện pháp bảo đảm bằng động sản.

Luật Hàng không dân dụng không quy định việc bảo lãnh bằng tàu bay cũng là thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về việc chỉ bảo lãnh đối nhân, chứ không bảo lãnh đối vật.

### 2.3. Luật Đất đai năm 1993, năm 2003 và năm 2013

Luật Đất đai năm 1993 và năm 2003 quy định 2 biện pháp thế chấp và bảo lãnh quyền sử dụng đất, thống nhất với quy định của Pháp lệnh Hợp đồng dân sự năm 1991 và Bộ luật Dân sự năm 1995 về có biện pháp bảo lãnh bằng tài sản.

Luật Đất đai năm 2013 đã bỏ quy định về biện pháp bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất, thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 về biện pháp bảo lãnh chỉ còn bằng đối nhân, không bằng tài sản, mà không còn bằng đối vật, bằng tài sản. Như vậy, theo Luật này, chỉ còn biện pháp thế chấp bằng quyền sử dụng đất để bảo đảm nghĩa vụ cho chính người có quyền sử dụng đất hoặc cho người khác.

### 2.4. Pháp lệnh Nhà ở năm 1991, Luật Nhà ở năm 2005 và Luật Nhà ở năm 2014

Pháp lệnh Nhà ở năm 1991 quy định 2 biện pháp bảo đảm là thế chấp và bảo lãnh nhà ở, thống nhất với quy định của Pháp lệnh Hợp đồng dân sự năm 1991 và Nghị định số 17-HĐBT năm 1990.

Luật Nhà ở năm 2005 và Luật Nhà ở năm 2014 chỉ quy định về việc thế chấp

nhà ở, không quy định về việc bảo lãnh nhà ở, cũng là sự thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005.

#### *2.5. Bộ luật Hàng hải năm 1990, năm 2005 và năm 2015*

Bộ luật Hàng hải năm 1990 quy định 2 biện pháp bảo đảm bằng tàu biển là cầm cố và thế chấp tàu biển.

Bộ luật Hàng hải năm 2005 và Bộ luật Hàng hải năm 2015 chỉ quy định 1 biện pháp thế chấp tàu biển (bỏ biện pháp cầm cố tàu biển). Điều này là không thống nhất với quy định của Bộ luật Dân sự, vì tuy là động sản, nhưng tàu biển lại không còn được phép cầm cố như tàu bay và như chính đối với tàu biển theo quy định tại Bộ luật Hàng hải năm 1990.

#### *2.6. Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 và Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015*

Cũng quy định về việc thực hiện biện pháp bảo đảm nghĩa vụ dân sự, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 và Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 (Điều 136) lại quy định người yêu cầu Tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời “phải nộp cho Tòa án chứng từ bảo lãnh được bảo đảm bằng tài sản của ngân hàng hoặc tổ chức tín dụng khác hoặc của cơ quan, tổ chức, cá nhân khác”. Quy định “bảo lãnh được bảo đảm bằng tài sản” là trái với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 cũng như Bộ luật Dân sự năm 2015. Điển hình là bảo lãnh của ngân hàng, thường là không phải bảo đảm bằng tài sản, nhưng là loại bảo lãnh tin cậy và đương nhiên phải chịu trách nhiệm về tài sản.

Hai Bộ luật trên cũng quy định, biện pháp bảo đảm khác ngoài bảo lãnh là gửi một “khoản tiền, kim khí quý, đá quý hoặc giấy tờ có giá phải được gửi vào tài khoản phong tỏa tại ngân hàng”, mà không sử dụng một trong các biện pháp bảo đảm là ký quỹ, đặt cọc hay cầm cố, thế chấp đã được quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2015.

### **3. Vương mắc pháp lý trong quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015**

#### *3.1. Về tên gọi các biện pháp bảo đảm*

Bộ luật Dân sự năm 2015 chỉ quy định 3 biện pháp bảo đảm có kèm theo từ “tài sản”, đó là cầm cố tài sản, thế chấp tài sản và cầm giữ tài sản. Đây là cách sử dụng thuật ngữ thiếu chính xác của Bộ luật. Vì, chỉ có tín chấp mới không phải là biện pháp bảo đảm bằng tài sản (và cũng không chịu trách nhiệm về tài sản), còn 4 biện pháp đặt cọc, ký cược, ký quỹ và bảo lưu quyền sở hữu thì đều luôn phải kèm theo tài sản. Riêng biện pháp bảo lãnh thì có 3 giai đoạn khác nhau: Chỉ là “bảo lãnh tài sản” theo quy định tại Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989, chỉ là biện pháp không kèm theo tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 và có thể có hoặc không kèm theo tài sản theo Bộ luật Dân sự năm 2015 (nhưng vẫn luôn phải chịu trách nhiệm về tài sản).

Điều này cũng là sai sót kéo dài chung của cả 3 Bộ luật Dân sự, cũng giống như sai sót của Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 trước đây quy định “thế chấp tài sản”, nhưng lại không quy định là “cầm cố tài sản”, mà chỉ là “cầm cố” (không kèm theo từ “tài sản”).

#### *3.2. Về biện pháp cầm cố tài sản*

Tại đoạn 2 khoản 2 Điều 310 về “Hiệu lực của cầm cố tài sản”, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Trường hợp bất động sản là đối tượng của cầm cố theo quy định của luật thì việc cầm cố bất động sản có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký”.

Quy định trên đã đi ngược lại toàn bộ hệ thống văn bản quy phạm pháp luật từ năm 1989 đến nay, không cho phép cầm cố bất động sản. Việc cầm cố bất động sản chỉ được quy định trước năm 1945 và được đề cập một cách gián tiếp trong các văn bản sau đó, chẳng hạn như Thông tư số 10-TTg ngày 04/2/1963 của Thủ tướng Chính phủ “Giải

## THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

thích Thông tư số 73/TTg ngày 07/7/1962 của Thủ tướng Chính phủ Quy định về việc quản lý tư nhân cho thuê, đất vắng chủ, đất bỏ hoang ở nội thành, nội thị”. Thậm chí như đã phân tích ở trên, tàu biển tuy là động sản, nhưng cũng chỉ được thế chấp, mà không được cầm cố theo quy định của Bộ luật Hàng hải năm 2005 và năm 2015.

### 3.3. Về biện pháp thế chấp

Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định, bên thế chấp “Không được bán, thay thế, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp, trừ trường hợp quy định tại khoản 4 và khoản 5 Điều 321 của Bộ luật này” (khoản 8, Điều 320 về “Nghĩa vụ của bên thế chấp”); đồng thời được “Khai thác công dụng, hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản thế chấp, trừ trường hợp hoa lợi, lợi tức cũng là tài sản thế chấp theo thỏa thuận”, “Được bán, thay thế, trao đổi tài sản thế chấp, nếu tài sản đó là hàng hoá luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh”; “Được bán, trao đổi, tặng cho tài sản thế chấp không phải là hàng hóa luân chuyển trong quá trình sản xuất, kinh doanh, nếu được bên nhận thế chấp đồng ý hoặc theo quy định của luật” và “Được cho thuê, cho mượn tài sản thế chấp” (các khoản 1, 4, 5 và 6, Điều 321 về “Quyền của bên thế chấp”).

Tuy nhiên, Bộ luật lại không đề cập gì đến việc được hay không được góp vốn bằng quyền sử dụng đất, tài sản trên đất và tài sản khác theo quy định tại Luật Đất đai năm 2013, Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Luật Đầu tư năm 2014, nhất là góp vốn thực hiện hợp đồng hợp tác kinh doanh, không thành lập pháp nhân. Vì vậy, không rõ trường hợp đã góp vốn lại mang tài sản đi thế chấp và ngược lại có vi phạm pháp luật hay không và phải xử lý tài sản cầm cố, thế chấp như thế nào?

### 3.4. Về biện pháp đặt cọc

Khoản 2 Điều 328 về “Đặt cọc”, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định “Trường hợp hợp đồng được giao kết, thực hiện thì

tài sản đặt cọc được trả lại cho bên đặt cọc hoặc được trừ để thực hiện nghĩa vụ trả tiền; nếu bên đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng thì tài sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc; nếu bên nhận đặt cọc từ chối việc giao kết, thực hiện hợp đồng thì phải trả cho bên đặt cọc tài sản đặt cọc và một khoản tiền tương đương giá trị tài sản đặt cọc, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”.

Đoạn văn viết như trên có thể hiểu là, trường hợp “bên nhận đặt cọc” vi phạm, thì phải trả lại gấp 2 lần số tiền đặt cọc, nếu không có thỏa thuận. Còn nếu có thỏa thuận thì có thể phải trả lại ít hoặc nhiều lần hơn số tiền đặt cọc. Tuy nhiên điều tương tự có được áp dụng đối với trường hợp “bên đặt cọc” vi phạm hay không, hay chỉ có một cách duy nhất là “tài sản đặt cọc thuộc về bên nhận đặt cọc”? Với cách viết “trừ trường hợp có thỏa thuận khác” như trên, thì không biết có “trừ” đối với cả hai trường hợp, hay chỉ trừ đối với trường hợp sau?

### 3.5. Về biện pháp ký quỹ

Khoản 2 Điều 330 về “Ký quỹ”, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ thì bên có quyền được tổ chức tín dụng nơi ký quỹ thanh toán, bồi thường thiệt hại do bên có nghĩa vụ gây ra, sau khi trừ chi phí dịch vụ”.

Quy định trên sẽ được hiểu là luôn có 3 bên tham gia biện pháp ký quỹ, đó là “bên có nghĩa vụ”, “tổ chức tín dụng” và “bên có quyền”. Như vậy, Bộ luật đã không bao quát được trường hợp theo quy định của pháp luật ngân hàng và trên thực tế lâu nay, ngoài trường hợp như trên, thì đang thừa nhận quan hệ ký quỹ chỉ có 2 bên, đó là “bên có nghĩa vụ” và bên “tổ chức tín dụng”, cũng đồng thời là “bên có quyền”.

### 3.6. Về biện pháp bảo lãnh

Khoản 3 Điều 336 về “Phạm vi bảo lãnh”, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định “Các bên có thể thỏa thuận sử dụng biện pháp bảo đảm bằng tài sản để bảo đảm thực

hiện nghĩa vụ bảo lãnh”. Quy định này quay trở lại giống với quy định về biện pháp bảo lãnh trong Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989, Pháp lệnh Hợp đồng dân sự năm 1991 và Bộ luật Dân sự năm 1995 (bảo lãnh cả đối vật và đối nhân), nhưng khác với quy định về bảo lãnh trong Bộ luật Dân sự năm 2005 (chỉ là bảo lãnh đối nhân, không kèm theo tài sản bảo đảm).

Quy định bảo lãnh đối vật trước đây, đồng thời thống nhất với quy định về việc không có việc cầm cố, thế chấp tài sản để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác. Điều rắc rối xảy ra đối với Bộ luật Dân sự năm 2015 là, đã thừa nhận việc bảo lãnh đối vật, lại thừa nhận cả việc cầm cố, thế chấp tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của người khác (như quy định tại Nghị định số 163/2006/NĐ-CP và Dự thảo Nghị định thay thế) thì sẽ xóa nhòa mọi ranh giới pháp luật về biện pháp bảo đảm đặt ra từ trước đến nay. Đó là khi nào thì thực hiện bằng biện pháp thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác và khi nào thì phải thực hiện biện pháp thế chấp thông qua biện pháp bảo lãnh?

Bộ luật Dân sự năm 2015 đã xóa bỏ khoảng cách phân biệt về cầm cố, thế chấp và bảo lãnh rất hợp lý, rõ ràng, đơn giản của Bộ luật Dân sự năm 2005. Có thể nói, đây là một lỗi lập pháp đáng tiếc, dẫn đến sự thiếu rõ ràng, thiếu triết lý và tư duy logic, đồng thời trái với Luật Đất đai năm 2013 khi đã bỏ đi biện pháp bảo lãnh so với Luật Đất đai năm 1993.

Để khắc phục tình trạng rắc rối, phức tạp chông chéo như trên, tốt nhất là quay trở lại áp dụng quy định về biện pháp bảo đảm như trước khi Bộ luật Dân sự năm 2005 có hiệu lực. Tức là thay vì chỉ có một biện pháp cầm cố hoặc thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác, thì nay sẽ phải thực hiện lồng ghép đồng thời 2 biện pháp bảo lãnh cho nghĩa vụ của người khác vòng qua biện pháp cầm cố hoặc thế chấp.

### 3.7. Về biện pháp tín chấp

Điều 344 về “Bảo đảm bằng tín chấp của tổ chức chính trị - xã hội”, Bộ luật Dân sự năm 2015 tiếp tục quy định biện pháp bảo đảm bằng tín chấp của các tổ chức chính trị - xã hội ở cơ sở để “cho cá nhân, hộ gia đình nghèo vay một khoản tiền tại tổ chức tín dụng để sản xuất, kinh doanh, tiêu dùng theo quy định của pháp luật”.

Thực chất, đây chỉ là một giải pháp hỗ trợ đoàn thể, không phải là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự, vì không gắn liền với bất cứ trách nhiệm về tài sản cụ thể nào. Các tổ chức đứng ra bảo đảm cho thành viên của mình vay vốn, nhưng lại hoàn toàn không phải chịu nghĩa vụ trả nợ thay. Vì vậy, đáng lý nó phải được loại bỏ khỏi các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự trong Bộ luật Dân sự.

Ngoài ra, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã bỏ chủ thể giao dịch dân sự là “hộ gia đình” nhưng điều luật này lại vẫn quy định chủ thể “hộ gia đình nghèo”, thay vì phải quy định đúng là “các thành viên của hộ gia đình nghèo”.

### 3.8. Về hiệu lực của hợp đồng bảo đảm

Có 2 loại hiệu lực đặc biệt quan trọng đối với các hợp đồng nói chung và hợp đồng bảo đảm nói riêng, đó là hiệu lực đối với các bên giao kết hợp đồng và hiệu lực đối với người thứ ba, hay còn gọi là hiệu lực đối kháng với người thứ ba theo quy định tại Điều 297 về “Hiệu lực đối kháng với người thứ ba”, Bộ luật Dân sự năm 2015. Về nguyên tắc, khi các bên đã ký hợp đồng, thì phải có hiệu lực với các bên, khác hẳn với hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Điều 319 về “Hiệu lực của thế chấp tài sản”, Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng đã quy định rõ như sau:

“1. Hợp đồng thế chấp tài sản có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác.

2. Thế chấp tài sản phát sinh hiệu lực

đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký”.

Tuy nhiên, hệ thống pháp luật về biện pháp bảo đảm hiện nay rất phức tạp, mâu thuẫn, nhầm lẫn, nhập nhằng, dẫn đến phần lớn không phân biệt được giữa hai thời điểm có hiệu lực khác nhau như nêu trên. Có thể kể ra một số quy định dưới đây.

Đoạn 2 khoản 3 Điều 29 về “Đăng ký các quyền đối với tàu bay”, Luật Hàng không dân dụng Việt Nam năm 2006 quy định: Việc thế chấp tàu bay “có hiệu lực từ thời điểm được cơ quan đăng ký ghi vào Sổ đăng bạ tàu bay Việt Nam”.

Khoản 3 Điều 188 về “Điều kiện thực hiện các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp quyền sử dụng đất; góp vốn bằng quyền sử dụng đất”, Luật Đất đai năm 2013 quy định: Việc thế chấp quyền sử dụng đất “có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký vào sổ địa chính”.

Đoạn 2 khoản 1 Điều 122 về “Công chứng, chứng thực hợp đồng và thời điểm có hiệu lực của hợp đồng về nhà ở”, Luật Nhà ở năm 2014 quy định: Việc thế chấp nhà ở “có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng”.

Khoản 2 Điều 39 về “Đăng ký thế chấp tàu biển Việt Nam”, Bộ luật Hàng hải năm 2015 quy định: “Việc thế chấp tàu biển có hiệu lực sau khi được ghi trong Sổ đăng ký tàu biển quốc gia Việt Nam”.

### 3.9. Về việc thu giữ tài sản bảo đảm

Điều 301 về “Giao tài sản bảo đảm để xử lý”, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: Người đang giữ tài sản bảo đảm có nghĩa vụ giao tài sản bảo đảm cho bên nhận bảo đảm để xử lý theo quy định. Tuy nhiên, nếu “người đang giữ tài sản không giao tài sản thì bên nhận bảo đảm có quyền yêu cầu Tòa án giải quyết, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác”. Tức là bên nhận bảo đảm không còn quyền thu giữ tài sản bảo đảm như quy định tại Nghị định số 163/2006/NĐ-CP.

Trong lúc chờ có quy định khác của Luật, để hỗ trợ các tổ chức tín dụng xử lý nợ xấu đang còn rất cao hiện nay, cần có văn bản hướng dẫn theo hướng cho phép các tổ chức tín dụng tiếp tục được thực hiện quyền thu giữ tài sản bảo đảm theo thỏa thuận trong các hợp đồng bảo đảm đã ký, phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005.

### 3.10. Về việc bán đấu giá tài sản

Điều 303 về “Phương thức xử lý tài sản cầm cố, thế chấp”, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định các bên có quyền thỏa thuận một trong các phương thức xử lý tài sản cầm cố, thế chấp là “bán đấu giá tài sản”.

Tuy nhiên khoản 2 Điều 46 về “Hợp đồng mua bán tài sản đấu giá, phê duyệt kết quả đấu giá tài sản, Luật Đấu giá tài sản năm 2016 lại quy định “Hợp đồng mua bán tài sản đấu giá được ký kết giữa người có tài sản đấu giá với người trúng đấu giá hoặc giữa người có tài sản đấu giá, người trúng đấu giá và tổ chức đấu giá tài sản nếu các bên có thỏa thuận, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”. Theo quy định này thì tổ chức đấu giá tài sản hoàn toàn có quyền từ chối không thỏa thuận, tức là rũ bỏ trách nhiệm ký hợp đồng mua bán tài sản đấu giá sau khi đã đấu giá thành (khác với quy định tại Nghị định số 17/2010/NĐ-CP ngày 04/3/2010 của Chính phủ “Về bán đấu giá tài sản” là nghĩa vụ của tổ chức đấu giá).

Nếu như bên có tài sản bảo đảm yêu cầu bán đấu giá thì còn tương đối thuận lợi, nhưng nếu bên nhận bảo đảm yêu cầu bán đấu giá thì sẽ rất dễ đến tình trạng bế tắc, đầy khó khăn, vướng mắc cho bên nhận bảo đảm.

### 3.11. Về thứ tự ưu tiên thanh toán

Điểm a khoản 1 Điều 308 về “Thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các bên cùng nhận tài sản bảo đảm”, Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: Khi một tài sản được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ, thì thứ tự ưu tiên thanh toán giữa các bên cùng nhận bảo đảm được xác định theo “thứ tự



xác lập hiệu lực đối kháng”. Ví dụ, nếu “bên nhận cầm cố nắm giữ tài sản cầm cố” sau thời điểm đăng ký thế chấp, thì không được ưu tiên hơn bên nhận thế chấp (khoản 2 Điều 310 về “Hiệu lực của cầm cố tài sản” và khoản 2 Điều 319 về “Hiệu lực của thế chấp tài sản”).

Tuy nhiên, đang có một số quy định khác mâu thuẫn với quy định trên. Chẳng hạn, nếu “bên cầm giữ chiếm giữ tài sản” sau thời điểm đăng ký thế chấp, thì có được ưu tiên hơn bên nhận thế chấp hay không? (khoản 2 Điều 347 về “Xác lập cầm giữ tài sản” và khoản 2 Điều 319 về “Hiệu lực của thế chấp tài sản”).

Và quy định tại khoản 2 Điều 151 về “Khoản vay đặc biệt”, Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010: “Khoản vay đặc biệt được ưu tiên hoàn trả trước tất cả các khoản nợ khác, kể cả các khoản nợ có tài sản bảo đảm của tổ chức tín dụng hoặc được chuyển đổi thành phần vốn góp, vốn cổ phần tại tổ chức tín dụng liên quan quy định tại Điều 149 của Luật này” có tiếp tục được hiểu là được ưu tiên trước tất cả các biện pháp bảo đảm, kể cả việc cầm giữ tài sản hay không?

#### **4. Kết luận và kiến nghị**

##### *4.1. Kết luận*

Mặc dù đã được quy định nhiều lần trong 3 Bộ luật Dân sự, với những nội dung ngày càng chi tiết, cụ thể hơn về biện pháp bảo đảm nghĩa vụ dân sự, tuy nhiên, vẫn còn rất nhiều vấn đề vướng mắc chưa được giải quyết. Bộ luật Dân sự năm 2005 có 70 điều (từ Điều 318 đến Điều 387), nhưng vẫn phải cần đến gần 130 điều của 2 Nghị định hiện hành về giao dịch bảo đảm và đăng ký giao dịch bảo đảm, cùng với nhiều thông tư hướng dẫn. Bộ luật Dân sự năm 2015 có 59 điều (từ Điều 292 đến Điều 350) cũng vẫn dự kiến cần một khối lượng lớn các quy định chi tiết và hướng dẫn tương tự. Chưa kể còn hàng chục quy định chuyên ngành khác về giao dịch bảo đảm như Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Hàng không, Bộ luật Hàng hải...

Điều này gây ra rất nhiều khó khăn cho cả việc thực thi và quản lý, trong đó có việc xung đột pháp luật.

Đặc biệt là sự rắc rối đối với bất động sản, nếu như trong tất cả các pháp lệnh và đạo luật trước đây, chỉ có thể thực hiện một trong 2 biện pháp bảo đảm hoặc là thế chấp hoặc là bảo lãnh, thì theo Bộ luật Dân sự năm 2015, đồng thời có thể áp dụng cả 3 biện pháp bảo đảm là cầm cố, thế chấp và bảo lãnh.

Ngoài ra, hệ thống dữ liệu đăng ký sở hữu, đăng ký tài sản và đăng ký giao dịch bảo đảm hiện nay manh mún, tản mạn, do nhiều cơ quan quản lý như Bộ Tài nguyên và Môi trường (đăng ký nhà, đất, dự án), Bộ Tư pháp (đăng ký giao dịch bảo đảm và công chứng), Bộ Giao thông vận tải (đăng ký sở hữu và đăng ký giao dịch bảo đảm tàu bay, tàu biển, phương tiện vận tải thủy nội địa, tàu hỏa, tàu điện), Bộ Công an (đăng ký đăng ký phương tiện cơ giới đường bộ), Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn (đăng ký tàu cá).

##### *4.2. Kiến nghị*

Để giải quyết các vướng mắc, bất cập nói trên và những vấn đề cần thiết khác, đề nghị cần xem xét ban hành các đạo luật để quản lý thống nhất, hiệu quả, thuận tiện về tài sản nói chung và biện pháp bảo đảm nói riêng như: Luật Đăng ký tài sản để thống nhất quản lý tình trạng và giấy tờ sở hữu tài sản, Luật về Các biện pháp bảo đảm để thay thế cho phần này trong Bộ luật Dân sự, trong đó quy định cả về nội dung, thủ tục đăng ký giao dịch bảo đảm và xử lý tài sản bảo đảm.

Đồng thời, cần sửa đổi Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 và ban hành Luật Xử lý nợ xấu để giải quyết các vướng mắc pháp lý nói chung và vướng mắc về biện pháp bảo đảm và xử lý tài sản bảo đảm để bảo đảm an toàn, hiệu quả cho hoạt động của hệ thống ngân hàng, cũng là cho cả nền kinh tế ■

# XÁC ĐỊNH GIÁ ĐẤT ĐỂ TÍNH BỒI THƯỜNG KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT

**Phan Trung Hiền\***

\* PGS, TS. Phó trưởng Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ

## Thông tin bài viết:

*Từ khoá:*

Giá đất tính bồi thường, thu hồi đất

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 11/3/2016

Biên tập: 31/10/2016

Duyệt bài: 02/01/2016

## Tóm tắt:

Luật Đất đai năm 2013 đã quy định rõ các trường hợp Nhà nước quyết định thu hồi đất (THĐ), trong đó có THĐ vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng. Nhưng khi Nhà nước quyết định THĐ, giá đất tính bồi thường hiện nay có phản ánh đúng trị giá trên thị trường? Khi bên THĐ và bên có đất bị thu hồi không cùng quan điểm với nhau về giá thì pháp luật quy định giải quyết bất đồng như thế nào để đảm bảo tính khách quan? Thông qua việc phân tích những điểm mới về giá đất tính bồi thường theo Luật Đất đai năm 2013, bài viết chỉ ra những bất cập trong việc xác định giá đất, từ đó đề xuất những giải pháp khả thi, thích hợp trong việc xác định giá đất tính bồi thường.

## Article Information:

*Keywords:*

Land price for compensation, land acquisition

*Article History:*

Received: 11 Mar. 2016

Edited: 31 Oct. 2016

Approved: 02 Jan. 2017

## Abstract:

The Land Law of 2013 clearly stipulates the particular cases under the state agency's declarations for the land acquisition (LA), including purpose of the national defense and security; purpose of social-economic developments for public, national benefits. In the case state agency's decision for land acquisition, should the compensation rate be now reflected as of the market value? When there is conflict of viewpoints on the compensation value between the land acquiring agency and the users of land use rights, how the law can deal with the disagreements to ensure the objectivity? Through the analysis of the new contents of the compensated land rates under the Land Law of 2013, the article points out the inadequacies in determining the price of land, from which realistic, appropriate solutions are also recommended for compensations of land acquisition.

## 1. Cơ sở lý luận về thu hồi đất, giá đất và giá đất tính bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất

### 1.1 Thu hồi đất và các trường hợp cần xác định giá đất để tính bồi thường về đất

Theo khoản 11 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013, “Nhà nước THĐ là việc Nhà

nước quyết định thu lại quyền sử dụng đất (QSDĐ) của người được Nhà nước trao QSDĐ hoặc thu lại đất của người sử dụng đất (SDĐ) vi phạm pháp luật về đất đai”. Điều 16 Luật Đất đai năm 2013 có nêu rõ các trường hợp Nhà nước quyết định THĐ như sau:

*Thứ nhất*, THĐ vì mục đích quốc

phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng<sup>1</sup>. Đây là trường hợp người dân hy sinh một lợi ích hợp pháp để đóng góp cho lợi ích chung của xã hội nhằm phát triển nền kinh tế đất nước, tức là người có công, pháp luật quy định có bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Trong đó, pháp luật hiện hành quy định rằng giá đất tính bồi thường là *giá đất cụ thể* được xác định tại *thời điểm quyết định THĐ*<sup>2</sup>.

*Thứ hai*, THĐ do vi phạm pháp luật về đất đai<sup>3</sup>. Đây là các hành vi vi phạm cần có chế tài nên pháp luật không đặt ra vấn đề bồi thường.

*Thứ ba*, THĐ do chấm dứt việc SĐĐ theo pháp luật, do tự nguyện trả lại đất, hay vì có nguy cơ đe dọa tính mạng con người<sup>4</sup>. Trường hợp người SĐĐ tự nguyện trả lại đất cho Nhà nước<sup>5</sup> thì được trả lại giá trị QSDĐ. Việc tính giá trị trả lại này căn cứ vào *bảng giá đất*<sup>6</sup>, nên cũng không áp dụng các quy định về xác định giá đất cụ thể. Riêng đối với trường hợp THĐ nằm trong khu vực bị ô nhiễm môi trường hoặc bị ảnh hưởng bởi thiên tai có nguy cơ đe dọa tính mạng con người thì được bồi thường. Việc bồi thường này được thực hiện theo quy định “bồi thường về đất khi Nhà nước THĐ ở và hỗ trợ tái định cư đối với trường hợp THĐ ở”<sup>7</sup>.

Như vậy, “*giá đất cụ thể*” được thảo luận trong nội dung bài viết này là giá đất dùng để tính bồi thường về đất được xác

định khi Nhà nước THĐ vì mục đích quốc phòng, an ninh; THĐ để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng; và THĐ do có nguy cơ đe dọa tính mạng con người.

### **1.2 Khái niệm giá đất và giá đất tính bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất**

Theo quy định của pháp luật hiện hành<sup>8</sup> thì: *Giá đất* là giá trị của QSDĐ tính trên một đơn vị diện tích đất. Trong đó, *giá trị QSDĐ* là giá trị bằng tiền của QSDĐ đối với một diện tích đất xác định trong thời hạn SĐĐ xác định. Nhà nước thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu của mình thông qua việc quyết định giá đất<sup>9</sup>. Theo Điều 113 và 114 Luật Đất đai năm 2013, những “loại” giá đất làm cơ sở trực tiếp và gián tiếp để xác định giá đất tính bồi thường khi Nhà nước THĐ là: khung giá đất, bảng giá đất và giá đất cụ thể. Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh quyết định giá đất cụ thể dưới sự tham mưu của cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh. Trong quá trình thực hiện, cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh được thuê tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất để tư vấn xác định giá đất cụ thể. *Giá đất cụ thể được sử dụng để làm căn cứ tính tiền bồi thường khi Nhà nước THĐ*<sup>10</sup>.

Việc xác định giá đất tính bồi thường khi Nhà nước THĐ nhằm đảm bảo nguyên tắc “QSDĐ được pháp luật bảo hộ” được quy định tại khoản 2 Điều 54 Hiến pháp năm

1 Điều 61, 62 Luật Đất đai năm 2013.

2 Khoản 2 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013.

3 Điều 64 Luật Đất đai năm 2013.

4 Điều 65 Luật Đất đai năm 2013.

5 Đối với trường hợp đất trả lại là đất Nhà nước giao đất có thu tiền SĐĐ, công nhận quyền SĐĐ có thu tiền SĐĐ, đất thuê trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê.

6 Xem khoản 1, 2 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013.

7 Điều 16 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

8 Khoản 19, 20 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013.

9 Xem khoản 5 Điều 13 Luật Đất đai năm 2013.

10 Ngoài ra, giá đất cụ thể còn được dùng để xác định giá đất phục vụ cho các hoạt động khác (xem khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013).

## THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

2013. Mặt khác, việc xác định giá đất cụ thể để tính tiền bồi thường về đất cũng hướng đến việc bảo đảm nguyên tắc “việc THĐ phải công khai, minh bạch và được bồi thường theo quy định của pháp luật” quy định tại khoản 3 Điều 54 Hiến pháp năm 2013.

### 2. Thực trạng pháp luật về xác định giá đất tính bồi thường về đất

Luật Đất đai năm 2013 quy định: *Giá đất* của Nhà nước phải “phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường” (khoản 3 Điều 112). *Giá đất phổ biến trên thị trường* là mức giá xuất hiện với tần suất nhiều nhất trong các giao dịch đã chuyển nhượng thành công trên thị trường, giá đất trúng đấu giá QSDĐ, giá đất xác định từ chi phí, thu nhập của các thửa đất có cùng mục đích sử dụng tại một khu vực và trong một khoảng thời gian nhất định<sup>11</sup>. Thực tế cho thấy, điểm khó nhất vẫn là xác định giá đất phổ biến trên thị trường bởi thị trường đất đai ở Việt Nam, nếu có, là một thị trường chưa hoàn chỉnh và nhiều biến động.

Trường hợp bồi thường về đất khi Nhà nước THĐ được xác định là giá đất cụ thể - giá đất phù hợp thị trường tại thời điểm quyết định giá đất. Luật Đất đai năm 2013 đưa ra quy trình định giá đất cụ thể, trong đó có những bước mấu chốt như: thuê định giá độc lập, thẩm định giá tại Hội đồng thẩm định giá cấp tỉnh và UBND cấp tỉnh quyết định giá đất.

#### 2.1 Nguyên tắc xác định giá đất

Theo Điều 112 Luật Đất đai năm 2013, “việc định giá đất phải bảo đảm các nguyên tắc sau đây:

- a) Theo *mục đích SDD hợp pháp* tại thời điểm định giá;
- b) Theo *thời hạn SDD*;

c) *Phù hợp* với giá đất phổ biến trên thị trường của loại đất có cùng mục đích sử dụng đã chuyển nhượng, giá trúng đấu giá QSDĐ đối với những nơi có đấu giá QSDĐ hoặc thu nhập từ việc SDD;

d) Cùng một thời điểm, các thửa đất liền kề nhau có cùng mục đích sử dụng, khả năng sinh lợi, thu nhập từ việc SDD tương tự như nhau thì có mức giá như nhau”.

Các nguyên tắc trên là những nguyên tắc thực sự cần thiết, song để áp dụng hiệu quả thì cần phải lưu ý một số nội dung sau:

*Thứ nhất*, nguyên tắc định giá đất phải “theo *mục đích SDD hợp pháp* tại thời điểm định giá” có nghĩa là giá đất tính bồi thường phải được xác định theo “mục đích SDD hợp pháp” của thửa đất, có thể không phải “mục đích SDD trên thực tế”. Như vậy, nếu thửa đất đã được xây nhà, dù đã rất lâu, nhưng nếu chưa chuyển mục đích SDD và mục đích SDD trên giấy là đất trồng cây lâu năm thì chỉ được bồi thường theo giá đất trồng cây lâu năm mà thôi. Điều đó cũng có nghĩa là những hộ lấn chiếm bờ sông, kênh rạch, dù đã định cư rất lâu, thì diện tích đất lấn chiếm đó vẫn không phải là đối tượng được bồi thường về đất. Nguyên tắc này rất khác so với “nguyên tắc thay thế” của Ngân hàng Thế giới vì Ngân hàng Thế giới cho rằng, khi triển khai dự án có nguồn vốn ODA, phải quan tâm nhiều đến việc làm sao để người dân có thể định cư được sau khi giải phóng mặt bằng. Theo các chuyên gia của dự án này, việc tồn tại những nhà ở sai phép, không phép trên đất không có giấy tờ hoặc sai mục đích SDD kéo dài hàng năm có một phần lỗi của cơ quan quản lý hữu quan. Vì vậy các dự án này “vận dụng” nhiều chính sách hỗ trợ để bảo đảm đời sống người dân sau khi giải phóng mặt bằng<sup>12</sup>.

11 Khoản 3 Điều 3 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về giá đất.

12 Lê Thanh Sơn, “Sự khác biệt về các chính sách THĐ từ ba nguồn vốn đầu tư: Ngân hàng Thế giới, Nhà nước và Tư nhân trên địa bàn thành phố Cần Thơ”, Luận văn Th.S., Trường Đại học Kinh tế TP. Hồ Chí Minh, tháng 5/2014, tr. 30-31.

*Thứ hai*, Luật có quy định nguyên tắc định giá “theo thời hạn SDD”. Đây là nội dung tương đối mới, cần có các văn bản hướng dẫn thi hành chi tiết để áp dụng thống nhất, đồng bộ giữa các địa phương.

*Thứ ba*, nếu các văn bản trước đây sử dụng cụm từ “sát với giá thực tế chuyển nhượng trên thị trường trong điều kiện bình thường”<sup>13</sup> thì Luật Đất đai năm 2013 sử dụng cụm từ “phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường”. Thực chất, về ngữ nghĩa không có sự thay đổi lớn, bởi cả hai từ “sát” và “phù hợp” đều là những cụm từ “định tính”, không “định lượng” được. Hơn nữa, trong điều kiện Việt Nam chưa thực sự có thị trường đất đai và cũng chưa xác định được “giá thị trường” thì khái niệm “sát” hay “phù hợp” với giá thị trường đều không thể xác định chính xác được.

## **2.2 Phương pháp xác định giá đất và các điều kiện áp dụng phương pháp**

Theo Điều 4 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP của Chính phủ, hiện nay ở nước ta có các phương pháp định giá đất như sau:

*Thứ nhất, phương pháp so sánh trực tiếp* là phương pháp định giá đất thông qua việc phân tích mức giá của các thửa đất trông tương tự về mục đích SDD, vị trí, khả năng sinh lợi, điều kiện kết cấu hạ tầng, diện tích, hình thể, tính pháp lý về QSDĐ (sau đây gọi là thửa đất so sánh) đã chuyển nhượng trên thị trường, trúng đấu giá QSDĐ để so sánh, xác định giá của thửa đất cần định giá.

*Thứ hai, phương pháp chiết trừ* là phương pháp định giá đất đối với thửa đất có tài sản gắn liền với đất bằng cách loại trừ phần giá trị tài sản gắn liền với đất ra khỏi tổng giá trị bất động sản (bao gồm giá trị đất và giá trị tài sản gắn liền với đất).

*Thứ ba, phương pháp thu nhập* là phương pháp định giá đất tính bằng thương số giữa mức thu nhập ròng thu được bình quân một năm trên một đơn vị diện tích đất so với lãi suất tiền gửi tiết kiệm bình quân một năm tính đến thời điểm định giá đất của loại tiền gửi VNĐ kỳ hạn 12 tháng tại ngân hàng thương mại nhà nước có mức lãi suất tiền gửi tiết kiệm cao nhất trên địa bàn cấp tỉnh.

*Thứ tư, phương pháp thặng dư* là phương pháp định giá đất đối với thửa đất có tiềm năng phát triển theo quy hoạch SDD, quy hoạch xây dựng hoặc được phép chuyển mục đích SDD để sử dụng cao nhất và tốt nhất bằng cách loại trừ tổng chi phí ước tính ra khỏi tổng doanh thu phát triển giá định của bất động sản.

*Thứ năm, phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất* là phương pháp định giá đất bằng cách sử dụng hệ số điều chỉnh giá đất nhân (x) với giá đất trong bảng giá đất do UBND cấp tỉnh ban hành.

Về điều kiện áp dụng, có thể khái quát điều kiện để áp dụng các phương pháp định giá đất như sau: (i) Phương pháp so sánh trực tiếp đòi hỏi phải có dữ liệu từ các cơ quan hữu quan về các giao dịch chuyển nhượng QSDĐ thành công có tính tương đồng, làm cơ sở để so sánh; (ii) Phương pháp chiết trừ đòi hỏi phải có tài sản gắn liền với đất trong trường hợp có đủ số liệu về giá các bất động sản; (iii) Phương pháp thu nhập đòi hỏi phải xác định được các khoản thu nhập, chi phí từ việc SDD; (iv) Phương pháp thặng dư đòi hỏi phải có cơ sở xác định tiềm năng phát triển; (v) Phương pháp hệ số chỉ áp dụng sau khi một trong bốn phương pháp nêu trên đã được thực hiện. Hơn nữa, “cần cứ vào các thông tin đã thu thập được, điều kiện áp dụng các phương pháp định giá đất

13 Xem khoản 1 Điều 56 Luật Đất đai năm 2003.

## THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

để lựa chọn phương pháp định giá đất phù hợp. Trong trường hợp cần thiết có thể áp dụng kết hợp các phương pháp định giá đất nêu trên để kiểm tra, so sánh, đối chiếu và quyết định giá đất<sup>14</sup>.

Tuy nhiên, người SDD có xu hướng khai thấp hơn thực tế (cho đúng bằng với giá Nhà nước quy định) để “giảm” mức thuế phải nộp, bởi vì theo khoản 2 Điều 18 Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 17/6/2013 của Chính phủ về quy định chi tiết một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 (sửa đổi, bổ sung năm 2012) thì: “Giá chuyển nhượng QSDĐ được xác định như sau:

a) Giá chuyển nhượng là giá thực tế ghi trên hợp đồng chuyển nhượng tại thời điểm chuyển nhượng;

b) Trường hợp không xác định được giá thực tế hoặc giá ghi trên hợp đồng chuyển nhượng thấp hơn giá đất do UBND cấp tỉnh quy định tại thời điểm chuyển nhượng thì giá chuyển nhượng được xác định căn cứ theo Bảng giá đất do UBND cấp tỉnh quy định”.

Việc kê khai “lệch” giá chuyển nhượng trên thực tế dẫn đến việc áp dụng phương pháp so sánh trực tiếp - phương pháp dùng phổ biến từ trước đến nay - không có hiệu quả. Khi thu thập các giao dịch đã chuyển nhượng thành công trong thời gian hai năm liền kề thì các cơ quan nhà nước hầu như chỉ thu thập được những “giá ảo”. Tất nhiên, trung bình chung của các số liệu “ảo” là một số liệu không xác thực bởi một bài toán không thể có đáp số chính xác khi dữ liệu đầu vào đã ghi sai.

### 2.3 Chủ thể xác định giá đất tính bồi thường

Theo quy định tại khoản 3, 4 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013 thì:

UBND cấp tỉnh quyết định giá đất cụ thể. Cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh có trách nhiệm giúp UBND cấp tỉnh tổ chức việc xác định giá đất cụ thể. Trong quá trình thực hiện, cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh được thuê tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất để tư vấn xác định giá đất cụ thể.

Việc xác định giá đất cụ thể phải dựa trên cơ sở điều tra, thu thập thông tin về thửa đất, giá đất thị trường và thông tin về giá đất trong cơ sở dữ liệu đất đai; áp dụng phương pháp định giá đất phù hợp. Căn cứ kết quả xác định giá đất, cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh trình Hội đồng thẩm định giá đất xem xét trước khi trình UBND cùng cấp quyết định.

Việc thẩm định phương án giá đất do Hội đồng thẩm định giá đất thực hiện, UBND cấp tỉnh quyết định thành lập Hội đồng thẩm định giá đất bao gồm các thành phần sau: (i) Chủ tịch UBND cấp tỉnh làm Chủ tịch Hội đồng; (ii) Đại diện lãnh đạo Sở Tài chính làm thường trực Hội đồng; đại diện lãnh đạo Sở Tài nguyên và Môi trường và UBND cấp huyện nơi có đất; tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất hoặc chuyên gia về giá đất và các thành viên khác do UBND cấp tỉnh quyết định<sup>15</sup>.

Như vậy, theo pháp luật nước ta, chỉ có các cơ quan hành chính và các đơn vị trực thuộc cơ quan này là chủ thể yêu cầu định giá và tổ chức thẩm định lại giá đất đã được tư vấn. Do đó, các tổ chức tư vấn giá đất sẽ được đặt dưới hai áp lực sau:

*Về phương diện hành chính*, các cơ quan hành chính nhà nước, đứng đầu là Chủ tịch UBND cấp tỉnh, là chủ thể quản lý việc cấp giấy phép, kiểm tra hoạt động của tổ chức tư vấn xác định giá đất...

*Về phương diện kinh tế - kinh doanh*, cơ quan hành chính nhà nước là khách hàng

14 Xem Điều 8 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT ngày 30/6/2014 của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định chi tiết phương pháp định giá đất; xây dựng, điều chỉnh bảng giá đất; định giá đất cụ thể và tư vấn xác định giá đất.

15 Khoản 3 Điều 16 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về giá đất.

chủ yếu và gần như duy nhất phải phục vụ liên quan đến hoạt động bồi thường, hỗ trợ, tái định cư. Trong khi đó, một doanh nghiệp muốn tồn tại thì phải làm hài lòng “khách hàng”.

*Về phương diện công khai, minh bạch,* không có cơ chế nào để người dân giám sát tính xác thực của việc định giá đất này trong khi việc định giá đất ảnh hưởng đến giá bồi thường từng mét vuông đất thuộc quyền sử dụng của họ đã được Nhà nước trao.

Như vậy, chủ thể định giá đất tính bồi thường và chủ thể trực tiếp chi trả tiền bồi thường cũng là các cơ quan, đơn vị thuộc các cơ quan hành chính nhà nước. Thực tế cho thấy, số tiền bồi thường nhiều hay ít tùy thuộc chủ yếu vào việc xác định giá đất tính bồi thường. Kết quả là giá đất được xác định có khả năng khó tuân thủ nguyên tắc “độc lập, khách quan” theo khoản 3 Điều 115 Luật Đất đai năm 2013. Nói cách khác, dù có quy trình chi tiết và có sự tham mưu của nhiều cơ quan, song giá đất cụ thể vẫn được xác định bởi cơ quan hành chính nhà nước dưới sự chủ trì của lãnh đạo UBND cấp tỉnh. Trong khi đó, ý chí của UBND cùng với các cơ quan hành chính nhà nước chịu trách nhiệm tham mưu không phải là ý chí của thị trường. Trên thực tế, “giá thị trường phải là giá trị thực của hàng hóa được giao dịch”<sup>16</sup>, mà không phải là giá đất thông qua lăng kính của cơ quan hành chính nhà nước.

#### **2.4 Quy trình xác định giá đất tính bồi thường**

Theo Điều 28, 29, 30, 31, 32 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT, việc định giá đất cụ thể cần phải được thực hiện như sau:

- Lập kế hoạch định giá đất cụ thể;
- Chuẩn bị thực hiện định giá đất cụ thể;

- Điều tra, tổng hợp, phân tích thông tin về thửa đất, giá đất thị trường;

- Thẩm định phương án giá đất;

- Hoàn thiện dự thảo phương án giá đất, trình UBND cấp tỉnh quyết định giá đất.

Như vậy, tuy là xác định giá đất cụ thể nhưng vẫn có kế hoạch và quy trình chặt chẽ. Điều này nhằm đáp ứng yêu cầu định giá phù hợp với giá thị trường tại thời điểm định giá nhưng vẫn bảo đảm sự thống nhất trong quá trình định giá đất cụ thể ở địa phương, tránh sự không đồng bộ, gây so bì khiếu nại, đặc biệt là khi sử dụng kết quả định giá cụ thể để tính tiền bồi thường khi Nhà nước THĐ. Tuy nhiên, các quy định này vẫn phát sinh những vướng mắc, khó khăn trong quá trình áp dụng, cụ thể như sau:

Đối với các dự án lớn của Bộ ngành, giá sử trên một nghìn hộ dân thì việc xác định giá đất trong cùng một thời điểm là điều không phải dễ thực hiện. Liệu cơ quan nhà nước có thẩm quyền có thể xác định giá đất cụ thể một cách chính xác, kịp thời trong thời hạn pháp luật quy định đối với đất của một nghìn hộ dân? Hơn nữa, vì hiện nay pháp luật quy định phải chi trả tiền bồi thường “trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày quyết định THĐ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền có hiệu lực thi hành”<sup>17</sup>. Như vậy, dù cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền có định giá kịp và ban hành quyết định THĐ, ban hành quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư kịp thời hạn thì việc giải ngân, chi trả bồi thường cho một nghìn hộ dân trong thời hạn 30 ngày là nhiệm vụ khó khả thi trong điều kiện nhân lực của Tổ chức phát triển quỹ đất bị giảm đi do phải cơ cấu lại tổ chức này trước ngày 31/12/2015<sup>18</sup>.

16 Châu Hoàng Thân: “Bắt cập liên quan đến giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước THĐ”, Tạp chí khoa học Trường Đại học Cần Thơ, số 26/2013, tr. 47-54.

17 Khoản 1 Điều 93 Luật Đất đai năm 2013.

18 Khoản 2 Điều 5 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai năm 2013.

Trong tình huống nêu trên, nếu chính quyền địa phương quyết định phân chia thành các tiểu dự án<sup>19</sup> dựa vào các yếu tố như địa giới hành chính (từng phường, từng huyện...) hay theo vị trí địa lý (cách con sông, con đường...) thì điều này có thể thực hiện. Tuy nhiên, UBND tỉnh, thành và các cơ quan hữu quan phải tiến hành định giá đất phân kỳ đối với diện tích đất trong từng tiểu dự án. Điều này, nếu làm đúng quy trình, có thể làm cho đơn giá đất ở các tiểu dự án khác nhau là chênh lệch nhau. Khi đó, liệu rằng các hộ dân ở tiểu dự án trước có quay lại khiếu nại, so bì với tiểu dự án sau do các hộ dân thuộc tiểu dự án trước đã nhận tiền bồi thường thấp hơn?

### 2.5 Tư vấn xác định giá đất tính bồi thường

Khoản 1, 3, 4 Điều 115 Luật Đất đai năm 2013 và Điều 17, 19 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP quy định:

Tư vấn xác định giá đất được thực hiện trong các trường hợp sau đây: (i) Khi xây dựng, điều chỉnh khung giá đất; xây dựng, điều chỉnh bảng giá đất và định giá đất cụ thể mà cơ quan nhà nước có thẩm quyền có yêu cầu; (ii) Khi giải quyết khiếu nại về giá đất theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, các bên có liên quan... Như vậy, tư vấn xác định giá đất thực hiện trong trường hợp xác định giá đất cụ thể làm căn cứ để bồi thường khi Nhà nước THĐ cũng như trong quá trình giải quyết khiếu nại về giá đất theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, các bên có liên quan. Như vậy, điểm sáng của quy định này là *cho phép xác định lại giá đất trong trường hợp có khiếu nại về giá đất* của các bên liên quan. Tuy nhiên, nếu việc khiếu nại dẫn đến yêu cầu phải xác định lại giá đất cho hộ dân

đã khiếu nại thì chính quyền địa phương sẽ giải quyết như thế nào đối với các hộ dân khác trong cùng dự án? Đây là điều pháp luật nước ta chưa dự liệu đầy đủ.

Việc tư vấn xác định giá đất tính bồi thường phải được tiến hành độc lập, khách quan, trung thực và tuân theo nguyên tắc, phương pháp định giá đất, trình tự, nội dung khi xây dựng khung giá đất, bảng giá đất và định giá đất cụ thể.

*Về thẩm quyền lựa chọn*, căn cứ vào nhu cầu định giá đất cụ thể tại địa phương, Sở Tài nguyên và Môi trường lập kế hoạch định giá đất cụ thể trình UBND cấp tỉnh phê duyệt và tổ chức thực hiện kế hoạch đã được phê duyệt. Việc lựa chọn tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất cụ thể thực hiện theo quy định của pháp luật về đấu thầu.

*Về giá trị pháp lý*, giá đất do tư vấn xác định là một trong các căn cứ để cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định, quyết định giá đất. Theo Luật Đất đai năm 2013, việc xác định giá trị pháp lý của chứng thư định giá là “*một trong những căn cứ để cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định, quyết định bảng giá đất*” (khoản 4 Điều 115). Theo quy trình định giá, việc định giá đất cụ thể phải do “Sở Tài nguyên và Môi trường lập kế hoạch định giá đất cụ thể của năm tiếp theo trình UBND cấp tỉnh” quyết định thực hiện. Điều này cho thấy việc “*khởi xướng*” hoạt động định giá không phải từ phía người dân. Về nguyên tắc, nếu không đồng ý với giá đất do UBND cấp tỉnh “*quyết định*”, người dân hoàn toàn có thể tự mình thuê cơ quan định giá. Tuy nhiên, không có bất kỳ quy định nào để UBND cấp tỉnh “*xem xét*” đến chứng thư định giá này và việc người dân thuê tổ chức định giá trở nên vô nghĩa. Ngoài những quy định việc định

19 Điều 29 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP của Chính phủ cho phép tách nội dung bồi thường, hỗ trợ, tái định cư thành tiểu dự án riêng đối với dự án đầu tư thuộc các Bộ, ngành.



giá là việc của cơ quan hành chính nhà nước, không có quy định nào hướng dẫn cụ thể quyền giám sát của người dân trong suốt quá trình định giá.

### **2.6 Thời điểm xác định giá đất tính bồi thường**

Mặc dù pháp luật quy định rất rõ ràng là “Việc bồi thường được thực hiện bằng việc giao đất có cùng mục đích sử dụng với loại đất thu hồi”<sup>20</sup> song điều này dường như bất khả thi trong nhiều trường hợp, do nhiều nguyên nhân như: (i) thứ nhất, quỹ đất của địa phương thường không có đủ để giao cho tất cả các hộ dân bởi phải tính toán đến yếu tố đồng bộ giữa những người dân có đất bị thu hồi trong cùng một dự án và giữa những người dân có đất bị thu hồi trong các dự án khác nhau trên cùng địa bàn; (ii) thứ hai, rất khó để tính toán mức độ tương đương cũng như mức độ chênh lệch giữa thửa đất này với thửa đất kia vì giá đất do Nhà nước quy định, trong nhiều trường hợp, không bám sát với giá đất chuyên nhượng trên thực tế. Vì lẽ đó, nguyên tắc bồi thường bằng đất hầu như chỉ áp dụng đối với các cơ quan, đơn vị “khỏi nhà nước”; còn đối với hộ gia đình, cá nhân thì chủ yếu bồi thường bằng tiền. Tất nhiên, việc bồi thường bằng tiền liên quan đến việc xác định giá đất và thời điểm xác định giá đất.

Theo khoản 2 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013, “nếu không có đất để bồi thường thì được bồi thường bằng tiền theo giá đất cụ thể của loại đất thu hồi do UBND cấp tỉnh quyết định tại thời điểm quyết định THĐ”. Như vậy, pháp luật quy định thời gian xác định giá đất là thời điểm “quyết định THĐ” nhưng không xác định chính xác đó là thời điểm nào. Theo các quy định về

quy trình THĐ thì trước khi ban hành quyết định THĐ, chậm nhất là 90 ngày đối với đất nông nghiệp và 180 ngày đối với đất phi nông nghiệp thì cơ quan có thẩm quyền THĐ phải ban hành thông báo THĐ<sup>21</sup>. Như vậy, từ thời điểm có thông báo THĐ đến khi ban hành quyết định THĐ là một khoảng thời gian dài (ít nhất là khoảng 3 tháng đối với đất nông nghiệp hoặc khoảng 6 tháng đối với đất phi nông nghiệp); vậy ngày nào là “ngày định giá” đất và tài sản gắn liền với đất? Tất nhiên, “ngày định giá đất” chắc chắn không phải là ngày ban hành “quyết định THĐ” cũng không phải là ngày ban hành “quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư” vì hai quyết định này ban hành cùng một ngày<sup>22</sup> và phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư, có dự kiến áp dụng giá đất cụ thể, cũng đã được đưa ra lấy ý kiến từ trước đó. Như vậy, pháp luật chúng ta thiếu quy định “ngày định giá”. Điều này khiến cho yêu cầu của việc “xác định giá đất cụ thể” theo nguyên tắc “phù hợp với thời giá thị trường” “tại thời điểm quyết định THĐ” không còn nguyên ý nghĩa về mặt bản chất bởi một thị trường bình thường thì vốn dĩ có sự khác biệt trong từng ngày, từng thời điểm.

Ở các nước phát triển, pháp luật có quy định về ngày định giá (valuation date), là “ngày cố định của pháp luật” để xác định tất cả các tài sản theo thị trường mở vào ngày hôm đó. Theo đó, tùy thuộc vào một trường hợp cụ thể, ngày định giá được xác định theo các phương pháp sau đây:

*Thứ nhất*, ngày định giá được xác định sau một khoảng thời gian cố định kể từ ngày có thông báo “trung mua” đất và tài sản trên đất.

20 Khoản 2 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013.

21 Điều 67, khoản 1 Điều 69 Luật Đất đai năm 2013.

22 Khoản 3 Điều 69 Luật Đất đai năm 2013.

*Thứ hai*, ngày định giá là ngày xác nhận của tòa án khi thụ lý đơn khởi kiện yêu cầu giải quyết bất đồng về giá đất trung mua<sup>23</sup>.

### 2.7 Đối chiếu giá đất tính bồi thường, hỗ trợ và giá đất khi nộp tiền SDD tái định cư

Nói một cách giản đơn nhất thì việc bồi thường, nếu diễn ra một cách công bằng, tương xứng, thì sẽ có ý nghĩa là bảo đảm cho người dân có thể “mua” lại thửa đất khác, có điều kiện tái lập lại cuộc sống của mình ít nhất là tương đương với cuộc sống trước đây sau khi Nhà nước THĐ. Tuy nhiên, khi đối chiếu các loại giá đất trong việc “Nhà nước chi trả cho người dân” (giá đất tính bồi thường về đất, tính hỗ trợ) và giá đất mà “người dân phải nộp cho Nhà nước” (giá tiền SDD tái định cư), chúng tôi nhận thấy có sự khác nhau.

Theo quy định của pháp luật, giá đất tính bồi thường về đất, trong xác định tiền hỗ trợ và giá đất thu tiền SDD tái định cư là ba loại giá đất hoàn toàn khác nhau. Nếu giá đất tính bồi thường về đất là *giá đất cụ thể* được xác định “tại thời điểm quyết định THĐ”<sup>24</sup> thì giá đất để tính mức hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm đối với trường hợp Nhà nước THĐ nông nghiệp của hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp trong trường hợp hỗ trợ bằng tiền là “không quá 05 lần giá đất nông

NGHIỆP CÙNG LOẠI TRONG *bảng giá đất*<sup>25</sup> do UBND tỉnh đó ban hành. Riêng giá đất “tính thu tiền SDD tại nơi tái định cư” là một loại *giá đất cụ thể xác định riêng trong từng dự án* tái định cư “do UBND cấp tỉnh quyết định”. Mặc dù về hình thức, giá đất tính tiền bồi thường và giá đất nộp tiền sử dụng trong khu tái định cư đều có tính chất “cụ thể”, đều do UBND cấp tỉnh quyết định tại thời điểm thực hiện các công việc tương ứng, nhưng trên thực tế đây là hai loại giá đất khác nhau với phương pháp xác định giá đất thường cũng không giống nhau<sup>26</sup>. Pháp luật hiện hành không có bất kỳ quy định nào về mối tương quan giữa hai loại giá đất này. Vì vậy, trong một số trường hợp, giá đất tính tiền bồi thường được quyết định “tương đối thấp” (chi trả thấp) nhưng giá đất nộp tiền SDD lại được UBND cấp tỉnh xác định “tương đối cao” (nộp tiền SDD cao), gây khó khăn cho người dân có đất bị thu hồi thuộc diện tái định cư và hoặc thuộc diện được xem xét mua đất tái định cư<sup>27</sup>.

### 3. Một số đề xuất

*Thứ nhất*, nên hạn chế quy định các cụm từ “định tính” trong văn bản quy phạm pháp luật. Trong trường hợp phải sử dụng cụm từ định tính như: “phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường”<sup>28</sup>, “sát với giá đất thực tế trên thị trường”, “bằng hoặc tốt hơn nơi ở cũ”<sup>29</sup>... thì cần phải có những hướng dẫn cụ thể để “lượng hóa” các cụm từ này

23 Xem Section 5 (2), Land Compensation Act 1961 (Khoản 2 Điều 5 Luật về bồi thường thiệt hại về đất năm 1961 của Vương quốc Anh); Phan Trung Hiền: The law of compulsory acquisition of land - Striking a balance Public and Private Interests in the United Kingdom and Viet Nam, VDM, Verlag Dr.Muller, Germany, 2009, p. 156-157.

24 Khoản 2 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013.

25 Khoản 1 Điều 20 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP.

26 Khảo sát thực tế cho thấy, để xác định giá đất tính bồi thường, các cơ quan hữu quan và các tổ chức tư vấn xác định giá đất thường sử dụng phương pháp so sánh trực tiếp. Trong khi đó, phương pháp thích hợp để tính toán giá đất tại khu tái định cư - một dạng tài sản hình thành trong tương lai - là phương pháp thặng dư.

27 Ví dụ: Xem Điều 20 về giao đất tái định cư và Điều 21 về xét mua đất tái định cư tại Quyết định 15/2014/NĐ-CP ngày 13/11/2014 của Chính phủ quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước THĐ thuộc thẩm quyền của UBND thành phố Cần Thơ.

28 Điểm c khoản 1 Điều 112 Luật Đất đai năm 2013.

29 Điểm a khoản 1 Điều 56, khoản 3 Điều 42 Luật Đất đai năm 2003.

thành những quy định trực diện, dễ áp dụng. Về lâu dài, cần nghiên cứu, tham khảo những kinh nghiệm liên quan đến kỹ thuật lập pháp, lập quy của các nước phát triển trong việc sử dụng các cụm từ “định lượng”, thuận tiện trong việc áp dụng. Ví dụ, thay vì quy định “phù hợp” với giá thị trường thì ta nên sử dụng các cụm từ “lượng hóa” như: “đúng bằng với giá thị trường”, “tương đương giá thị trường”. Ở Vương quốc Anh, khi quy định nguyên tắc về bồi thường, các nhà làm luật không chỉ quy định là việc bồi thường phải “tương xứng” với thiệt hại (“principle of equivalence”), mà còn phải chắc chắn rằng số tiền bồi thường so với thiệt hại là “không hơn, không kém” (no more, no less)<sup>30</sup>.

*Thứ hai*, cần xây dựng cơ chế để người dân tham gia vào quy trình xây dựng bảng giá đất và quyết định giá đất cụ thể bởi họ không thể đứng ngoài cuộc khi người khác định giá tài sản do mình là chủ sử dụng. Nên nghiên cứu sửa đổi khoản 2 Điều 18 Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 17/6/2013 của Chính phủ về quy định chi tiết một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 (sửa đổi, bổ sung năm 2012) theo hướng quy định thuế thu nhập cá nhân theo bảng giá nhà nước. Nếu chính quyền địa phương bảo đảm bảng giá do địa phương ban hành đã “phù hợp” với giá đất trên thị trường thì việc thu thuế theo giá đất chuyển nhượng thực tế không còn thật sự cần thiết nữa vì khoảng cách chênh lệch giữa giá đất quy định và giá đất trên thực tế là không đáng kể.

*Thứ ba*, pháp luật nên xác định ngày định giá (valuation date). Việc quy định ngày định giá sẽ bảo đảm nguyên tắc xác

định giá đất “phù hợp với giá thị trường” bởi vì trong trường hợp thị trường có biến động thì cơ quan nhà nước hoàn toàn có thể lý giải được: tại sao cơ quan nhà nước định giá đất “ngày này” mà không phải là “ngày khác”. Đồng thời, cần có những hướng dẫn cụ thể cho việc định giá phân khúc các tiểu dự án. Nếu đã theo quy luật phát triển của thị trường, chúng ta phải chấp nhận sự khác biệt giữa mốc thời gian này với mốc thời gian khác. Tất nhiên, sự khác biệt đó ở một mức độ chấp nhận được giới hạn trong các quy định của pháp luật.

*Thứ tư*, cần xây dựng vị trí bình đẳng trong quy trình giải quyết khiếu nại<sup>31</sup> ở Việt Nam nói chung và trong lĩnh vực đất đai nói riêng. Rất khó để bảo đảm tính công bằng khi bên THĐ cũng là bên chủ tọa giải quyết khiếu nại. Nên tổ chức phòng đối thoại có hai bên tương đồng nhau theo hình thức hội nghị bàn tròn; nên bảo đảm sự tham gia của các cơ quan, tổ chức tư vấn pháp luật như: trung tâm trợ giúp pháp lý, thành viên đoàn luật sư, thành viên hội luật gia, Hội đồng Dân chủ và pháp luật thuộc Mặt trận Tổ quốc (ở những nơi có thành lập Hội đồng này) và các chủ thể này phải được quyền tiếp cận các hồ sơ giải quyết. Trong nhiều trường hợp, chính sự tham gia và những lời giải thích của bên thứ ba khiến người dân sớm nhận ra được là những yêu cầu, đòi hỏi của cá nhân mình là không phù hợp, là bất khả thi...

*Thứ năm*, cần xây dựng cơ chế để xác định giá đất theo thời giá thị trường. Trước hết, cần làm rõ khái niệm giá thị trường theo hướng xác định được giá bồi thường cho người dân mà họ có thể “chuyển nhượng” được trên thị trường tự do. Ở Anh, nguyên

30 Department of Transport, Local Government and Region: “Fundamental Review of the Laws and Procedures relating to Compulsory acquisition of land and Compensation”, Final Report, 2000 and Section 5 (2) Land Compensation Act 1961 (Mục 2 Luật Bồi thường thiệt hại về đất năm 1961 của Vương quốc Anh).

31 Phan Trung Hiền: The law of compulsory acquisition of land - Striking a balance Public and Private Interests in the United Kingdom and Viet Nam, VDM, Verlag Dr. Muller, Germany, 2009, p. 142-144.

## THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

tắc này dựa trên giá thị trường (open market value), nghĩa là nó phải được thiết lập dựa trên các yêu cầu sau: (i) phản ánh được ý chí của người bán trên thị trường tự do; (ii) giá mà người bán hoàn toàn có thể kiếm được khi bán tài sản trên thị trường đó; (iii) giá trị bồi thường dựa trên tổng giá trị và chất lượng sử dụng của tài sản hiện hành<sup>32</sup>.

Khi hai phía chủ thể không cùng quan điểm, theo chúng tôi, cần phải tiến hành *quy trình định giá mở* qua 6 bước như sau:

Bước 1: Tài sản có bất động được thông báo là sẽ trải qua *quy trình định giá mở* trên các phương tiện thông tin đại chúng của địa phương.

Bước 2: Phía cơ quan nhà nước và phía người có đất bị thu hồi đều có quyền thuê doanh nghiệp định giá mà mình chọn<sup>33</sup>, mỗi bên thuê tối đa hai doanh nghiệp định giá.

Bước 3: Các doanh nghiệp này lần lượt đến và định giá đất và nhà (nếu có) một cách độc lập. Các chứng thư định giá do các công ty định giá thiết lập độc lập sẽ lần lượt được niêm phong trong thùng định giá trước máy quay phim của đài truyền hình, công luận và cơ quan thanh tra.

Bước 4: Sau khi đã có đầy đủ các chứng thư định giá niêm phong trong thùng định giá, người có thẩm quyền hoặc đại diện các tổ chức dân sự sẽ thay mặt các bên lần lượt mở và đọc to các chứng thư định giá, máy quay phim có thể quay trực tiếp các chứng thư để phát hình cho mọi người cùng xem.

Bước 5: Giá bồi thường sẽ là giá trung bình cộng của các chứng thư định giá đất. Đây là giá cuối cùng, ngoại trừ trường hợp một trong trong các bên phát hiện có yếu tố

tiêu cực như “thông đồng”, “gian lận”<sup>34</sup>...

Bước 6: Cơ quan hành chính nhà nước sẽ nhận được phiếu thanh toán chi phí định giá từ người dân và sẽ trích kinh phí dự án để thanh toán chi phí này. Lý do đơn giản là bởi vì người dân có quyền được tư vấn và cơ quan nhà nước có trách nhiệm phải tư vấn hoặc trả chi phí để họ được tư vấn độc lập.

Quy trình này bảo đảm các yếu tố sau: (i) Đây là quy trình để thị trường lên tiếng, bảo đảm nguyên tắc giá đất bồi thường tương đương với giá thị trường; (ii) Cách làm này hạn chế việc “bắt tay” giữa cơ quan hành chính nhà nước địa phương và khách hàng của các doanh nghiệp định giá rất đa dạng và có thể không phải là cơ quan hành chính nhà nước; (iii) Do việc định giá công khai, minh bạch trước công luận nên các doanh nghiệp định giá sẽ nói giá đúng để xây dựng và giữ gìn uy tín, thương hiệu của doanh nghiệp mình.

*Thứ sáu*, điểm mới của Luật Đất đai năm 2013 là sử dụng giá đất cụ thể để tính bồi thường khi Nhà nước THĐ. Nếu xem việc UBND cấp tỉnh quyết định giá đất cụ thể là quá trình ban hành quyết định cá biệt thì quyết định này có thể là đối tượng của quyền khiếu nại, khiếu kiện. Khi đó, Tòa án cũng có thể xem xét tính hợp lý của giá đất cụ thể do UBND cấp tỉnh quyết định trong quá trình phê duyệt phương án bồi thường. Nếu điều này được công nhận thì Luật Đất đai năm 2013 sẽ mở ra một trang mới cho hoạt động tổ tụng hành chính ở Việt Nam. Tuy nhiên, việc công nhận và áp dụng một cách chính thức điều này đòi hỏi phải có văn bản hướng dẫn thi hành<sup>35</sup> ■

32 Section 5 (2) Land Compensation Act 1961 (Mục 2 Luật Bồi thường thiệt hại về đất năm 1961 của Vương quốc Anh).

33 Có thể là doanh nghiệp nhà nước hoặc không phải là doanh nghiệp nhà nước và hoạt động hợp pháp ở Việt Nam.

34 Phải xây dựng Quy chế hoạt động của các trường hợp định giá và xử lý nghiêm những trường hợp thông đồng, gian lận của các doanh nghiệp định giá.

35 Phan Trung Hiền: Những điều cần biết về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước THĐ, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2014, tr. 258.

# VAI TRÒ CỦA YẾU TỐ LỖI TRONG XÁC ĐỊNH HÀNH VI XÂM PHẠM QUYỀN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP ĐỐI VỚI NHÃN HIỆU

**Hà Thị Nguyệt Thu\***

\* ThS, Cục Sở hữu trí tuệ.

## **Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:*

Lỗi, nhãn hiệu, xâm phạm quyền đối với nhãn hiệu, xâm phạm nhãn hiệu gián tiếp

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 16/12/2016

Biên tập: 16/12/2016

Duyệt bài: 03/01/2017

## **Article Information:**

*Keywords:* Fault, trademark, infringement act of rights to trademarks, indirect trademark infringement

*Article History:*

Received: 16 Dec. 2016

Edited: 16 Dec. 2016

Approved: 03 Jan. 2017

## **Tóm tắt:**

Bài viết phân tích vai trò của yếu tố lỗi trong xác định hành vi xâm phạm quyền đối với nhãn hiệu, đưa ra nhận định: khi xem xét hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp (SHCN) đối với nhãn hiệu làm cơ sở truy cứu trách nhiệm pháp lý (TNPL) thì chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm đã được suy đoán là có lỗi và do vậy, không cần xem xét đến yếu tố lỗi khi xác định có vụ việc xâm phạm quyền hay không. Việc xác định hình thức và mức độ lỗi có vai trò quan trọng trong việc xác định biện pháp xử lý hành vi xâm phạm.

## **Abstract:**

This article provides in-depth analysis of the fault in determining an infringement act of rights to trademarks. Based on the analysis, the author makes a comment upon reviewing an act of infringement of trademark rights as basis for legal prosecution, whereby the actor of infringement act were presumed to be guilty, and therefore, there is no need to consider his fault in determining whether the case is a trademark infringement or not. However, determining the form and seriousness of the fault has an important role in determining measures to handle the act of infringement.

**H**iện tượng sử dụng trái phép thành quả trí tuệ của người khác mà không bỏ công sức, tiền bạc cũng như thời gian để đầu tư, nghiên cứu, thực chất là việc đánh cắp các tài sản trí tuệ. Trong các đối tượng sở hữu trí tuệ (SHTT) thì nhãn hiệu dễ bị bắt chước và là đối tượng bị xâm phạm nhiều nhất. Đứng trước nguy cơ nạn đánh cắp nhãn hiệu ngày càng phổ biến, gây biến dạng môi trường kinh

doanh, nhà đầu tư mất niềm tin, người tiêu dùng mất định hướng, việc xử lý kịp thời các hành vi xâm phạm nhãn hiệu là một đòi hỏi bức thiết.

## **1. LỖI - dấu hiệu cơ bản của vi phạm pháp luật, căn cứ để truy cứu trách nhiệm pháp lý**

Khi xem xét vi phạm pháp luật (VPPL) thông thường, dấu hiệu trái pháp luật mới chỉ là biểu hiện bên ngoài của hành

## THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

vi. Để xác định hành vi VPPL luôn cần xem xét mặt chủ quan của nó, nghĩa là xác định lỗi của chủ thể thực hiện hành vi trái pháp luật đó. Lỗi là yếu tố chủ quan thể hiện thái độ của chủ thể đối với hành vi trái pháp luật của họ và hậu quả do hành vi đó gây ra. Nếu hành vi trái pháp luật được thực hiện do những điều kiện và hoàn cảnh khách quan, chủ thể hành vi đó không cố ý và cũng không vô ý thực hiện hoặc không thể ý thức (nhận thức) được, từ đó không thể lựa chọn hoặc điều khiển được hành vi của mình theo yêu cầu của pháp luật thì chủ thể hành vi đó không bị coi là có lỗi và hành vi đó không liên quan đến VPPL<sup>1</sup>. Chỉ những hành vi trái pháp luật nào có lỗi (được chủ thể thực hiện một cách cố ý hoặc vô ý) mới có thể bị coi là VPPL.

Việc một chủ thể thực hiện hành vi VPPL là đã đi ngược lại với ý chí của Nhà nước đã được pháp luật quy định. Những hành vi như vậy luôn gây hại cho Nhà nước, xã hội và cho mọi người, do vậy chúng bị lên án và phải loại bỏ ra khỏi đời sống xã hội, cũng như phải gánh chịu những hậu quả pháp lý bất lợi thông qua việc bị truy cứu trách nhiệm pháp lý (TNPL).

Về nguyên tắc, TNPL chỉ áp dụng đối với các chủ thể có năng lực TNPL khi họ thực hiện hành vi trái pháp luật có lỗi, tức là chủ thể hành vi đó có khả năng nhận thức những hậu quả nguy hiểm cho xã hội do hành vi của mình gây ra nhưng cố ý hoặc vô ý gây ra.

Như vậy, theo lý thuyết thông thường, để xác định một chủ thể có phải chịu TNPL do có hành vi vi phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu hay không, cần phải xác định yếu tố lỗi trong cấu thành VPPL để có căn cứ áp dụng những biện pháp chế tài đã được pháp luật quy định đối với chủ thể VPPL.

## 2. Lỗi trong vi phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu ở Việt Nam

Quyền sở hữu đối với nhãn hiệu là một loại quyền tài sản được Nhà nước công nhận<sup>2</sup>. Quyền sở hữu đối với nhãn hiệu được Nhà nước bảo hộ thông qua cơ chế bảo hộ quyền SHCN, theo đó, nội dung quyền SHCN đối với nhãn hiệu gồm quyền sử dụng nhãn hiệu, quyền cho phép, cấm người khác sử dụng nhãn hiệu trùng hoặc tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu của mình cho hàng hoá trùng hoặc tương tự và quyền định đoạt nhãn hiệu<sup>3</sup>.

Xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu - nói một cách chung nhất - là việc người thứ ba không phải chủ sở hữu nhãn hiệu (hoặc người được chủ sở hữu nhãn hiệu cho phép) thực hiện các hành vi VPPL xâm hại đến quan hệ pháp luật về quyền SHCN đối với nhãn hiệu được pháp luật SHTT xác lập và bảo vệ. Nói cụ thể thì xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu là việc người thứ ba không phải chủ sở hữu nhãn hiệu (hoặc người được chủ sở hữu nhãn hiệu cho phép), trong thời hạn bảo hộ của nhãn hiệu, sử dụng nhãn hiệu cho hàng hoá, dịch vụ theo cách thức khiến người tiêu dùng bị nhầm lẫn hoặc lừa dối về nguồn gốc hàng hoá hoặc dịch vụ.

Theo pháp luật Việt Nam, khi nhãn hiệu bị xâm phạm nghĩa là quyền đối với tài sản nhãn hiệu của chủ sở hữu bị vi phạm, do vậy, chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm trước tiên bị coi là vi phạm trách nhiệm dân sự ngoài hợp đồng. Tuỳ theo tính chất và mức độ xâm phạm mà chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm có thể VPPL hành chính hoặc hình sự.

Khác với các tài sản hữu hình, nhãn hiệu là một loại tài sản vô hình tồn tại dưới dạng thông tin, dễ lan truyền, dễ bị xâm

1 Trường Đại học Luật Hà Nội (2013), Giáo trình Lý luận Nhà nước và Pháp luật, Hà Nội.

2 Điều 115 Bộ luật Dân sự năm 2015.

3 Khoản 1 Điều 123 Luật SHTT năm 2005 (sửa đổi năm 2009).

phạm, khi bị xâm phạm thì có khả năng ảnh hưởng tiêu cực đến đời sống của nhiều người cũng như của cả xã hội. Ví dụ, một nhãn hiệu dùng cho sản phẩm dược bị làm giả sẽ khiến cho doanh nghiệp sở hữu nhãn hiệu bị mất thị phần, môi trường kinh doanh trở nên không lành mạnh, khách hàng, người tiêu dùng không mua được đúng loại thuốc mình cần và có thể bị nguy hiểm đến tính mạng nếu hàng mang nhãn hiệu giả đó không có tác dụng chữa bệnh... Như thế, một hành vi xâm phạm nhãn hiệu không chỉ gây hậu quả tiêu cực cho người nắm giữ quyền bị xâm phạm đó, mà còn ảnh hưởng đến lợi ích của nhiều người tiêu dùng khác, cũng như ảnh hưởng tiêu cực đối với xã hội<sup>4</sup>. Điều đó có nghĩa là hành vi xâm phạm nhãn hiệu đã vi phạm các quan hệ pháp luật về bảo hộ và quản lý nhà nước trong lĩnh vực SHTT, gây ảnh hưởng đến lợi ích của chủ thể nắm giữ quyền, lợi ích của người tiêu dùng và gây ảnh hưởng tiêu cực cho xã hội, cần phải loại trừ. Do vậy, trong một số trường hợp nhất định được pháp luật quy định rõ, hành vi xâm phạm quyền SHTT có thể bị coi là hành vi vi phạm hành chính hoặc tội phạm.

Luật SHTT Việt Nam năm 2005 (sửa đổi năm 2009) không đưa ra khái niệm xâm phạm quyền SHTT đối với nhãn hiệu mà chỉ liệt kê những hành vi bị coi là xâm phạm quyền nếu khi thực hiện không được sự cho phép của chủ sở hữu nhãn hiệu trong khoản 1 Điều 129 như sau:

“a) Sử dụng dấu hiệu trùng với nhãn hiệu được bảo hộ cho hàng hoá, dịch vụ trùng với hàng hoá, dịch vụ thuộc danh mục đăng ký kèm theo nhãn hiệu đó;

b) Sử dụng dấu hiệu trùng với nhãn hiệu được bảo hộ cho hàng hoá, dịch vụ tương tự hoặc liên quan tới hàng hoá, dịch vụ thuộc danh mục đăng ký kèm theo nhãn hiệu đó, nếu việc sử dụng có khả năng gây

nhầm lẫn về nguồn gốc hàng hoá, dịch vụ;

c) Sử dụng dấu hiệu tương tự với nhãn hiệu được bảo hộ cho hàng hoá, dịch vụ trùng, tương tự hoặc liên quan tới hàng hoá, dịch vụ thuộc danh mục đăng ký kèm theo nhãn hiệu đó, nếu việc sử dụng có khả năng gây nhầm lẫn về nguồn gốc hàng hoá, dịch vụ;

d) Sử dụng dấu hiệu trùng hoặc tương tự với nhãn hiệu nổi tiếng hoặc dấu hiệu dưới dạng dịch nghĩa, phiên âm từ nhãn hiệu nổi tiếng cho hàng hoá, dịch vụ bất kỳ, kể cả hàng hoá, dịch vụ không trùng, không tương tự và không liên quan tới hàng hoá, dịch vụ thuộc danh mục hàng hoá, dịch vụ mang nhãn hiệu nổi tiếng, nếu việc sử dụng có khả năng gây nhầm lẫn về nguồn gốc hàng hoá hoặc gây ấn tượng sai lệch về mối quan hệ giữa người sử dụng dấu hiệu đó với chủ sở hữu nhãn hiệu nổi tiếng”.

Ngoài ra, có một số trường hợp miễn trừ trách nhiệm được quy định gián tiếp tại điểm h khoản 2 Điều 125 Luật SHTT, theo đó việc sử dụng một cách trung thực tên người, dấu hiệu mô tả chủng loại, số lượng, chất lượng, công dụng, giá trị, nguồn gốc địa lý và các đặc tính khác của hàng hoá, dịch vụ không bị coi là xâm phạm nhãn hiệu.

Những nội dung nêu trên cho thấy, khi thực hiện bất kỳ hành vi nào thuộc những trường hợp nêu tại khoản 1 Điều 129 Luật SHTT mà chủ thể thực hiện hành vi không xin phép chủ sở hữu nhãn hiệu và không thuộc trường hợp miễn trừ trách nhiệm thì sẽ bị coi là xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu, không phụ thuộc vào việc chủ thể đó có ý thức được nhãn hiệu đó đang thuộc sở hữu của người khác hay hành vi của mình có được cho phép hay không.

Cách quy trách nhiệm cho người có hành vi xâm phạm quyền đối với nhãn hiệu theo pháp luật Việt Nam cũng phù hợp với Hiệp định TRIPS khi chúng ta xem xét quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho

4 Trần Minh Dũng, Bảo vệ quyền SHTT bằng biện pháp hành chính ([www.thanhtra.most.gov.vn](http://www.thanhtra.most.gov.vn)).

## THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

hành vi xâm phạm nhãn hiệu tại đoạn 2 Điều 45.

“2. ...Trong trường hợp thích hợp, các thành viên có thể cho các cơ quan xét xử được quyền ra lệnh thu hồi các khoản lợi nhuận và/hoặc trả các khoản đền bù thiệt hại đã ấn định trước, kể cả trường hợp người xâm phạm đã thực hiện hành vi xâm phạm khi không biết hoặc không có căn cứ để biết điều đó”.

Có thể thấy, yếu tố lỗi trong cấu thành hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu để truy cứu TNPL nói chung đã được bỏ qua. Trong trường hợp này, thực tế không phải là việc truy cứu TNPL không tính đến yếu tố lỗi mà thực chất yếu tố lỗi đã được suy đoán khi chủ thể thực hiện một trong những hành vi vi phạm đã được pháp luật SHTT quy định.

Vậy tại sao lỗi lại được suy đoán trong trường hợp xác định xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu? Việc áp dụng nguyên tắc suy đoán lỗi trong truy cứu TNPL của chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu xuất phát từ các lý do sau:

*Thứ nhất*, do mục đích của việc bảo hộ quyền SHTT. Mục tiêu chính của việc bảo hộ quyền SHTT là khuyến khích hoạt động sáng tạo, sáng chế và đổi mới, nhờ đó mang lại cho đại bộ phận công chúng những lợi ích của hoạt động đó một cách kinh tế và nhanh chóng<sup>5</sup>. Chúng ta có thể thấy ý nghĩa của việc bảo hộ quyền SHTT là bảo vệ thành quả sáng tạo, đầu tư của chủ thể sáng tạo, chủ thể đầu tư đối với thành quả lao động của họ. Giới luật gia các nước, đặc biệt là Hoa Kỳ<sup>6</sup> đã đưa ra học thuyết tự nhiên khi nói về quyền của người sáng tạo, theo học thuyết này, kết quả của sự sáng tạo chính là phần

thường dành riêng cho người đã tạo ra nó. Bởi vậy, họ có toàn quyền sử dụng, khai thác và định đoạt sản phẩm do chính họ tạo ra.

Đối với nhãn hiệu, yếu tố sáng tạo ở đây không nhiều và không được tập trung nhưng dù gì thì chủ sở hữu nhãn hiệu cũng là người tạo ra, gây dựng uy tín cho nhãn hiệu và do vậy, họ xứng đáng được hưởng thành quả cho nỗ lực tạo dựng uy tín cho nhãn hiệu của mình. Hơn thế nữa, họ còn được trao quyền để ngăn chặn những người khác sử dụng tài sản trí tuệ của mình mà không có sự đồng ý và/hoặc không có sự bù đắp hoặc thù lao cho chủ thể sáng tạo hoặc những người có liên quan.

Pháp luật thừa nhận công sức sáng tạo và tạo dựng uy tín đối với tài sản trí tuệ của chủ sở hữu bằng việc tạo cho họ khả năng nhận được phần thưởng cho những nỗ lực của mình thông qua cơ chế độc quyền. Rõ ràng cơ chế này đã tập trung vào khía cạnh thương mại của quyền SHTT vì cho phép chủ sở hữu đối tượng SHTT được độc quyền khai thác tài sản trí tuệ của mình trong một khoảng thời gian nhất định nhằm bù đắp chi phí sáng tạo, đầu tư và có lợi nhuận để tiếp tục chu trình sáng tạo, đầu tư. Và vì mục đích chống lại việc khai thác thương mại nên đối tượng mà các chế tài pháp luật SHTT muốn nhắm tới khi xảy ra hành vi vi phạm nhãn hiệu chính là các chủ thể kinh doanh. Hơn nữa, nhãn hiệu ngay từ lúc ra đời đã thực hiện chức năng cá biệt hoá hàng hoá của các chủ thể khác nhau. Dần dần, cùng với quá trình giao lưu thương mại, nhãn hiệu đóng vai trò dấu hiệu để phân biệt hàng hoá, dịch vụ của các chủ thể kinh doanh, nhãn hiệu được sử dụng gắn với hoạt động kinh doanh. Bởi thế, một chủ thể đã tiến hành hoạt động kinh doanh nhằm tìm kiếm lợi

5 Shalid Alikhan (2007), Lợi ích kinh tế - xã hội của việc bảo hộ SHTT ở các nước đang phát triển, Tổ chức SHTT thế giới.

6 Alan B. Morrison (1996, 1997, 1998, 1999), Fundamentals of American law, New York University School of Law, Oxford University Press.



nhuận thì mọi hành vi liên quan đến kinh doanh của họ về nguyên tắc đều được coi là có tính toán. Việc họ thực hiện hành vi pháp luật không cho phép là sử dụng một nhãn hiệu trùng hoặc tương tự với một nhãn hiệu của người khác cho hàng hoá trùng hoặc tương tự dù vô tình hay cố ý thì cũng không được chấp nhận và hành vi đó của họ đã hàm chứa yếu tố lỗi.

*Thứ hai*, do thuộc tính vô hình của tài sản trí tuệ nói chung và thuộc tính riêng của nhãn hiệu. Thuộc tính vô hình được thể hiện qua mối quan hệ giữa quyền SHTT với các vật hữu hình và quyền sở hữu đối với vật đó<sup>7</sup>. Chủ sở hữu nhãn hiệu nhưng lại không cầm, giữ... được nó trong tay như các tài sản hữu hình thông thường. Mặt khác, nhãn hiệu là đối tượng có thể dễ dàng bắt chước ngay khi nó xuất hiện trên thị trường, dẫn đến tình trạng dễ bị mất quyền về mặt thực tế của chủ sở hữu. Bởi thế, pháp luật thường quy định người thứ ba (không phải chủ nhãn hiệu) có nghĩa vụ phải tôn trọng và thực hiện những biện pháp hợp lý để việc sử dụng nhãn hiệu của mình không xâm phạm quyền của người khác. Nếu một người sử dụng nhãn hiệu trong hoạt động kinh doanh mà thuộc vào những hành vi pháp luật quy định là không được phép thì có nghĩa là họ đã không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình và điều này hàm nghĩa họ đã có lỗi.

*Thứ ba*, ngoài những trường hợp miễn trừ không làm tổn hại một cách bất hợp lý đến lợi ích hợp pháp của chủ thể sở hữu nhãn hiệu<sup>8</sup> và phù hợp với thực tiễn kinh doanh trung thực, không thấy tồn tại trên thực tế khả năng miễn trừ TNPL do chủ thể bị buộc phải thực hiện hành vi xâm phạm

trong điều kiện bất khả kháng. Điều đó minh chứng việc thực hiện hành vi xâm phạm nhãn hiệu đã hàm chứa yếu tố lỗi của chủ thể thực hiện hành vi đó.

Qua những phân tích ở trên cho thấy, khi xem xét hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu làm cơ sở truy cứu TNPL thì chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm đã được suy đoán là có lỗi và do vậy, không cần xem xét đến yếu tố lỗi khi xác định có vụ việc xâm phạm quyền hay không.

Tuy nhiên, trên thực tế, dù lỗi là yếu tố không cần xác định trong cấu thành VPPL nhưng trong những trường hợp nhất định yếu tố lỗi cũng được xem xét đến khi xác định hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu. Do chức năng của nhãn hiệu là dùng để phân biệt hàng hoá, dịch vụ của chủ thể này với hàng hoá, dịch vụ của chủ thể khác nên điểm mấu chốt của việc xác định vụ việc xâm phạm nhãn hiệu là trả lời câu hỏi dấu hiệu bị nghi ngờ xâm phạm có trùng hoặc tương tự đến mức gây nhầm lẫn với nhãn hiệu đang được bảo hộ hay không. Để xác định mức độ tương tự gây nhầm lẫn giữa nhãn hiệu đang được bảo hộ và dấu hiệu nghi ngờ xâm phạm, Việt Nam cũng như nhiều nước trên thế giới sử dụng các tiêu chí<sup>9</sup> (8-11 tiêu chí), trong đó có một tiêu chí là dụng ý của bên bị cho là xâm phạm quyền SHCN khi sử dụng dấu hiệu bị nghi ngờ xâm phạm. Khi xác định được chủ thể bị nghi ngờ xâm phạm cố ý sử dụng dấu hiệu trùng, tương tự với nhãn hiệu đang được bảo hộ thì có thể kết luận mục đích của người này là muốn gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng. Tiêu chí này góp phần khẳng định bên bị nghi ngờ xâm phạm đã xâm phạm

7 Lê Hồng Hạnh, Đinh Thị Mai Phương (2004), Bảo hộ quyền SHTT ở Việt Nam – Những vấn đề lý luận và thực tiễn, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.

8 Hiệp định về các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền SHTT (Hiệp định TRIPS), xem thêm tại: <http://www.customs.gov.vn/Lists/VanBanPhapLuat/ViewDetails.aspx?List=b83d2062-3090-4797-af61-7498eff47f51&ID=5540&Web=c00daeed-988b-468d-b27c-717ca31ae3ff>.

9 Đề tài “Nghiên cứu cơ sở lý luận và thực tiễn nhằm xây dựng phương pháp xác định yếu tố xâm phạm quyền đối với nhãn hiệu” (2008), Viện Khoa học SHTT, Bộ Khoa học và công nghệ.

quyền SHCN đối với nhãn hiệu. Vậy là, tuy lỗi có thể suy đoán nhưng trong chừng mực nhất định lỗi cũng là một yếu tố được cân nhắc khi xác định hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu. Trong trường hợp lỗi cố ý thì chắc chắn là có việc xâm phạm quyền SHCN.

Như vậy, việc xác định một người có xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu hay không thì không cần phải xem xét đến yếu tố lỗi của chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm, do lỗi đã được suy đoán hàm chứa trong chính hành vi khách quan của chủ thể đó. Điều này phù hợp với tính chất đặc thù của tài sản trí tuệ và hoạt động bảo hộ quyền SHTT đồng thời cũng tạo thuận lợi cho chủ thể nắm giữ quyền SHCN trong việc bảo vệ nhãn hiệu của mình, bảo vệ quyền lợi của đối tượng chịu tác động của hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu là người tiêu dùng và xã hội. Tuy nhiên, nếu xác định được lỗi của chủ thể bị nghi ngờ xâm phạm thì kết luận về việc có hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu càng thêm chắc chắn.

### **3. Vai trò của việc xem xét yếu tố lỗi trong xác định hành vi xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu**

Như đã phân tích, tùy tính chất, mức độ của hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu mà người thực hiện hành vi xâm phạm sẽ phải chịu trách nhiệm dân sự, hành chính hay hình sự. Lỗi của người thực hiện hành vi xâm phạm nhãn hiệu tuy không phải là yếu tố bắt buộc phải chỉ ra khi xác định vụ việc xâm phạm quyền SHCN nhưng lại là căn cứ để xác định hành vi xâm phạm đã vi phạm quan hệ pháp luật do ngành luật nào điều chỉnh, từ đó xác định được nội dung, biện pháp xử lý xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu.

Ở Việt Nam, theo quy định của Bộ luật Hình sự<sup>10</sup>, lỗi cố ý là một trong những

nội dung được quy định trong cấu thành tội phạm hình sự của tội xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu. Do vậy, xem xét ở góc độ lỗi thì chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm quyền đối với nhãn hiệu chỉ bị truy cứu trách nhiệm hình sự khi có căn cứ chứng tỏ người này có lỗi cố ý khi thực hiện hành vi xâm phạm.

Ngoài ra, theo pháp luật và thực tiễn xét xử ở một số nước, trong một số trường hợp, việc xác định lỗi của chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm cũng có ý nghĩa quyết định làm phát sinh TNPL của chủ thể này. Lỗi cố ý là điều kiện bắt buộc phát sinh TNPL của người xâm phạm gián tiếp quyền SHCN đối với nhãn hiệu. Quy định này thường được tìm thấy ở những nước công nghiệp phát triển, nơi hệ thống pháp luật về SHCN có mức độ hoàn thiện hơn, có xu hướng bảo hộ một cách chặt chẽ hơn các quyền SHCN, đặc biệt là trong xu thế phát triển của công nghệ thông tin, tình trạng xâm phạm nhãn hiệu trong môi trường mạng Internet có xu hướng gia tăng. Theo đó, không chỉ những người trực tiếp xâm phạm đối tượng SHCN phải chịu TNPL mà những người có vai trò gián tiếp (người giúp sức, hỗ trợ, người xúi giục người trực tiếp thực hiện hành vi xâm phạm quyền SHCN) cũng bị coi là đã xâm phạm (gián tiếp) quyền SHCN và cũng phải chịu TNPL cho hành vi VPPL của mình. Trong trường hợp này, người vi phạm gián tiếp mặc dù biết rõ hoặc cần phải nhận thấy rõ hành vi của người được mình giúp sức, hỗ trợ hoặc xúi giục là nguy hiểm cho xã hội, thấy trước hậu quả nguy hiểm cho xã hội do hành vi của mình cũng như người được mình giúp sức, hỗ trợ hoặc xúi giục nhưng vẫn cố ý để cho hậu quả xảy ra.

Luật Nhãn hiệu của Hoa Kỳ (Luật Lanham) không đề cập đến hành vi xâm phạm giúp sức và trách nhiệm gián tiếp song

10 Điều 226 Bộ luật Hình sự năm 2015.

các toà án của Hoa Kỳ lại áp dụng những nguyên tắc tiền lệ dựa trên học thuyết về *xâm phạm nhãn hiệu giúp sức* cho những trường hợp xâm phạm quyền gián tiếp. TNPL cho hành vi xâm phạm nhãn hiệu và cạnh tranh không lành mạnh có thể được mở rộng không chỉ những người bán hàng hoá mang nhãn hiệu xâm phạm mà gồm cả những người giúp sức cho việc xâm phạm - những người cố ý hợp tác để thực hiện những hoạt động bất hợp pháp và có hại<sup>11</sup>. Bị đơn có thể phải chịu trách nhiệm về hành vi xúi giục vi phạm nếu anh ta có chủ đích gợi ý một cách trực tiếp cho người khác vi phạm nhãn hiệu của nguyên đơn và người đó đã thực hiện hành vi vi phạm, bị đơn cũng phải chịu trách nhiệm nếu bán hàng hoá đến người khác khi biết hoặc có lý do để biết rằng người mua sẽ sử dụng hàng hoá đó vào việc trực tiếp vi phạm nhãn hiệu của nguyên đơn<sup>12</sup>.

Để bảo vệ quyền SHCN đối với nhãn hiệu một cách chặt chẽ khỏi bị xâm phạm, một số điều khoản được quy định rõ trong Luật Nhãn hiệu Nhật Bản (từ khoản 2 đến khoản 8 Điều 37) để xác định những hành vi chuẩn bị trước khi thực hiện hành vi xâm phạm quyền với tư cách là hành vi xâm phạm gián tiếp<sup>13</sup>. Trong khi quyền yêu cầu xử lý xâm phạm nói chung có thể được tiến hành không cần quan tâm đến việc xem xét đến thái độ chủ quan của người thực hiện hành vi xâm phạm thì trong trường hợp xâm phạm gián tiếp, hành vi xâm phạm gián tiếp chỉ cấu thành khi có kèm theo yếu tố chủ quan của chủ thể xâm phạm như “nhằm mục đích chuyên giao, phân phối hoặc xuất khẩu”, “trong việc cung cấp các dịch vụ”, “nhằm mục đích sử dụng nhãn hiệu đó”,

“nhằm mục đích khiến cho nhãn hiệu đó được sử dụng”, và đặc biệt rõ nhất là khoản 8 Điều 37 “hành vi sản xuất, chuyên giao, phân phối hoặc nhập khẩu, ở phạm vi thương mại, những vật dụng được sử dụng dành riêng cho việc sản xuất hàng hoá mang nhãn hiệu nhái hoặc tương tự với nhãn hiệu đang được bảo hộ của người khác”. Có thể thấy, trong trường hợp xâm phạm gián tiếp nhãn hiệu, thái độ chủ quan chứa đựng yếu tố lỗi cố ý của chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm có tính chất quyết định đến việc xác định hành vi xâm phạm quyền SHCN. Chỉ khi xác định được lỗi cố ý của chủ thể thực hiện hành vi xâm phạm gián tiếp thì hành vi đó mới bị coi là xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu.

Như vậy, khi xem xét hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu, yếu tố lỗi trong cấu thành hành vi xâm phạm để truy cứu TNPL nói chung được xác định theo nguyên tắc suy đoán lỗi. Điều đó có nghĩa là một chủ thể cứ thực hiện hành vi pháp luật quy định là hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu thì mặc nhiên bị suy đoán là có lỗi và phải chịu trách nhiệm cho hành vi vi phạm của mình. Tuy nhiên, ở một số nước có quy định việc truy cứu TNPL cho hành vi xâm phạm gián tiếp quyền SHCN đối với nhãn hiệu thì yếu tố lỗi có vai trò quyết định trong việc xác định xâm phạm. Người thực hiện hành vi xâm phạm gián tiếp nhãn hiệu chỉ bị truy cứu TNPL khi có lỗi cố ý. Ở Việt Nam, tuy không quy định về hành vi xâm phạm gián tiếp nhãn hiệu nhưng việc xác định hình thức và mức độ lỗi có vai trò quan trọng trong việc xác định biện pháp xử lý hành vi xâm phạm ■

---

11 J. Thomas McCarthy, McCarthy On Trademark and Unfair Competition (2002) §§ 25:17, 18, referencing Warner & Co. v. Eli Lilly & Co., 265 U.S. 526 (1924) (applying common law concept of contributory infringement).  
12 Đinh Thị Mai Phương (2008), Lỗi trong trách nhiệm bồi thường thiệt hại của pháp luật về SHCN Việt Nam và một số nước trên thế giới, Nhà nước và Pháp luật số 1/2008.  
13 Sachiko Serita, Takeshi Kikuchi (2010), Trademark Disputes and Their Handling, Japan Patent Office, Asia-Pacific Industrial Property Center, JIII.

# QUỸ NÂNG CAO SỨC KHỎE - NGUỒN KINH PHÍ BỀN VỮNG TRONG PHÒNG CHỐNG BỆNH KHÔNG LÂY NHIỄM

**Trần Hoài Nam\***

**Lê Thị Thu\*\***

\* ThS. Vụ Hành chính Văn phòng Quốc hội.

\*\* ThS, Tổ chức HealthBridge Canada tại Việt Nam.

## **Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:*

Bệnh không lây nhiễm; sức khỏe cộng đồng; quỹ nâng cao sức khỏe

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 04/01/2017

Biên tập: 05/01/2017

Duyệt bài: 06/01/2017

## **Article Information:**

*Keywords:* non-communicable diseases; public health; fund for public health

*Article History:*

Received: 04 Jan. 2017

Edited: 05 Jan. 2017

Approved: 06 Jan. 2017

## **Tóm tắt:**

Hiện nay, bệnh không lây nhiễm đang là mối đe dọa lớn với sức khỏe toàn cầu, gây ra số trường hợp tử vong lớn nhất so với các loại bệnh khác. Tại Việt Nam, theo ước tính của WHO, gánh nặng của các bệnh không lây nhiễm (như tiểu đường, ung thư, tim mạch, hô hấp mạn tính...) chiếm trên 66% tổng gánh nặng bệnh tật do tất cả các nguyên nhân. Bài viết bước đầu đánh giá thực trạng gánh nặng bệnh tật không lây nhiễm, chỉ ra khoảng trống về nguồn kinh phí bền vững cho phòng, chống bệnh không lây nhiễm ở Việt Nam; trên cơ sở đó đề xuất thành lập Quỹ nâng cao sức khỏe cộng đồng ở Việt Nam.

## **Abstract:**

Currently, non-communicable diseases are tremendous threats to global health, causing the most deaths than any other diseases. In Vietnam, according to WHO estimates, the burden of the non-communicable diseases (such as diabetes, cancer, cardiovascular disease, chronic respiratory ...) account for over 66% of the total burden of diseases due to overall causes. This article provides initial assessment of the burden of disease status the non-communicable diseases, indicating gaps in sustainable funding for prevention and control of non-communicable diseases in Vietnam, from which it is proposed for establishment of a fund for public health in Vietnam.

## **1. Gánh nặng bệnh tật và tổn thất kinh tế do bệnh không lây nhiễm ở Việt Nam và nhu cầu kinh phí bền vững cho phòng, chống bệnh không lây nhiễm và nâng cao sức khỏe**

Việt Nam đang phải đối mặt với gánh nặng bệnh tật và tử vong ngày càng lớn do

các bệnh không lây nhiễm (BKLN). Trong giai đoạn 1990 - 2010, tỷ lệ người tử vong do BKLN trong tổng số tử vong đã gia tăng nhanh chóng từ 56% lên 72%. Trong đó, tử vong do bệnh tim mạch là 30%, ung thư: 21%, bệnh phổi tắc nghẽn mạn tính: 6%, bệnh đái tháo đường: 3%, và bệnh tâm thần - thần kinh là 2%. Gánh nặng bệnh tật tính

bằng DALYs<sup>1</sup> do BKLN chiếm tới 66,3% tổng gánh nặng bệnh tật năm 2010. Ung thư và tai biến mạch máu não do xuất huyết là hai bệnh có gánh nặng bệnh tật cao nhất (lần lượt 11% và 5%)<sup>2</sup>.

Sự gia tăng tỷ lệ mắc những BKLN này có nhiều nguyên nhân. Bên cạnh yếu tố già hóa dân số với sự gia tăng tỷ trọng người cao tuổi dẫn đến sự gia tăng tỷ lệ mắc những rối loạn của chuyển hóa như tăng huyết áp, tăng đường máu và rối loạn mỡ máu, còn có nguyên nhân là sự gia tăng của các yếu tố nguy cơ như hút thuốc, sử dụng rượu bia, dinh dưỡng không hợp lý, thiếu hoạt động thể lực cùng với gia tăng các tình trạng thừa cân, béo phì<sup>3</sup>.

Việc giải quyết những hậu quả của BKLN tạo gánh nặng với kinh tế gia đình và quốc gia thông qua các chi phí trực tiếp liên quan đến việc điều trị bệnh và chi phí gián tiếp do việc mất năng suất lao động hay thu nhập bị mất đi do nghỉ việc cho khám chữa bệnh hay do mất sức lao động, do chết sớm, làm ảnh hưởng không chỉ đến ngành y tế mà còn đến sự phát triển kinh tế - xã hội. Gánh nặng kinh tế cho điều trị 6 loại bệnh ung thư phổ biến tại Việt Nam năm 2012 (ung thư gan, ung thư đại trực tràng, ung thư khoang miệng, ung thư dạ dày, ung thư vú, ung thư cổ tử cung) lên tới 25.789 tỷ đồng, chiếm 0,22% tổng GDP năm 2012. Đáng chú ý là gánh nặng kinh tế cho việc điều trị các bệnh ung thư đổ dồn lên cả hộ gia đình (48%), bảo hiểm y tế (25%) và chính phủ (27%)<sup>4</sup>. Chi phí

điều trị, nghỉ ốm và tử vong sớm do 5 nhóm bệnh liên quan đến hút thuốc lá ở Việt Nam năm 2011 (chỉ tính phần do hút thuốc gây ra) là 24.679,9 tỷ đồng, chiếm 0,97% GDP<sup>5</sup>. Năm 2010 có 90.568 hộ gia đình (4,5% tổng số hộ nghèo) bị nghèo hóa do chi phí mua rượu bia<sup>6</sup>.

Tuy nhiên, nguồn lực đầu tư cho các hoạt động dự phòng và nâng cao sức khỏe và phòng chống BKLN đã không tương xứng với quy mô của vấn đề và đang ngày càng hạn hẹp và không bền vững. Nguồn lực cho phòng chống BKLN từ ngân sách nhà nước chủ yếu thông qua Chương trình Mục tiêu quốc gia, nhưng rất thiếu và bị cắt giảm liên tục qua các năm, từ 195 tỷ (2012) xuống còn 73 tỷ (năm 2015). Nguồn lực ít nhưng lại phân bổ không đều và chỉ tập trung chủ yếu cho nhu cầu điều trị, ít chú trọng vấn đề dự phòng. Trong giai đoạn 2016 -2020, kinh phí cho phòng chống BKLN chủ yếu từ Chương trình mục tiêu y tế - dân số, với tổng kinh phí cho 5 năm cho BKLN là 339 tỷ, trong đó có 150 tỷ là mua thuốc cho bệnh nhân tâm thần, trung bình chỉ còn 8 tỷ/năm cho các hoạt động khác. Nguồn bảo hiểm y tế (BHYT) chủ yếu chi cho khám, điều trị bệnh tại bệnh viện. Nhiều hoạt động y tế dự phòng không nằm trong phạm vi quyền lợi BHYT như hoạt động dự phòng bệnh, truyền thông, tư vấn, sàng lọc, phát hiện sớm ung thư... Quỹ Phòng, chống tác hại của thuốc lá đã được thành lập nhưng chỉ

- 
- 1 Để đánh giá gánh nặng của nhiều loại bệnh tật và vấn đề sức khỏe khác nhau, có rất nhiều chỉ số được sử dụng. Sau khi được giới thiệu lần đầu tiên vào năm 1993, chỉ số Số năm sống được hiệu chỉnh theo mức độ bệnh tật (cụm từ Disability Adjusted Live Years, viết tắt là DALY) được Tổ chức Y tế Thế giới (WHO) áp dụng trong khá nhiều đo lường gánh nặng bệnh tật và được cập nhật đều đặn trong các báo cáo sức khỏe toàn cầu định kỳ. Một số nước như Úc, New Zealand, Chilê... và thậm chí những thành phố lớn như San Francisco và Los Angeles ở Mỹ đã xây dựng cho riêng mình hệ thống đo lường gánh nặng bệnh tật dựa trên DALY.
  - 2 Bộ Y tế, Báo cáo Tổng quan ngành Y tế, 2014, trang 16.
  - 3 Cục Y tế dự phòng, Điều tra Quốc gia yếu tố nguy cơ BKLN Việt Nam, 2015.
  - 4 Viện Nghiên cứu Ung thư, bài trình bày tại Hội thảo Chia sẻ kết quả nghiên cứu về thực trạng sử dụng rượu bia tại Việt Nam, ngày 26/09/2016.
  - 5 Hoang Anh PT, Thu LT, Ross H, et al. Tob Control Published Online First: [please include Day Month Year] doi:10.1136/tobaccocontrol-2014- 051821.
  - 6 Nguyễn Thạc Minh, Phạm Thị Hoàng Anh, Lê Thị Thu (2015), Nghiên cứu ảnh hưởng của rượu bia đến đối nghèo và đặc điểm của các gia đình sử dụng rượu bia thường xuyên tại Việt Nam.

dành riêng cho hoạt động phòng, chống tác hại thuốc lá<sup>7</sup>.

### 2. Khuyến cáo về Quỹ Nâng cao sức khỏe cộng đồng Việt Nam

2.1 Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, để đảm bảo tài chính cho các hoạt động nâng cao sức khỏe, phòng chống BKLN, cần huy động nguồn tài chính và sự tham gia của xã hội và sự đóng góp bắt buộc của những ngành công nghiệp sản xuất những sản phẩm có hại cho sức khỏe, trực tiếp gây ra gánh nặng BKLN như thuốc lá, rượu bia. Giải pháp huy động nguồn tài chính này đã được nhiều nước trên thế giới thực hiện thành công, đồng thời được Tổ chức Y tế Thế giới khuyến khích nhân rộng, đó là thành lập Quỹ Nâng cao sức khỏe. Hiện nay việc hình thành Quỹ Nâng cao sức khỏe đã trở thành xu thế chung từ các nước phát triển đến các nước đang phát triển.

Theo báo cáo của Tổ chức Y tế thế giới, hiện có 21 quốc gia đã thành lập Quỹ Nâng cao sức khỏe cộng đồng với nguồn thu từ thuế hoặc phụ thu thuốc lá và rượu bia như Thái Lan, Estonia, Phần Lan, Slovenia, Mông Cổ, Tonga... hay từ nguồn ngân sách thường xuyên như Singapore, Australia; từ đóng góp từ thiện như Quỹ Canada; hoặc từ khoản đóng góp của người tham gia bảo hiểm như Quỹ Thụy Sĩ<sup>8</sup>.

Thái Lan là một trong số các nước đã thành công trong việc thành lập Quỹ Nâng cao sức khỏe Thái Lan (viết tắt là ThaiHealth) từ năm 2001, thông qua một đạo luật cùng tên, qua đó thiết lập một cơ chế tài chính bền vững cho hoạt động nâng cao sức khỏe nhân dân. Quỹ được hình thành với mục tiêu nâng cao sức khỏe cho người dân với tầm nhìn: Mọi người Thái Lan đều được sống trong môi trường xã hội và tự nhiên có lợi cho sức khỏe. Nguồn tài

chính của Quỹ được hình thành từ khoản phụ thu được tính bằng 2% giá tính thuế tiêu thụ đặc biệt đối với hai sản phẩm có ảnh hưởng đến sức khỏe là thuốc lá và rượu bia.

Theo ước tính, Quỹ Nâng cao sức khỏe của Thái Lan chỉ chi 1% tổng chi cho y tế hàng năm nhưng đã cung cấp tài chính cho trên 1.000 dự án nâng cao sức khỏe mỗi năm. Quỹ được điều phối bởi Ban quản lý gồm đại diện của 8 bộ ngành và 8 chuyên gia độc lập. Để bảo đảm minh bạch, ThaiHealth hoạt động theo điều lệ với các quy định rất cụ thể; thực hiện kiểm toán nội bộ và chịu sự kiểm toán nhà nước; hàng năm báo cáo hiệu quả hoạt động và thu chi trước Quốc hội. Nguồn quỹ của ThaiHealth bao gồm thu 30% từ thuốc lá và 70% từ rượu bia, tuy nhiên số tiền Quỹ chi cho phòng, chống tác hại thuốc lá chỉ chiếm khoảng 9%, cho phòng, chống rượu bia khoảng 12%, số còn lại chi cho các hoạt động nhằm thực hiện các biện pháp để nâng cao sức khỏe phòng, chống các yếu tố nguy cơ khác của BKLN (phòng, chống tai nạn giao thông, dinh dưỡng, hoạt động thể lực v.v.), nhờ đó, rất nhiều hoạt động cảnh báo, dự phòng để nâng cao sức khỏe được hưởng lợi từ Quỹ này<sup>9</sup>.

Sau một thời gian thực hiện mô hình Quỹ Nâng cao sức khỏe, đến năm 2010, Thái Lan đã đạt được những thành tựu quan trọng như: xây dựng 21 văn bản chính sách công (Chiến lược quốc gia về Kiểm soát thuốc lá 2010 - 2014, Chiến lược Kiểm soát rượu, Nghị quyết về Quản lý thừa cân béo phì, Luật Bình đẳng giới...), 10 văn bản cấp tỉnh/địa phương, 2 tổ chức mới (Bệnh viện Nâng cao sức khỏe cấp huyện)... và góp phần giúp Thái Lan đạt được nhiều kết quả cụ thể như: giảm tỷ lệ hút thuốc chung ở người trưởng thành từ 25,5% (2001) xuống 20,7% (2009), giảm tỷ lệ người hút thuốc lá

7 Cục Y tế dự phòng - Bộ Y tế, Báo cáo Thực trạng và nguồn lực cho phòng chống BKLN tại Việt Nam, Báo cáo tại Hội nghị ngày 28/12/2016.

8 ThS. Nguyễn Tuấn Lâm - Tổ chức Y tế thế giới, Báo cáo chia sẻ kinh nghiệm một số Quỹ Nâng cao sức khỏe, tại Hội nghị ngày 28/12/2016.

9 Công thông tin điện tử Bộ Y tế, Quỹ Nâng cao sức khỏe - Nguồn tài chính bền vững để giảm thiểu gánh nặng bệnh không lây nhiễm, <http://moh.gov.vn:8086/news/pages/tinkhac.aspx?ItemID=2554>

trong nhà từ 86% (2000) xuống còn 59% (2006); 4,1 triệu người bỏ thuốc lá (từ năm 2001 - 2009); số người sử dụng rượu bia giảm từ 16,2 triệu (2004) xuống còn 14,9 triệu (2007); tỷ lệ bắt đầu sử dụng rượu bia ở nữ giảm từ 5,6% xuống còn 1,8% và ở nam giảm từ 33,5% xuống còn 23,3% (từ 2003 - 2009); từ năm 2003 đến năm 2010, số tử vong do tai nạn giao thông giảm từ 124.500 xuống còn 70.300 ca<sup>10</sup>.

Mô hình này được đánh giá là rất hiệu quả và bền vững do đảm bảo được nguồn tài chính lâu dài và huy động được các ngành, các cấp và đông đảo các tổ chức xã hội, cá nhân tham gia xây dựng và thực hiện các sáng kiến nâng cao sức khỏe trên toàn quốc. Đây cũng là mô hình Việt Nam có thể tham khảo và áp dụng trong tương lai để triển khai thành công các hoạt động phòng chống các BKLN, phòng chống tác hại của rượu bia và đồ uống có cồn.

2.2 Theo quy định của Luật Phòng, chống tác hại của thuốc lá, Việt Nam đã có Quỹ Phòng, chống tác hại của thuốc lá. Đến nay, trong Dự thảo Luật Phòng, chống tác hại của rượu, bia tiếp tục đề xuất thành lập Quỹ Nâng cao sức khỏe cộng đồng trên cơ sở Quỹ Phòng, chống tác hại của thuốc lá và huy động nguồn đóng góp bắt buộc của các cơ sở sản xuất, kinh doanh rượu bia và thuốc lá.

Ngoài việc hỗ trợ các hoạt động phòng, chống tác hại của rượu, bia, thuốc lá, Quỹ còn có thể tập trung vào dự phòng các yếu tố nguy cơ khác của bệnh không truyền nhiễm, các hoạt động nâng cao sức khỏe như truyền thông, tư vấn nâng cao sức khỏe, dinh dưỡng hợp lý, vệ sinh phòng bệnh, rèn luyện lối sống lành mạnh, phát huy vai trò của cộng đồng trong chăm sóc sức khỏe... góp phần phòng chống các BKLN đang ngày càng tăng như ung thư, tim mạch..., góp phần quan trọng để bảo vệ sức khỏe, tính mạng người dân, giảm chi phí y tế vốn ngày

càng tăng với nguồn kinh phí ổn định và không phụ thuộc vào ngân sách nhà nước<sup>11</sup>.

Việc thành lập Quỹ nâng cao sức khỏe cộng đồng là một bước phát triển hoàn thiện, theo lộ trình Quyết định số 244/QĐ-Ttg của Thủ tướng Chính phủ về Chính sách quốc gia phòng, chống tác hại của lạm dụng đồ uống có cồn đến năm 2020. Theo đó, quy định Bộ Y tế chủ trì, phối hợp với Bộ Tài chính và các cơ quan liên quan nghiên cứu trình Chính phủ đề xuất Quốc hội về việc thành lập Quỹ Nâng cao sức khỏe cộng đồng trên cơ sở lồng ghép với Quỹ Phòng, chống tác hại của thuốc lá; nghiên cứu, đề xuất quy định thu một khoản đóng góp từ hoạt động sản xuất, kinh doanh rượu, bia và đồ uống có cồn khác hoặc phương thức đóng góp phù hợp khác để hỗ trợ trực tiếp cho hoạt động nâng cao sức khỏe cộng đồng và phòng, chống tác hại của lạm dụng rượu, bia và đồ uống có cồn khác.

Để thực hiện thành công việc kiểm soát BKLN, cần có sự cam kết và vào cuộc của Chính phủ và đặc biệt, cần có nguồn tài chính bền vững cho hoạt động nâng cao sức khỏe, mà cụ thể là thành lập Quỹ Nâng cao sức khỏe hoạt động nhằm phục vụ lợi ích sức khỏe và xã hội của cộng đồng, huy động và tạo lập được một nguồn kinh phí ổn định cho công tác phòng, chống tác hại của thuốc lá, của rượu, bia và nâng cao sức khỏe cộng đồng của Việt Nam, bảo đảm sự tham gia của xã hội, phù hợp với quan điểm xã hội hóa y tế của Đảng và Nhà nước. Việc quy định nguồn hình thành Quỹ từ khoản đóng góp bắt buộc của người sử dụng rượu, bia, thuốc lá nhằm nâng cao ý thức trách nhiệm của người sử dụng rượu bia và thuốc lá đối với sức khỏe của bản thân và nhân dân, giúp họ nhận thức mạnh mẽ hơn những ảnh hưởng của việc sử dụng rượu, bia đối với bản thân và xã hội, từ đó có thể thay đổi hành vi, hạn chế, giảm dần hoặc không sử dụng rượu, bia ■

10 Vụ Pháp chế - Bộ Y tế, Báo cáo Đề án thành lập Quỹ Nâng cao sức khỏe cộng đồng, tại Hội nghị ngày 28/12/2016.

11 Bộ Y tế, Báo cáo đánh giá tác động chính sách phòng, chống tác hại của rượu, bia; tháng 12/2016.

# QUYỀN THỈNH NGUYỆN TRONG HIẾN PHÁP LIÊN BANG ĐỨC VÀ HIẾN PHÁP VIỆT NAM

**Lương Minh Tuấn\***

\* TS. Phó Tổng biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp.

---

**Thông tin bài viết:**

*Từ khoá:*

thỉnh nguyện, kiến nghị, khiếu nại

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài: 08/11/2016  
Biên tập: 05/01/2017  
Duyệt bài: 06/01/2017

**Article Information:**

*Keywords:* petition, complaint, claim.

*Article History:*

Received: 08 Nov. 2016  
Edited: 05 Jan. 2017  
Approved: 06 Jan. 2017

**Tóm tắt:**

Trong các nhà nước dân chủ, pháp quyền trên thế giới thì quyền thỉnh nguyện là một trong những quyền con người thường được ghi nhận trong Hiến pháp. Bài viết trình bày, phân tích quyền thỉnh nguyện trong Hiến pháp Liên bang Đức và Hiến pháp Việt Nam; đưa ra một số nhận xét và kiến nghị nhằm góp phần hoàn thiện pháp luật về quyền thỉnh nguyện ở Việt Nam.

**Abstract:**

In the state based on the principles of the rule of law and democracy around the world, the right to petition is one of the human rights generally recognized in the Constitution. The article analyzes the right to petition of the German Federal Constitution and the Constitution of Vietnam; makes recommendations for improving the law on the right to petition in Vietnam.

## 1. Quyền thỉnh nguyện trong Hiến pháp Liên bang Đức

Quyền thỉnh nguyện (Petitionsrecht) có vị trí đặc biệt trong số các quyền cơ bản được ghi nhận trong Hiến pháp liên bang. Quyền này có sự thay đổi rất lớn trong lịch

sử pháp luật Đức. Ngay trong chế độ quân chủ tuyệt đối (Absolute Monarchie), người dân cũng có quyền thỉnh nguyện lên vua chúa<sup>1</sup>. Từ thế kỷ thứ 19, ngoài thủ tục tố tụng bình thường, quyền thỉnh nguyện mang lại cho công dân khả năng đệ trình khiếu nại

---

1 Xem Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008, S. 356.



cũng như kiến nghị lên các cơ quan hành chính nhà nước hoặc các tổ chức được Nhà nước ủy quyền thực hiện nhiệm vụ hành chính cũng như các cơ quan đại diện của nhân dân (cơ quan dân cử). Về bản chất, quyền thỉnh nguyện trước hết là quyền tự do, tự vệ; theo đó, Nhà nước không được phép ngăn chặn thỉnh nguyện và cũng không được phép “trả thù” người đưa ra thỉnh nguyện<sup>2</sup>.

Theo quy định tại Điều 17 Hiến pháp liên bang (ban hành năm 1949 với 57 lần sửa đổi, bổ sung) thì “Mọi người có quyền làm đơn nhân danh cá nhân mình hoặc cùng với người khác làm đơn tập thể để kiến nghị hoặc khiếu nại lên cơ quan có thẩm quyền hoặc cơ quan đại biểu của nhân dân”. Đây là một quyền cơ bản được ghi nhận trong Hiến pháp liên bang và thường được gọi là quyền thỉnh nguyện<sup>3</sup>.

#### **Phạm vi bảo vệ của quyền thỉnh nguyện**

Điều 17 Hiến pháp liên bang quy định về quyền thỉnh nguyện với sự phân biệt giữa kiến nghị và khiếu nại. *Kiến nghị* thường được đưa ra nhằm làm thay đổi đường hướng chính trị, chính sách cụ thể, như việc kiến nghị yêu cầu có sự thay đổi pháp luật hoặc các quyết định chính trị. *Khiếu nại* đề cập đến những vi phạm pháp luật đã xảy ra trong quá khứ, suy cho cùng là hướng đến việc bảo vệ pháp luật và bổ sung cho hệ thống các công cụ bảo vệ pháp luật. Quan điểm đối lập hoặc khiếu nại chủ thể giám sát/khiếu nại cấp trên được bảo vệ bởi Điều 17 Hiến pháp liên bang.

Quyền thỉnh nguyện theo Hiến pháp liên bang là quyền của mọi người. Đơn thỉnh nguyện của tập thể các cá nhân cũng được bảo vệ bởi Điều 17 Hiến pháp liên bang. Việc thỉnh nguyện không đòi hỏi điều kiện rằng cá nhân người thỉnh nguyện bị kiện. Công dân cũng có thể sử dụng thỉnh nguyện để thực hiện sáng quyền của công dân. Đối với các thỉnh nguyện liên quan đến hoạt động công vụ của công chức nhà nước thì công chức phải tuân thủ thủ tục công vụ, nếu điều đó được quy định bởi các Luật Công chức<sup>4</sup>. Ở nhiều Bang của CHLB Đức (như Niedersachsen, Freistaat Sachsen...), quyền thỉnh nguyện bị hạn chế đối với pháp nhân theo pháp luật công, theo đó, nội dung yêu cầu của thỉnh nguyện nhìn chung không phải là đối tượng thuộc phạm vi thẩm quyền chuyên môn của pháp nhân này<sup>5</sup>.

Điều 17 Hiến pháp liên bang trước hết là bảo đảm quyền tự vệ của cá nhân. Không ai được phép ngăn cản người dân trình khiếu nại, kiến nghị bằng văn bản tới các cơ quan hành chính nhà nước có thẩm quyền (ở trung ương và địa phương), cũng như tới các cơ quan dân cử. Hơn nữa, Điều 17 Hiến pháp liên bang còn bảo đảm cho người thỉnh nguyện quyền thông tin về những vấn đề chính trị và pháp lý. Các cơ quan hành chính nhà nước và Quốc hội có nghĩa vụ tiếp nhận, nghiên cứu để biết và xử lý các thỉnh nguyện. Điều đó bảo đảm rằng, thỉnh nguyện không kết thúc là một “khiếu nại sọt rác” mà được kiểm tra và được giải quyết. Quyết định xử lý cũng phải chứa thông tin cho biết cách thức xử lý. Các thỉnh nguyện

2 Xem Zippelius/Würtenberger, Tltd, tr. 356.

3 Theo quy định tại Điều 227 Hiệp ước về cách thức làm việc của Liên minh châu Âu thì mỗi công dân của Liên minh châu Âu có thể thực hiện quyền thỉnh nguyện của mình, cụ thể là công dân có thể làm đơn thỉnh nguyện với tư cách cá nhân hoặc cùng với những người khác làm đơn tập thể gửi đến Nghị viện châu Âu bất cứ lúc nào. Hiệp ước cũng có quy định bảo đảm việc thực hiện quyền này cho các doanh nghiệp, tổ chức hoặc hiệp hội có trụ sở trong Liên minh châu Âu. Xem <http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/de/20150201PVL00037/Petitionen>.

4 Xem Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008, S. 357.

5 Xem <https://www.openpetition.de/blog/ratgeber/petitionsrecht/petitionsrecht-bundeslaender>.

có thể là tài liệu phải được xử lý, được chuyển tiếp cho Chính phủ liên bang để lưu ý, để cân nhắc. Nghĩa vụ giải trình về quyết định xử lý thỉnh nguyện tuy không được pháp luật hiến pháp quy định bắt buộc nhưng thường được rút ra từ các văn bản pháp luật đặc biệt<sup>6</sup>.

Phạm vi bảo vệ của quyền thỉnh nguyện được xác định dựa trên các điều kiện hợp pháp về mặt nội dung: Thỉnh nguyện là không hợp pháp và không được xử lý, nếu thỉnh nguyện đưa ra yêu cầu trái với các ràng buộc của Nhà nước pháp quyền, như yêu cầu trái với các quy định cấm của pháp luật. Tuy nhiên, điều đó không loại bỏ việc thỉnh nguyện nhằm xóa bỏ các quy định cấm của pháp luật hoặc xóa bỏ quy phạm của pháp luật hình sự. Các giới hạn của quyền thỉnh nguyện sẽ bị vượt qua, nếu thỉnh nguyện có nội dung xúc phạm hoặc đe dọa<sup>7</sup>. Ngoài ra, quyền thỉnh nguyện không phải là “quyền than vãn”. Về nguyên tắc, thỉnh nguyện về cùng một vụ việc không được trình lên một cơ quan nhiều lần<sup>8</sup>.

### *Giới hạn quyền thỉnh nguyện*

Điều 17 Hiến pháp liên bang không yêu cầu phải ban hành đạo luật để hạn chế quyền thỉnh nguyện. Chỉ đối với các thỉnh nguyện chung được hình thành trên cơ sở thu thập chữ ký của nhiều người<sup>9</sup> đang thuộc lực lượng quốc phòng hoặc đang lao động thay thế việc thực hiện nghĩa vụ quân sự, thì khoản 1 Điều 17a Hiến pháp liên bang quy định việc hạn chế quyền thỉnh nguyện (quyền đưa ra kiến nghị hoặc khiếu nại tập thể) của họ phải được điều chỉnh bởi luật<sup>10</sup>.

Ngoại trừ điều này, quyền thỉnh nguyện còn có các giới hạn nội tại trong Hiến pháp liên bang nhằm bảo vệ quyền cơ bản của người thứ ba cũng như các quy phạm xung đột của pháp luật hiến pháp<sup>11</sup>.

### *Thẩm quyền giải quyết*

Cơ quan hành chính nhà nước cũng như cơ quan dân cử có thể đưa ra quyết định xử lý thỉnh nguyện chỉ trong phạm vi thẩm quyền của mình. Nếu thỉnh nguyện được gửi đến Quốc hội liên bang mà việc giải quyết thỉnh nguyện này thuộc thẩm quyền của Chính phủ liên bang thì Quốc hội liên bang phải có trách nhiệm chuyển thỉnh nguyện đến Chính phủ liên bang và chỉ có thể tác động đến việc giải quyết thỉnh nguyện thông qua hình thức giám sát chung của Quốc hội<sup>12</sup>.

## 2. Quyền thỉnh nguyện trong Hiến pháp Việt Nam

Từ Cách mạng Tháng Tám năm 1945 đến nay, Nhà nước ta đã lần lượt ban hành 5 bản Hiến pháp (Hiến pháp năm 1946, 1959, 1980, 1992 và Hiến pháp năm 2013). Các bản Hiến pháp này tuy không nhắc đến quyền thỉnh nguyện, nhưng nội hàm của quyền này phần nào cũng đã được ghi nhận bởi các quy phạm hiến pháp về quyền khiếu nại, tố cáo và quyền kiến nghị.

### *Hiến pháp năm 1946*

Quyền thỉnh nguyện cũng như quyền khiếu nại, tố cáo không được ghi nhận trong Hiến pháp năm 1946.

Về quyền kiến nghị, Hiến pháp năm 1946 chỉ quy định trường hợp: “Nghị viện phải xét vấn đề bãi miễn một nghị viên khi

6 Xem câu 2 khoản 3 Điều 112 Nội quy Quốc hội liên bang Đức.

7 Xem phán quyết của Tòa án hiến pháp liên bang – BVerfGE 2, 225, 229.

8 Xem phán quyết của Tòa án hiến pháp liên bang – BVerfGE 2, 225, 231f.

9 Sammelpetitionen.

10 Xem khoản 4 Điều 1 WBO, khoản 3 Điều 41 ZDG.

11 Xem phán quyết của Tòa án Hiến pháp liên bang - BVerfGE 49, 24, 64f.

12 Xem Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008, S. 358.

nhận được đề nghị của một phần tư tổng số cử tri tỉnh hay thành phố đã bầu ra nghị viên đó”<sup>13</sup>. Điều đó có nghĩa là Hiến pháp năm 1946 gián tiếp quy định quyền kiến nghị (đề nghị) của cử tri về bãi miễn đại biểu Quốc hội.

### ***Hiến pháp năm 1959***

Lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến của Nhà nước ta, quyền khiếu nại, tố cáo được ghi nhận trong Hiến pháp năm 1959. Theo quy định tại Điều 29 Hiến pháp năm 1959 thì chủ thể của quyền khiếu nại, tố cáo là “Công dân nước Việt Nam dân chủ cộng hoà”; chủ thể có quyền tiếp nhận, xử lý khiếu nại, tố cáo là “bất cứ cơ quan nhà nước nào”; chủ thể bị khiếu nại, tố cáo về “những hành vi phạm pháp” là “nhân viên cơ quan nhà nước”; “Những việc khiếu nại và tố cáo phải được xét và giải quyết nhanh chóng”; “Người bị thiệt hại vì hành vi phạm pháp của nhân viên cơ quan nhà nước có quyền được bồi thường”. Vấn đề đáng lưu ý là quyền khiếu nại, tố cáo ở đây chỉ dành riêng cho công dân nước Việt Nam dân chủ cộng hoà (không phải là quyền của mọi người) và công dân khiếu nại, tố cáo với cơ quan nhà nước chỉ về những hành vi phạm pháp của nhân viên cơ quan nhà nước.

Về quyền kiến nghị, Hiến pháp năm 1959 không nhắc đến quyền này mà chỉ quy định: “Tất cả các cơ quan nhà nước đều phải... lắng nghe ý kiến... của nhân dân”<sup>14</sup>.

### ***Hiến pháp năm 1980***

Quyền khiếu nại, tố cáo của công dân được quy định trong Hiến pháp năm 1959 tiếp tục được kế thừa và phát triển trong Hiến pháp năm 1980. Theo quy định tại

Điều 73 Hiến pháp năm 1980, chủ thể của quyền khiếu nại, tố cáo là “Công dân” Việt Nam; chủ thể có quyền tiếp nhận, xử lý khiếu nại, tố cáo là “bất cứ cơ quan nào của Nhà nước”; chủ thể bị khiếu nại, tố cáo về những việc làm trái pháp luật là “cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội, đơn vị vũ trang nhân dân hoặc của bất cứ cá nhân nào thuộc các cơ quan, tổ chức và đơn vị đó”; “Các điều khiếu nại và tố cáo phải được xem xét và giải quyết nhanh chóng”; “Mọi hành động xâm phạm quyền lợi chính đáng của công dân phải được kịp thời sửa chữa và xử lý nghiêm minh”; “Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường”; “Nghiêm cấm việc trả thù người khiếu nại, tố cáo”. Điểm mới đáng lưu ý so với quy định của Hiến pháp năm 1959 về quyền khiếu nại, tố cáo là Hiến pháp năm 1980 đã mở rộng cho phép khiếu nại, tố cáo không chỉ hành vi phạm pháp của nhân viên nhà nước mà còn cả những việc làm trái pháp luật của cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội, đơn vị vũ trang nhân dân cũng như nhân viên của tổ chức xã hội; đồng thời cũng đã quy định “Nghiêm cấm việc trả thù người khiếu nại, tố cáo” nhằm bảo vệ người khiếu nại, tố cáo.

Về quyền kiến nghị, khác với Hiến pháp năm 1959, Hiến pháp năm 1980 không chỉ quy định “tất cả cơ quan nhà nước”, mà còn cả “nhân viên nhà nước” phải “lắng nghe ý kiến... của nhân dân”<sup>15</sup>; đại biểu Quốc hội/đại biểu Hội đồng nhân dân phải “trả lời những yêu cầu và kiến nghị của cử tri”<sup>16</sup>.

### ***Hiến pháp năm 1992***

Quyền khiếu nại, tố cáo trong Hiến pháp năm 1980 tiếp tục được kế thừa và phát

13 Điều thứ 41 Hiến pháp năm 1946.

14 Điều 6 Hiến pháp năm 1959.

15 Điều 8 Hiến pháp năm 1980.

16 Điều 94 và Điều 119 Hiến pháp năm 1980.

triển trong Hiến pháp năm 1992. Theo quy định tại Điều 74 Hiến pháp năm 1992 thì chủ thể của quyền khiếu nại, tố cáo vẫn là “Công dân” Việt Nam; chủ thể có quyền tiếp nhận, xử lý khiếu nại, tố cáo là “cơ quan nhà nước có thẩm quyền”; chủ thể bị khiếu nại, tố cáo về những việc làm trái pháp luật là “cơ quan nhà nước, tổ chức kinh tế, tổ chức xã hội, đơn vị vũ trang nhân dân hoặc bất cứ cá nhân nào”; “Việc khiếu nại, tố cáo phải được cơ quan nhà nước xem xét và giải quyết trong thời hạn pháp luật quy định”; “Mọi hành vi xâm phạm lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tập thể và của công dân phải được kịp thời xử lý nghiêm minh; “Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất và phục hồi danh dự”; “Nghiêm cấm việc trả thù người khiếu nại, tố cáo hoặc lợi dụng quyền khiếu nại, tố cáo để vu khống, vu cáo làm hại người khác”. Điểm mới đáng lưu ý so với quy định của Hiến pháp năm 1980 về quyền khiếu nại, tố cáo là Hiến pháp năm 1992 cho phép khiếu nại, tố cáo không chỉ về “những việc làm trái pháp luật của cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội, đơn vị vũ trang nhân dân hoặc của bất cứ cá nhân nào thuộc các cơ quan, tổ chức và đơn vị đó”, mà còn về cả “những việc làm trái pháp luật của tổ chức kinh tế hoặc bất cứ cá nhân nào”; quy định rõ “Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất và phục hồi danh dự” và quy định không chỉ “Nghiêm cấm việc trả thù người khiếu nại, tố cáo” để bảo vệ người tố cáo mà còn quy định nghiêm cấm việc “lợi dụng quyền khiếu nại, tố cáo để vu khống, vu cáo làm hại người khác” nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị khiếu nại, tố cáo.

Về quyền kiến nghị, Hiến pháp năm

1992 trên cơ sở kế thừa và phát triển các quy định của Hiến pháp năm 1980 về vấn đề này đã quy định “Các cơ quan nhà nước, cán bộ, viên chức nhà nước phải... lắng nghe ý kiến... của nhân dân”<sup>17</sup>, và đại biểu Quốc hội/đại biểu Hội đồng nhân dân trả lời yêu cầu, kiến nghị của cử tri<sup>18</sup>.

### *Hiến pháp năm 2013*

Hiến pháp năm 2013 tiếp tục kế thừa và phát triển các quy định về quyền khiếu nại, tố cáo trong các bản Hiến pháp trước đây. Theo quy định tại Điều 30 Hiến pháp năm 2013 thì chủ thể của quyền khiếu nại, tố cáo là “mọi người”; chủ thể có quyền tiếp nhận, xử lý khiếu nại, tố cáo là “cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền”; chủ thể bị khiếu nại, tố cáo về những việc làm trái pháp luật là “cơ quan, tổ chức, cá nhân”; “Cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền phải tiếp nhận, giải quyết khiếu nại, tố cáo. Người bị thiệt hại có quyền được bồi thường về vật chất, tinh thần và phục hồi danh dự theo quy định của pháp luật”; “Nghiêm cấm việc trả thù người khiếu nại, tố cáo hoặc lợi dụng quyền khiếu nại, tố cáo để vu khống, vu cáo làm hại người khác”. Quy định này cho thấy, điểm khác nhau cơ bản so với các bản Hiến pháp trước đây của Nhà nước ta là Hiến pháp năm 2013 đã quy định quyền khiếu nại, tố cáo không còn chỉ là “quyền của công dân” mà là “quyền của mọi người” nhằm góp phần đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng của nước ta.

Về quyền kiến nghị, Hiến pháp năm 2013 trên cơ sở kế thừa và phát triển các quy định của Hiến pháp năm 1992 về vấn đề này, đã quy định “Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức phải... lắng nghe ý kiến... của Nhân dân”<sup>19</sup> và đại biểu Quốc

17 Điều 8 Hiến pháp năm 1992.

18 Điều 97 và Điều 121 Hiến pháp năm 1992.

19 Khoản 2 Điều 8 Hiến pháp năm 2013.

hội/đại biểu Hội đồng nhân dân trả lời yêu cầu, kiến nghị của cử tri<sup>20</sup>. Tuy nhiên, giống như các bản Hiến pháp trước đây của nước ta, Hiến pháp năm 2013 chưa quy định đây là quyền con người, quyền công dân<sup>21</sup>.

Để cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp về quyền khiếu nại, tố cáo, Nhà nước ta đã lần lượt ban hành nhiều văn bản pháp luật như Pháp lệnh Quy định việc xét và giải quyết các khiếu tố, tố cáo của công dân năm 1981; Pháp lệnh Khiếu nại, tố cáo của công dân năm 1991; Luật Khiếu nại, tố cáo năm 1998 (đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2004, 2005); Luật Khiếu nại năm 2011<sup>22</sup>, Luật Tố cáo năm 2011<sup>23</sup>, và các văn bản hướng dẫn thi hành. Sự ra đời của các văn bản pháp luật về khiếu nại, tố cáo đã tạo điều kiện thuận lợi cho công dân thực hiện quyền khiếu nại, tố cáo, phát huy dân chủ, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, công dân. Tuy nhiên, Luật Khiếu nại năm 2011, Luật Tố cáo năm 2011 và các văn bản hướng dẫn thi hành hai văn bản này đã được ban hành trước khi Quốc hội ban hành Hiến pháp năm 2013 và do đó đã trở nên lạc hậu do không phù hợp với những nội dung mới của Hiến pháp năm 2013 trong lĩnh vực này.

Ngoài ra, như đã trình bày ở trên, Hiến pháp Việt Nam chưa quy định “quyền kiến nghị” là quyền con người, quyền công dân mà chỉ gián tiếp thừa nhận nhân dân “có quyền” đưa ra ý kiến, kiến nghị với cơ quan

nhà nước, và cử tri “có quyền” đưa ra yêu cầu, kiến nghị với đại biểu Quốc hội/đại biểu Hội đồng nhân dân. Cho đến nay, Nhà nước ta không có đạo luật riêng quy định cụ thể về quyền kiến nghị của nhân dân. Các quy định về việc nhân dân đưa ra ý kiến, kiến nghị với cơ quan nhà nước và cử tri đưa ra yêu cầu, kiến nghị với đại biểu Quốc hội/đại biểu Hội đồng nhân dân nằm rải rác trong nhiều văn bản quy phạm pháp luật như Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015, Nghị quyết số 1156/UBTVQH13 ngày 17/3/2016 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về nhiệm vụ, quyền hạn của Ban Dân nguyện, v.v..

### **3. Một số nhận xét và kiến nghị**

Qua trình bày, phân tích ở trên, chúng tôi có một số nhận xét và kiến nghị sau đây nhằm hoàn thiện pháp luật về quyền thỉnh nguyện ở Việt Nam như sau:

*1) Về các chức năng của quyền trình thỉnh nguyện đến Quốc hội trong Nhà nước dân chủ*

Trong trường hợp thỉnh nguyện được đưa ra nhằm theo đuổi mục tiêu chính trị chung như yêu cầu sửa đổi các đạo luật đã được ban hành hoặc ban hành các đạo luật mới, thì quyền thỉnh nguyện phục vụ việc tham gia hình thành ý chí chính trị (quyền thỉnh nguyện được xem là *quyền tham gia dân chủ của người dân*)<sup>24</sup>.

20 Khoản 2 Điều 79 và khoản 1 Điều 115 Hiến pháp năm 2013.

21 Chương II Hiến pháp năm 2013 không ghi nhận “quyền kiến nghị” của công dân hoặc “quyền kiến nghị” của mọi người.

22 Khoản 1 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011 giải thích “Khiếu nại là việc công dân, cơ quan, tổ chức hoặc cán bộ, công chức theo thủ tục do Luật này quy định, đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xem xét lại quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan hành chính nhà nước, của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước hoặc quyết định kỷ luật cán bộ, công chức khi có căn cứ cho rằng quyết định hoặc hành vi đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình”.

23 Khoản 1 Điều 2 Luật Tố cáo năm 2011 giải thích “Tố cáo là việc công dân theo thủ tục do Luật này quy định báo cho cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền biết về hành vi vi phạm pháp luật của bất cứ cơ quan, tổ chức, cá nhân nào gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan, tổ chức”.

24 Xem Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008, S. 356.

Các thỉnh nguyện là *nguồn thông tin* phục vụ Quốc hội để hoạt động của Quốc hội có thể phản ánh được nguyện vọng và đòi hỏi của nhân dân. Việc phản ánh này là yếu tố của Nhà nước dân chủ và của Học thuyết dân chủ. Việc tiếp nhận trịnh trọng và xử lý phản ánh của người dân được chứa đựng trong các thỉnh nguyện theo quy trình đã được pháp luật quy định, làm cho người dân gắn kết với Nhà nước và qua đó bảo đảm tính chính danh của Nhà nước (*Chức năng gắn kết và chức năng hợp thức hóa dân chủ của quyền thỉnh nguyện*)<sup>25</sup>.

2) *Về các nội dung của quyền thỉnh nguyện*

Ở CHLB Đức, như đã trình bày ở trên, Điều 17 Hiến pháp Liên bang Đức quy định về quyền thỉnh nguyện với sự phân biệt giữa kiến nghị và khiếu nại; quyền thỉnh nguyện được ghi nhận là quyền cơ bản của mọi người; đơn thỉnh nguyện của mỗi cá nhân hoặc đơn thỉnh nguyện tập thể của các cá nhân phải được thể hiện dưới hình thức văn bản. Chủ thể có thẩm quyền tiếp nhận, xử lý thỉnh nguyện là các cơ quan hành chính nhà nước có thẩm quyền và các cơ quan đại diện của nhân dân; trường hợp đơn thỉnh nguyện được gửi đến chủ thể không có thẩm quyền thì chủ thể này phải có nghĩa vụ chuyển đơn thỉnh nguyện này đến chủ thể có thẩm quyền. Ngoài ra, Hiến pháp liên bang có các quy định nhằm bảo đảm cho mọi người thực hiện quyền kiến nghị và khiếu nại của mình và đồng thời cũng bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của người bị khiếu nại.

Ở Việt Nam, Điều 30 Hiến pháp năm 2013 quy định quyền khiếu nại, tố cáo của mọi người trong Chương II quy định về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản

của công dân; chủ thể có quyền tiếp nhận, xử lý đơn khiếu nại, tố cáo là cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền; chủ thể bị khiếu nại, tố cáo là cơ quan, tổ chức, cá nhân có những việc làm trái pháp luật. Hiến pháp có các quy định nhằm bảo đảm cho mọi người thực hiện quyền khiếu nại, tố cáo của mình và đồng thời cũng bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của người bị khiếu nại, tố cáo.

Tuy nhiên, Hiến pháp Việt Nam không ghi nhận cụ thể quyền làm đơn thỉnh nguyện tập thể (đơn khiếu nại, tố cáo tập thể, kiến nghị tập thể) của các cá nhân. Điều này chưa tạo thuận lợi cho các cá nhân (người dân) phát huy vai trò, yếu tố “tập thể” trong việc thực hiện quyền thỉnh nguyện của mình mà vai trò, yếu tố “tập thể” này rất cần thiết trong việc hiện thực hóa mục tiêu xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân đã được ghi nhận tại khoản 1 Điều 2 Hiến pháp năm 2013.

Về quyền kiến nghị như đã trình bày ở trên, Hiến pháp năm 2013 có quy định: “Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức phải... lắng nghe ý kiến... của Nhân dân”<sup>26</sup> và đại biểu Quốc hội/đại biểu Hội đồng nhân dân có trách nhiệm trả lời “yêu cầu, kiến nghị” của cử tri<sup>27</sup>. Từ quy định này có thể nhận thấy, để “Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức” có thể lắng nghe được ý kiến, kiến nghị của nhân dân thì nhân dân phải có quyền đưa ra ý kiến, kiến nghị của mình với cơ quan nhà nước, và như vậy thì Hiến pháp năm 2013 đã gián tiếp thừa nhận quyền đưa ra ý kiến, kiến nghị của nhân dân. Tương tự, việc Hiến pháp năm 2013 quy định đại biểu Quốc

25 Xem Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., München 2008, S. 356.

26 Điều 8 Hiến pháp năm 1992.

27 Khoản 2 Điều 97 và khoản 1 Điều 115 Hiến pháp năm 2013.

hội/đại biểu Hội đồng nhân dân trả lời yêu cầu, kiến nghị của cử tri<sup>28</sup> là gián tiếp thừa nhận cử tri có quyền đề đạt “yêu cầu, kiến nghị” với đại biểu Quốc hội/đại biểu Hội đồng nhân dân. Đây là một trong những nội dung không thể thiếu trong Nhà nước của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân (Nhà nước dân chủ). Tuy nhiên, giống như các bản Hiến pháp trước đây của nước ta, Hiến pháp năm 2013 chưa quy định đây là quyền con người, quyền công dân<sup>29</sup>. Vì vậy, về phía các cơ quan nhà nước, nó chưa được tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm và đối xử giống như các quyền con người, quyền công dân; và về phía người dân thì nhìn chung chưa nhận thức đúng, hoặc chưa “mặn mà” trong việc chủ động đề đạt “ý kiến”, “yêu cầu”, “kiến nghị” của mình với các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nhằm góp phần xây dựng Nhà nước của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân.

Để khắc phục hạn chế này, chúng tôi kiến nghị: Trong khuôn khổ Hiến pháp năm 2013, cần phát huy hơn nữa vai trò của nhân dân trong việc đề đạt ý kiến, kiến nghị với “các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức” nói chung, cũng như với đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân nói riêng. Về lâu dài khi có điều kiện sửa đổi Hiến pháp năm 2013, cần xem xét bổ sung “quyền kiến nghị của mọi người” vào Chương II của Hiến pháp (Chương II quy định về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân) nhằm góp phần bảo đảm để nhân dân thực sự là chủ thể của quyền lực nhà nước trong việc xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền Việt Nam XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân.

Ngoài ra, như đã trình bày ở trên, Luật Khiếu nại năm 2011 cũng như Luật Tố cáo

năm 2011 đã được ban hành trước khi Quốc hội ban hành Hiến pháp năm 2013, và do đó đã trở nên lạc hậu do không phù hợp với những nội dung mới của Hiến pháp năm 2013 trong lĩnh vực này. Cụ thể là, Hiến pháp năm 2013 quy định quyền khiếu nại, tố cáo là *quyền của mọi người*, không còn là *quyền của công dân* như đã được quy định trong Hiến pháp năm 1992. Hơn nữa, theo quy định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 thì: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Vì vậy, cần phải sớm sửa đổi Luật Khiếu nại năm 2011, Luật Tố cáo năm 2011 nhằm cụ thể hóa quyền khiếu nại, tố cáo của mọi người theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013.

3) *Về quy trình, thủ tục xử lý thỉnh nguyện tại cơ quan thỉnh nguyện ở Quốc hội*

Ở CHLB Đức, theo khoản 1 Điều 45c Hiến pháp liên bang thì Quốc hội liên bang thành lập Ủy ban Thỉnh nguyện để xử lý các kiến nghị và khiếu nại được gửi đến Quốc hội liên bang theo Điều 17 Hiến pháp liên bang. Thẩm quyền của Ủy ban Thỉnh nguyện được quy định trong đạo luật được ban hành năm 1975 theo quy định tại khoản 2 Điều 45c Hiến pháp liên bang. Trong khi việc kiểm tra xử lý các kiến nghị được tiến hành phù hợp với các quyền chính trị chung của Quốc hội liên bang thì Ủy ban Thỉnh nguyện có quyền hạn rất lớn về giải thích vấn đề khi kiểm tra xử lý các khiếu nại. Ủy ban có quyền yêu cầu được xem tài liệu, cung cấp thông tin cũng như tiếp cận các cơ sở<sup>30</sup>, có thể nghe ý kiến người thỉnh nguyện,

28 Khoản 2 Điều 79 và khoản 1 Điều 115 Hiến pháp năm 2013.

29 Chương II Hiến pháp năm 2013 không ghi nhận “quyền kiến nghị” của công dân hoặc “quyền kiến nghị” của mọi người.

30 Điều 1 đạo Luật được ban hành theo Điều 45c Hiến pháp liên bang.

người làm chứng và các chuyên gia<sup>31</sup>, và có thể yêu cầu Tòa án cũng như cơ quan hành chính nhà nước hỗ trợ<sup>32</sup>. Hoạt động của Ủy ban Thỉnh nguyện được điều chỉnh tại các điều từ Điều 108 đến Điều 112 Nội quy Quốc hội liên bang, cũng như trong các nguyên tắc cơ bản của Ủy ban Thỉnh nguyện được rút ra dựa trên Điều 110 Nội quy Quốc hội liên bang về việc xử lý các kiến nghị và khiếu nại<sup>33</sup>. Thông thường hàng tháng, Quốc hội liên bang xem xét, quyết định về các nghị quyết khuyến nghị của Ủy ban Thỉnh nguyện được thiết lập dưới hình thức bộ sưu tập tổng quan.

Ở Việt Nam, Quốc hội thường họp mỗi năm hai kỳ và mỗi kỳ họp thường kéo dài khoảng trên một tháng. Vì vậy, Quốc hội phải thành lập Ủy ban Thường vụ Quốc hội là cơ quan thường trực của Quốc hội. Để tham mưu, giúp Ủy ban Thường vụ Quốc hội về công tác dân nguyện, Ủy ban Thường vụ Quốc hội đã thành lập Ban Dân nguyện. Điều 2 Nghị quyết số 1156/UBTVQH13 ngày 17/3/2016 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (Nghị quyết số 1156/UBTVQH13) quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của Ban Dân nguyện, theo đó Ban Dân nguyện có nhiệm vụ, quyền hạn: "...Giúp Ủy ban Thường vụ Quốc hội trong việc tổ chức tiếp nhận đơn, thư khiếu nại, tố cáo, kiến nghị, phản ánh của công dân gửi đến Quốc hội, Chủ tịch Quốc hội, Phó Chủ tịch Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Tổng thư ký Quốc hội, Văn phòng Quốc hội và Ban Dân nguyện để nghiên cứu; khi cần thiết, chuyển đơn, thư đến cơ quan, tổ chức, đơn vị, cá nhân có thẩm quyền giải quyết và

theo dõi, đôn đốc việc giải quyết, trả lời công dân. Tổng hợp, phân loại, chuyển ý kiến, kiến nghị của cử tri đến cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền giải quyết...".

Về vấn đề này, do sự khác biệt về tổ chức và hoạt động của Quốc hội Việt Nam so với Quốc hội Liên bang Đức, nên cơ quan thỉnh nguyện ở Quốc hội Việt Nam hiện nay (Ban Dân nguyện) là cơ quan thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội, không phải là cơ quan của Quốc hội như ở CHLB Đức (Ủy ban Thỉnh nguyện của Quốc hội liên bang), được giao nhiệm vụ tổ chức tiếp nhận đơn, thư khiếu nại, tố cáo, kiến nghị, phản ánh gửi đến Quốc hội. Vấn đề đáng lưu ý ở đây là: Hiến pháp Việt Nam năm 2013 quy định chủ thể "có quyền khiếu nại, tố cáo với cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân"<sup>34</sup> là *mọi người*; "Cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền phải tiếp nhận, giải quyết khiếu nại, tố cáo"<sup>35</sup> của *mọi người*; "Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức phải... lắng nghe ý kiến... của Nhân dân"<sup>36</sup>. Tuy nhiên, theo Nghị quyết số 1156/UBTVQH13 thì Ban Dân nguyện có nhiệm vụ, quyền hạn giúp "Ủy ban Thường vụ Quốc hội trong việc tổ chức tiếp nhận đơn, thư khiếu nại, tố cáo, kiến nghị, phản ánh" của *công dân* gửi đến Quốc hội, mà không phải là trong việc tổ chức tiếp nhận đơn, thư khiếu nại, tố cáo, kiến nghị, phản ánh của *mọi người* gửi đến Quốc hội. Đây là vấn đề cần được xem xét, làm rõ theo hướng bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật trên cơ sở bảo đảm tính tối cao của Hiến pháp Việt Nam năm 2013 ■

31 Điều 4 đạo Luật được ban hành theo Điều 45c Hiến pháp liên bang.

32 Điều 7 đạo Luật được ban hành theo Điều 45c Hiến pháp liên bang.

33 Trong trường hợp đơn thỉnh nguyện tập thể với trên 50.000 chữ ký được gửi đến Ủy ban Thỉnh nguyện của Quốc hội liên bang thì Ủy ban này phải tổ chức nghe và xử lý yêu cầu thỉnh nguyện với sự tham gia ý kiến của Ủy ban chuyên môn/chuyên gia. Xem <https://www.openpetition.de/blog/ratgeber/petitionsrecht/petitionsrecht-bundeslaender>.

34 Khoản 1 Điều 30 Hiến pháp năm 2013.

35 Khoản 1 Điều 30 Hiến pháp năm 2013.

36 Khoản 2 Điều 8 Hiến pháp năm 2013.