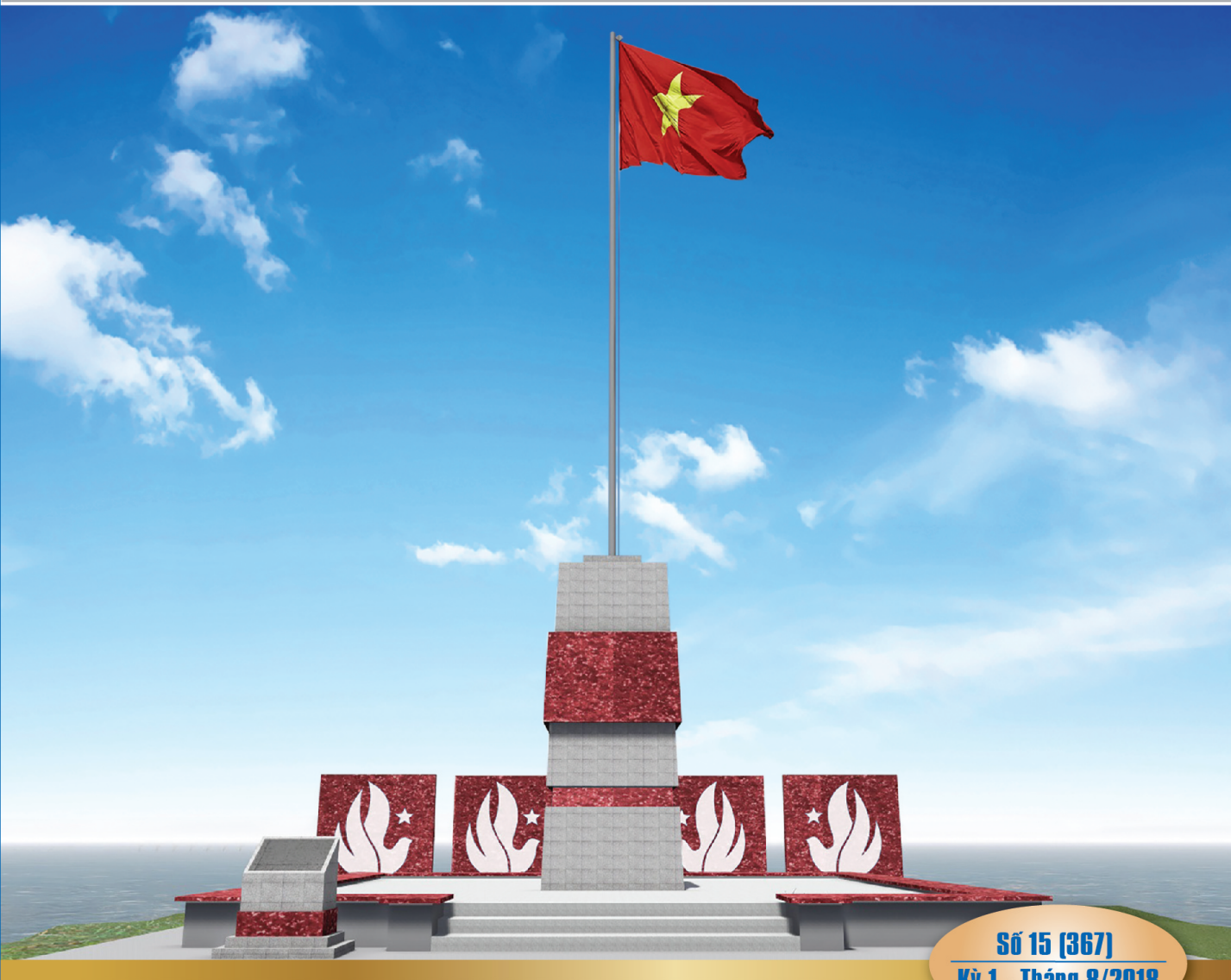


NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 15 (367)
Kỳ 1 - Tháng 8/2018

- ❖ QUYỀN ĐƯỢC TIẾP CẬN THÔNG TIN VÀ QUYỀN BẤT KHẢ XÂM PHẠM VỀ CUỘC SỐNG RIÊNG TƯ
- ❖ BÀN VỀ VIỆC THÀNH LẬP CƠ QUAN CHUYÊN TRÁCH PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG Ở NƯỚC TA
- ❖ THÔNG TIN TRÊN MẠNG VÀ HỆ THỐNG HÓA CÁC LOẠI HÌNH THÔNG TIN TRÊN MẠNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 15/2018

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Quyền được tiếp cận thông tin và quyền bất khả xâm phạm về cuộc sống riêng tư

PGS. TS. Nguyễn Ngọc Điện

- 10** Sự hình thành luật tập quán quốc tế trước bối cảnh thay đổi cơ bản

TS. Lê Thị Anh Đào

- 21** Chuẩn mực quốc tế về bảo vệ quyền an toàn tình dục của trẻ em và sự tương thích trong Bộ luật Hình sự

ThS. Vũ Thị Phương

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 27** Bàn về việc thành lập cơ quan chuyên trách phòng, chống tham nhũng ở nước ta

PGS. TS. Vũ Công Giao - ThS. Đỗ Thu Huyền

CHÍNH SÁCH

- 36** Vận dụng nguyên tắc công bằng trong pháp luật thuế tài sản

ThS. Phan Phương Nam

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 42** Thông tin trên mạng và hệ thống hóa các loại hình thông tin trên mạng

TS. Nguyễn Hoàng Thanh – ThS. Trần Thị Hoa

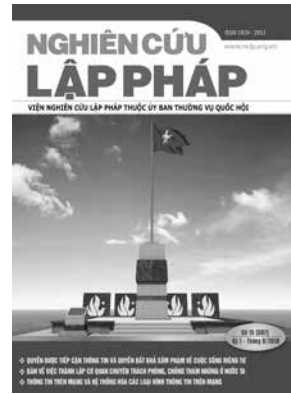
- 51** Một số bất cập của pháp luật về giá và đề xuất hoàn thiện

TS. Trần Vũ Hải – ThS. Đào Ánh Tuyết

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 59** Cơ chế các đảng phái chính trị, các tổ chức xã hội một số nước tham gia kiểm soát quyền lực và những nội dung Việt Nam có thể tham khảo

TS. Nguyễn Quang Anh



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

BÙI HUỖN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Cột cờ Tổ quốc tại huyện đảo Lý Sơn,
Quảng Ngãi

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

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

Legis No 15/2018

STATE AND LAW

- 3** Right of Access to Information and Right to Privacy
Prof. Dr. Nguyen Ngoc Dien
- 10** Formation of Customary International Law in Times of Fundamental Change.
Dr. Le Thi Anh Dao
- 21** International Standards for Protection of Right of Sexual Safety for Children and the Consistences in the Penal Code
LLM. Vu Thi Phuong

DISCUSSION OF BILLS

- 27** Discussions of Establishment of a Specialized Anti-Corruption Agency in Vietnam
Prof. Dr. Vu Cong Giao
LLM. Do Thu Huyen

POLICIES

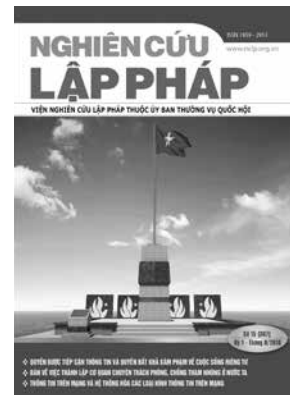
- 36** Adoption of the Fairness Principle to the Property Tax Law
LLM. Phan Phuong Nam

LEGAL PRACTICE

- 42** Network Information and Classification of Information on Network
Dr. Nguyen Hoang Thanh
LLM. Tran Thi Hoa
- 51** Limitations of Law on Price and Recommendations for Improvements
Dr. Tran Vu Hai
LLM. Dao Anh Tuyet

FOREIGN EXPERIENCE

- 59** The Mechanism of Political Parties, Social Organizations in Controlling Power of Foreign Countries and References for Vietnam.
Dr. Nguyen Quang Anh



EDITORIAL BOARD:

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

CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

BUI HUYEN

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19.500 VND

QUYỀN ĐƯỢC TIẾP CẬN THÔNG TIN VÀ QUYỀN BẤT KHẢ XÂM PHẠM VỀ CUỘC SỐNG RIÊNG TƯ

Nguyễn Ngọc Điện*

* PGS. TS. Viện sĩ Viện Hàn lâm khoa học hải ngoại (Pháp); GV. Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quyền tiếp cận thông tin về cuộc sống riêng tư, quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, xung đột về quyền

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/06/2018

Biên tập : 10/07/2018

Duyệt bài : 17/07/2018

Article Information:

Keywords: right of access to information, right to privacy, conflict of rights

Article History:

Received : 11 Jun 2018

Edited : 10 Jul. 2018

Approved : 17 Jul. 2018

Tóm tắt:

Việc thừa nhận cả quyền tiếp cận thông tin liên quan đến các chủ thể tư, đặc biệt là thông tin cá nhân và quyền bất khả xâm phạm về cuộc sống riêng tư trên bình diện quan hệ công tắt yếu dẫn đến sự xung đột giữa hai quyền này. Vấn đề đặt ra là làm thế nào giải quyết xung đột một cách thoả đáng đối với các chủ thể theo đuổi các lợi ích trái ngược nhau.

Abstract

The acknowledgement of both right of access to information related to private persons and right to privacy in the field of public law results obviously in the conflict between the two rights. The question to be raised is to know how to resolve this conflict in a reasonable manner.

1. Đặt vấn đề

Luật Tiếp cận thông tin (TCTT) năm 2016 được xây dựng trong khuôn khổ cụ thể hoá quyền TCTT (*right of access to information*) được xác lập trong Hiến pháp năm 2013 như một trong các quyền cơ bản

của con người, của công dân. Thông tin được đề cập trong văn bản luật bao gồm thông tin liên quan đến các thiết chế công cộng và thông tin liên quan đến các chủ thể tư, đặc biệt là thông tin cá nhân. Theo tinh thần của Luật TCTT thì công dân có quyền thu thập thông tin liên quan đến cá nhân công

dân khác trong những trường hợp được dự kiến và theo trình tự, thủ tục luật định. Tuy nhiên, cùng với quyền này, quyền bất khả xâm phạm về cuộc sống riêng tư cũng được hiến định tại Điều 21 Hiến pháp như là một trong các quyền cơ bản của con người, của công dân. Quyền bất khả xâm phạm về cuộc sống riêng tư được tái khẳng định tại Điều 38 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 như là một trong các quyền dân sự cơ bản. Ở các nước, quyền này còn được biết với tên gọi thông dụng hơn, là quyền riêng tư (*right to privacy*).

Cần nhấn mạnh rằng BLDS năm 2015 không đề cập đến quyền TCTT của chủ thể. Điều đó có nghĩa là quyền TCTT không phải là quyền dân sự. Nói cách khác, trong quan hệ giữa tư nhân và tư nhân, quyền TCTT không được thừa nhận cho chủ thể: không ai có quyền đòi hỏi người khác phải cung cấp thông tin cho mình ngoài ý muốn của người đó¹.

Rốt cuộc, quyền TCTT được ghi nhận và điều chỉnh bởi Luật TCTT chỉ là và chỉ có thể là quyền được xác lập trong quan hệ giữa người dân và nhà chức trách công². Tình huống dự kiến mang tính chất giả định cơ bản là nhà chức trách công, thông qua vai trò của cơ quan nhà nước, nắm giữ thông tin và người dân có nhu cầu nắm bắt thông tin được cơ quan nhà nước nắm giữ. Luật có những quy định điều chỉnh ứng xử của các bên trong các trường hợp đặc thù, nhằm

mục đích thoả mãn một cách hợp lý nhu cầu TCTT của người dân.

Cần lưu ý rằng, trong khi quyền TCTT không tồn tại trong cuộc sống dân sự, thì quyền bất khả xâm phạm về cuộc sống riêng tư lại được thừa nhận cả trong quan hệ giữa tư nhân và tư nhân, cũng như quan hệ giữa tư nhân và nhà chức trách công. Rõ hơn, không chỉ tư nhân có nghĩa vụ tôn trọng cuộc sống riêng tư của tư nhân khác mà Nhà nước cũng có nghĩa vụ đó. Với tư cách là người nắm quyền lực công và đảm nhận chức năng duy trì trật tự xã hội, nhà nước còn phải bảo đảm thông tin về cuộc sống riêng tư không bị thu thập trái phép, bị sử dụng trái phép gây thiệt hại cho chủ thể.

Việc thừa nhận cả quyền TCTT và quyền được tôn trọng đối với cuộc sống riêng tư trên bình diện quan hệ công tất yếu dẫn đến sự xung đột giữa hai quyền này. Vấn đề đặt ra đối với người làm luật khi xây dựng khung pháp lý cho hai quyền này là làm thế nào giải quyết xung đột một cách thoả đáng đối với các chủ thể theo đuổi các lợi ích trái ngược. Nói cách khác, luật phải được xây dựng như thế nào để, một mặt, đáp ứng nhu cầu của một chủ thể trong việc nắm bắt thông tin liên quan đến một tư nhân và, mặt khác, đảm bảo quyền của chủ thể tư nhân về việc giữ cho mình một cuộc sống riêng tư bình yên, không bị quấy nhiễu bởi sự tò mò của người khác.

1 Về mặt lý thuyết, có thể trường hợp hai bên xác lập một thoả thuận, theo đó một bên cam kết cung cấp cho bên kia tất cả các thông tin liên quan đến cuộc sống riêng tư của mình, một khi bên kia yêu cầu. Một thoả thuận như thế không có tính pháp lý và không thể được bắt buộc thực hiện bằng một bản án của toà án.

2 Việc xác định quyền TCTT chỉ tồn tại trong quan hệ công có ý nghĩa rất rõ nét trong trường hợp cần TCTT liên quan đến tài khoản ngân hàng. Với tư cách là một chủ thể tư nắm giữ thông tin về tài khoản của khách hàng, ngân hàng không có trách nhiệm và cũng không có quyền cung cấp thông tin liên quan cho bất kỳ chủ thể tư nào khác. Trái lại, nếu thông tin tài khoản tư nhân được cơ quan nhà nước nắm giữ một cách hợp lệ, thì trong khuôn khổ thực hiện chức năng của mình, cơ quan này có quyền cung cấp thông tin liên quan cho cả chủ thể công và chủ thể tư theo trình tự, thủ tục luật định, trừ trường hợp luật có quy định cấm rành mạch đối với việc cung cấp thông tin loại này.

2. Nguyên tắc của quyền tiếp cận thông tin

*Từ quyền tự do cơ bản đến quyền TCTT*³. Một khi con người được thừa nhận có quyền sống, quyền tự do và quyền mưu cầu hạnh phúc, thì việc thừa nhận quyền được biết cho con người là việc làm tất yếu tiếp theo, như một hệ quả logic.

Trong chừng mực nào đó, quyền được biết có thể được hiểu là quyền của chủ thể trong việc tìm hiểu nhằm nhận diện rõ ràng và chính xác không gian sống. Biết rõ khung cảnh chung quanh mình, đặc biệt là về những yếu tố tác động đến sự tồn tại của mình, chủ thể có điều kiện tổ chức cuộc sống một cách hợp lý. Đặc biệt, chủ thể có thể xác định cách ứng xử, giao tiếp với ngoại cảnh cho phù hợp, nhằm trước hết là để tự bảo vệ chống rủi ro, hiểm họa và tối hậu là thực hiện mục tiêu sống của mình.

Nguyên tắc tự do TCTT và ngoại lệ hạn chế TCTT⁴. Quyền TCTT được nhìn nhận như một quyền có ý nghĩa đặc biệt trong điều kiện không phải thông tin nào hữu ích cho chủ thể cũng được bộc lộ. Chủ thể nắm giữ thông tin có thể tự nguyện quảng bá rộng rãi và miễn phí các thông tin mình nắm giữ, nhưng cũng có thể chỉ cung cấp thông tin mỗi khi được yêu cầu hoặc, thậm chí từ chối cung cấp.

Nếu thừa nhận quyền TCTT, một trạng thái của quyền được biết trong điều kiện thông tin không được bộc lộ, là hệ quả tất yếu của quyền tự do của con người, của công dân, thì quyền TCTT mang tính nguyên tắc. Điều đó cũng có nghĩa là quyền không cho phép TCTT mang tính ngoại lệ.

Với tư cách là người đảm nhận chức năng bảo đảm tính có tổ chức của xã hội, nhà chức trách có nghĩa vụ tạo điều kiện thuận lợi nhất cho việc thực hiện quyền được biết của công dân trong khuôn khổ trật tự xã hội. Đặc biệt, môi trường giao tiếp xã hội trong mối quan hệ giữa nhà chức trách và công dân phải luôn có một giao diện minh bạch, vận hành trên cơ sở tôn trọng nghiêm ngặt luật chơi theo đó, “quyền được biết của công dân là nguyên tắc, quyền giữ bí mật của nhà chức trách là ngoại lệ”⁵.

Được thừa nhận trong khung cảnh nguyên tắc tự do TCTT, quyền bất khả xâm phạm về cuộc sống riêng tư, được hiểu là quyền đòi hỏi không để cho thông tin về cuộc sống riêng tư được tự do nắm bắt, khai thác cũng mang tính ngoại lệ. Tất cả các ngoại lệ đều phải được áp dụng một cách nghiêm ngặt trong phạm vi do luật xác định; không ai được tùy tiện mở rộng phạm vi đó, đặc biệt là bằng cách áp dụng tương tự pháp luật.

3 Tham khảo Anders Chydenius’ Legacy Today, The World’s First Freedom of Information Act, Kokkola, Phần Lan, 2006. Anders Chydenius’ Legacy Today là một quỹ nghiên cứu luật học phi lợi nhuận mang tên nhà chính trị Thiên chúa giáo Phần Lan cổ vũ cho tự do thông tin và tự do báo chí. Tập sách này được xuất bản dưới sự tài trợ của Quỹ nhân kỷ niệm 240 năm Vương quốc Thụy Điển ban hành luật TCTT đầu tiên của thế giới (1766). Phiên bản điện tử của tập sách này có thể được tải về miễn phí bằng cách truy cập trang web https://www.access-info.org/wp-content/uploads/worlds_first_foia.pdf.

Về tóm tắt quá trình phát triển quyền TCTT trên thế giới, như là một quyền chính trị - pháp lý: xem: History of Right of Access to Information, <https://www.access-info.org/uncategorized/10819> (truy cập ngày 16/05/2018). Tài liệu đáng chú ý về quyền được thông tin trong luật Việt Nam: Thái Thị Tuyết Dung, Quyền TCTT và quyền riêng tư ở Việt Nam và một số quốc gia, Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2012.

4 Tham khảo: B. McLachlin, Access to Information and Protection of Privacy in Canadian Democracy, thông điệp của Chánh án Tòa án tối cao Canada ngày 05/9/2009, <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2009-05-05-eng.aspx> (truy cập ngày 16/05/2018).

5 Nguyễn Ngọc Điện, Chủ thể quan hệ pháp luật dân sự, Nxb. Chính trị Quốc gia, 2010, tr. 148 và 149.

3. Nội dung quyền tiếp cận thông tin về cuộc sống riêng tư

3.1 Thông tin không được tiếp cận

Theo quy định của khoản 2 Điều 6 Luật TCTT, công dân không được TCTT mà nếu để tiếp cận sẽ gây nguy hại đến tính mạng, cuộc sống hoặc tài sản của người khác. Như vậy, có thể xếp các loại thông tin này thành ba nhóm sau:

- Loại thông tin mà việc tiếp cận có thể gây nguy hại cho tính mạng;
- Loại thông tin mà việc tiếp cận có thể gây nguy hại cho cuộc sống (lợi ích phi vật chất);
- Loại thông tin mà việc tiếp cận có thể gây nguy hại cho tài sản của người có liên quan.

Liên quan đến thông tin mà việc tiếp cận có thể gây nguy hại đến tính mạng của chủ thể, tình huống dự kiến là có một chủ thể đang muốn tước đoạt mạng sống của một người và đang tìm kiếm tung tích của người đó. Nếu chủ thể này là một tư nhân thì một mặt, cơ quan nắm giữ thông tin phải từ chối cung cấp thông tin được yêu cầu, mặt khác, chủ thể yêu cầu phải bị bắt giữ nếu đang ở trên phạm vi lãnh thổ do có hành vi chuẩn bị giết người. Vấn đề chỉ trở nên phức tạp trong trường hợp chủ thể yêu cầu cung cấp là nhà chức trách của một nước.

Có ý kiến cho rằng, thông tin về tài sản của một người cũng có thể là loại thông tin mà việc tiếp cận, trong một số trường hợp, có thể gây nguy hại đến tính mạng của chủ thể⁶. Nói nôm na, khi biết một người nào đó có nhiều của cải, thì bọn cướp có thể tập trung sự chú ý vào người đó và tìm cách xâm hại tính mạng người đó để chiếm đoạt tài sản. Chúng tôi không đồng tình với quan điểm này.

- Liên quan đến thông tin mà việc tiếp cận có thể gây nguy hại đến cuộc sống của chủ thể, trước hết, cần hiểu “cuộc sống” trong ngữ cảnh của điều luật là sự sinh hoạt, là tập hợp các quan hệ giao tiếp xã hội, chứ không phải là sự sống, sự tồn tại. Sự sống, sự tồn tại của chủ thể gắn với tính mạng và các thông tin liên quan đã được xếp vào một nhóm riêng. Trong điều kiện luật phân biệt “cuộc sống” và “tài sản” khi nói về đối tượng của hành vi xâm phạm, thì “cuộc sống” còn phải được hiểu là tập hợp các quan hệ giao tiếp phi tài sản.

Về mặt lý thuyết, các thông tin về tài sản của một người có thể bị khai thác làm ảnh hưởng xấu đến cuộc sống, được hiểu là các quan hệ phi tài sản, của người đó; nhưng trên thực tế, nỗi lo này không có cơ sở, như sẽ được phân tích ở phần sau. Nói cách khác, các thông tin mà việc tiếp cận có thể gây nguy hại đến cuộc sống của một người chỉ có thể là các thông tin về các quan hệ phi tài sản. Điều 7 Luật TCTT liệt kê một loạt các quan hệ phi tài sản của tư nhân mà việc TCTT liên quan được cho phép có điều kiện.

Vấn đề còn lại là hiểu như thế nào cho đúng về cái gọi là “nguy hại đến cuộc sống” của chủ thể một khi thông tin được tiếp cận. Trên thực tế, cơ quan nắm giữ thông tin có thể cung cấp thông tin theo yêu cầu của cơ quan, tổ chức chủ quản của người đó, nhưng từ chối cung cấp thông tin đối với người yêu cầu mà được cho là có mục đích sử dụng không rõ ràng. Thật ra, trong điều kiện quyền TCTT mang tính nguyên tắc và chưa có đủ bằng chứng thuyết phục về nguy cơ rành rành đối với cuộc sống của một người, nghĩa là đối với lợi ích chính đáng của người đó, thì việc cung cấp thông tin là nghĩa vụ của cơ quan nắm giữ thông tin.

- Trường hợp việc TCTT về tài sản

6 Xem <http://baodatviet.vn/chinh-tri-xa-hoi/tin-tuc-thoi-su/cong-khai-tai-san-tai-noi-cu-tru-nhan-dien-rui-ro-3342927/> (truy cập ngày 15/5/2018).

của một người có thể gây nguy hại cho tài sản của người đó.

Trong xã hội có tổ chức và thượng tôn luật pháp, tất cả mọi thành viên đều phải được hưởng sự suy đoán là những con người lương thiện, văn minh và biết ứng xử đúng mực. Về phương diện quan hệ sở hữu, mỗi thành viên đều phải được coi là người biết vun đắp tư hữu cho mình, đồng thời biết tôn trọng tư hữu của người khác. Và lại, mỗi người, với tư cách là chủ sở hữu tài sản, đều có quyền tự mình bảo vệ an toàn tài sản của mình, cũng như có quyền yêu cầu cơ quan công lực bảo vệ, mỗi khi tài sản bị xâm hại hoặc có nguy cơ rõ ràng bị xâm hại. Bên cạnh đó, pháp luật cần phải đặt nền tảng cho sự hình thành và phát triển một không gian mở về phương diện quan hệ tài sản, để mỗi người, với tư cách là chủ sở hữu, có điều kiện giao lưu, trao đổi với sự hiểu biết hỗ tương hợp lý và một cách thoải mái nhất có thể.

Ở các nước phát triển người ta bắt đầu các cuộc tranh cãi pháp lý với sự thắng thế của quan niệm, theo đó, các thông tin về tài sản của cá nhân là một phần của cuộc sống riêng và chỉ được bộc lộ nếu có sự đồng ý của đương sự. Tuy nhiên, theo thời gian, người ta hiểu ra rằng của cải không phải từ trên trời rơi xuống, mà do xã hội tạo ra từ lao động có tổ chức của con người; vậy thì không có lý do gì xã hội lại không có quyền biết nó đang ở đâu, trong tay ai.

Bước đầu, người ta cho phép công bố rộng rãi các thông tin về tài sản của những người nổi tiếng trong thế giới kinh doanh, coi đó như một trong những biện pháp minh bạch hoá đời sống kinh tế. Về sau, người ta thừa nhận thấy sự minh bạch, trong chừng mực không xung đột với các nguyên tắc tôn trọng sự sâu kín của đời tư, là cần thiết đối với tất cả các lĩnh vực của đời sống xã

hội, chứ không chỉ riêng trong lĩnh vực kinh doanh. Thế là pháp luật cho phép công bố, lưu hành công khai thông tin liên quan đến tài sản của tất cả mọi người.

Tuy nhiên, nếu việc công khai thông tin cá nhân về tài sản không bị coi là xâm phạm đời tư, thì việc khai thác các thông tin đó, nhằm thoả mãn sự tò mò của công chúng, chủ yếu vì mục đích thương mại, là hành vi không lương thiện: nó giúp một người làm giàu, trong khi người khác chẳng được gì ngoài sự phiền phức, đôi khi, còn bị tổn thương về tinh thần và cả vật chất. Những hành vi đó có thể bị chế tài.

Ở Việt Nam, thông tin về tài sản cá nhân là chuyện đời tư hay đời công là vấn đề cho đến nay vẫn chưa được giải quyết ngã ngũ trong pháp luật hiện hành⁷. Tuy nhiên, điều chắc chắn là nếu coi thông tin về tài sản là một phần của bí mật đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, thì các thông tin đó không bị cấm tiếp cận mà thuộc loại tiếp cận có điều kiện, được quy định tại Điều 7 Luật TCTT. Trong khi đó, Luật xác định việc cấm tiếp cận những thông tin có khả năng gây nguy hại đến tài sản của chủ thể, tại Điều 6. Điều đó có nghĩa là có những thông tin về tài sản còn mật hơn cả bí mật cá nhân, bí mật đời tư. Đó là loại thông tin gì?

Chắc chắn đó không phải là thông tin về các tài sản thuộc diện phải đăng ký như nhà, đất, ô tô, xe máy, tàu biển,... Việc đăng ký tài sản trong luật hiện hành có tác dụng công bố tình trạng pháp lý của tài sản cho toàn xã hội, bao gồm lai lịch chủ sở hữu.

Còn hai loại thông tin mà cơ quan nhà nước có thể nắm giữ. Đó là thông tin về tổng giá trị tài sản thuộc quyền sở hữu của một người và thông tin về các tài sản không phải đăng ký.

7 Xem: <http://plo.vn/thoi-su/chinh-tri/cong-khai-tai-san-quan-chuc-cho-toan-dan-la-vi-hien-498459.html> (truy cập ngày 14/5/2018).

Liên quan đến các tài sản không phải đăng ký, rất khó để hình dung trong hoàn cảnh nào các thông tin tài sản cần được giữ bí mật. Có chăng, đó là trường hợp tài sản được cất giấu ở một nơi nào đó không phải là không gian riêng tư, kiểu như kho báu trong chuyện cổ; bởi nếu tài sản được cất giấu ở nơi riêng tư, thì đã có quy định về bảo vệ bí mật đời sống riêng tư. Trong một tình huống khác, chủ thể chủ động cung cấp thông tin về mật mã tài khoản cá nhân cho cơ quan nhà nước. Việc cơ quan nhà nước có hay không có quyền chia sẻ thông tin này với người khác tùy thuộc vào thỏa thuận giữa chủ tài khoản và cơ quan nắm giữ thông tin; luật không can thiệp vào quan hệ này.

Liên quan đến thông tin về tổng giá trị tài sản của một người, có thể nói ngay rằng không ở một nước văn minh nào mà thông tin loại này được coi là thông tin mật. Thậm chí, những người giàu nhất còn được xếp hạng theo mức độ giàu có và bằng xếp hạng được công bố trên các phương tiện truyền thông. Trong khung cảnh luật thực định, khi đọc điều quy định cấm này, người ta có xu hướng nghĩ rằng người làm luật muốn đề cập chủ yếu đến vấn đề TCTT liên quan đến tài sản quan chức.

Như vậy, có thể nói rằng, quy định cấm tiếp cận đối với thông tin trong trường hợp việc tiếp cận có thể gây nguy hại cho tài sản của người khác tỏ ra là sự hạn chế thiếu thuyết phục đối với quyền TCTT của chủ thể, cần được gỡ bỏ.

3.2 Thông tin được tiếp cận có điều kiện

Điều 7 Luật TCTT quy định các thông tin được tiếp cận có điều kiện gồm: thông tin về bí mật kinh doanh, thông tin liên quan đến bí mật đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình.

Khoản 23 Điều 4 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi năm 2009) định nghĩa về bí mật kinh doanh như sau: “Bí mật kinh doanh là thông tin thu được từ hoạt động đầu tư tài chính, trí tuệ, chưa được bộc lộ và có khả năng sử dụng trong kinh doanh”.

Các khái niệm bí mật đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình được xây dựng trong khuôn khổ pháp luật dân sự. Tuy nhiên, BLDS năm 2015 không làm rõ các khái niệm này. Điều 38 BLDS năm 2015 chỉ nêu các khái niệm, sau đó có các quy định liên hệ đến thư tín, điện thoại, điện tín, cơ sở dữ liệu điện tử và các hình thức trao đổi. Điều chắc chắn là một khi đã được gọi là bí mật, là riêng tư, thì các thông tin ấy, về bản chất, không phải là những thông tin có xu hướng được bộc lộ cho công chúng⁸. Bản thân việc cơ quan nhà nước nắm giữ thông tin cũng phải xuất phát từ yêu cầu của công vụ, của lợi ích chung hoặc khi cần bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của người khác. Chẳng hạn khi xét tuyển dụng một người vào một cơ quan công quyền thuộc lĩnh vực an ninh quốc gia, người tuyển dụng có quyền yêu cầu ứng viên khai rõ về gia thế, về lịch sử của bản thân,... từ đó, cơ quan công quyền có điều kiện nắm giữ thông tin cá nhân mang tính bí mật.

Có thể thừa nhận các quan hệ giao tiếp trong khuôn khổ đời sống gia đình, không gian sống riêng tư (nhà riêng, phòng riêng), các mối quan hệ xã hội riêng tư (bè bạn, tình cảm), hồ sơ sức khỏe cá nhân,... là các yếu tố thuộc đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình. Trái lại, việc kết hôn, ly hôn, quá trình học tập của một người không thể coi là chuyện riêng tư, bởi bản thân những việc ấy diễn ra công khai tại nơi công cộng; kết quả giao dịch cũng được công bố rộng rãi (tổ chức hôn lễ, công bố bản án ly hôn, niêm yết kết quả học tập, thi cử,...).

8 Về các phân tích liên quan đến nội dung của quyền riêng tư theo học thuyết: xem Thái Thị Tuyết Dung, Quyền riêng tư trong thời đại công nghệ thông tin, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2012/07/02/quyen-ring-tu-trong-thoi-dai-cnghe-thng-tin/> (truy cập ngày 15/5/2018).

Tình huống dự kiến là cơ quan nhà nước đang nắm giữ các thông tin được liệt kê tại khoản 1 và 2 Điều 7 trên đây và có một chủ thể nào đó mong muốn thu thập thông tin liên quan. Luật đòi hỏi sự đồng ý của người mà thông tin đề cập đến như là nhân vật chính như là điều kiện để cơ quan nắm giữ thông tin cung cấp thông tin cho người có yêu cầu.

Với quy định như trên, trong trường hợp thông tin có liên quan đến người mất năng lực hành vi, thì việc cung cấp thông tin, trên nguyên tắc là không thể được, do người mất năng lực hành vi không có quyền tự mình giao dịch; người giám hộ, về phần mình, không được luật trao quyền thay mặt người giám hộ đồng ý về việc cung cấp thông tin. Trong trường hợp thông tin liên quan đến người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, thì việc cung cấp thông tin lệ thuộc vào năng lực hành vi của người này, được xác định bằng một quyết định của toà án: nếu toà án cho phép người này tự mình quyết định việc cung cấp thông tin, thì người này được quyền đồng ý để người khác TCTT.

Trong trường hợp người chưa thành niên, cần phân biệt người này còn hay không

còn ở độ tuổi trẻ em, tức là chưa đủ hay đủ 16 tuổi. Nếu đã đủ 16 tuổi, thì người chưa thành niên có quyền tự mình quyết định việc cung cấp thông tin cá nhân cho người khác (khoản 4, Điều 21 BLDS). Nếu chưa đủ 16 tuổi, nhưng đã đủ 7 tuổi, người chưa thành niên có quyền đồng ý hay không đồng ý để người đại diện theo pháp luật quyết định việc cung cấp thông tin cá nhân (khoản 11, Điều 6 Luật Trẻ em). Người đại diện theo pháp luật chỉ có quyền quyết định việc cung cấp thông tin mà không cần sự đồng ý của trẻ trong trường hợp trẻ chưa đủ 7 tuổi; nhưng việc đó phải được thực hiện vì lợi ích của trẻ (điểm c, khoản 1, Điều 58 BLDS).

Ngoài ra, khoản 2 Điều 7 Luật TCTT cũng quy định trường hợp cần thiết vì lợi ích công cộng, sức khỏe của cộng đồng, cơ quan nhà nước nắm giữ thông tin thuộc loại nói trên có thể cung cấp các thông tin ấy mà không cần sự đồng ý theo luật định. Tuy nhiên, việc cung cấp thông tin trong trường hợp này cần được sự cho phép của luật có liên quan. Điều đó có nghĩa là nếu luật có liên quan không cho phép, thì dù lợi ích công cộng là rõ ràng, việc cung cấp thông tin mà không có sự đồng ý cần thiết cũng không thể được thực hiện ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ luật Dân sự năm 2015
2. Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009
3. Luật TCTT năm 2016
4. Luật Trẻ em năm 2016
5. Nghị định số 13/2018/NĐ-CP ngày 23/01/2018 quy định chi tiết và biện pháp thi hành Luật TCTT.
6. Access Info Europe, *History of Right of Access to Information*, <https://www.access-info.org/uncategorized/10819> [truy cập ngày 16/05/2018].
Anders Chydenius' Legacy Today, *The World's First Freedom of Information Act*, Kokkola, Phần Lan, 2006. https://www.access-info.org/wp-content/uploads/worlds_first_foia.pdf. [truy cập ngày 16/05/2018].
- B. McLachlin, *Access to Information and Protection of Privacy in Canadian Democracy*, <https://www.scc-csc.ca/judges-juges/spe-dis/bm-2009-05-05-eng.aspx> [truy cập ngày 16/05/2018].
- G. Cornu, *Droit civil - Les personnes*, Montchrestien, Paris, 2007.
7. Nguyễn Ngọc Điện, *Chủ thể quan hệ pháp luật dân sự*, Nxb. Chính trị Quốc gia, 2010.
8. Thái Thị Tuyết Dung, *Quyền riêng tư trong thời đại công nghệ thông tin*, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2012/07/02/quyen-ring-tu-trong-thoi-dai-cng-nghe-thng-tin/> [truy cập ngày 16/05/2018].
9. Thái Thị Tuyết Dung, *Quyền TCTT và quyền riêng tư ở Việt Nam và một số quốc gia*, Nxb Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, 2012.

SỰ HÌNH THÀNH LUẬT TẬP QUÁN QUỐC TẾ TRƯỚC BỐI CẢNH THAY ĐỔI CƠ BẢN¹

Lê Thị Anh Đào*

* TS. Giảng viên Khoa Pháp luật quốc tế - Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: luật tập quán quốc tế; thực tiễn quốc gia; hình thành tập quán

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/07/2018

Biên tập : 23/07/2018

Duyệt bài : 30/07/2018

Tóm tắt:

Luật tập quán quốc tế bao gồm hai yếu tố cấu thành là thực tiễn chung giữa các quốc gia và sự thừa nhận quy tắc xử sự là luật (opinio juris). Trong một số trường hợp, bối cảnh thay đổi cơ bản có thể thúc đẩy nhanh sự hình thành luật tập quán quốc tế. Trong những trường hợp đó, nghị quyết Đại hội đồng Liên hiệp quốc (UN) và phán quyết của các cơ quan tài phán quốc tế thường đóng vai trò quan trọng.

Article Infomation:

Keywords: customary international law; national practices; formation of the customary practice

Article History:

Received : 13 Jul. 2018

Edited : 23 Jul. 2018

Approved : 30 Jul. 2018

Abstract

The customary international law consists of two constituent elements as the common practice among nations and the recognition of the rule of law as opinio juris. In some cases, the context of fundamental change can accelerate the formation of the customary international law. In those cases, the General Assembly Resolutions of the United Nations and the rulings of the international judges often play an important role.

Về mặt lịch sử, sự hình thành các quy tắc mới của luật tập quán quốc tế được xem như là một quá trình kéo dài hàng thập kỷ, thậm chí hàng thế kỷ. Khi

mới bắt đầu công việc của mình, Ủy ban Luật quốc tế (ILC) cũng đã yêu cầu rằng, để một quy tắc của luật tập quán xuất hiện thì thực tiễn quốc gia phải diễn ra “trong một

1 Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ Đề tài của Trường Đại học Luật Hà Nội, “Những vấn đề mới về nguồn của luật quốc tế” (2017).

khoảng thời gian dài đáng kể². Chính vì vậy, thuật ngữ “kết tinh” thường được Tòa án Công lý quốc tế của UN (ICJ) và các học giả sử dụng để ám chỉ việc hình thành các quy tắc luật tập quán quốc tế trên cơ sở sự phát triển chậm của các yếu tố cấu thành luật tập quán. Tuy nhiên, trong vụ *North Sea Continental Shelf*, ICJ lại có quan điểm rằng, đôi khi luật tập quán quốc tế có thể hình thành nhanh hơn nhiều³. Quan điểm của ICJ đã đặt ra các vấn đề cần phải được nghiên cứu và biện giải: Liệu luật tập quán quốc tế có thể nhanh chóng hình thành? Nếu câu trả lời là “có thể”, thì khi nào và với điều kiện nào?

Bài viết này trước tiên đánh giá cuộc tranh luận học thuật và phán quyết của cơ quan tài phán quốc tế liên quan đến bản chất và sự hình thành của luật tập quán quốc tế chung. Sau đó, bài viết tìm hiểu thực tiễn và kết luận rằng, bối cảnh thay đổi cơ bản có vai trò như một tác nhân làm tăng tốc, cho phép luật tập quán quốc tế hình thành nhanh hơn và với ít thực tiễn quốc gia hơn so với tốc độ bình thường mà người ta cho là cần phải có để hình thành luật tập quán. Trong những trường hợp đó, nghị quyết Đại hội đồng UN và phán quyết của các cơ quan tài phán quốc tế thường đóng vai trò quan trọng trong việc “kết tinh” quy tắc đang hình thành.

1. Quan điểm truyền thống về sự hình thành luật tập quán quốc tế

Điều 38 Quy chế của ICJ phản ánh quan điểm truyền thống về luật tập quán quốc tế bao gồm hai yếu tố cấu thành: (i) thực tiễn chung giữa các quốc gia (được gọi là “yếu tố vật chất”) và (ii) *opinio juris* (sự thừa nhận là luật, được gọi là “yếu tố tinh thần”). Các phán quyết của Pháp viện thường trực quốc tế (PCIJ) và ICJ đều thống nhất rằng, sự hình thành luật tập quán quốc tế đòi hỏi sự hiện diện của cả hai yếu tố trên⁴. Khi hai yếu tố đó xuất hiện, một quy tắc của luật tập quán quốc tế sẽ được coi là ràng buộc tất cả các quốc gia, ngoại trừ những quốc gia liên tục phản đối.

1.1 Yếu tố vật chất

Thực tiễn quốc gia là yếu tố vật chất cấu thành nên luật tập quán quốc tế. Thực tiễn quốc gia bao gồm hành động (kể cả tuyên bố, phát biểu của quốc gia) và không hành động (kể cả sự im lặng)⁵. Án lệ của cơ quan tài phán quốc tế có rất nhiều ví dụ về hành động bằng tuyên bố được coi là thực tiễn quốc gia⁶. Ví dụ, phản đối ngoại giao (hoặc không phản đối ngoại giao) thường được xem là cơ sở quan trọng để xác định liệu một quy tắc của luật tập quán đã được hình thành hoặc bị thay thế. Như vậy, để

2 Manley O. Hudson, Special Rapporteur on Article 24 of the Statute of the International Law Committee, Ways and Means for Making the Evidence of Customary International Law More Readily, xem tại: Year Book International Law Committee, U.N. Doc. A/CN.4/16 (Mar. 3, 1950).

3 *North Sea Continental Shelf* (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherland.), Merits, 1969 I.C.J. 3, at 71, 73–74.

4 *S.S. Lotus* (France. v. Turkey), Merits, 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10, at 18 (Sept. 7); *North Sea Continental Shelf*, 1969, id. at 77.

5 International Law Association, London Conference: Committee on Formation of custommay (general) international law25 (2000), p.13-14. <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/30>.

6 *S.S. Lotus*, 1927 P.C.I.J. at 23, 26–30; *Nottebohm Case* (Liechtenstein. v. Guatemala), 1955 I.C.J. 4, at 21–23 (Apr. 6); *Fisheries Jurisdiction* (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Merits, 1974 I.C.J. 3, at 24–26, at 55–58 (July 25); *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua* (Nicaragua. v. United State), Merits, 1986 I.C.J. 14, at 97–109, at 183–207 (June 27); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1996 I.C.J. 226, at 259–61, at 86, 88 (July 8); *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), 1997 I.C.J. 7, at 49–54, 83, 85 (Sept. 25).

đánh giá hành vi có liên quan của các quốc gia, chúng ta phải xem xét lời nói cũng như hành động và không hành động của quốc gia. Hiệp hội Luật quốc tế (ILA) cho rằng, cùng một hành vi có thể biểu hiện cả yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần của luật tập quán quốc tế⁷.

Thực tiễn quốc gia cũng bao gồm việc không hành động hoặc im lặng. Ví dụ, trong vụ *Nottebohm* (giai đoạn thứ hai), ICJ đưa ra phán quyết của mình dựa trên thực tế là một số quốc gia “không thực hiện bảo vệ lợi ích của một người đã nhập quốc tịch của quốc gia bởi vì sau khi nhập quốc tịch, trên thực tế người này đã vắng mặt kéo dài và không có các mối liên hệ... với đất nước danh nghĩa của người đó”⁸.

Để hình thành quy tắc của luật tập quán quốc tế, thực tiễn quốc gia phải lặp đi lặp lại trong khoảng thời gian nhất định, đủ để nó trở nên nhất quán và phổ biến rộng rãi⁹. Mặc dù ICJ đã nói về “việc sử dụng liên tục và thống nhất” như tiêu chuẩn để xác định một quy tắc của luật tập quán¹⁰ nhưng Tòa cũng nêu rõ rằng sự hoàn toàn nhất quán là không bắt buộc. Trong vụ *Fisheries Jurisdiction*, Tòa nhấn mạnh rằng: “một số ít sự không chắc chắn hoặc mâu thuẫn trong thực tiễn quốc gia thì không quá quan trọng”¹¹. Tòa xác định rằng, mặc dù các tuyên bố yêu sách vùng đặc quyền kinh tế là không đồng nhất nhưng chúng đã đủ tương tự để Tòa phán quyết trong vụ *Continental Shelf* (Tunisia/

Libya; Libya/Malta) rằng vùng đặc quyền kinh tế đã trở thành một phần của luật tập quán quốc tế¹². Trong vụ *Nicaragua* năm 1986, “Tòa không cho rằng để một quy tắc trở thành luật tập quán, thực tiễn quốc gia phải là sự tuân thủ hoàn toàn chặt chẽ với quy tắc. Để suy luận sự tồn tại của các quy tắc tập quán thì nhìn chung, hành vi của các quốc gia phải phù hợp với những quy tắc như vậy”¹³.

ICJ cũng đã nói về yêu cầu thực tiễn “rộng rãi”, đồng thời chỉ ra rằng, thực tiễn quan trọng nhất là “các quốc gia có lợi ích đặc biệt bị ảnh hưởng”¹⁴. Điều này có nghĩa là, sự tồn tại của một quy tắc luật tập quán quốc tế không chỉ đơn thuần là số lượng thực tiễn quốc gia, trái lại có một khía cạnh định tính quan trọng đối với thực tiễn đó. Nói cách khác, luật tập quán quốc tế có thể hình thành từ thực tiễn có tính đại diện, miễn là bao gồm thực tiễn các quốc gia mà lợi ích của họ đặc biệt bị ảnh hưởng. Ví dụ, trong vụ *Continental Shelf* (Libya/Malta), Tòa đã xác định rằng: sau khi một số đáng kể các cường quốc hàng hải tuyên bố yêu sách vùng đặc quyền kinh tế, “vùng đặc quyền kinh tế đã chín muồi thành một quy tắc luật tập quán quốc tế, mặc dù thực tế là đa số các quốc gia ven biển đủ điều kiện vẫn chưa tuyên bố một vùng đặc quyền kinh tế”¹⁵. Tương tự, trong vụ *Frontier Dispute* (Burkina Faso/Mali), Tòa cho rằng, *Uti possidetis* là một quy tắc của luật tập quán quốc tế chung, mặc dù vào thời điểm đó nguyên tắc chỉ được ủng hộ

7 International Law Association, id, p.7.

8 Nottebohm Case, 1955, id. at 22.

9 Fisheries (U.K. v. Nor., 1951 I.C.J. Rep. 116 (18 Dec.); North Sea Continental Shelf Case, 1969, id. at 43;

10 Asylum Case (Colombia v. Peru), 1950 I.C.J. 266, at 276 (Nov. 20).

11 Fisheries Jurisdiction, 1951, id, at 138.

12 Continental Shelf (Tunis/Libya), 1982 I.C.J. 18, at 74, at 100 (Feb. 24); Continental Shelf (Libya/Malta), 1985 I.C.J. 13, at 33, at 34 (June 3).

13 Nicaragua Case, 1986, id. at 98, at 186.

14 North Sea Continental Shelf, 1969, id. at 43, at 74.

15 Continental Shelf, 1985, id. at 13.

trong thực tiễn của các quốc gia là thuộc địa của Tây Ban Nha ở Mỹ La tinh và châu Phi¹⁶.

Phản ánh bản chất tự nguyện của luật quốc tế, nếu một quốc gia bày tỏ sự phản đối của mình đối với một thực tiễn trước khi nó phát triển thành một quy tắc của luật tập quán quốc tế thì quốc gia đó không chịu sự ràng buộc với quy tắc mới hình thành. ICJ công nhận quy tắc liên tục phản đối trong *Asylum Case* khi Tòa tuyên bố, “thậm chí, ngay cả khi có thể giả định rằng một tập quán như vậy đã tồn tại chỉ giữa các quốc gia Mỹ La tinh thì cũng không thể được viện dẫn nó để chống lại Peru - quốc gia đã không bày tỏ thái độ chấp nhận quy tắc mà ngược lại, Peru đã bác bỏ nó”¹⁷. Tòa cũng đã áp dụng quy tắc liên tục phản đối trong vụ *Fisheries Jurisdiction* để bác bỏ lập luận của Vương quốc Anh rằng luật tập quán quốc tế đã giới hạn chiều dài đường đóng ở các cửa vịnh là mười dặm. Tòa tuyên bố, “trong bất kỳ trường hợp nào, quy tắc mười dặm có vẻ như là không thích hợp với Nauy vì Nauy luôn phản đối bất kỳ nỗ lực nào áp dụng nó với bờ biển Nauy”¹⁸.

Tuy nhiên, nếu một quốc gia không đưa ra phản đối vào thời điểm quy tắc chung đang hình thành thì quốc gia đó vẫn có thể bị ràng buộc với quy tắc, dù có những biểu thị phản đối sau này¹⁹. Ngoài ra, quy tắc phản đối liên tục không áp dụng cho các quy phạm mệnh lệnh bắt buộc chung (*ius cogens*). Như vậy, quy tắc phản đối liên tục vừa đảm bảo sự phát triển của luật tập quán quốc tế vừa đảm bảo tính thống nhất của luật quốc tế chung.

1.2 Yếu tố tinh thần

Mục đích của việc xác định yếu tố tinh thần (*opinio juris*) là để phân biệt các hành vi mà có thể dẫn đến nảy sinh các quy tắc của luật tập quán quốc tế với các hành vi mà không có khả năng như vậy. Yếu tố tinh thần là cần thiết để hình thành luật tập quán quốc tế, bởi vì thực tiễn quốc gia thường có khả năng được giải thích theo nhiều cách khác nhau. Việc xác định yếu tố tinh thần là đặc biệt quan trọng trong trường hợp các hành động (hoặc không hành động) của quốc gia không thể hiện rõ ràng ý định chủ quan của quốc gia. Chẳng hạn, trong vụ *S.S. Lotus*, Pháp lập luận rằng “trong trường hợp đâm va trên biển quốc tế, không có vụ truy tố nào được thực hiện bởi quốc gia khác với quốc gia mà tàu mang cờ... Đó chính là bằng chứng cho thấy luật pháp quốc tế không công nhận “quyền tài phán do bị ảnh hưởng”²⁰. PCIJ không đồng ý với lập luận này, bởi vì không có bằng chứng về một “ý thức có nghĩa vụ không thực hiện” việc truy tố thủy thủ của các tàu đăng ký nước ngoài vì đã gây ra những thiệt hại đối với tàu đăng ký quốc tịch của quốc gia. Việc không có các vụ truy tố như vậy có thể là do thiếu quan tâm hoặc thiếu cơ quan luật pháp trong nước chứ không phải do có một niềm tin rằng việc truy tố như vậy là vi phạm luật tập quán quốc tế.

Về mối quan hệ giữa yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần, Giáo sư luật Frederic Kirgis gợi ý rằng, có một mối quan hệ “tỷ lệ nghịch” giữa số lượng thực tiễn và bằng chứng về sự thừa nhận một quy tắc xử sự luật tập quán quốc tế. Số lượng thực tiễn phù hợp càng lớn thì sự cần thiết về bằng chứng

16 Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali), 1986 I.C.J. 554, at 564–65, at 19–20.

17 Asylum Case, 1950, id. at 276.

18 Fisheries Jurisdiction, 1951, id. at 116, at 131.

19 ILA, London Conference: Committee on the formation of customary (general) international law, id, at 27.

20 S.S. Lotus, 1927 P.C.I.J. at 28.

của yếu tố tinh thần càng ít hơn²¹. Quan điểm này còn có điểm chưa hợp lý bởi vì nó có xu hướng nhấn mạnh quá mức một yếu tố cấu thành luật tập quán và có khả năng biện minh cho quan điểm luật tập quán quốc tế được hình thành ngay lập tức và chỉ dựa trên các nghị quyết của Đại hội đồng UN được nhất trí thông qua.

2. Cách tiếp cận mới về sự hình thành luật tập quán quốc tế

2.1 Một số thực tiễn về sự hình thành nhanh luật tập quán quốc tế

** Hiến chương và phán quyết của Tòa Nuremberg*

Đối với luật quốc gia và điều ước quốc tế, dựa trên trình tự thủ tục ban hành hoặc ký kết mà người ta có thể xác định được chính xác thời điểm văn bản đó có hiệu lực pháp lý. Như đã thảo luận ở trên, không có công thức thống nhất để xác định chính xác cần có bao nhiêu quốc gia và bao nhiêu thời gian để hình thành một quy tắc của luật tập quán quốc tế. Tuy nhiên, đôi khi cơ quan tài phán cần xác định dứt khoát hơn khi nào một quy tắc đang hình thành đã đủ “chín” để trở thành luật tập quán quốc tế. Sự xác định của Tòa án Cam-pu-chia (ECCC)²² về vấn đề liệu vào thời điểm năm 1975, trách nhiệm hình sự kép đã tồn tại như một quy tắc của luật tập quán quốc tế hay chưa là một ví dụ minh họa.

Sau Chiến tranh thế giới lần II, các nước đồng minh quyết định thành lập Tòa án Nuremberg để xét xử 185 tên phát xít Đức với tổng cộng 13 phiên tòa. Trước vụ

xét xử của Tòa Nuremberg, những gì mà một quốc gia làm với chính công dân của mình trong phạm vi biên giới quốc gia là công việc riêng của quốc gia. Phán quyết của Tòa Nuremberg đã thay đổi một cách cơ bản quan niệm đó. Luật pháp quốc tế bảo vệ các cá nhân công dân trước sự lạm dụng quyền lực của các chính phủ và áp đặt trách nhiệm cá nhân lên các quan chức chính phủ - những người phạm tội ác chiến tranh, diệt chủng và tội ác chống lại nhân loại.

Theo nguyên tắc pháp luật quốc tế về cấm hồi tố, Tòa án Cam-pu-chia chỉ có thể áp dụng luật nội dung và các hình thức trách nhiệm pháp lý mà đã tồn tại như một phần của tập quán luật quốc tế vào thời điểm năm 1975 trở về trước. Luật sư của các bị cáo Khmer Đỏ cho rằng, thực tiễn Tòa Nuremberg và các tòa sau đó chưa đủ để tạo thành thực tiễn quốc gia rộng rãi và chưa có “yếu tố tinh thần” cần thiết để trách nhiệm hình sự kép trở thành một quy tắc của luật tập quán quốc tế vào thời điểm năm 1975.

Tuy nhiên, bất kể không có nhiều thực tiễn quốc gia, Tòa án Cam-pu-chia đã thấy rằng, trách nhiệm hình sự kép có thể áp dụng với các vụ xét xử dựa trên tiền lệ của Tòa Nuremberg và sự chứng thực của Đại hội đồng UN về các nguyên tắc Nuremberg²³.

Theo Tòa, một trong những hành động đầu tiên của UN khi vừa mới thành lập là Đại hội đồng đã nhất trí thông qua Nghị quyết 95 (I) ngày 11/12/1946, trong đó “*khẳng định các nguyên tắc của luật quốc tế* được ghi nhận bởi Hiến chương Nuremberg và các phán quyết của Tòa...”²⁴. Nghị quyết

21 Frederic. L. Kirgis, Jr., Custom on a Sliding Scale, 81 American Journal International Law. 146, 149 (1987)

22 ECCC là tòa án đặc biệt tại Campuchia, được Liên hiệp quốc bảo trợ, thành lập từ năm 2006 với mục đích tìm lại công lý cho các nạn nhân dưới chế độ Khmer Đỏ (1975 - 1979) tại Campuchia.

23 Decision on the Appeals Against the Co-Investigative Judges' Order on Joint Criminal Enterprise (JCE), Ieng et al. (002/10-09-2007- ECCC/TC), Trial Chamber, 17 June, 2011.

24 General Assembly Resolution 95(I), U.N. GAOR, 1st Sess., U.N. Doc A/236, pt. 2, at 1144, (Dec. 11, 1946), tại [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/95\(I\)&Lang=E&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/95(I)&Lang=E&Area=RESOLUTION)

này của Đại hội đồng có tất cả các đặc điểm của một nghị quyết có giá trị như là một tuyên bố về luật tập quán quốc tế. Cụ thể, Nghị quyết 95 (I) đã xác nhận Hiến chương Nuremberg ghi nhận các nguyên tắc pháp lý quốc tế và giải quyết các vấn đề pháp lý cố hữu. Nghị quyết được thông qua trên cơ sở bỏ phiếu nhất trí và không quốc gia nào trong số các thành viên Đại hội đồng UN bày tỏ quan điểm rằng Nghị quyết 95 (I) chỉ là một tuyên bố chính trị.

Mặc dù, trong thời gian ba năm, Tòa Nuremberg chỉ xét xử khoảng hơn một chục vụ việc, nhưng ICJ²⁵, Tòa án hình sự quốc tế về Nam Tư (cũ)²⁶, Tòa án châu Âu về quyền con người²⁷ và một số tòa án trong nước²⁸ đã trích dẫn Nghị quyết 95 (I) của Đại hội đồng như là một tuyên bố có hiệu lực về luật tập quán quốc tế. ILC cũng thừa nhận rằng Hiến chương và phán quyết của Tòa Nuremberg đã thiết lập hình mẫu quốc tế về trách nhiệm hình sự cá nhân. Tòa Nuremberg là “nền tảng của luật hình sự quốc tế” và “di sản lâu dài của Hiến chương và phán quyết của Tòa án Nuremberg”²⁹.

Hiến chương và phán quyết của Tòa án Nuremberg cũng là hình mẫu về bối cảnh đầy nhanh quá trình hình thành luật tập quán quốc tế. Từ quan điểm thông thường về sự hình thành luật tập quán quốc tế, số lượng thực tiễn quốc gia còn khá hạn chế (chỉ bao gồm việc đàm phán Hiến chương Nuremberg của 4 quốc gia, sự gia nhập Hiến

chương của 19 quốc gia khác), phán quyết của Tòa Nuremberg và một nghị quyết sau đó của Đại hội đồng UN đã xác nhận (mặc dù không liệt kê) nguyên tắc của Tòa. Hơn nữa, khoảng thời gian từ khi kết thúc chiến tranh tới sự xác nhận của Đại hội đồng về các nguyên tắc Nuremberg chỉ là một năm. Có thể ví khoảng thời gian đó chỉ như “một giọt trong thùng” so với lượng thời gian thường được tính đến để “kết tinh” luật tập quán quốc tế. Tuy nhiên, bất kể thực tiễn quốc gia có hạn và thời gian rất ngắn, ICJ, Tòa án nhân quyền châu Âu và bốn tòa án hình sự quốc tế đã xác nhận rằng Hiến chương và phán quyết của Tòa Nuremberg ngay lập tức đã “chín muồi” thành luật tập quán quốc tế. Hiến chương và phán quyết của Tòa Nuremberg đã đánh dấu một sự thay đổi cơ bản đối với hệ thống quốc tế đến mức mà một quy tắc mới của luật tập quán quốc tế có thể nảy sinh với tốc độ ngoại lệ.

Hiến chương và phán quyết của Tòa Nuremberg đã phản ánh một giải pháp mới đối với sự tàn bạo chưa từng thấy trước bởi cảnh cuộc chiến tranh tàn phá nhất trong lịch sử. Ngoài vụ xét xử của Tòa Nuremberg, các quốc gia cũng có nhu cầu lớn về việc thực hiện phổ quát các nguyên tắc Nuremberg. Tuy nhiên, vào đêm trước của Chiến tranh lạnh, rõ ràng là một công ước đa phương được phê duyệt rộng rãi sẽ không phải là một giải pháp trước mắt có thể thực hiện được. Trên thực tế, cộng đồng quốc tế phải mất nửa thế kỷ mới có thể ký kết một điều ước

25 Legal Consequences of the Construction of a Wall in Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, 2004 I.C.J. 136, 172 (July 9).
 26 Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-I, Opinion and Judgment, Trial Chamber, at 623 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia May 7, 1997); Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-I, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, at 141 (International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Oct. 2, 1995).
 27 Kolk and Kislyiy v. Estonia, App. No. 23052/04, 24018/04, Decision on Admissibility, Eur. Ct. H.R. (Jan. 17, 2006).
 28 R. v. Finta, [1994], 1 Supreme Court of Canada, at. 701; Prosecutor v. Ivica Vrdoljak, Court of Bosnia and Herzegovina, 10 July 2008.
 29 Report of the International Law Committee on the Work of its Forty-Eighth Session, 51st Sess., May 6–July 26, 1996, U.N. Doc. A/51/10; GAOR, 51st Sess., Supp. No. 10 (1996).

được phê chuẩn rộng rãi nhằm chuyển hóa mô hình Tòa Nuremberg trở thành một Tòa án hình sự quốc tế thường trực. Bối cảnh sự thay đổi cơ bản này và nhu cầu rất lớn về một phản ứng kịp thời là cơ sở giải thích làm thế nào Hiến chương và phán quyết của Tòa Nuremberg có thể được chấp nhận như là luật tập quán quốc tế một cách nhanh chóng và phổ quát đến như vậy.

**Một số hoàn cảnh khác đẩy nhanh quá trình hình thành luật tập quán quốc tế*

Năm 1945, Tổng thống Truman tuyên bố rằng, các nguồn tài nguyên ở thềm lục địa ngoài khơi bờ biển nước Mỹ là thuộc về Mỹ. Tuyên bố này thể hiện một sự chuyển hướng quan trọng trong luật quốc tế hiện hành về biển. Tuyên bố Truman được thúc đẩy bởi sự phát triển của công nghệ khai thác khí đốt ngoài khơi và nhu cầu mạnh mẽ sau chiến tranh đối với các nguồn tài nguyên dầu mỏ, khí đốt. Bất kể có sự thay đổi sâu rộng mà nó đề cập, Tuyên bố Truman đã không bị phản đối. Trong vòng năm năm, một nửa các quốc gia ven biển trên thế giới đã đưa ra tuyên bố tương tự đối với các nguồn tài nguyên ở thềm lục địa của mình. Thậm chí, các nhà bình luận tuyên bố rằng khái niệm thềm lục địa đã gần như trở thành “luật tập quán quốc tế tức thời”. Đến năm 1969, ICJ xác nhận rằng, Tuyên bố Truman đã nhanh chóng tạo ra luật tập quán quốc tế ràng buộc với các quốc gia chưa phê chuẩn Công ước năm 1958 về thềm lục địa.

Vào những năm 1960, những bước tiến nhảy vọt trong công nghệ tên lửa đã khánh thành kỷ nguyên của những chuyến bay vào vũ trụ. Bối cảnh đó đã làm luật tập quán quốc tế về khai thác khoảng không vũ trụ nhanh chóng hình thành. Thay vì xây dựng quy chế khoảng không vũ trụ giống như biển quốc tế, cộng đồng quốc tế đã chấp nhận một bộ quy tắc duy nhất để quản lý lãnh thổ này và ghi nhận trong Tuyên bố

của Đại hội đồng UN năm 1963 về khoảng không vũ trụ. Văn bản này đã được các quốc gia nhất trí thông qua. Mặc dù thực tiễn quốc gia chỉ giới hạn trong một vài chục chuyến bay vào vũ trụ do Liên bang Xô viết và Mỹ thực hiện và không có phản đối của các quốc gia mà những tên lửa này đã bay qua nhưng các quốc gia và các học giả đã kết luận rằng, Tuyên bố của Đại hội đồng UN năm 1963 đã xác nhận sự tồn tại của luật tập quán quốc tế. Như vậy, các quy tắc của luật tập quán quốc tế về khai thác khoảng không vũ trụ đã hình thành một cách nhanh chóng trước sự phát triển về công nghệ khai thác vũ trụ.

Luật tập quán quốc tế cũng xuất hiện một cách nhanh chóng từ vụ xét xử của Tòa án về Nam Tư (cũ) vào những năm 1990. Việc thành lập Tòa án về Nam Tư (cũ) được thực hiện do các sự kiện nổi bật vào cuối thời kỳ Chiến tranh lạnh, bao gồm: sự tan rã của Liên bang Xô viết; Liên bang Nga thay thế ghế của Liên bang Xô viết trong Hội đồng Bảo an UN; lần đầu tiên nạn diệt chủng xuất hiện trở lại ở châu Âu kể từ thời Đức Quốc xã. Trong vụ việc mở đầu của mình, Phòng Kháng cáo của Tòa án về Nam Tư (cũ) đã đưa ra một quyết định mang tính cách mạng khi lần đầu tiên phán quyết rằng: các cá nhân có thể bị buộc phải chịu trách nhiệm hình sự về các vi phạm Điều 3 chung và Nghị định thư bổ sung II của Công ước Geneva đối với các tội ác chiến tranh được thực hiện trong cuộc xung đột vũ trang diễn ra trong nội bộ quốc gia. Quyết định này đã khép lại một khoảng trống trong phạm vi điều chỉnh của luật nhân đạo quốc tế và sau đó đã sớm được xác nhận bởi Tòa án Rwanda và Tòa đặc biệt về Sierra Leone. Năm 1998, quyết định này đã được pháp điển hóa trong Quy chế Tòa án hình sự quốc tế - văn kiện mà đã được 122 quốc gia phê chuẩn.

2.2 Nhận diện “bối cảnh thay đổi cơ bản”- tác nhân làm đẩy nhanh quá trình hình thành luật tập quán quốc tế

Cách tiếp cận truyền thống yêu cầu thực tiễn quốc gia phải lặp đi lặp lại trong một khoảng thời gian dài trước khi “kết tinh” thành một quy tắc của luật tập quán. Tuy nhiên, thực tiễn trình bày ở trên cho thấy, các quy tắc của luật tập quán quốc tế có khả năng hình thành nhanh hơn và với ít thực tiễn quốc gia hơn nhằm đáp ứng kịp thời và thích ứng với những hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Luật tập quán quốc tế hình thành nhanh hơn có thể là do những phát triển mới về công nghệ (ví dụ như công nghệ khoan, khai thác thềm lục địa, công nghệ vũ trụ...) hoặc do sự khẩn cấp phải đối phó với các tội ác diễn ra trong các xung đột vũ trang nội bộ như ở Rwanda, Nam Tư... Từ đây, xuất hiện quan điểm: luật tập quán quốc tế có thể hình thành nhanh, không yêu cầu cụ thể về khoảng thời gian để “kết tinh” một quy tắc của luật tập quán. “Việc diễn ra trong một khoảng thời gian ngắn, hoặc chính khoảng thời gian ngắn, không tất yếu là một rào cản đối với sự hình thành một quy tắc mới của luật tập quán quốc tế”³⁰.

Tuy nhiên, không phải mọi bối cảnh thay đổi cơ bản đều chứa đựng đầy đủ các thành phần thiết yếu để nhanh chóng “kết tinh” luật tập quán quốc tế. Vì vậy, việc xác định “bối cảnh thay đổi cơ bản” cần phải được đánh giá trên cơ sở từng trường hợp cụ thể. Ví dụ, cộng đồng quốc tế đã ủng hộ các cuộc không kích diễn ra năm 1999 của Tổ chức Hiệp ước Bắc Đại Tây Dương (NATO) chống lại Serbia để bảo vệ người Kosovo gốc Albania khỏi việc thanh trừng sắc tộc. Hai năm sau đó, Ủy ban Quốc tế về can thiệp và chủ quyền quốc gia (ICISS) đã đưa ra Báo cáo trong đó trình bày về Học thuyết “Trách nhiệm Bảo vệ (R2P)” và “can thiệp nhân đạo đơn phương”. Khái niệm này dường như đã có thể nhanh chóng phát triển

thành luật tập quán quốc tế. Tuy nhiên, các quốc gia chủ chốt đứng sau sự can thiệp của NATO đã rút lui khỏi quan điểm rằng các hành động của họ là thực hiện sự “can thiệp nhân đạo đơn phương” hợp pháp. Thay vào đó, các quốc gia này nhấn mạnh bản chất ngoại lệ của hoạt động quân sự. Các tuyên bố này đã làm chậm lại đà phát triển một quy tắc mới của luật tập quán quốc tế.

Năm 2003, trong khi UN đang xem xét các bước để xác nhận Báo cáo ICISS và học thuyết “Trách nhiệm Bảo vệ”, dựa trên trích dẫn những quan ngại nhân đạo như một trong các biện minh cho hành động, Mỹ đã tiến hành đưa quân vào Iraq. Thay vì tán thành “can thiệp nhân đạo đơn phương”, Đại hội đồng và Hội đồng Bảo an UN đã kết luận bằng một tuyên bố, trong đó đã khẳng định phải có sự cho phép của Hội đồng Bảo an trước khi các quốc gia hoặc các tổ chức khu vực được thực hiện hành động can thiệp quân sự. Mặc dù khái niệm “Trách nhiệm Bảo vệ” đã ảnh hưởng đến cuộc tranh luận quốc tế liên quan đến việc ủng hộ với các cuộc khủng hoảng khác nhau nhưng nó đã không dẫn đến một sự thay đổi cơ bản trong luật quốc tế về can thiệp vũ trang.

Một ví dụ khác là sự phản ứng của cộng đồng quốc tế đối với các cuộc tấn công khủng bố vào ngày 11/9/2001. Trước khi xảy ra các cuộc tấn công này, luật quốc tế yêu cầu sự cho phép của quốc gia sở tại trước khi một quốc gia bị thiệt hại do khủng bố có thể khởi động một cuộc tấn công để tự vệ chống lại các thực thể phi nhà nước đang hiện diện ở lãnh thổ quốc gia khác. Yêu cầu đó dường như sẽ bị thay đổi cơ bản khi cộng đồng quốc tế đã tán thành hành động của quân đội Mỹ chống lại Al-Qaeda ở Afghanistan như là một trường hợp sử dụng vũ lực hợp pháp để tự vệ. Học thuyết Bush đã được đưa ra để

30 North Sea Continental Shelf, 1969, id. at 76.

cho phép các quốc gia tấn công vào các phần tử Al-Qaeda chủ chốt và tiêu diệt các căn cứ của Al-Qaeda ở các quốc gia mà rõ ràng là đã không sẵn sàng hoặc không thể ngăn chặn Al-Qaeda hoạt động trên lãnh thổ của họ. Tuy nhiên, học thuyết Bush được tuyên bố rộng rãi đã gây ra phản hồi từ ICJ. Trong vụ *Wall* năm 2004 và vụ *Congo* năm 2005, ICJ đã tái khẳng định sự cho phép của quốc gia sở tại vẫn là một điều kiện tiên quyết để được phép sử dụng vũ lực nhằm mục đích tự vệ. Mặc dù vẫn có khá nhiều chỉ trích về những phán quyết này, nhưng trong ngắn hạn, các phán quyết này đã làm chậm lại sự hình thành quy tắc mới của luật tập quán quốc tế sau sự kiện ngày 11/9/2001.

Hai ví dụ trên cho thấy, một quy phạm nhanh chóng hình thành cũng có thể bị chậm lại, chưa thể trở thành luật tập quán quốc tế bởi vì thực tiễn quốc gia hoặc tuyên bố rõ ràng đã cấu thành một sự lạm dụng quy phạm rất dễ nhận thức thấy. Cụ thể, sự can thiệp của Mỹ vào Iraq năm 2003 và của Nga vào Gruzia trong năm 2008 đã nhắc lại những quan ngại rằng một học thuyết cho phép “can thiệp nhân đạo đơn phương” sẽ dễ bị lạm dụng, qua đó giảm được đà phát triển của khái niệm “Trách nhiệm Bảo vệ” như là cơ sở hợp pháp cho hành động nhân đạo ngoài khuôn khổ UN. Tương tự như vậy, sự nhận thức rằng Học thuyết Bush là quá rộng và dễ dàng bị lạm dụng đã làm chậm động lực dẫn đến sự thay đổi trong luật về tự vệ chống lại các thực thể phi nhà nước.

Nghiên cứu các trường hợp điển hình ở trên cũng chỉ ra rằng, ngoài việc đáp ứng thay đổi về mặt công nghệ, kinh tế - xã hội, sự hình thành nhanh luật tập quán quốc tế một phần là do sự sắp xếp lại địa - chính trị, mà thông thường là sau chiến tranh. Ví dụ, sự khẳng định các nguyên tắc Nuremberg và sự phát triển của khái niệm thêm lục địa đã diễn ra ngay sau khi Chiến tranh thế giới lần

II chấm dứt. Tương tự, việc thành lập Tòa án Nam Tư (cũ) và phán quyết trong vụ *Tadic* về áp dụng tội phạm chiến tranh đối với các cuộc xung đột vũ trang nội bộ đã diễn ra ngay sau khi Chiến tranh lạnh kết thúc và sự sụp đổ của Liên Xô (cũ). Phản ứng của cộng đồng quốc tế đối với các vụ tấn công ngày 11/9 đã có vẻ như sẽ dẫn đến một sự sắp xếp lại địa - chính trị bởi các động cơ chung là chống khủng bố. Tuy nhiên, các hành động sau đó của Mỹ (ví dụ như ngược đãi các tù nhân khủng bố tại Vịnh Guantanamo và các căn cứ CIA Black) đã làm đứt đoạn sự đồng thuận về thời gian, địa điểm và cách thức sử dụng vũ lực chống lại các thực thể phi quốc gia.

Hơn nữa, trong các trường hợp Tòa Nuremberg, thêm lục địa và luật vũ trụ, bối cảnh thay đổi cơ bản đã dẫn tới sự hình thành nhanh chóng các nguyên tắc cơ bản của luật tập quán quốc tế nhưng vẫn còn có sự chưa rõ ràng, chưa chắc chắn liên quan đến nghĩa chính xác của khái niệm xâm lược, thêm lục địa và khoảng không vũ trụ... Những khái niệm này vẫn phải tiếp tục được hoàn thiện và phát triển trong những năm tiếp theo. Điều này chỉ ra rằng, luật tập quán quốc tế được hình thành nhanh chóng do bối cảnh quốc tế thay đổi cơ bản nhưng chúng cũng có thể không được hoàn thiện một cách đầy đủ để thể hiện một sự thay đổi cơ bản trong luật pháp.

Bên cạnh đó, luật tập quán quốc tế hình thành nhanh không có nghĩa là luật tập quán quốc tế có thể hình thành ngay lập tức, chỉ trên cơ sở nghị quyết của Đại hội đồng UN mà không cần thực tiễn quốc gia. Mặc dù các tuyên bố, lời nói cũng được coi là thực tiễn quốc gia nhưng nghị quyết của Đại hội đồng UN được thông qua trên cơ sở nhất trí hoặc đa số không thể cấu thành đồng thời cả yếu tố vật chất và tinh thần để ngay lập tức hình thành quy tắc của luật tập

quán quốc tế³¹. Trước hết, khi đề cập đến các quyền hạn và chức năng của Đại hội đồng, Hiến chương UN sử dụng thuật ngữ “kiến nghị - recommend”³². Các văn bản ghi chép quá trình đàm phán Hiến chương UN cũng cho thấy các quốc gia đã có ý định rằng nghị quyết Đại hội đồng chỉ có tính khuyến nghị³³; *thứ hai*, nghị quyết của Đại hội đồng thường không phân biệt rõ giữa quy tắc xử sự là luật với quy tắc xử sự là khuyến nghị các bên nên thực hiện theo. Ví dụ, mặc dù Tuyên bố Manila về hòa bình giải quyết tranh chấp quốc tế³⁴ yêu cầu “*các bên phải* kiểm chế không tiến hành các hành động làm cho tình hình trở nên xấu đi” nhưng đó chỉ là xử sự mong muốn đạt được. Với mong muốn có nhiều quốc gia nhất trí thông qua văn bản, các Nghị quyết Đại hội đồng UN thường phản ánh sự mập mờ có chủ ý giữa thực tế và mong muốn. Vì vậy, một “quy tắc” mà chỉ dựa duy nhất vào lời nói hay tuyên bố trong nghị quyết của Đại hội đồng sẽ không đạt được sự tuân thủ chắc chắn trong thực tiễn; *thứ ba*, nghị quyết của Đại hội đồng không phải lúc nào cũng thể hiện đúng ý định thực sự của các quốc gia. Các quốc gia thường bỏ phiếu thông qua nghị quyết của Đại hội đồng UN để làm đẹp hình ảnh của mình hoặc không mong đợi rằng nghị quyết sẽ thiết lập một quy tắc mới là luật; *thứ tư*, ngay cả khi nêu các tuyên bố và bỏ phiếu tại Đại hội đồng UN có thể hội tụ đủ điều kiện như là thực tiễn quốc gia hoặc biểu hiện của yếu tố tinh thần, sẽ là không logic nếu tính một hành động thể hiện cả yếu tố vật chất và yếu tố tinh thần. Như vậy, cần phải nhìn nhận rằng, nghị quyết của Đại hội đồng UN

có thể khẳng định và làm sáng tỏ các quy tắc hiện tại hoặc định hình sự phát triển trong tương lai của luật tập quán quốc tế. Khi một quy tắc của luật tập quán đang hình thành hoặc vẫn còn một số nghi ngờ về vị thế luật tập quán của nó, một nghị quyết nhất trí có thể củng cố luật tập quán và loại bỏ những nghi ngờ mà có thể đã tồn tại.

3. Ý nghĩa của sự hình thành nhanh luật tập quán quốc tế

Nghị quyết của Đại hội đồng UN có vai trò như là một thành phần thiết yếu trong việc đẩy nhanh sự hình thành luật tập quán quốc tế. Tuyên bố năm 1946 khẳng định nguyên tắc Nuremberg và Tuyên bố năm 1963 về khoảng không vũ trụ là các ví dụ về nghị quyết Đại hội đồng có ảnh hưởng đáng kể đến sự hình thành và pháp điển hóa nhanh chóng luật tập quán quốc tế. Ngược lại, nghiên cứu sự can thiệp của NATO năm 1999 đã cho thấy các nghị quyết của Đại hội đồng và Hội đồng Bảo an có thể làm cho một bối cảnh quốc tế có khả năng thay đổi cơ bản nhưng đã không thể dẫn đến sự hình thành một quy tắc mới của luật tập quán quốc tế.

Khi quyết định có nên coi một nghị quyết cụ thể của Đại hội đồng UN như là bằng chứng về một quy tắc luật tập quán quốc tế, ICJ cho rằng “cần phải nhìn vào nội dung và các điều kiện thông qua nghị quyết”³⁵. Khi xem xét các yếu tố này, Tòa thường coi loại hình nghị quyết có ý nghĩa quan trọng. Các nghị quyết khuyến nghị (recommendation) thường được trao ít trọng lượng. Các tuyên bố (declarations) thường được sử dụng để tăng sự trang trọng. Các

31 Khurshid Iqbal, The right to development in international law: The case of Pakistan 120 (2010); South West Africa Cases (Ethiopia & Liberia. v. South Africa), 1966 I.C.J. Rep. 248, 291-93 (ý kiến riêng của thẩm phán Tanaka).

32 Điều 10, Điều 11 Hiến chương UN.

33 Gregory J. Kerwin, The Role of United Nations General Assembly Resolutions in Determining Principles of International Law in United States Courts, 1983 DUKE L. J. 876, 879 (1983).

34 General Assembly Resolution 37/10, U.N. Doc. A/RES/37/10 (Nov. 14, 1982).

35 Nuclear Weapons Advisory Opinion, 1996 I.C.J. at 254-55.

ng nghị quyết khẳng định (affirmations) thường được sử dụng để chỉ ra sự pháp điển hoá hoặc sự kết tinh luật tập quán quốc tế. Một điểm quan trọng nữa là kết quả bỏ phiếu. Các nghị quyết được thông qua trên cơ sở nhất trí hoặc đa số thường có ảnh hưởng tạo ra luật. Ngược lại, sự bất đồng đáng kể (ví dụ, rất nhiều phiếu trắng hoặc phản đối của một số ít quốc gia nhưng lại là quốc gia có vai trò quan trọng trong các hoạt động được đề cập) sẽ ngăn cản sự hình thành luật tập quán quốc tế³⁶. Các nghị quyết đồng thuận (được thông qua mà không có phiếu phản đối) phải được trao ít sức nặng thực tiễn hơn so với các nghị quyết được nhất trí thông qua, bởi vì, các quốc gia thường bị áp lực phải giữ im lặng (ngay cả khi họ có phản đối) để không phá vỡ sự đồng thuận. ICJ cũng chỉ ra rằng, khi bỏ phiếu thông qua một nghị quyết cụ thể của Đại hội đồng, nếu một quốc gia đề cập một cách rõ ràng rằng chỉ coi văn bản nghị quyết như là một tuyên bố chính trị thì nghị quyết đó có thể không được viện dẫn để chống lại quốc gia đó³⁷. Với những lý do này, không có cơ sở để phải lo ngại rằng việc thừa nhận nghị quyết của Đại hội đồng UN có vai trò trong việc hình thành luật tập quán quốc tế sẽ làm cho Đại hội đồng UN trở thành một cơ quan lập pháp quốc tế và dẫn đến chế độ áp đặt của đa số.

Tương tự như vậy, các quyết định của tòa án quốc tế đã đưa ra lời giải thích có căn cứ xác đáng làm hoàn tất sự hình thành luật tập quán bằng cách xác nhận sự tồn tại quy tắc mới của luật tập quán. Ví dụ, trong vụ *North Sea Continental Shelf*, ICJ đã xác nhận vị thế luật tập quán của Tuyên bố Truman. Ngược lại, tuyên bố của Tòa trong vụ *Wall* và *Congo* đã ngăn cản sự phát triển “kết tinh” luật tập quán về tự vệ chống lại các nhóm khủng bố mà hành vi của chúng

không thể quy cho quốc gia mà chúng hiện diện. Như vậy, giống như nghị quyết của Đại hội đồng UN, quyết định của tòa án quốc tế có ý nghĩa tăng cường, làm cho quá trình hình thành quy tắc luật tập quán quốc tế diễn ra nhanh hơn.

Việc thừa nhận sự hình thành nhanh luật tập quán quốc tế có một số ý nghĩa thực tế sau đây:

- Nó có thể giải thích sự hình thành nhanh chóng của các quy tắc tập quán ở thời điểm bối cảnh có sự thay đổi mạnh mẽ, qua đó làm cho quy tắc sớm phổ biến và được thừa nhận là luật;

- Việc thừa nhận này cũng có thể giúp học giả tư vấn cho các chính phủ khi muốn tìm kiếm giải pháp bằng một nghị quyết Đại hội đồng UN như là một phương tiện để tạo thuận lợi cho việc hình thành nhanh luật tập quán quốc tế;

- Trong những hoàn cảnh thích hợp, việc thừa nhận luật tập quán hình thành nhanh sẽ có thể củng cố các vụ việc mà trong đó, các đương sự tranh luận về sự tồn tại của một quy tắc luật tập quán quốc tế mới;

- Sự thừa nhận đó cũng có thể làm cho các tòa án quốc tế sẵn sàng hơn trong việc công nhận các quy tắc mới của luật tập quán quốc tế trong các hoàn cảnh thích hợp, mặc dù có tương đối ít thực tiễn quốc gia và khoảng thời gian hạn chế. Đặc biệt, trong trường hợp quan hệ quốc tế mới nảy sinh nhưng chưa có các quy tắc của điều ước hoặc nguyên tắc chung của luật để điều chỉnh, việc thừa nhận luật tập quán quốc tế có thể nhanh chóng hình thành sẽ giúp cơ quan tài phán quốc tế tránh được việc phải tuyên bố về tình trạng không có luật có thể áp dụng (non liquet)■

36 Nuclear Weapons Advisory Opinion, 1996 I.C.J. at 255.

37 Nicaragua Case, 1986 I.C.J. at 106-07.

CHUẨN MỰC QUỐC TẾ VỀ BẢO VỆ QUYỀN AN TOÀN TÌNH DỤC CỦA TRẺ EM VÀ SỰ TƯƠNG THÍCH TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ

Vũ Thị Phượng*

* ThS. Khoa Luật, Đại học Công đoàn

Thông tin bài viết:

Từ khóa: trẻ em, bảo vệ trẻ em, quyền an toàn tình dục của trẻ em

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 07/02/2018

Biên tập : 11/07/2018

Duyệt bài : 12/07/2018

Article Infomation:

Keywords: Children; children protection; right of sexual safety for children

Article History:

Received : 07 Feb. 2018

Edited : 11 Jul. 2018

Approved : 12 Jul. 2018

Tóm tắt:

Quyền an toàn tình dục của trẻ em là một quyền con người quan trọng cần được bảo vệ. Các tiêu chuẩn pháp lý quốc tế đã chỉ rõ cần nghiêm cấm, hình sự hóa tất cả các hành vi xâm hại tình dục trẻ em. Tại Việt Nam, Bộ luật Hình sự năm 2015 đã có những quy định mang tính kế thừa Bộ luật Hình sự năm 1999 và bổ sung các hành vi xâm hại tình dục trẻ em thể hiện tính tương thích với pháp luật quốc tế, đồng thời cụ thể hóa chính sách hình sự nói riêng và chính sách bảo vệ trẻ em nói chung của Việt Nam trong việc nỗ lực xây dựng môi trường sống, phát triển lành mạnh, an toàn đối với trẻ em.

Abstract

The sexual safety of children is an important human right that needs to be protected. The international legal standards provide indications that all acts of child sexual abuses shall be strictly prohibited and criminalized. In Vietnam, the Penal Code of 2015 retains the inheritance provisions of the Penal Code of 1999 and is added with the child sexual abuse practices that demonstrate its consistence with the international laws, and concurrently the legal regulations are detailed for the criminal policy in particular and for the plocy on children protection in general in the effort to build a healthy and safe living environment for children.

1. Chuẩn mực quốc tế của bảo vệ quyền an toàn tình dục của trẻ em

Vấn đề bảo vệ trẻ em trước những hành vi xâm hại tình dục được pháp luật quốc tế rất quan tâm và có nhiều quy định

trực tiếp thể hiện quan điểm bảo vệ tối đa trẻ em bị xâm hại tình dục. Điều 12 Tuyên ngôn quốc tế về Quyền con người năm 1948 khẳng định: “không ai có thể bị xâm phạm một cách độc đoán vào đời tư, gia đình, nhà ở, thư tín, hay bị xúc phạm đến danh dự hay

thanh danh. Ai cũng có quyền được luật pháp bảo vệ chống lại những xâm phạm ấy”¹. Điều 17 Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966² quy định: “không ai bị can thiệp một cách độc đoán hoặc bất hợp pháp đến đời sống riêng tư... hoặc bị xúc phạm bất hợp pháp đến danh dự và uy tín”. Hành vi bóc lột, lạm dụng tình dục trẻ em dưới bất kỳ hình thức nào cũng đều là xâm hại đến sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín của các em.

Điều 34 Công ước quốc tế về Quyền trẻ em³ (CRC) đã nhấn mạnh: “Các quốc gia thành viên cam kết bảo vệ trẻ em chống lại tất cả các hình thức bóc lột tình dục và lạm dụng tình dục”. Điều 34 CRC cũng đã chỉ ra các hình thức bóc lột, lạm dụng tình dục trẻ em mà các quốc gia phải thực hiện các biện pháp đặc biệt để ngăn ngừa bao gồm:

“Việc xúi giục hay ép buộc trẻ em tham gia bất kỳ hoạt động tình dục trái pháp luật nào.

Việc sử dụng có tính chất bóc lột trẻ em trong mại dâm hay các hành vi tình dục trái pháp luật khác.

Việc sử dụng có tính chất bóc lột trẻ em trong các buổi biểu diễn hay tài liệu khiêu dâm”.

Để thực hiện tốt hơn những mục đích và các quyền trẻ em được ghi nhận trong CRC, Liên hiệp quốc tiếp tục ban hành Nghị định thư không bắt buộc bổ sung cho CRC về Buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hóa phẩm khiêu dâm trẻ em năm 2000⁴. Nghị định thư đã nhấn mạnh trách nhiệm của các

quốc gia thành viên trước những hoạt động về buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hóa phẩm khiêu dâm trẻ em “phải được đề cập đầy đủ trong pháp luật hình sự dù cho các tội phạm này tiến hành trong nước hay ở nước ngoài, do cá nhân hay trên cơ sở có tổ chức” (Điều 3). Ngoài ra, các quốc gia có thể xác lập quyền tài phán đối với các tội phạm này xảy ra trên tàu bay, máy bay được đăng ký ở quốc gia này hoặc khi “người bị cho là phạm tội là công dân của quốc gia đó hay là người thường trú trên lãnh thổ của quốc gia đó hoặc khi nạn nhân là công dân của quốc gia đó” (Điều 4). Đồng thời Nghị định thư cũng nhấn mạnh: “những tội phạm này phải được đưa vào danh sách các tội phạm có thể bị dẫn độ trong bất kỳ một hiệp ước dẫn độ nào giữa các quốc gia thành viên...” (Điều 5). Cùng quan điểm này, Công ước về Trấn áp việc buôn bán người và bóc lột mại dâm người khác năm 1949 của Liên hiệp quốc⁵ cũng nhấn mạnh: “Các quốc gia thành viên Công ước này nhất trí trừng phạt bất cứ người nào, để làm thỏa mãn dục vọng của người khác, mà: 1. Môi giới, dụ dỗ hoặc dẫn dắt một người khác nhằm mục đích mại dâm, thậm chí với sự đồng ý của người đó; 2. Bóc lột mại dâm người khác, thậm chí với sự đồng ý của người đó” (Điều 1). Đồng thời, Công ước cũng khẳng định: “các thành viên của Công ước này cũng nhất trí sẽ trừng phạt bất cứ người nào: 1. Tô chức hay quản lý, cố ý tài trợ hoặc tham gia vào việc tài trợ cho một nhà chứa mại dâm; 2. Cố ý cho thuê hoặc đi thuê một ngôi nhà hoặc một địa điểm khác hoặc bất kỳ một phần địa điểm như vậy để sử dụng vào mục đích mại dâm”

1 Xem: “Tuyên ngôn quốc tế 1948 về Nhân quyền”, Gudmundur Alfredsson & Asbjorn Eide chủ biên, Nxb Lao động - Xã hội, 2011, tr.14.

2 <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Linh-vuc-khac/Cong-uoc-quoc-te-ve-quyen-dan-su-va-chinh-tri-270274.aspx>, truy cập ngày 21/3/2018.

3 <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Linh-vuc-khac/Cong-uoc-cua-Lien-hop-quoc-ve-quyen-tre-em-233659.aspx>, truy cập ngày 21/3/2018.

4 <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Linh-vuc-khac/Nghi-dinh-thu-khong-bat-buoc-bo-sung-Cong-uoc-quyen-tre-em-ve-buon-ban-mai-dam-tre-em-2000-276359.aspx>, truy cập ngày 21/3/2018.

5 <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Trach-nhiem-hinh-su/Cong-uoc-ve-tran-ap-buon-ban-nguoi-va-boc-lot-mai-dam-nguoi-khac-1949-269863.aspx>, truy cập ngày 21/3/2018.

(Điều 2).

Phân tích nội dung các quy định trên cho thấy, mục đích thống nhất của các văn bản pháp lý quốc tế về quyền trẻ em nhằm bảo vệ quyền an toàn về thân thể của trẻ em, đồng thời yêu cầu các quốc gia thành viên hình sự hóa các hành vi xâm hại cụ thể với chính sách mang tính trừng phạt các hành vi đó.

2. Sự tương thích của Bộ luật Hình sự năm 2015 trong bảo vệ quyền an toàn tình dục của trẻ em

Việt Nam đã tham gia rất nhiều công ước và văn bản pháp lý quốc tế khác nhau nhằm bảo vệ trẻ em một cách toàn diện và tối đa, trong đó có bảo vệ quyền an toàn tình dục của trẻ em. Bảo vệ quyền an toàn tình dục của trẻ em là việc bảo vệ trẻ em trước những hành vi xâm hại tình dục. “Xâm hại tình dục trẻ em được xác định là hành vi cưỡng ép hoặc khuyến khích trẻ em hoặc người chưa thành niên tham gia các hoạt động tình dục. Các hành vi cưỡng ép không nhất thiết là hành vi bạo lực và hành vi phạm tội được xác định bất kể trẻ em nhận thức được các hoạt động đó là hoạt động tình dục hay không”⁶. Các hành vi xâm hại tình dục trẻ em đã trực tiếp xâm hại quyền con người quan trọng của trẻ em đó là quyền được bảo vệ bất khả xâm phạm về thân thể, danh dự, nhân phẩm và sự phát triển bình thường của trẻ. Khi đề cập đến quyền này, chúng tôi cho rằng, quyền này không bao gồm sự “tự do” về tình dục của trẻ em mà phạm vi chỉ là sự “an toàn” về tình dục bởi các em chưa đủ nhận thức để có thể hiểu về hành vi này, nên sự “tự do” biểu đạt ý chí của các em trong các quan hệ tình dục là không đúng đắn, cần có sự định hướng và phải được ngăn chặn. Hơn nữa, sự “tự do” đó có thể đến từ những sự non nớt trong nhận thức, sự lừa gạt, dụ dỗ của người phạm tội khiến cho sự đồng thuận của các em bị lệch lạc và hậu quả sẽ

ảnh hưởng sâu sắc đến cuộc sống lâu dài của các em. Theo quy định của Bộ luật Hình sự (BLHS), ở các mức độ xâm hại khác nhau, các hành vi xâm phạm quyền an toàn tình dục của trẻ em đều có thể bị xử lý theo các tội khác nhau, cho dù có hay không có sự thuận tình của các em đã cho thấy, đây là một quyền được pháp luật hình sự bảo vệ tuyệt đối.

Trước những sự biến đổi xã hội, hành vi xâm hại tình dục trẻ em ở Việt Nam ngày càng gia tăng về số lượng, tính chất nguy hiểm và xuất hiện thêm nhiều dạng hành vi tình dục mới, BLHS năm 2015 đã mở rộng phạm vi bảo vệ quyền an toàn tình dục của trẻ em thông qua việc tội phạm hóa thêm một số hành vi xâm hại tình dục trẻ em so với BLHS năm 1999. Khái niệm hành vi “giao cấu” trong BLHS năm 1999 đã bị bó hẹp trong cách hiểu của Hướng dẫn số 392/HS2 ngày 11/5/1967 của Tòa án nhân dân tối cao được các cơ quan tiến hành tố tụng vận dụng trong suốt thời gian dài mới chỉ bảo vệ được trẻ em gái trước những hành vi xâm hại tình dục quy định trong Hướng dẫn này, còn số lượng lớn các trẻ em trai bị xâm hại tình dục và số lượng lớn trẻ em bị xâm hại bởi đối tượng phạm tội là người đồng tính thì chưa có căn cứ để xử lý đúng với bản chất, mức độ nguy hiểm của hành vi. Đây cũng chính là một trong những nguyên nhân khiến loại tội phạm này gia tăng. Nghiêm trọng hơn, hiện tượng du lịch tình dục ngày càng phát triển bởi khả năng dễ tiếp cận với trẻ em và bởi việc duy trì được tình trạng ẩn danh của chủ thể phạm tội nên hiện tượng xâm hại tình dục trẻ em, đặc biệt là nhóm trẻ em đường phố bị bỏ mặc, bỏ rơi bởi người nước ngoài ngày càng gia tăng ở các thành phố lớn. Chính vì thế, lần đầu tiên BLHS năm 2015 đã tội phạm hóa dấu hiệu “thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác”, thể hiện trong quy định ở các tội liên quan đến xâm hại tình dục nói chung và xâm hại tình dục

6 Crosson-tower (2005), Understanding child abuse and neglect 6/e.

trẻ em nói riêng. Ngoài ra, BLHS năm 2015 còn bổ sung hành vi sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm (Điều 147).

Đối với các tội xâm phạm quyền an toàn tình dục trẻ em, BLHS năm 2015 đã quy định cụ thể về cấu thành tội phạm, xác định rõ các trường hợp “gây hậu quả nghiêm trọng”, “hậu quả rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng”. Điều này đã tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng và thực hiện pháp luật, cụ thể:

- Hành vi hiếp dâm trẻ em. Đây là hành vi xâm hại tình dục trẻ em nghiêm trọng nhất. BLHS năm 2015 kế thừa BLHS năm 1999 trong việc xây dựng cấu thành tội hiếp dâm trẻ em trên cơ sở độ tuổi của nạn nhân, theo đó độ tuổi nạn nhân càng nhỏ thì mức độ nguy hiểm của hành vi xâm hại tình dục các em càng lớn. Điều 142 BLHS năm 2015 - Tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi, quy định độ tuổi của nạn nhân càng nhỏ thì dấu hiệu hành vi thuộc mặt khách quan được nhà làm luật quy định được thu hẹp cũng đủ để cấu thành tội phạm này: với nạn nhân là trẻ em từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi nếu bị dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực hoặc lợi dụng tình trạng không thể tự vệ được (như bị tâm thần, bị tật nguyền...) hoặc thủ đoạn khác để thực hiện hành vi giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác thì bị xử lý theo khoản 1 tội phạm này; với nạn nhân dưới 13 tuổi thì trong mọi trường hợp chỉ cần có mặt khách quan thực hiện hành vi giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác dù có hay không có hành vi dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực thì người thực hiện hành vi đều bị xử lý theo Tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi. Ngoài ra, nếu một người thực hiện hành vi mua dâm người dưới 13 tuổi cũng có thể bị xử lý về tội này và người làm trung gian dụ dỗ, dẫn dắt người khác mua dâm người dưới 13 tuổi, làm trung gian dụ dỗ, dẫn dắt người dưới 13 tuổi bán dâm cũng bị xử lý về tội này với vai trò đồng phạm. So với BLHS năm 1999, BLHS năm 2015 có sự thay đổi khi xác định hành vi

hiếp dâm trẻ em từ đủ 10 tuổi đến dưới 13 tuổi và hành vi hiếp dâm trẻ em từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi trong cùng một khung hình phạt với mức cao nhất là 15 năm tù, còn hành vi hiếp dâm mà nạn nhân là trẻ em dưới 10 tuổi thì bị xử lý theo khung hình phạt tăng nặng nhất của điều luật là 20 năm tù, tù chung thân hoặc tử hình.

- Hành vi dùng mọi thủ đoạn như dụ dỗ, mua chuộc, đe dọa... để giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với trẻ em từ đủ 13 đến dưới 16 tuổi đang bị lệ thuộc hoặc đang cần sự giúp đỡ của mình sẽ bị xử lý về tội cưỡng dâm người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi (Điều 144 BLHS năm 2015). Có thể thấy, trẻ em vốn là đối tượng chưa thể có được sự tự lập trong cuộc sống nên chịu sự lệ thuộc từ vật chất (nuôi dưỡng, chăm sóc, trợ giúp các điều kiện sinh sống...) đến tín ngưỡng, gia đình và xã hội (học hành, chữa bệnh...) nhưng người trợ giúp các em đã lợi dụng sự lệ thuộc này để không chế đưa các em vào tình trạng quần bách phải miễn cưỡng giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác là hành vi trái đạo đức xã hội, trái truyền thống văn hóa và quan trọng nhất đã thực sự nguy hại đến danh dự, nhân phẩm và sức khỏe của các em. Khi xã hội càng phát triển thì các mối quan hệ xã hội ngày càng được mở rộng và trẻ em trở thành chủ thể trong các mối quan hệ xã hội đó cũng ngày càng dễ dàng hơn, tuy nhiên cũng vì thế mà nguy cơ các em bị lệ thuộc vào một mối quan hệ xã hội nào đó ngày càng cao hơn đồng nghĩa với việc nguy cơ bị cưỡng dâm cũng trở nên khó kiểm soát hơn. Do đó, việc tội phạm hóa các hành vi này đã tạo cơ sở pháp lý để xử lý những trường hợp vi phạm, đồng thời tạo ra một công cụ sắc bén để bảo vệ các em dưới hình thức phòng ngừa tội phạm.

- Hành vi giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với trẻ em từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi trong trường hợp không được sự đồng thuận của nạn nhân thì có thể bị xử lý theo hai tội danh nêu trên

(Điều 142, Điều 144) cho thấy quan điểm của Nhà nước trong việc nghiêm cấm các hành vi xâm phạm quyền an toàn tình dục, thân thể của trẻ em một cách bất hợp pháp khi không có sự đồng thuận của trẻ. Tuy nhiên, ngay cả khi có được sự đồng thuận của nạn nhân thì người thực hiện các hành vi này vẫn có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi (Điều 145) nếu việc thực hiện hành vi không có mục đích lợi nhuận, còn trong trường hợp có mục đích lợi nhuận thì người trực tiếp thực hiện hành vi giao cấu hoặc hành vi quan hệ tình dục khác đó sẽ bị xử lý theo tội mua dâm người dưới 18 tuổi (Điều 329) với tình tiết định khung tăng nặng là “mua dâm người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi” và khung hình phạt cao nhất có thể bị áp dụng cho một lần mua dâm trẻ em trong độ tuổi này là phạt tù từ 03 năm đến 07 năm tù (khoản 2 Điều 329), hình phạt áp dụng cho 02 lần trở lên là từ 07 năm đến 15 năm tù (khoản 3 Điều 329). Cũng trong trường hợp này, người có hành vi làm trung gian dụ dỗ, dẫn dắt người khác mua dâm trẻ em trong độ tuổi nêu trên sẽ bị xử lý về tội môi giới mại dâm (Điều 328) với tình tiết định khung tăng nặng “phạm tội đối với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi” theo điểm a khoản 3 Điều 328 với hình phạt tù từ 07 năm đến 15 năm; người có hành vi sử dụng, thuê, cho thuê hoặc mượn, cho mượn địa điểm, phương tiện để người khác thực hiện việc mua dâm, bán dâm trẻ em trong độ tuổi trên sẽ bị xử lý theo khung tăng nặng trách nhiệm hình sự của tội chứa mại dâm (khoản 3, khoản 4 Điều 327) với tình tiết định khung là “phạm tội đối với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi” và khung hình phạt đối với việc chứa mại dâm đối với một trẻ em ở lứa tuổi trên là từ 10 năm đến 15 năm tù, với việc chứa mại dâm đối với từ hai trẻ em ở độ tuổi trên hình phạt là tù từ 15 năm

đến 20 năm hoặc tù chung thân.

Bên cạnh việc bảo vệ thân thể trẻ em trước sự xâm phạm dưới dạng hành vi giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác như nêu trên, pháp luật hình sự còn nghiêm cấm các hành vi xâm hại tình dục trẻ em không có mục đích giao cấu thông qua việc tội phạm hóa hành vi dâm ô với trẻ em và hành vi sử dụng trẻ em vào mục đích khiêu dâm (Điều 146, Điều 147). Theo đó, với hai tội danh này, người thực hiện hành vi đều phải là người từ đủ 18 tuổi trở lên và đều là cấu thành hình thức bởi hậu quả xảy ra không phải là dấu hiệu bắt buộc cho việc định tội mà chỉ cần thực hiện hành vi là tội phạm coi như đã hoàn thành. Trường hợp có hành vi kích dục đối với trẻ em hoặc hành vi buộc trẻ em phải kích dục cho mình⁷ nhưng không nhằm mục đích giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác thì bị xử lý theo tội dâm ô với người dưới 16 tuổi (Điều 146); trong trường hợp lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc trẻ em trình diễn bộ phận nhạy cảm trên cơ thể hoặc trực tiếp chứng kiến việc trình diễn bộ phận nhạy cảm trên cơ thể nơi đông người nhằm mục đích kích thích sự ham muốn về thể xác cho người khác hoặc cho chính các em thì sẽ bị xử lý theo tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm (Điều 147). Các hình thức khiêu dâm bao gồm⁸: khiêu dâm bằng động tác như người thực hiện hành vi khiêu dâm sẽ ăn mặc hở hang, gợi cảm, hoặc làm nhiều động tác kích thích như tự xoa khắp thân thể mình, cởi bỏ hay hé mở quần áo ở những vùng kín đáo. Mạnh hơn, người khiêu dâm có thể kích thích đối tượng mình muốn đạt mục đích bằng cách va chạm nhẹ hay mạnh vào thân thể của họ; khiêu dâm bằng hình ảnh là việc sử dụng những bức ảnh chụp trong tư thế hở toàn bộ hoặc hở một phần kín đáo nhạy cảm; khiêu dâm bằng lời nói là hình thức quyến rũ đối tượng bằng những

7 Xem Nguyễn Ngọc Diệp (chủ biên) (2017), Bình luận khoa học BLHS, Nxb. Thế giới, H., tr. 68.

8 Xem <https://luattoanquoc.com/dung-nguoi-duoi-16-tuoi-vao-muc-dich-khieu-dam-co-pham-toi>.

ngôn từ liên quan đến tình dục ở nhiều mức độ nặng hoặc nhẹ khiến đối phương mất tự chủ. Như vậy, nếu đối tượng của các hình thức khiêu dâm kể trên là trẻ em thì người sử dụng trẻ em vào các hoạt động này sẽ bị xử lý về tội danh theo Điều 147. Ngoài ra, nếu các buổi trình diễn khiêu dâm này vì mục đích thương mại thì sẽ là tình tiết định khung tăng nặng với mức hình phạt tù từ 03 năm đến 07 năm. Việc tội phạm hóa hành vi sử dụng trẻ em vào mục đích khiêu dâm tại Điều 147 BLHS năm 2015 đáp ứng yêu cầu đặt của Điều 34 CRC và phù hợp với thực tế xã hội Việt Nam⁹. Do đó, việc nghiêm cấm hành vi này là cần thiết và thiết thực trong bảo vệ quyền con người của trẻ em nói chung và quyền an toàn về tình dục của trẻ em nói riêng. Bên cạnh đó, trong trường hợp do hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc trẻ em phạm pháp đó mà dẫn đến tình trạng các em có lối sống sa đọa “buông thả, sa vào các tệ nạn như hút chích ma túy, mại dâm...” thì người đó còn phải chịu trách nhiệm hình sự về tội dụ dỗ, ép buộc hoặc chứa chấp người dưới 18 tuổi phạm pháp theo điểm c khoản 2 Điều 325 BLHS với tình tiết định khung tăng nặng phạm tội “đối với người dưới 13 tuổi” và bị phạt tù đến 07 năm.

Ngoài ra, hành vi truyền bá văn hóa phẩm đồi trụy cho trẻ em dưới các hình thức như làm ra, sao chép, lưu hành, vận chuyển, mua bán, tàng trữ nhằm phổ biến sách, báo, tranh, ảnh, phim, nhạc hoặc những vật phẩm khác có nội dung khiêu dâm, đồi trụy dưới dạng in, vẽ, chụp ảnh, vẽ lại hoặc ghi hình... được hoặc không được số hóa cũng bị xử lý với tình tiết định khung tăng nặng “phổ biến cho người dưới 18 tuổi” theo điểm e khoản 2 Điều 326 BLHS với mức hình phạt đến 10 năm tù. Quy định này cho thấy việc đánh giá mức độ nghiêm trọng của hành vi xâm hại

đến sự phát triển lành mạnh của trẻ em như thế nào bởi hành vi này có thể kéo theo các hành vi mất an toàn tình dục khác của các em như các em có thể sẽ chủ động phạm tội về tình dục hoặc có thể sẽ dễ dàng trở thành nạn nhân của những hành vi xâm hại tình dục khác bởi chính yếu tố tò mò, thích khám phá của các em. Do đó, đây là tội phạm xâm phạm một cách gián tiếp đến quyền an toàn về tình dục của trẻ em.

Có thể nói, các hành vi dâm ô với trẻ em hoặc sử dụng trẻ em vào mục đích khiêu dâm hay như hành vi truyền bá văn hóa phẩm đồi trụy đến trẻ em tuy không xâm phạm đến thân thể trẻ em theo tính chất như các hành vi giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác, nhưng nó ảnh hưởng lớn đến danh dự, nhân phẩm, tâm sinh lý cũng như sự phát triển bình thường, lành mạnh của các em. Do đó, việc hình sự hóa các hành vi này đã cho thấy Nhà nước ta đang hướng đến xây dựng một cuộc sống lành mạnh cho trẻ em trong đó quyền an toàn về tình dục được bảo vệ, phòng ngừa một cách tối đa.

Tóm lại, quyền an toàn tình dục của trẻ em là một quyền con người quan trọng cần được bảo vệ. Các tiêu chuẩn pháp lý quốc tế đã chỉ rõ cần nghiêm cấm, hình sự hóa tất cả các hành vi xâm hại tình dục trẻ em và trong lần sửa đổi BLHS năm 2015, Việt Nam đã có những quy định mang tính kế thừa và bổ sung các hành vi xâm hại tình dục trẻ em và với hình phạt nghiêm khắc cho thấy tất cả các tội phạm đó đều được ghi nhận là loại tội phạm nghiêm trọng đến tội phạm đặc biệt nghiêm trọng. Điều này thể hiện chính sách hình sự nói riêng và chính sách bảo vệ trẻ em nói chung của Việt Nam trong việc nỗ lực xây dựng môi trường sống, phát triển lành mạnh, an toàn đối với trẻ em ■

9 Hiện nay, ngày càng nhiều du khách nước ngoài và người Việt Nam có nhu cầu cung cấp các dịch vụ về tình dục, đặc biệt là từ trẻ em, khiến một số lượng lớn trẻ em (nhất là đối tượng trẻ em lang thang) bị dụ dỗ, mua chuộc bằng các lợi ích vật chất nhỏ rồi sa ngã vào con đường này, thậm chí các em coi đó là một “nghề” để kiếm sống, từ đó kéo theo rất nhiều hệ lụy khác, đưa trẻ đến lối sống sa đọa, trụy lạc.

BÀN VỀ VIỆC THÀNH LẬP CƠ QUAN CHUYÊN TRÁCH PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG Ở NƯỚC TA

Vũ Công Giao*
Đỗ Thu Huyền**

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

** ThS. Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tham nhũng; phòng, chống tham nhũng; cơ quan chuyên trách phòng, chống tham nhũng; Việt Nam.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/05/2018

Biên tập : 20/06/2018

Duyệt bài : 27/06/2018

Article Infomation:

Keywords: corruption; anti-corruption; specialized anti-corruption bodies; Vietnam.

Article History:

Received : 30 May 2018

Edited : 20 Jun 2018

Approved : 27 Jun 2018

Tóm tắt:

Thập niên 1990 đánh dấu sự ra đời của “những chiến binh liêm chính”¹ trong cuộc chiến chống tham nhũng tại các quốc gia, đó là (các) cơ quan, đơn vị chuyên trách phòng, chống tham nhũng (tên tiếng Anh là Anti-Corruption Agency - ACA²). Đến nay, sự hiện diện của gần 150 ACA³ trên thế giới, với những trường hợp thành công và cả những bài học thất bại, cho thấy, có rất nhiều yếu tố khác nhau quyết định đến tổ chức và hoạt động của thiết chế này. Trong bối cảnh công tác phòng, chống tham nhũng được Đảng và Nhà nước rất quan tâm và chỉ đạo quyết liệt nhưng kết quả đạt được còn hạn chế, đây là thời điểm thích hợp để tính đến những giải pháp mang tính chiến lược trong phòng, chống tham nhũng, trong đó có việc xây dựng một mô hình cơ quan phòng, chống tham nhũng phù hợp với điều kiện của Việt Nam trên cơ sở nghiên cứu cơ sở lý luận và thực tiễn về vị trí và vai trò của ACA trong tương quan so sánh với pháp luật quốc tế.

Abstract

The 1990s marked the emergence of "integrity warriors" in the fighting corruption in a number of countries, namely the Anti-Corruption Agency (ACA). The presence of nearly 150 ACAs in the world today, with successful cases and failures, shows that there are several different factors that determine the organization and operation of this institution. As the anti-corruption has drawn much concern and political commitment of the Party and the Government but its results remain modest, the proposed establishment of a newly specialized anti-corruption agency may be considered a breakthrough and strategic solution for Vietnam's conditions, which is based on a theoretical and practical studies of the position and role of the ACA in correlated with international law.

- 1 Luis de Sousa (2010), Anti-corruption agencies: Between empowerment and irrelevance (Các cơ quan chống tham nhũng: Giữa trao quyền và những điểm không thích đáng), tr.1.
- 2 Đây là cách gọi phổ biến nhất, tuy nhiên tên gọi của cơ quan này có thể khác nhau ở các quốc gia: Anti-Corruption Commission (Ủy ban chống tham nhũng), Independent Commission Against Corruption (Ủy ban chống tham nhũng độc lập), Specialized Anti-Corruption Unit (Đơn vị chuyên trách chống tham nhũng), Anti-Corruption Unit (Đơn vị chống tham nhũng)...
- 3 TI (2014), Fighting corruption: The role of the Anti-Corruption Commission (Chống tham nhũng: Vai trò của Ủy ban chống tham nhũng), tr.1.

1. Cơ sở lý luận, thực tiễn và mô hình cơ quan chuyên trách phòng, chống tham nhũng trên thế giới

1.1 Quan điểm về sự cần thiết và vị trí, vai trò của các cơ quan chuyên trách phòng, chống tham nhũng trên thế giới

Châu Á được coi như “cái nôi” ra đời của mô hình ACA, khi Singapore là quốc gia đầu tiên thành lập thiết chế này vào năm 1952, tiếp nối sau đó là Malaysia (1967) và Hồng Kông (1974)⁴. Sau khi Chiến tranh Lạnh kết thúc vào cuối thập kỷ 1980, ACA tiếp tục được thành lập ở một số nước phát triển như Úc và nhiều quốc gia châu Âu khác. Dù vậy, xét tổng thể, ACA chủ yếu được thành lập ở những nền dân chủ mới, nơi các cơ chế kiểm soát quyền lực chưa được vận hành hiệu quả, đòi hỏi phải có những thiết chế bổ sung để tăng cường khả năng kiểm chế tham nhũng⁵.

Các quốc gia có những nhìn nhận khác nhau về vị trí, vai trò của ACA. Tuy nhiên, đa phần học giả và các nhà hoạt động thực tiễn trên thế giới đều nhất trí rằng, việc thành lập thiết chế này là cần thiết, đặc biệt ở những quốc gia mà tham nhũng đã trở nên phổ biến và có hệ thống, vì các lý do sau đây⁶:

Thứ nhất, nạn tham nhũng tràn lan và có hệ thống thường không chỉ bắt nguồn từ những hạn chế trong hệ thống pháp luật mà còn phản ánh thất bại của các thiết chế công và quản trị nhà nước⁷. Vì vậy, thay vì phải nỗ lực để cùng lúc giải quyết đồng thời quá nhiều bất cập, trì trệ cả về thể chế,

pháp luật và con người tồn tại trong một thời gian dài, pháp luật về phòng, chống tham nhũng (PCTN) cần được thực thi và giám sát bởi một cơ quan chuyên trách về PCTN với thẩm quyền đủ mạnh, được đảm bảo đầy đủ về nguồn nhân lực, tài chính và cơ sở vật chất.

Thứ hai, khi PCTN là trách nhiệm “tập thể”, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền thường chỉ ưu tiên tập trung nguồn lực để thực hiện chức năng, nhiệm vụ chính của mình, PCTN chỉ là một nhiệm vụ được thực hiện “kiêm nhiệm”, dẫn đến tình trạng “cha chung không ai khóc”, rất khó quy trách nhiệm. Việc xây dựng một ACA sẽ là cơ sở để xác định một chủ thể chịu trách nhiệm chính, theo dõi, đánh giá và điều phối những nỗ lực chung về PCTN giữa các cơ quan có liên quan.

Thứ ba, mặc dù việc thành lập ACA sẽ đặt ra những thách thức nhất định, ví dụ, đòi hỏi nguồn lực lớn, nhưng việc giải quyết những thách thức tồn tại trong một cơ quan duy nhất vẫn ít phức tạp và khả thi hơn việc phải giải quyết những thách thức tồn tại trong cùng lúc nhiều cơ quan cùng chịu trách nhiệm về PCTN và cơ chế phối kết hợp giữa những cơ quan này.

1.2 Pháp luật quốc tế liên quan đến cơ quan chuyên trách phòng, chống tham nhũng

Công ước của Liên hiệp quốc về chống tham nhũng (UNCAC) được thông qua năm 2003, là điều ước quốc tế đầu tiên có hiệu lực ràng buộc toàn cầu về PCTN đã

4 Tài liệu trên.

5 Vũ Công Giao (2013), Cơ quan hiến định độc lập: quan trọng nhưng dễ thành “vật trang trí”; truy cập tại: <http://dienngon.vn/Blog/Article/co-quan-hien-dinh-doc-lap-quan-trong-nhung-de-thanh-vat-trang-tri> [ngày 21/5/2018];

6 McGeorge Global Bus.&Dev.L.J.(2007), Limits to the Independent Anti-Corruption Commission Model for Corruption Reform: Lessons from Indonesia (Những hạn chế của Mô hình chống tham nhũng độc lập trong cải cách chống tham nhũng: Những bài học từ Indonesia), tr.327.

7 OECD (2008), Specialized Anti-Corruption Institutions, Review of Models: Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia (Các thiết chế chống tham nhũng chuyên trách, Rà soát các mô hình: Mạng lưới chống tham nhũng ở các nước Đông Âu và Trung Á), tr.17.

khẳng định, việc thiết lập cơ quan chống tham nhũng sẽ góp phần thúc đẩy và tăng cường hiệu quả của các chính sách và hoạt động PCTN⁸.

Mặc dù UNCAC bỏ ngỏ khuyến nghị về việc thành lập một mô hình cơ quan PCTN cụ thể, song Công ước yêu cầu các quốc gia thành viên “đảm bảo việc có một cơ quan hoặc một số cơ quan khi thích hợp, có trách nhiệm phòng ngừa tham nhũng” (Điều 6), và đặc biệt là “đảm bảo có một hoặc một số cơ quan chuyên trách... đấu tranh chống tham nhũng thông qua việc thực thi pháp luật” (Điều 36) và “dành cho cơ quan này sự độc lập cần thiết” để có thể thực hiện chức năng của mình một cách hiệu quả và “không chịu bất kỳ sự ảnh hưởng trái pháp luật nào” (khoản 2 Điều 6). Không chỉ vậy, Công ước cũng khuyến nghị các quốc gia dành cho các cơ quan này những phương tiện vật chất và đội ngũ cán bộ chuyên trách cần thiết, cũng như cần đào tạo đội ngũ cán bộ của các cơ quan này để họ có thể thực hiện tốt nhiệm vụ của mình (khoản 2 Điều 6).

1.3 Các mô hình cơ quan chuyên trách phòng, chống tham nhũng trên thế giới

Căn cứ vào vị trí của ACA trong hệ thống chính trị, mức độ độc lập với các cơ quan khác trong bộ máy nhà nước, có thể chia các ACA trên thế giới thành 03 loại mô hình sau⁹:

Thứ nhất, mô hình nghị viện: là mô hình trong đó ACA trực thuộc nhánh lập pháp, độc lập với cơ quan hành pháp và

tư pháp, được nghị viện thành lập và chịu trách nhiệm trước nghị viện. Điển hình cho mô hình này là Cơ quan Chống tham nhũng độc lập của bang New South Wales của Úc (NSW-ICAC). NSW-ICAC được trao quyền điều tra những cáo buộc tham nhũng liên quan đến các chủ thể thuộc khu vực công. Cơ quan này không được trao quyền truy tố nhưng được phép đề nghị cơ quan công tố cân nhắc việc truy tố các cá nhân được cho là phạm tội¹⁰. Mô hình này thường vận hành hiệu quả khi cơ quan lập pháp độc lập và đủ mạnh để kiểm chế và đối trọng quyền lực với hành pháp.

Thứ hai, mô hình cơ quan đặc trách điều tra chống tham nhũng: là mô hình mà ACA trực thuộc Chính phủ, chịu trách nhiệm trực tiếp trước Chính phủ, được giao thực hiện các chức năng cơ bản như phòng ngừa, giáo dục tăng cường nhận thức và điều tra tham nhũng. Mô hình này thường được thành lập ở những quốc gia mà cơ quan hành pháp có sức mạnh vượt trội hơn các nhánh quyền lực khác. Điển hình cho mô hình này là Cơ quan Điều tra Hành vi tham nhũng của Singapore (CPIB). Trong hầu hết các trường hợp, chức năng truy tố được trao cho một cơ quan khác ngoài ACA¹¹. Tuy nhiên, Cơ quan chống tham nhũng của Hồng Kông (ICAC), Ủy ban Diệt trừ tham nhũng của Indonesia (KPK) và một số nước châu Âu như Na Uy, Romania, Bỉ... mặc dù đi theo mô hình này nhưng vẫn trao thêm thẩm quyền truy tố cho ACA.

Thứ ba, mô hình đa cơ quan: mô hình này phổ biến ở những quốc gia phát triển

8 TI Bangladesh (2017), Strengthening anti-corruption agencies in Asia-Pacific: Executive Summary Regional Synthesis Report Key Findings and Recommendations (Tăng cường hiệu quả các cơ quan chống tham nhũng khu vực Châu Á Thái Bình Dương: Báo cáo tóm tắt tổng hợp khu vực về những kết quả chính và khuyến nghị), tr.3.

9 OECD phân loại các ACAs thành 03 nhóm cơ quan: (i) Các cơ quan chống tham nhũng đa chức năng; (ii) Các cơ quan có thẩm quyền thực thi pháp luật (điều tra và/hoặc truy tố); (iii) Các thiết chế thiên về phòng ngừa tham nhũng (thông qua giáo dục, tăng cường nhận thức).

10 New South Wales Independent Commission Against Corruption: <http://www.icac.nsw.gov.au/>

11 OECD (2008), Specialized Anti-Corruption Institutions, Review of Models: Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia (Các thiết chế chống tham nhũng chuyên trách, Rà soát các mô hình: Mạng lưới chống tham nhũng ở các nước Đông Âu và Trung Á), tr.31.

và đang chuyển đổi, nơi mà tình trạng tham nhũng thường nghiêm trọng¹². Với mô hình này, Nhà nước có thể sử dụng các cơ quan thanh tra, giám sát, kiểm toán làm lực lượng nòng cốt trong phát hiện tham nhũng. Khi có dấu hiệu hình sự, hồ sơ vụ việc được chuyển cơ quan điều tra và công tố. Đây là mô hình phổ biến ở Ai Cập, Hàn Quốc, Trung Quốc, Việt Nam... Ngay cả ở Mỹ, PCTN là trách nhiệm của 03 cơ quan nòng cốt, bao gồm Cục Quản lý Đạo đức Công chức (OGE), Bộ Tư pháp và Cơ quan Cảnh sát Liên bang.

Bên cạnh những quốc gia thiết lập ACA theo một trong ba mô hình nêu trên, ở những quốc gia phát triển như Đức, Pháp... nơi tham nhũng có xảy ra nhưng không nghiêm trọng, Nhà nước không thành lập cơ quan chuyên trách về PCTN. Điều này dựa trên quan điểm cho rằng, cũng như các tội phạm khác, tham nhũng có thể được phòng ngừa khi hiệu quả quản trị công được tăng cường. Thêm vào đó, ở những nước đã nêu, các cơ quan chống tội phạm kinh tế hoặc điều tra hình sự đã có đủ thẩm quyền và hoạt động hiệu quả, tức là có đủ năng lực để chống tham nhũng nên Nhà nước thấy không cần thiết phải xây dựng một cơ quan chuyên trách xử lý loại tội phạm này.

Cũng cần lưu ý rằng, việc phân chia mô hình các ACA như trên chỉ mang tính tương đối, vì có những ACA khó có thể xếp vào một mô hình nào, ví dụ, Cơ quan Giám sát Quốc gia (NSC) của Trung Quốc. Cơ quan này được Hiến pháp Trung Quốc ghi nhận là “cơ quan giám sát tối cao” của cả nước (Điều 125), chịu sự giám sát trực tiếp

của Quốc hội và được đảm bảo tính độc lập do được trao thẩm quyền đặc biệt trong điều tra tham nhũng. Theo nhận định của nhiều nhà quan sát phương Tây, với thẩm quyền điều tra đặc biệt (được bác bỏ quyền của nghi phạm được tiếp cận luật sư, thành viên gia đình; được phép giam giữ nghi phạm đến 6 tháng mà không cần sự chấp thuận của cơ quan tư pháp; thẩm quyền điều tra rộng hơn cả Ủy ban Kiểm tra Kỷ luật Trung ương khi được phép điều tra những đối tượng không phải đảng viên...), NSC dường như thuộc nhánh quyền lực thứ tư trong hệ thống chính trị Trung Quốc, bên cạnh lập pháp, hành pháp và tư pháp¹³.

1.4 Các yếu tố tác động đến hiệu quả hoạt động của cơ quan chuyên trách phòng, chống tham nhũng

*Thứ nhất, quyết tâm chính trị ở cấp cao nhất*¹⁴. Hoạt động của các ACA động chạm trực tiếp và quyết liệt đến các cá nhân và nhóm lợi ích đầy quyền lực, vì vậy, việc thành lập và hoạt động của các cơ quan này cần đến quyết tâm chính trị ở cấp cao nhất. Quyết tâm chính trị cần được cụ thể hoá bằng cam kết thể chế hoá vị trí, vai trò, chức năng, nhiệm vụ và thẩm quyền của ACA. Một số quốc gia cho rằng, cam kết phân bổ tài chính đầy đủ và trả lương cao cho nhân viên của ACA là minh chứng rõ nhất cho quyết tâm của lãnh đạo cấp cao nhất dành cho cuộc chiến chống tham nhũng¹⁵. Ví dụ, đối với ICAC của Hồng Kông, quyết tâm chính trị được thể hiện ở số lượng nhân sự gồm hơn 1.200 người (thống kê năm 2012) và 74% ngân sách của năm dành cho hoạt

12 OECD (2008), tài liệu đã dẫn, tr.11.

13 Pháp luật Tp.HCM, Siêu uỷ ban Trung Quốc giám sát 200 triệu người, truy cập tại: <http://plo.vn/van-hoa/ho-so-phong-su/sieu-uy-ban-trung-quoc-giam-sat-200-trieu-nguoi-760474.htm> 1 [ngày 20/3/2018];

14 OECD Global Anti-Corruption & Integrity Forum (2017), Legitimacy building of Anti-Corruption Agencies in five countries (Tính hợp pháp trong xây dựng cơ quan chống tham nhũng ở 05 quốc gia), tr.12.

15 Anti-Corruption commissions as a tool for good governance: Without political will, it isn't worth it (Các uỷ ban chống tham nhũng với tư cách là một công cụ để quản trị tốt: Vô nghĩa nếu không có quyết tâm chính trị), <https://www.forrest-trends.org/wp-content/uploads/imported/3-anti-corruption-commissions-pdf.pdf>

động điều tra, tương đương 112 triệu USD¹⁶.

Thứ hai, tính độc lập của ACA. Tính “độc lập” của ACA cần được hiểu là *sự độc lập tương đối*, theo nghĩa cơ quan này chỉ hoạt động theo Hiến pháp và pháp luật, vì lợi ích chung của Nhà nước và xã hội mà không chịu sự chi phối của bất cứ nhánh quyền lực nào. Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, tính chất độc lập của ACA bao hàm trong đó sự độc lập về cơ cấu tổ chức, quy trình tuyển dụng, bổ nhiệm nhân sự, thẩm quyền điều tra và ngân sách hoạt động¹⁷.

Tổ chức OECD khuyến nghị rằng, một trong những cách để đảm bảo tính độc lập của ACA là quy định thời hạn 02 nhiệm kỳ cho người đứng đầu để giảm thiểu khả năng chịu tác động của việc bầu cử cũng như những thay đổi có thể có khi nội các mới được hình thành¹⁸. Ở Pakistan, Giám đốc Cục Trách nhiệm Giải trình Quốc gia Pakistan (NAB) được Tổng thống bổ nhiệm theo đề nghị của Chủ tịch Quốc hội và lãnh đạo đảng đối lập trong Quốc hội nhằm giảm thiểu nguy cơ can thiệp chính trị vào quy trình tuyển chọn nhân sự¹⁹.

Về kinh phí hoạt động, UNCAC khuyến nghị rằng, kinh phí cho ACA cần được luật hoá cho nhiều năm liên tiếp nhằm phòng ngừa khả năng cơ quan lập pháp sử dụng quyền phê duyệt ngân sách để hạn chế sự độc lập hoặc gây ảnh hưởng không thích hợp lên hoạt động của ACA²⁰.

Thứ ba, thẩm quyền của ACA: Một ACA không được trao thẩm quyền tương xứng với chức năng, nhiệm vụ của mình thì cũng giống như “hổ không răng”. Nhìn chung, các ACA cần được trao nhiều thẩm quyền hơn cả các cơ quan thực thi pháp luật. Bên cạnh những thẩm quyền phổ biến, nhiều quốc gia trao cho ACA thẩm quyền đặc biệt như tiếp cận thông tin tình báo, nghe lén, thậm chí là “điều tra giăng bẫy”...²¹. Ở một số quốc gia, người đứng đầu ACA không phải thông báo cho người đứng đầu cơ quan công tố hay kiểm sát hoặc bộ trưởng tư pháp khi bắt đầu cuộc điều tra. Ví dụ, ở Singapore, CPIB được trao quyền độc lập ra quyết định bắt giữ, điều tra, tiếp cận thông tin, hồ sơ cá nhân, tài khoản ngân hàng. Việc không cung cấp thông tin cho CPIB sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự.

Thứ tư, trách nhiệm giải trình của ACA: Trách nhiệm giải trình của ACA bao gồm trách nhiệm giải trình trực tiếp với cơ quan mà nó trực thuộc và một (số) uỷ ban giám sát của nghị viện và/hoặc một uỷ ban bao gồm cả những đại diện liên ngành và tổ chức xã hội. Ví dụ, NSW-ICAC của Úc cùng lúc phải chịu sự giám sát của 02 uỷ ban giám sát nội bộ và 02 uỷ ban giám sát bên ngoài, trong đó uỷ ban giám sát nội bộ chịu trách nhiệm đánh giá về các chính sách của tổ chức này về phòng ngừa, giáo dục, nghiên cứu và điều tra tham nhũng; các uỷ ban giám sát từ bên ngoài chịu trách nhiệm đảm bảo rằng cơ quan này phải chịu trách nhiệm giải trình trước người dân.

16 OECD Global Anti-Corruption & Integrity Forum (2017), tài liệu đã dẫn, tr.24.

17 OECD (2008), tài liệu đã dẫn, tr.30.

18 OECD (2008), tài liệu đã dẫn, tr.31.

19 TI Bangladesh (2017), tài liệu đã dẫn, tr.10.

20 UNODC (2009), Hướng dẫn kỹ thuật về việc thực thi Công ước của Liên hiệp quốc về chống tham nhũng, tr. 15. UNDP (2011), Methodology for Assessing the Capacities of Anti-Corruption Agencies to Perform Preventive Functions, tr.16.

21 “Điều tra giăng bẫy” (sting operations) là chiến dịch kích thích nghi can thực hiện hành vi phạm tội tham nhũng mà nghi can đã có ý định hoặc đã lên kế hoạch thực hiện từ trước, qua đó bắt giữ tận tay kẻ phạm tội. Trong một số trường hợp, việc này còn bao gồm khuyến khích và hỗ trợ nghi can thực hiện hành vi phạm tội. Đây là cách làm của cơ quan phòng chống tham nhũng Indonesia (KPK). Xem Gabriel Kuris (2015), Watchdogs or guard dogs: Do anti-corruption agencies need strong teeth? (Chó cảnh hay chó giữ nhà: Các cơ quan chống tham nhũng có cần răng khoẻ không?), Policy and Society, 34:2, 125-135.

1.5 Những giá trị mà Việt Nam có thể tham khảo

Từ những phân tích ở các mục trên, có thể rút ra một số giá trị mà Việt Nam có thể tham khảo như sau:

Thứ nhất, việc hợp nhất nhiều cơ quan PCTN thành một cơ quan chuyên trách PCTN quốc gia là hướng đi phù hợp trong bối cảnh tham nhũng ngày càng phức tạp, khó kiểm soát và có hệ thống. Giải pháp duy trì mô hình đa cơ quan chỉ thích hợp khi thực trạng tham nhũng không nghiêm trọng và việc hoàn thiện thể chế, pháp luật cho hoạt động của những cơ quan này là khả thi. Bối cảnh hiện nay ở nước ta không ủng hộ việc duy trì mô hình đa cơ quan PCTN.

Thứ hai, ACA cần có vị thế độc lập với các thiết chế khác của bộ máy nhà nước, song đồng thời phải có trách nhiệm giải trình. Để đảm bảo tính độc lập và trách nhiệm giải trình của ACA, cần hiến định hoặc luật hoá địa vị pháp lý của cơ quan này trong hệ thống chính trị. Có thể cân nhắc ban hành một đạo luật riêng quy định về vị trí, vai trò, chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền, cơ chế bổ nhiệm hay miễn nhiệm người đứng đầu, ngân sách hoạt động, nguyên tắc phê duyệt kinh phí, quy chế tuyển dụng, và cơ chế phối hợp của cơ quan này với các chủ thể có liên quan khác trong PCTN. Cơ cấu nhân sự của cơ quan này cần có đại diện của khu vực tư, ví dụ như thành viên của các tổ chức xã hội hoạt động trong lĩnh vực PCTN, các nhà khoa học, chuyên gia có uy tín trong lĩnh vực quản trị nhà nước và PCTN.

Thứ ba, việc xây dựng và tăng cường năng lực cho ACA cần đặt trong những nỗ lực cải cách toàn diện các hoạt động phát hiện, điều tra, truy tố và xử lý tham nhũng. Cần nghiên cứu các biện pháp để cân bằng giữa việc mở rộng thẩm quyền điều tra của ACA và việc bảo đảm các quyền con người cơ bản của nghi phạm.

2. Các cơ quan phòng, chống tham nhũng ở nước ta hiện nay

Điều 75 Luật PCTN nước ta quy định một số đơn vị chuyên trách PCTN, cụ thể như sau:

- *Cục Chống tham nhũng* trực thuộc Thanh tra Chính phủ, có chức năng giúp Tổng Thanh tra thực hiện quản lý nhà nước về công tác PCTN; thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn thanh tra chống tham nhũng theo thẩm quyền của Thanh tra Chính phủ. Kể từ khi được thành lập, hoạt động thanh tra, kiểm tra trách nhiệm thực hiện pháp luật về PCTN của Cục Chống tham nhũng được đánh giá là còn hình thức, kết quả hạn chế. Nguyên nhân quan trọng được xác định là do nhiệm vụ và quyền hạn mà cơ quan này được giao chưa thực sự tương xứng. Ví dụ, các kết luận thanh tra không được coi là chứng cứ và khi phát hiện dấu hiệu tham nhũng, Thanh tra Chính phủ không có quyền điều tra ban đầu mà chỉ có thể đề nghị cơ quan, tổ chức có thẩm quyền xử lý (Điều 76).

- *Cục Cảnh sát điều tra tội phạm về kinh tế và tham nhũng* (Cục C48): C48 là đơn vị trực thuộc Tổng cục Cảnh sát phòng, chống tội phạm, có chức năng tham mưu cho Tổng Cục trưởng, Thủ trưởng Cơ quan Cảnh sát điều tra của Bộ Công an chỉ đạo, hướng dẫn lực lượng cảnh sát điều tra tội phạm tham nhũng trong cả nước; tiến hành những biện pháp phòng ngừa, phát hiện, điều tra, xử lý các loại tội phạm về tham nhũng, trực tiếp điều tra các vụ án về tham nhũng theo quy định pháp luật và theo chỉ đạo của Bộ trưởng Bộ Công an. Một trong những khó khăn, vướng mắc lớn trong hoạt động của C48 là sự phối hợp giữa cơ quan này với các cơ quan hữu quan còn nhiều hạn chế, đặc biệt là trong quan điểm xử lý án. Vì vậy, án tham nhũng là án có tỷ lệ hồ sơ bị trả đề điều tra lại cao nhất.

- *Vụ Thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra án tham nhũng* (Vụ 1B): Cơ quan này trực thuộc Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, được trao thẩm quyền thực hành quyền công tố, kiểm sát điều tra các vụ án tham nhũng và các công tác khác có liên quan. Vụ 1B cũng gặp khó khăn trong hoạt động phối hợp, trao đổi thông tin với các cơ quan, đơn vị chuyên trách về PCTN khác, đặc biệt là trong việc phát hiện tội phạm, giải quyết tin báo tố giác tội phạm về tham nhũng. Ngoài ra, do Viện Kiểm sát không có chức năng kiểm sát việc xử lý các vi phạm hành chính nên Vụ 1B không có căn cứ pháp lý²² để theo dõi tình hình các vụ việc tham nhũng được các ngành, các cấp phát hiện nhưng chỉ xử lý hành chính mà không kiến nghị khởi tố để xử lý hình sự.

Những phân tích ở trên cho thấy, Việt Nam áp dụng *mô hình đa cơ quan* trong PCTN. Tuy nhiên, vì có quá nhiều chủ thể tham gia nhưng không có chủ thể làm đầu mối chịu trách nhiệm chính, mô hình này có nhiều bất cập, hạn chế sau đây:

- *Quan hệ giữa các tổ chức Đảng với các cơ quan nhà nước*. Hiện nay, pháp luật chưa quy định cơ chế phối hợp giữa Ủy ban Kiểm tra các cấp của Đảng với các cơ quan được giao chức năng PCTN của Nhà nước như Thanh tra Chính phủ, Bộ Công an, Viện Kiểm sát, Tòa án, Kiểm toán. Một số văn bản của Đảng, ví dụ như Chỉ thị 15-CT/TW ngày 07/7/2007 của Bộ Chính trị về sự lãnh đạo của Đảng đối với các cơ quan bảo vệ pháp luật trong công tác điều tra, xử lý các vụ án và công tác bảo vệ Đảng, quy định cấm tiến hành biện pháp điều tra bí mật đối với đảng viên; trước khi điều tra một vụ việc liên quan đến cán bộ, đảng viên phải xin ý

kiến chỉ đạo của các cấp ủy đảng (khoản 1 Điều 5). Mặc dù quy định này nhằm mục đích bảo vệ nội bộ Đảng nhưng nếu không được thực hiện đúng thì vô hình trung sẽ tạo ra một “vùng cấm”, cản trở việc phát hiện và xử lý tham nhũng.

- *Quan hệ giữa các cơ quan nhà nước với nhau*. Hiện có nhiều bất cập trong việc phối hợp giữa các cơ quan thanh tra, kiểm toán và các cơ quan tiến hành tố tụng, xét cả về quy định của pháp luật và sự vận hành trong thực tế²³. Ví dụ, khi phát hiện dấu hiệu tham nhũng, hồ sơ vụ việc được các cơ quan thanh tra, kiểm toán chuyển sang cho cơ quan tiến hành tố tụng nhưng các cơ quan này vẫn phải tiến hành thu thập lại chứng cứ từ đầu (do những kết luận thanh tra, kiểm toán không được coi là chứng cứ), làm chậm tiến độ giải quyết các vụ án. Hơn nữa, hiện pháp luật chưa quy định tiêu chuẩn chung trong đánh giá các vụ việc có dấu hiệu tham nhũng giữa các cơ quan hữu quan nên các cơ quan này thường lúng túng khi xảy ra bất đồng quan điểm.

- *Quan hệ giữa các cơ quan Đảng, cơ quan nhà nước với người dân*. Theo Báo cáo về công tác phát hiện, điều tra và thi hành án hình sự đối với tội phạm tham nhũng giai đoạn 2005-2015 của Bộ Công an, trong thời gian từ 1/6/2006 đến 31/8/2015, 58% vụ việc tham nhũng tại Việt Nam được phát hiện và xử lý dựa trên tố cáo của người dân và cơ quan báo chí. Tuy nhiên, việc tố cáo tham nhũng của người dân và điều tra tham nhũng của các cơ quan báo chí hiện còn có nhiều trở ngại, tỷ lệ người tố cáo tham nhũng giảm mạnh trong giai đoạn 2011- 2015 từ 9% xuống 2,5%²⁴.

22 Đinh Văn Minh (2015), *Tổ chức và hoạt động của cơ quan phòng, chống tham nhũng và một số vấn đề đặt ra hiện nay*”, Đề tài nghiên cứu cấp Bộ của Thanh tra Chính phủ, tr.120.
 23 Thanh tra Chính phủ (2016), Báo cáo số 330/BC-CP ngày 22/9/2016 của Chính phủ tổng kết 10 năm thực hiện Luật PCTN (2005-2015).
 24 Pháp luật TP. Hồ Chí Minh, Chính phủ không chỉ đạo chống tham nhũng được, <http://plo.vn/thoi-su/ chinh-phu-khong-chi-dao-chong-tham-nhung-duoc-616897.html> [ngày 13/3/2016];

3. Xây dựng mô hình cơ quan chuyên trách phòng, chống tham nhũng ở Việt Nam

Kinh nghiệm trên thế giới và bối cảnh thực tế của Việt Nam hiện nay cho thấy, việc xây dựng mô hình cơ quan phòng, chống tham nhũng thuộc Quốc hội, chịu trách nhiệm trực tiếp trước Quốc hội tỏ ra phù hợp hơn cả. Mô hình này phù hợp với Hiến pháp, với chức năng lập pháp và giám sát của Quốc hội, có thể giúp giám sát cả cơ quan hành pháp và tư pháp (những cơ quan có độ rủi ro tham nhũng cao hơn so với cơ quan lập pháp) mà vẫn đảm bảo vai trò lãnh đạo, chỉ đạo của Đảng trong PCTN.

- *Về cơ sở pháp lý*, việc thành lập Ủy ban Quốc gia chống tham nhũng độc lập (Ủy ban) lý tưởng nhất là được quy định trong Hiến pháp. Tuy nhiên, do Hiến pháp năm 2013 vừa mới được thông qua nên đề xuất sửa đổi, bổ sung Hiến pháp là thiếu khả thi. Mặc dù vậy, có thể đưa việc thành lập ACA vào Luật PCTN đang được sửa đổi, để giúp khẳng định và tăng cường vị trí, vai trò của thiết chế quan trọng này trong đời sống chính trị, xã hội của đất nước.

- *Về cơ cấu tổ chức*: Ủy ban này trực thuộc và chịu trách nhiệm trước Quốc hội, có bộ máy điều tra riêng, chịu sự giám sát

của Ủy ban thường vụ Quốc hội theo cơ chế báo cáo, giải trình định kỳ.

- *Về thẩm quyền*, Ủy ban được trao thẩm quyền điều tra tham nhũng nhưng Viện kiểm sát nhân dân tối cao vẫn giữ quyền công tố, giám sát hoạt động điều tra của Ủy ban này để đảm bảo tính khách quan của hoạt động điều tra. Ủy ban được phép yêu cầu cung cấp thông tin từ bất cứ pháp nhân và thể nhân nào mà không cần có quyết định của Tòa án, nhưng Tòa án vẫn có quyền đánh giá tính hợp pháp của quá trình điều tra.

- *Về nhân sự và tính đại diện trong tổ chức*: Cần đảm bảo sự đa dạng về thành phần của Ủy ban, theo đó, nhân sự của Ủy ban bao gồm những chuyên gia có uy tín, tâm huyết, giàu kinh nghiệm và giỏi chuyên môn, có thể điều động lâm thời hoặc nhận biệt phái các điều tra viên trong các cơ quan tư pháp khác; có thể huy động sự ủng hộ rộng rãi và nguồn nhân lực có chuyên môn cao của nhiều chủ thể khác thuộc khu vực tư như các tổ chức xã hội, giới học thuật, doanh nghiệp, cơ quan truyền thông...

- *Về ngân sách hoạt động*: Ngân sách dành cho hoạt động của Ủy ban cần được đảm bảo đầy đủ và ổn định■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Chan Louis (2014), *Anti-Corruption Commissions in China: Panacea or Cure-all Medicine to Fight Corruption (Các cơ quan chống tham nhũng: Thuốc chữa bách bệnh trong đấu tranh chống tham nhũng)*, tại https://works.bepress.com/chan_louis/1/, truy cập 15/5/2018.
2. Gabriel Kuris (2015), *Watchdogs or guard dogs: Do anti-corruption agencies need strong teeth? (Chó cảnh hay chó giữ nhà: Các cơ quan chống tham nhũng có cần răng khoẻ không?)*, *Policy and Society*, 34:2, 125-135, tại <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1016/j.polsoc.2015.04.003>, truy cập 10/5/2018.
3. Vũ Công Giao (2013), *Cơ quan hiến định độc lập: quan trọng nhưng dễ thành “vật trang trí”*, tại <http://dienngon.vn/blog/Article/co-quan-hien-dinh-doc-lap-quan-trong-nhung-de-thanh-vat-trang-tri>, truy cập 5/5/2018.
4. John R.Heilbrunn (2004), *Anti-Corruption Commissions: Panacea or Real Medicine to Fight Corruption*, World Bank (*Cơ quan chống tham nhũng: Thuốc chữa bách bệnh hay liệu pháp thực tế để chống tham nhũng*), tại <http://siteresources.worldbank.org/PSGLP/Resources/JohnHeilbrunn.pdf>, truy cập 5/5/2018.
5. Luis de Sousa (2010), *Anti-corruption agencies: Between empowerment and irrelevance (Các cơ quan chống tham nhũng: giữa trao quyền và những điểm không thích đáng)*, tại <http://cadmus.eui.eu/handle/1814/10688>, truy cập 2/5/2018.

6. McGeorge Global Bus.&Dev.L.J.(2007), *Limits to the Independent Anti-Corruption Commission Model for Corruption Reform: Lessons from Indonesia (Những hạn chế của Mô hình chống tham nhũng độc lập trong cải cách chống tham nhũng: Những bài học từ Indonesia)*, tại <https://scholarlycommons.pacific.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=facultyarticles>, truy cập 5/5/2018.
7. Đinh Văn Minh (2015), *Tổ chức và hoạt động của cơ quan phòng, chống tham nhũng và một số vấn đề đặt ra hiện nay*”, (Đề tài nghiên cứu cấp Bộ của Thanh tra Chính phủ).
8. New South Wales Independent Commission Against Corruption: <http://www.icac.nsw.gov.au/>, truy cập 10/5/2018
9. OECD Global Anti-Corruption & Integrity Forum (2017), *Legitimacy building of Anti-Corruption Agencies in five countries (Tính hợp pháp trong xây dựng cơ quan chống tham nhũng ở 05 quốc gia)*, tại <https://www.oecd.org/cleangovbiz/Integrity-Forum-2017-Vietnam%C3%A4ki-Nwokorie-legitimacy-anti-corruption-agencies.pdf>, truy cập 10/5/2018
10. OECD (2008), *Specialized Anti-Corruption Institutions, Review of Models: Anti-Corruption Network for Eastern Europe and Central Asia (Các thiết chế chống tham nhũng chuyên trách, Rà soát các mô hình: Mạng lưới chống tham nhũng ở các nước Đông Âu và Trung Á)*, tại <https://www.oecd.org/corruption/acn/specialisedanti-corruptioninstitutions-reviewofmodels.htm>, truy cập 5/5/2018.
11. Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh ngày 20/3/2018, *Siêu uỷ ban Trung Quốc giám sát 200 triệu người*, tại <http://plo.vn/van-hoa/ho-so-phong-su/sieu-uy-ban-trung-quoc-giam-sat-200-trieu-nguoi-760474.html>, truy cập 5/5/2018.
12. Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh, *Chính phủ không chỉ đạo chống tham nhũng được*, <http://plo.vn/thoi-su/chinh-phu-khong-chi-dao-chong-tham-nhung-duoc-616897.html> [ngày 13/3/2016];
13. StAR (2012), *Public Wrongs, Private Actions : Civil Lawsuits to Recover Stolen Assets (Việc công, Lợi ích tư: Bảo đảm trách nhiệm giải trình thông qua công khai thu nhập, tài sản)*, tại <http://issuu.com/world.bank/publications/docs>, truy cập 10/5/2018.
14. TI Georgia (2014), *Anti-Corruption Agencies: International Experience and Reform Option for Georgia (Các cơ quan chống tham nhũng: Kinh nghiệm quốc tế và lựa chọn cải cách cho Georgia)*, tại <http://www.transparency.ge/en/post/report/anti-corruption-agencies-international-experience-and-reform-options-georgian-agencies>, truy cập 15/5/2018.
15. TI (2014), *Fighting corruption: The role of the Anti-Corruption Commission (Chống tham nhũng: Vai trò của Ủy ban chống tham nhũng)*, tại https://www.transparency.org/news/feature/fighting_corruption_the_role_of_the_anti_corruption_commission, truy cập 2/5/2018.
16. TI Bangladesh (2017), *Strengthening anti-corruption agencies in Asia-Pacific: Executive Summary Regional Synthesis Report Key Findings and Recommendations (Tăng cường hiệu quả các cơ quan chống tham nhũng khu vực Châu Á Thái Bình Dương: Báo cáo tóm tắt tổng hợp khu vực về những kết quả chính và khuyến nghị)*, tại https://www.transparency.org/whatwedo/publication/strengthening_anti_corruption_agencies_in_asia_pacific, truy cập 10/5/2018.
17. Thomas Chan (2002), *Corruption Prevention - The Hongkong Experience (Ngăn ngừa tham nhũng – Kinh nghiệm của Hồng Kông)*, tham luận tại hội thảo của UNCAC ở Sofia, Bulgaria 29/10/2002, tại http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No56/No56_30VE_Chan.pdf, truy cập 10/5/2018.
18. Thanh tra Chính phủ (2016), *Báo cáo số 330/BC-CP ngày 22/9/2016 của Chính phủ tổng kết 10 năm thực hiện Luật PCTN (2005-2015)*.
19. UNDP (2005), *Institutional Arrangements to Combat Corruption: A Comparative Study (Báo cáo về các thiết chế chống tham nhũng: Nghiên cứu so sánh)*, tại <https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/institutional-arrangements-to-combat-corruption-a-comparative-study/>, truy cập 5/5/2018.
20. UNDP (2011), *Methodology for Assessing the Capacities of Anti-Corruption Agencies to Perform Preventive Functions (Phương pháp luận cho việc đánh giá năng lực thực hiện chức năng của các cơ quan chống tham nhũng)*, tại <http://newunkampus.unssc.org/pluginfile.php>, truy cập 10/5/2018.

VẬN DỤNG NGUYÊN TẮC CÔNG BẰNG TRONG PHÁP LUẬT THUẾ TÀI SẢN

Phan Phương Nam*

* ThS. GV Khoa Luật thương mại, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: thuế tài sản, thuế liên quan tài sản; thuế thu nhập cá nhân; người nộp thuế

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/05/2018

Biên tập : 07/06/2018

Duyệt bài : 13/06/2018

Tóm tắt:

Dự thảo Luật Thuế tài sản ngày 23/04/2018¹ đã cho thấy, thuế tài sản nêu trong Dự thảo Luật này chỉ là một trong các loại thuế được Việt Nam sử dụng để điều tiết vào tài sản mà các chủ thể trong xã hội có được bên cạnh Luật Thuế thu nhập cá nhân. Bên cạnh đó, nội dung của Dự thảo Luật còn nhiều vấn đề cần được tiếp tục hoàn thiện.

Article Infomation:

Keywords: property tax, property-related taxes; personal income tax; tax payers

Article History:

Received : 24 May 2018

Edited : 07 Jun 2018

Approved : 13 Jun 2018

Abstract

The draft Law on Property Tax (version of 23/04/2018) has shown that the property tax stated in the draft law is just one of the taxes imposed by Viet Nam to regulate the properties occupied by the tax payers in the society along with the Law on Personal Income Tax. In addition, the content of the draft law has several issues need to be further improved.

Thuế tài sản là loại thuế không quá mới mẻ trong hệ thống thuế các quốc gia nói chung và Việt Nam nói riêng². Tùy các quốc gia khác nhau mà việc lựa chọn đánh thuế tài sản cũng có thể có sự khác nhau. Nhìn chung có hai hệ thống thuế tài sản sau:

i) pháp luật thuế tài sản có năm hình thức: Luật thuế của cải đánh trên giá trị tài sản ròng của cá nhân, Luật thuế nhà, Luật thuế đất, Luật thuế đăng ký tài sản, Luật thuế thừa kế và quà tặng; ii) pháp luật thuế tài sản bao gồm: Luật thuế nhà, Luật thuế sử dụng

1 Tài liệu được đăng trên http://vibonline.com.vn/du_thao/du-luat-thue-tai-san, truy cập ngày 19/05/2018.

2 Hiện nay trên thế giới có 174/193 nước có áp dụng sắc thuế thu đối với tài sản. Theo Viện Chiến lược và Chính sách tài chính, Thực tiễn áp dụng thuế tài sản ở các nước, tài liệu đăng trên <http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu--trao-doi/trao-doi-binh-luan/thuc-tien-ap-dung-thue-tai-san-o-cac-nuoc-139653.html> truy cập ngày 22/05/2018.

đất, Luật thuế trước bạ, Luật thuế sử dụng ô tô, Luật thuế vốn³.

Về cơ bản, thuế tài sản có những ưu điểm sau: i) thuế tài sản ít gây tác động xấu đến nền kinh tế (trong khi đó thuế điều tiết vào thu nhập tác động đến động lực của người tạo ra thu nhập, thuế điều tiết vào hàng hóa tác động đến hành vi tiêu dùng); ii) thuế tài sản mang công bằng trong điều tiết thuế; iii) thuế tài sản tạo nên nguồn thu ổn định cho nhà nước và ít bị ảnh hưởng bởi yếu tố mang tính chu kỳ của nền kinh tế như các loại thuế đánh vào thu nhập và hàng hóa và iv) đôi khi thuế tài sản (đối với bất động sản) được xem như là một công cụ quản lý thị trường bất động sản hiệu quả khi có những sự tác động mạnh vào tài sản là bất động sản. Với những ưu điểm trên, nên đây là thời điểm mà theo Bộ Tài chính là hợp lý để xem xét và điều chỉnh thuế tài sản ở Việt Nam.

Dự thảo Luật Thuế tài sản ngày 23/04/2018⁴ đã cho thấy, đây không phải là toàn bộ quy định pháp luật về thuế tài sản mà Dự thảo Luật này - nếu được Quốc hội thông qua - chỉ là một trong các luật thuế

được Việt Nam sử dụng để điều tiết vào tài sản mà các chủ thể trong xã hội có được bên cạnh Luật Thuế thu nhập cá nhân.

1. Nội dung và yêu cầu của nguyên tắc công bằng trong thuế tài sản

Khi nói về nguyên tắc công bằng nói chung, có nhiều quan điểm như: quan điểm của nhóm *tiếp cận sự công bằng về mặt lợi ích*⁵; nhóm *tiếp cận sự công bằng trong thuế dựa trên khả năng chi trả của đối tượng trả thuế*⁶ và *lý thuyết về công bằng của John Rawls*⁷. Mỗi quan điểm đều có các ưu và nhược điểm của nó. Trong phạm vi bài viết này, nguyên tắc công bằng được hiểu là các định hướng về việc xác định những nội dung, yêu cầu trong các quy định của pháp luật thuế nhằm đảm bảo việc thu thuế là hợp lý dựa trên khả năng chi trả của đối tượng nộp thuế có xem xét, cân nhắc đến các yếu tố hoàn cảnh, điều kiện sống nhằm đảm bảo những người có điều kiện khác nhau sẽ có nghĩa vụ nộp thuế khác nhau, người có điều kiện thuận lợi hơn sẽ phải nộp thuế nhiều hơn và những người điều kiện, hoàn cảnh như nhau sẽ phải nộp thuế như nhau.

3 Hoàng Thị Giang (2007), Pháp luật thuế tài sản ở Việt Nam hiện nay – Những vấn đề lý luận và thực tiễn, Luận án Tiến sĩ Luật học, Viện Nhà nước và pháp luật.

4 Tài liệu được đăng trên http://vibonline.com.vn/du_thao/du-luat-thue-tai-san, truy cập ngày 19/05/2018.

5 Nhóm học giả này cho rằng quan hệ giữa người nộp thuế, trả thuế và chính phủ, nhà nước là quan hệ trao đổi. Theo đó, nhà nước cung cấp hàng hóa, dịch vụ cho người trả thuế và người trả thuế phải trả tiền cho nhà nước. Theo cách lý giải này thì đối tượng trả thuế chỉ trả thuế dựa trên lợi ích, phúc lợi mà họ nhận được từ nhà nước. Tuy nhiên, quan điểm này đã mặc nhiên thừa nhận có sự đối giá và hoàn trả trực tiếp cho người trả thuế trong quan hệ thuế. Điều này đi ngược lại với bản chất của thuế đã được đa số các học giả công nhận. Xem Giáo trình Thuế (2001), Trường Đại học Kinh tế TP Hồ Chí Minh và Viện Nghiên cứu tài chính, Chủ biên: GS, TS Nguyễn Thanh Tuyên, TS. Nguyễn Ngọc Thanh, Nxb. Thống kê, Hồ Chí Minh 2001.

6 Những người theo quan điểm này cho rằng những hoạt động cung cấp phúc lợi xã hội, quyền và lợi ích cho các cá nhân, tổ chức trong xã hội là xuất phát từ chức năng và nhiệm vụ của nhà nước. Các quyền và lợi ích này không gắn liền và không là hệ quả trực tiếp từ số thuế mà đối tượng nộp thuế đã nộp cho nhà nước. Việc phân phối gánh nặng của thuế sẽ được nhà nước quyết định theo nguyên tắc công bằng – nghĩa là việc nộp thuế của đối tượng nộp thuế cần phải được tiến hành và xác định phù hợp với khả năng chi trả của họ. Tùy thuộc vào khả năng của đối tượng nộp thuế, nhà nước sẽ xác định mức điều tiết phù hợp nhằm bảo đảm rằng các đối tượng nộp thuế phải hy sinh một phần thu nhập của mình để nộp thuế cho nhà nước. Xem Professor David W. Williams (1996), Principle of tax law, Swett & Maxwell và Nguyễn Hồng Thắng, Vận dụng nguyên tắc đánh thuế trong thực tiễn, Tạp chí Phát triển kinh tế số 220 - tháng 2/2009 (nay đổi tên thành Tạp chí Nghiên cứu Kinh tế và Kinh doanh Châu Á tên gọi tiếng Anh: Journal of Asian Business and Economic Studies (JABES).

7 Rawls, J.(1971). A theory of Justice, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts; Clarendon Press, Oxford.

Với cách hiểu như trên, nguyên tắc công bằng áp dụng trong pháp luật thuế tài sản cần phải đảm bảo các yêu cầu sau:

- Công bằng theo khả năng của người chịu thuế. Điều này có nghĩa là pháp luật thuế tài sản cần xem xét, cân nhắc và tính toán đến điều kiện, khả năng đóng góp thuế của người chịu thuế. Bởi lẽ, vẫn biết là thuế tài sản sẽ điều tiết vào những chủ thể có tài sản nhưng cũng cần lưu ý là những chủ thể đó có đủ khả năng chịu đựng thuế hay không? Nếu pháp luật thuế điều chỉnh vượt quá khả năng chịu đựng thuế của người chịu thuế thì việc điều tiết sẽ không đảm bảo sự hợp lý. Do vậy, khi điều tiết thu cần tính đến mức ngưỡng nhất định. Nếu tài sản của người chịu thuế có giá trị dưới mức ngưỡng đó thì Nhà nước không điều tiết.

- Công bằng theo chiều ngang. Theo đó, các chủ thể có các điều kiện hoàn cảnh như nhau thì sẽ thực hiện các nghĩa vụ thuế tài sản như nhau.

- Công bằng theo chiều dọc. Theo đó, các chủ thể có các điều kiện, hoàn cảnh khác nhau thì thực hiện các nghĩa vụ thuế khác nhau. Người có điều kiện hơn sẽ thực hiện nghĩa vụ thuế cao hơn người có điều kiện kém thuận lợi hơn.

2. Các quy định của Dự thảo Luật Thuế tài sản dưới góc độ đảm bảo sự công bằng

2.1 Những thành công của Dự thảo Luật Thuế tài sản

Một là, Dự thảo Luật Thuế tài sản đã có những quy định hợp lý khi đặt ra ngưỡng điều tiết thuế đối với nhà. Theo đó, nếu giá trị nhà dưới mức ngưỡng xác định thì người sở hữu nhà không có nghĩa vụ phải nộp thuế tài sản cho Nhà nước. Đây chính là sự công bằng theo khả năng của người nộp thuế.

Hai là, Dự thảo Luật Thuế tài sản có xem xét và tính đến các trường hợp miễn, giảm thuế như: số thuế nộp thấp (dưới

50.000 VNĐ), đất xây nhà tình thương, đại đoàn kết... Điều này đã thấy rõ bản chất của thuế tài sản chỉ mong muốn điều tiết vào những người có thu nhập tương đối và không điều tiết vào những chủ thể mà điều kiện sống của họ còn nhiều khó khăn.

Ba là, Dự thảo Luật Thuế tài sản đã điều tiết vào một số tài sản chưa được sự công nhận của Nhà nước (đất lấn, chiếm). Trong trường hợp này, theo quy định của luật, những chủ thể có thu nhập từ việc khai thác đất nên có nghĩa vụ phải nộp thuế tài sản cho Nhà nước. Điều này cũng nhằm đảm bảo sự công bằng giữa những người sử dụng đất có lợi ích như nhau thì cũng phải cùng có nghĩa vụ nộp thuế.

2.2 Những điểm hạn chế của Dự thảo Luật Thuế tài sản

Thứ nhất, quy định về người nộp thuế trong Dự thảo Luật Thuế tài sản chưa hợp lý. Trong điểm b khoản 3 Điều 4 Dự thảo Luật Thuế tài sản xác định, nếu có thỏa thuận thì người thuê nhà có thể là người nộp thuế. Điều này xuất phát từ việc kế thừa quy định trong pháp luật thuế sử dụng đất phi nông nghiệp. Tuy nhiên, điều này có điểm còn bất cập. Đó là người nộp thuế sẽ lợi dụng quy định về ngưỡng chịu thuế trong tài sản để tránh thuế. Theo đó, nếu giá trị căn nhà vượt trên ngưỡng chịu thuế, chủ sở hữu tài sản có thể cho nhiều người thuê và phân giá trị thuê của từng người thuê sẽ không vượt quá ngưỡng chịu thuế. Cách thức này rất dễ áp dụng đối với những bất động sản có thể chia tách như nhà có nhiều phòng, nhiều tầng. Điều này sẽ gây nên sự bất công bằng trong việc điều tiết thuế tài sản.

Thứ hai, nội dung của các căn cứ tính thuế trong Dự thảo Luật Thuế tài sản còn nhiều điểm chưa hợp lý.

Căn cứ tính thuế theo Điều 6 Dự thảo là giá tính thuế và thuế suất. Quy định có những bất cập sau:

Một là, giá tính thuế đối với nhà mới xây dựng chưa hợp lý. Theo điểm b khoản 2 Điều 7 Dự thảo thì giá 1m² nhà tính thuế được xác định theo giá 1m² nhà xây dựng mới theo từng cấp nhà, hạng nhà do Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh quyết định theo quy định của pháp luật về xây dựng tại thời điểm tính thuế. Quy định này nhằm đơn giản và dễ tính thuế nhưng chưa đảm bảo sự công bằng. Bởi lẽ, các công trình khi xây dựng không chỉ căn cứ vào cấp nhà, hạng nhà mà còn phụ thuộc vào kết cấu đất và vật liệu xây dựng được sử dụng. Việc chỉ áp dụng mức giá nhà xây dựng theo quy định của cơ quan nhà nước là mang tính áp đặt ý chí và chưa phù hợp với thực tế.

Hai là, giá tính thuế đối với nhà đã qua sử dụng cũng chưa hợp lý. Theo điểm b khoản 2 Điều 7 Dự thảo thì giá tính thuế đối với nhà đã qua sử dụng là được xác định căn cứ theo giá 1m² nhà xây dựng mới theo từng cấp nhà, hạng nhà do UBND cấp tỉnh quyết định theo pháp luật về xây dựng tại thời điểm tính thuế và tỷ lệ (%) chất lượng còn lại của nhà do UBND cấp tỉnh quy định theo pháp luật tại thời điểm tính thuế. Ở đây, cần làm rõ phần tỷ lệ (%) chất lượng còn lại sẽ được xác định như thế nào? Việc xác định trên chỉ đúng nếu bất động sản xuống cấp đều đặn theo thời gian mà không có những yếu tố khác tác động hoặc làm tăng nhanh quá trình giảm giá trị bất động sản. Tuy nhiên, khi có những yếu tố tác động mạnh làm cho quá trình giảm giá trị bất động sản này diễn ra nhanh hơn mức thông thường thì sẽ được xác định như thế nào?

Ba là, xác định ngưỡng chịu thuế

trong thuế tài sản là bất động sản chưa hợp lý. Ở đây, chúng tôi không tập trung tranh luận về mức ngưỡng 700 triệu hoặc 01 tỷ trên bất động sản sẽ chịu thuế⁸, mà chỉ xác định là liệu việc đưa ra mức ngưỡng có đảm bảo sự công bằng chưa khi điều tiết thuế tài sản? Bởi lẽ trên thực tế, có những chủ thể đang sở hữu lượng tài chính đủ lớn để xây dựng hoặc mua bất động sản vượt qua ngưỡng chịu thuế. Tuy nhiên, không phải chủ thể nào cũng có đủ tài chính và có rất nhiều chủ thể để sở hữu bất động sản đã tiến hành vay tài chính từ các chủ thể khác (tổ chức tín dụng, bạn bè, gia đình) do xuất phát từ tâm lý muốn “an cư, lạc nghiệp”. Đối với những chủ thể này, nếu giá trị bất động sản của họ vượt ngưỡng và phải chịu thuế thì cũng là sự bất công bằng đối với họ. Theo chúng tôi, việc đánh thuế phải dựa trên khả năng tài chính của người nộp thuế. Trong khi đó, những người này cùng lúc phải thực hiện các nghĩa vụ tài chính từ khoản nợ vay để mua bất động sản đồng thời phải nộp thuế tài sản thì liệu có vượt trên sức chịu đựng của họ không? Liệu có đáp ứng các yêu cầu của nguyên tắc công bằng không?

Bốn là, thuế suất chưa đảm bảo sự hợp lý. Một trong các mục đích đặt ra của thuế tài sản là bảo đảm sự công bằng hơn trong xã hội. Theo yêu cầu của sự công bằng theo chiều dọc thì người có điều kiện thuận lợi hơn sẽ bị điều thuế nhiều hơn. Đặc biệt đối với thuế tài sản là điều tiết vào tài sản nên rõ ràng cần phải phát huy hơn nữa sự công bằng này. Tuy nhiên, điều này hoàn toàn chưa thể hiện rõ trong Dự thảo Luật Thuế tài sản. Theo đó, Dự thảo chỉ đưa ra một mức

8 Có thể xem thêm các cách lý giải về mức ngưỡng chịu thuế: Hoàng Thanh, Tại sao Bộ Tài chính lấy ngưỡng chịu thuế nhà là 700 triệu đồng?, theo <https://news.zing.vn/tai-sao-bo-tai-chinh-lay-nguonng-chiu-thue-nha-la-700-trieu-dong-post835111.html>, truy cập ngày 10/05/2018; Minh Anh, Tại sao Bộ Tài chính lấy ngưỡng chịu thuế nhà từ 700 triệu đồng? theo <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/nhip-song-tai-chinh/2018-04-14/tai-sao-bo-tai-chinh-lay-nguonng-chiu-thue-nha-tu-700-trieu-dong-56157.aspx>, truy cập ngày 10/05/2018.

thuế suất chung mà không phân biệt giá trị tài sản. Đây là bước thụt lùi trong hoạt động lập quy, không kế thừa được sự hợp lý trong quy định của Luật Thuế sử dụng đất phi nông nghiệp hiện hành.

Thứ ba, quy định miễn thuế trong thuế tài sản

Một là, cần xem xét bổ sung trường hợp nhà xây dựng nhưng chưa được công nhận quyền sở hữu vào trong trường hợp miễn thuế để đảm bảo sự công bằng. Khoản 2 Điều 4 Dự thảo xác định “trường hợp chưa có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và các tài sản khác gắn liền với đất thì xác định theo mục đích sử dụng đối với đất” nên dù cho tài sản là bất động sản chưa được công nhận thì người có bất động sản đó vẫn là người nộp thuế. Quy định này khởi nguồn từ quy định trong pháp luật thuế nhà đất trước đây và hiện tồn tại trong Luật Thuế sử dụng đất phi nông nghiệp là đánh vào lợi ích có được từ hành vi khai thác đất cho dù đất sử dụng chưa được công nhận quyền sử dụng thì người khai thác đất cũng có nghĩa vụ tài chính với Nhà nước. Quan điểm này chỉ đúng khi áp dụng cho thuế về đất, vì có những trường hợp các chủ thể sử dụng đất khai hoang, lấn

chiếm kênh, rạch, sử dụng đất có lợi ích nên Nhà nước yêu cầu họ có nghĩa vụ tài chính với Nhà nước là hợp lý. Tuy nhiên, nếu áp dụng quy định này trong việc điều tiết thuế đối với nhà ở là chưa hợp lý. Ví dụ, đối với nhà được xây dựng hợp pháp nhưng không được Nhà nước công nhận và cho hoàn công. Hiện nay, đối với các loại đất được quy hoạch xác định là đất hỗn hợp, đất khu dân cư chỉnh trang... thì người dân chỉ được cấp phép xây dựng tạm và không được đền bù, không được hoàn công⁹. Vậy có công bằng không khi nhà ở do người dân xây dựng nhưng chưa được công nhận, so với những bất động sản trên đất khác được Nhà nước công nhận khi cùng bị điều tiết thuế tài sản. Rõ ràng những công trình này sẽ bị tháo dỡ và không có bất kỳ sự đền bù nào khi nhà nước thu hồi đất, trong khi các bất động sản được thừa nhận thì sẽ được đền bù. Lỗi trên không phải là do người dân tự xây dựng mà xuất phát từ nhu cầu chỗ ở của người dân và từ sự yếu kém, chậm trễ trong công tác quy hoạch của Nhà nước¹⁰. Vì vậy, nên chăng pháp luật cần xem đây là trường hợp được miễn thuế. Rõ ràng về nguyên lý, đây là tài sản có giá trị lớn cần được sự điều chỉnh của Nhà nước không chỉ để thu thuế mà còn nhằm đáp ứng mục tiêu quản lý tài sản¹¹ nên

9 D.Ngọc Hà, Đất vướng quy hoạch: Mỗi nơi giải quyết một kiểu, theo <https://nhadat.tuoiitre.vn/dat-vuong-quy-hoach-moi-noi-giai-quyet-mot-kiem-600643.htm> truy cập ngày 16/05/2018; Tiên Long – Ái Nhân, Đất ở mà chỉ được xây dựng tạm, dỡ không được đền bù, theo <https://tuoiitre.vn/dat-o-ma-chi-duoc-xay-dung-tam-do-khong-duoc-den-bu-20171211082713028.htm> truy cập ngày 17/05/2018.

10 Theo khoản 3 Điều 49 của Luật Đất đai: “Diện tích đất ghi trong kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện đã được công bố phải thu hồi để thực hiện dự án hoặc phải chuyển mục đích sử dụng đất mà sau 03 năm chưa có quyết định thu hồi đất hoặc chưa được phép chuyển mục đích sử dụng đất thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt kế hoạch sử dụng đất phải điều chỉnh, hủy bỏ và phải công bố việc điều chỉnh, hủy bỏ việc thu hồi hoặc chuyển mục đích đối với phần diện tích đất ghi trong kế hoạch sử dụng đất.

Trường hợp cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt kế hoạch sử dụng đất không điều chỉnh, hủy bỏ hoặc có điều chỉnh, hủy bỏ nhưng không công bố việc điều chỉnh, hủy bỏ thì người sử dụng đất không bị hạn chế về quyền theo quy định tại khoản 2 Điều này”. Tuy nhiên, trên thực tế, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền không phải lúc nào cũng làm đúng quy định này. Nếu đúng tinh thần trên, sau 3 năm mà quy hoạch không còn thì những ngôi nhà, bất động sản xây dựng tạm có thể được Nhà nước công nhận và cho hoàn công.

11 Tô Hà - Thy Thơ, Thuế tài sản phải công bằng.

theo <https://nld.com.vn/kinh-te/thue-tai-san-phai-cong-bang-20180418210648142.htm> truy cập ngày 15/05/2018.

không thể đưa vào trường hợp không chịu thuế. Tuy nhiên, với những nguy cơ bị thu hồi đất và không đền bù với tài sản này thì cần xem xét cho vào trường hợp miễn thuế. Khi nào Nhà nước cho phép tài sản này hoàn công và đảm bảo khả năng đền bù cho tài sản khi Nhà nước thu hồi thì tài sản này vẫn chịu thuế và người sở hữu vẫn nộp thuế như các trường hợp khác.

Hai là, cần đưa di sản để thờ cúng¹² vào đối tượng được miễn thuế. Di sản để thờ cúng là những loại tài sản đặc biệt liên quan đến đời sống tinh thần, tín ngưỡng của người Việt Nam. Tài sản này rõ ràng không được sử dụng để kinh doanh. Vì vậy, về bản chất, tài sản này không phát sinh lợi nhuận nên Nhà nước không nên điều tiết thuế tài sản vào tài sản này. Tuy nhiên, để đáp ứng nhu cầu quản lý và đảm bảo tính công bằng, pháp luật cần đưa tài sản này vào diện miễn thuế, nhằm thể hiện rõ pháp luật có điều chỉnh vào tài sản này để quản lý nhưng không thu thuế vì đáp ứng nhu cầu về tín ngưỡng và phù hợp với quan niệm của người Việt Nam.

3. Kiến nghị hoàn thiện Dự thảo Luật Thuế tài sản

Thứ nhất, cần điều chỉnh lại quy định về người nộp thuế cho phù hợp. Theo đó, trong trường hợp bất động sản cho thuê thì giá trị tài sản tính thuế là toàn bộ giá trị bất động sản cho thuê, không phân biệt cho thuê một người hay nhiều người, cho thuê một phần hay toàn bộ bất động sản. Ngưỡng chịu thuế không áp dụng cho từng người nộp thuế mà áp dụng cho cả tài sản chịu thuế để tránh trường hợp lách thuế bằng cách thỏa thuận chia nhà ra kê khai cho từng người thuê.

Thứ hai, cần xem xét và điều chỉnh lại nội dung trong các yếu tố tính thuế của thuế

tài sản. Cụ thể:

- Cần xác định là giá tính thuế cho 1m² nhà xây dựng mới là giá xây dựng thực tế, nếu không có cơ sở hoặc giá thực tế do người nộp thuế xác định không hợp lý sẽ sử dụng khung giá do cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định. Quy định này đảm bảo sự công bằng và chính xác hơn.

- Cần ghi nhận đối với bất động sản đã qua sử dụng trong các trường hợp có những yếu tố tác động làm giảm giá trị của bất động sản thì cần có những cơ chế để xác định lại giá trị tài sản khi tính thuế. Điều này mới làm đảm bảo tính công bằng trong điều tiết thuế tài sản. Cụ thể, cần bổ sung quy định sau vào nội dung này là: “trong trường hợp có những biến động lớn làm giảm giá trị của bất động sản thì cơ quan nhà nước căn cứ vào yêu cầu của người nộp thuế để xác định lại tỷ lệ chất lượng còn lại của nhà”.

- Đối với trường hợp vay tiền để mua bất động sản thì giá tính thuế nên là phần vượt ngưỡng chịu thuế *sau khi trừ khoản nợ* mà những chủ thể này còn phải thực hiện (tính trên dư nợ giảm dần) nếu người nộp thuế có những bằng chứng chứng minh.

- Cần xem xét và tính toán để thay đổi thuế suất theo hướng thuế suất lũy tiến nhằm đảm bảo những người có giá trị tài sản cao phải bị điều tiết nhiều hơn, mạnh hơn so với những chủ thể có tài sản ít giá trị hơn để thực hiện đúng yêu cầu của nguyên tắc công bằng.

Thứ ba, cần bổ sung các quy định miễn thuế trong thuế tài sản. Theo đó, pháp luật cần bổ sung đưa di sản để thờ cúng và nhà xây dựng nhưng chưa được công nhận quyền sở hữu vào các trường hợp miễn thuế■

12 Xem Điều 645 Luật số 91/2015/QH13 Bộ luật Dân sự.

THÔNG TIN TRÊN MẠNG VÀ HỆ THỐNG HÓA CÁC LOẠI HÌNH THÔNG TIN TRÊN MẠNG¹

Nguyễn Hoàng Thanh*
Trần Thị Hoa**

* TS. Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp

** ThS. Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: cung cấp, sử dụng thông tin trên mạng; Nghị định số 72/2013/NĐ-CP; phân loại, hệ thống hóa các loại hình cung cấp, sử dụng thông tin trên mạng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/07/2018

Biên tập : 21/07/2018

Duyệt bài : 03/08/2018

Article Infomation:

Keywords: supply and use of information on the internet; Decree No. 72/2013/ND-CP; classification and systematization of information on the internet.

Article History:

Received : 14 Jul. 2018

Edited : 21 Jul. 2018

Approved : 03 Aug. 2018

Tóm tắt:

Cùng với hệ thống báo chí điện tử, trên mạng internet xuất hiện ngày càng nhiều các mạng xã hội, các trang web cá nhân, các công cụ tìm kiếm, kết nối thông tin khác. Sự phân chia các loại hình thông tin trên mạng để có biện pháp định hướng, quản lý là một yêu cầu của công tác quản lý nhà nước đối với mọi quốc gia. Tuy nhiên, việc phân chia các loại hình thông tin trên mạng trong pháp luật các nước có sự khác nhau. Ở Việt Nam, hiện nay sự phân chia này được quy định trong Nghị định số 72/2013/NĐ-CP ngày 15/07/2013 của Chính phủ về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ internet và thông tin trên mạng. Cách phân loại này hiện đang tỏ ra bất cập, nhất là việc phải xác định thông tin trên mạng có phải là thông tin báo chí hay không, hay phải trả lời câu hỏi mạng xã hội là gì. Nghiên cứu này bước đầu đề cập đến việc phân loại, hệ thống hóa các loại hình cung cấp, sử dụng thông tin trên mạng phù hợp hơn với thực tiễn cung cấp, sử dụng thông tin trên mạng hiện nay.

Abstract

Along with the electronics press, more and more social networks, personal web pages, search tools and other information links are available on the internet. The classification of information on the internet for directional and management purposes is a requirement for all nations for their management. However, the classification of the network information is different among the countries. In Viet Nam, the classification of the network information is now regulated in the Government's Decree No. 72/2013/ND-CP dated July 15, 2013 on the management, provision and use of internet services and information on the internet. This classification is inadequate, especially whether the information on the internet is a news or not, or what the social network is. This study initially deals with the classification and systematization of the supply and use of information on the internet in line with the current practice of providing and using information on the internet.

1 Nghiên cứu này là kết quả thuộc phạm vi Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ “Hoàn thiện pháp luật về quản lý thông tin trên mạng - Thực trạng và giải pháp” của Viện Nghiên cứu Lập pháp (năm 2017-2019), do ThS. Trần Thị Hoa làm Chủ nhiệm.

1. Khái quát về tình hình cung cấp, sử dụng thông tin trên mạng hiện nay

1.1 Theo báo cáo của Internet World Starts, châu Á - Thái Bình Dương hiện tại đóng góp hơn một nửa trong số 3,7 tỷ người sử dụng Internet trên toàn cầu. Phần lớn trong số hàng tỷ người sử dụng Internet trong tương lai cũng sẽ đến từ khu vực này².

Sau 20 năm phát triển vượt bậc của Internet, hàng tỷ người dùng trên toàn thế giới đã cùng nhau xây dựng để biến Internet trở thành một nền tảng gắn kết mọi người ở khắp các quốc gia để cùng nhau chia sẻ thông tin, nhận thức, kiến thức trong tất cả các lĩnh vực của cuộc sống.

Tại Việt Nam hiện nay, chúng ta có thể dễ dàng nhận thấy Internet đã len lỏi vào khắp các ngõ ngách của cuộc sống. Mọi người dân đều có thể tìm được những thông tin cần thiết trên Internet. Chính Internet đã dần làm thay đổi thói quen, cuộc sống của chúng ta hiện nay. Từ con số 0 của những năm đầu thập niên 90, Việt Nam đã trở thành một trong những nước triển khai mạng 2G từ rất sớm và tiếp tục phát triển lên 3G và 4G với hạ tầng viễn thông, Internet hiện đại phủ rộng trên khắp lãnh thổ từ thành thị đến nông thôn, miền núi, hải đảo.

Theo Trung tâm Internet Việt Nam (VNNIC)³ Việt Nam có tiềm năng kinh tế số rất lớn khi đã trở thành quốc gia đứng thứ 17 thế giới về số lượng người dùng Internet (hơn 49,7 triệu người, chiếm gần 53% dân số, tỷ lệ tăng trưởng người dùng khoảng

6%/năm), cao hơn mức trung bình 46,64% của thế giới, nằm trong Top những quốc gia và vùng lãnh thổ có số lượng người dùng Internet cao nhất tại châu Á. “So sánh với hơn 31 triệu người dùng vào năm 2012; 17 triệu của 10 năm trước hay 205.000 người trong thời đầu của Internet quay số qua mạng điện thoại công cộng, có thể nói, Việt Nam đã có những bước tiến thật sự ấn tượng”⁴.

1.2 Mấy năm gần đây, cùng với hệ thống báo chí đã có, trên internet xuất hiện ngày càng nhiều các *mạng xã hội*, công cụ tìm kiếm, kết nối thông tin khác. Chúng phát triển nhanh, lan tỏa rộng khắp toàn cầu, điển hình là Facebook, Twitter, YouTube, Google, Yahoo chat, Gmail... Riêng Facebook, chỉ sau mấy năm ra đời, mạng xã hội này đã có xấp xỉ một tỷ người khắp thế giới sử dụng⁵. Ở những nước phát triển như Mỹ, EU, một số nước châu Á, có hơn 50% số dân và gần như toàn bộ giới trẻ thường xuyên dùng mạng xã hội. Theo cuộc khảo sát gần đây của Trung tâm nghiên cứu Pew (Hoa Kỳ), 45% số người được hỏi đã trả lời họ dựa vào internet để đưa ra những quyết định mang tính bước ngoặt trong cuộc đời. Internet đã trở thành kênh thông tin gần gũi, tiện lợi, bổ ích và cả độc hại - tùy theo ý thức, mục đích của người sử dụng⁶.

Trong các loại hình truyền thông trên internet, mạng xã hội đã và đang phát triển một cách nhanh chóng, hiệu quả, được nhiều người sử dụng. Hiện nay, trên thế giới có đến gần 2 tỷ người sử dụng mạng xã hội. Ở Việt Nam, ước tính có khoảng 35 triệu

2 Số liệu do VNNIC công bố tại Hội thảo về xu thế phát triển tên miền đa ngữ (IDN) tổ chức tại Hà Nội ngày 3/5/2017 (VietTimes).

3 Số liệu do VNNIC công bố tại Hội thảo về xu thế phát triển tên miền đa ngữ (IDN) tổ chức tại Hà Nội ngày 3/5/2017 (VietTimes).

4 Số liệu do Bộ trưởng Bộ Thông tin & Truyền thông công bố tại Lễ kỷ niệm 20 năm Internet Việt Nam với chủ đề “Chuyển động số Internet - Nền tảng cho doanh nghiệp Việt hội nhập kinh tế số” tổ chức ngày 22/11/2017 tại Hà Nội.

5 Tổng lượng truy cập internet trên toàn cầu tập trung vào khoảng 150 công ty, chủ yếu là các công ty xuất phát từ Mỹ, như Google, Yahoo, Facebook, Twitter.

6 Dẫn theo TS. Nguyễn Thế Kỳ (*Phó trưởng ban Tuyên giáo Trung ương*): Báo, trang tin điện tử, mạng xã hội trên Internet: Cần định hướng và quản lý có hiệu quả. *Nguồn: Petrotimes.vn (truy cập 15/10/2017)*.

người dùng mạng xã hội, chiếm 37% dân số. Trung bình mỗi ngày người Việt Nam vào mạng xã hội khoảng 2 giờ 18 phút⁷.

Ở nước ta, dựa theo nguồn cung cấp dịch vụ, có thể phân mạng xã hội thành hai loại. Thứ nhất là mạng xã hội do các doanh nghiệp trong nước cung cấp và chịu sự điều chỉnh của pháp luật Việt Nam. Thứ hai là mạng xã hội do doanh nghiệp nước ngoài cung cấp xuyên biên giới vào Việt Nam, điển hình như: Facebook, Google, Youtube, Twitter, Microsoft... Các mạng xã hội do doanh nghiệp Việt Nam cung cấp, đặc biệt là các trang đã được cấp phép hoạt động phần lớn đều tuân thủ quy định của pháp luật hiện hành. Số ít trường hợp dễ xảy ra sai phạm và nội dung vi phạm chủ yếu là do thành viên chia sẻ, trao đổi các nội dung vi phạm về thuần phong mỹ tục, dung tục và phản cảm.

Các mạng xã hội của nước ngoài cung cấp xuyên biên giới vào Việt Nam được người Việt Nam lựa chọn sử dụng nhiều nhất hiện nay là Facebook và Youtube. Theo báo cáo của Google, Việt Nam là một trong nhóm 10 nước có lượng người dùng Youtube cao nhất trên thế giới. Trước tháng 8/2013, mạng xã hội tại Việt Nam được quản lý dưới phương thức đăng ký cung cấp dịch vụ. Tuy nhiên, do sự phát triển nhanh của mạng xã hội, Việt Nam đã thay đổi phương thức quản lý từ đăng ký cung cấp dịch vụ sang phương thức cấp giấy phép hoạt động. Đến thời điểm hiện tại, Việt Nam đã có 270 mạng xã hội được cấp giấy phép hoạt động⁸.

1.3 Đối với báo điện tử, tính tới tháng 6/2017, cả nước đã có 150 trang báo điện tử trong số 982 cơ quan báo, tạp chí được cấp phép hoạt động. Cụ thể, số lượng báo in

là 193 (trung ương: 86, địa phương: 107); 639 tạp chí (trung ương: 525, địa phương: 114); báo điện tử (báo mạng): 150. Thống kê cũng cho thấy, đã có 17.297 nhà báo được cấp Thẻ nhà báo⁹.

Trong thời gian qua, loại hình báo điện tử ở Việt Nam phát triển mạnh mẽ với những đặc tính riêng như: khả năng tương tác cao, không bị giới hạn bởi không gian, thời gian; cập nhật tin, bài đến từng phút, dễ dàng thay bài, gỡ bài. Trên thực tế, báo điện tử đã thông tin kịp thời, phản ánh hơi thở của đời sống xã hội, truyền tải nhanh chóng đến người đọc mọi chủ trương chính sách của Đảng và Nhà nước, mọi sự kiện quan trọng, góp phần thúc đẩy phát triển kinh tế, xã hội, nâng cao đời sống người dân.

Tuy nhiên, vẫn có nhiều trường hợp phóng viên báo điện tử sai phạm, bị thu Thẻ nhà báo, cơ quan báo chí bị xử phạt. Hiện có tình trạng báo chí bị thương mại hóa với việc đăng tải thông tin, hình ảnh thiếu văn hóa, thiếu nhân văn và phản giáo dục. Một số cơ quan báo chí và nhà báo lạm quyền, lợi dụng vị trí và công việc để vụ lợi, trục lợi và làm trái pháp luật, trái đạo đức nghề nghiệp nhà báo gây tác động xấu đến vai trò, uy tín của báo chí đối với xã hội, làm suy giảm niềm tin của công chúng đối với báo chí. Thậm chí, ngay trên một số báo điện tử gần đây, các nhà báo đã lên tiếng về việc một số đồng nghiệp liên kết thành những “liên minh báo chí” hoặc nhóm phóng viên lấy danh nghĩa cùng đi tác nghiệp nhưng thực chất là để những nhiều doanh nghiệp. Bộ Thông tin và Truyền thông đã nhiều lần yêu cầu các cơ quan chủ quản, cơ quan báo chí chỉ đạo rà soát, chấn chỉnh hoạt động của các Văn phòng đại diện, phóng viên thường trú. Bên cạnh đó, các Sở Thông tin và Truyền thông

7 Lê Quang Tự Do, “Công tác quản lý mạng xã hội trong tình hình mới”. Nguồn: VietTimes ngày 21/7/2017.

8 Lê Quang Tự Do, Mạng xã hội tạo điều kiện cho “truyền thông cá nhân” phát triển, tldd.

9 Báo cáo của Bộ Thông tin và Truyền thông, http://hoinhabaovietnam.vn/Ca-nuoc-co-982-co-quan-bao-tap-chi-duoc-cap-phep-hoat-dong_n20973.html, truy cập 15/10/2017.

phải xử nghiêm hành vi vi phạm pháp luật của các văn phòng, phóng viên thường trú.

1.4 Dù với các đặc điểm khác nhau, vai trò và ý nghĩa khác nhau trong thông tin truyền thông, nhưng các loại hình truyền thông trên internet vẫn đang từng giờ từng phút chuyển tải một khối lượng thông tin khổng lồ đến mọi ngõ ngách trên toàn cầu. Thông tin trên mạng đã trở thành một loại thông tin không thể thiếu đối với cuộc sống của hàng tỷ người trên hành tinh.

2. Phân loại các loại hình thông tin trên mạng theo Nghị định số 72/2013/NĐ-CP

Theo định nghĩa tại Khoản 21 Điều 3 của Nghị định số 72/2013/NĐ-CP ngày 15/07/2013 của Chính phủ về Quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ internet và thông tin trên mạng (Nghị định số 72/2013/NĐ-CP), *Trang thông tin điện tử (website) là hệ thống thông tin dùng để thiết lập một hoặc nhiều trang thông tin được trình bày dưới dạng ký hiệu, số, chữ viết, hình ảnh, âm thanh và các dạng thông tin khác phục vụ cho việc cung cấp và sử dụng thông tin trên Internet.*

Theo quy định tại Điều 20 Chương III. *Quản lý, cung cấp và sử dụng thông tin trên mạng* của Nghị định số 72/2013/NĐ-CP, các trang thông tin điện tử được phân loại như sau:

1. *Báo điện tử* dưới hình thức trang thông tin điện tử. Hay còn gọi là báo mạng điện tử. Báo mạng điện tử là một phương tiện truyền thông đại chúng đại chúng, luôn cập nhật những tin tức chính trị xã hội nóng hổi trên cả nước để cung cấp thông tin cho người dân. Báo mạng điện tử cũng giống như một trang thông tin điện tử nhưng lại được thiết lập và hoạt động theo những quy tắc của báo chí.

2. *Trang thông tin điện tử tổng hợp* là trang thông tin điện tử của cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp cung cấp thông tin tổng hợp trên cơ sở trích dẫn nguyên văn, chính xác

nguồn tin chính thức và ghi rõ tên tác giả hoặc tên cơ quan của nguồn tin chính thức, thời gian đã đăng, phát thông tin đó. Như vậy, trang thông tin điện tử tổng hợp không giống báo mạng điện tử ở chỗ là không được tự ý sản xuất các thông tin và đưa lên website mà phải lấy các thông tin từ những trang báo hoặc trang website khác có trích nguồn cung cấp và đã được thỏa thuận giữa hai bên.

Trang thông tin điện tử tổng hợp có hai loại chính là loại thuộc cơ quan báo chí và loại không thuộc cơ quan báo chí. Về giao diện thì trang thông tin điện tử tổng hợp có nhiều điểm giống với báo mạng điện tử từ cách trình bày và cách thiết kế các bản tin.

3. *Trang thông tin điện tử nội bộ* là trang thông tin điện tử của cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp cung cấp thông tin về chức năng, quyền hạn, nhiệm vụ, tổ chức bộ máy, dịch vụ, sản phẩm, ngành nghề và thông tin khác phục vụ cho hoạt động của chính cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp đó

4. *Trang thông tin điện tử cá nhân* là trang thông tin điện tử do cá nhân thiết lập hoặc thiết lập thông qua việc sử dụng dịch vụ mạng xã hội để cung cấp, trao đổi thông tin của chính cá nhân đó đến với mọi người trên internet, không đại diện cho tổ chức hoặc cá nhân khác.

5. *Trang thông tin điện tử ứng dụng chuyên ngành* là trang thông tin điện tử của cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ ứng dụng trong lĩnh vực viễn thông, công nghệ thông tin, phát thanh, truyền hình, thương mại, tài chính, ngân hàng, văn hóa, y tế, giáo dục và các lĩnh vực chuyên ngành khác.

Như vậy, hiện nay có 5 loại trang thông tin điện tử chính là: *báo mạng điện tử, trang thông tin điện tử tổng hợp, trang thông tin điện tử nội bộ, trang thông tin điện tử cá nhân và trang thông tin điện tử chuyên ngành.* Mỗi loại đều có những đặc thù và ứng dụng riêng của mình.

3. Bước đầu hệ thống hóa các loại hình cung cấp, sử dụng thông tin trên mạng

Tuy các loại hình cung cấp thông tin điện tử là rất đa dạng và việc phân loại chúng có thể có rất nhiều cách khác nhau, như cách phân loại dựa vào *Nghị định số 72/2013/NĐ-CP*; cách phân loại dựa vào *cách thức biên tập và phát hành*; cách phân loại dựa vào *tính chính thống (hay hợp pháp)* - là loại được cấp phép bởi một cơ quan chức năng; hay cách phân loại dựa *theo chất lượng nội dung* - cách phân loại này dựa trên hình thức thể hiện trên phiên bản online (gồm cả trang tin điện tử và báo điện tử, trong khi báo điện tử hội đủ các yếu tố được cấp phép hoạt động của một tờ báo điện tử, thì trang tin điện tử đa phần được lấy thông tin từ báo in đăng lại)..., nhưng dù có các loại hình phong phú đến đâu, *các loại hình này bản chất vẫn là những trang thông tin điện tử trên nền internet*. Sự phân loại hiện nay chỉ dựa vào nội dung, hình thức, vai trò, ý nghĩa của từng trang. Và theo Khoản 21 Điều 3 của *Nghị định số 72/2013/NĐ-CP* về Quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ internet và thông tin trên mạng, Trang thông tin điện tử là một hệ thống thông tin được sử dụng để tạo ra một hoặc nhiều trang có thông tin được trình bày dưới các dạng chữ viết, chữ số, hình ảnh, âm thanh hay đặc biệt hơn là các ký hiệu để phục vụ cho việc cung cấp thông tin trên internet.

Do vậy, để tránh việc chia ra quá nhiều loại hình cung cấp thông tin điện tử qua mạng và để dễ dàng hơn cho công tác quản lý, định hướng, chúng tôi cho rằng, cần phải:

1. Xác định nguyên tắc tất cả các trang thông tin điện tử qua mạng là các loại hình thông tin được xây dựng theo hình thức trang web và phát hành dựa trên nền tảng Internet. Do dựa trên nền tảng Internet, nên chúng phải được quản lý theo các đặc tính của công nghệ này, khác với việc thông tin trên nền tảng giấy in hoặc các loại vật liệu khác.

2. Về bản chất, sự phân chia các loại hình thông tin điện tử qua mạng chỉ xuất phát từ nhu cầu quản lý nhà nước đối với các loại hình cung cấp thông tin điện tử qua mạng về mặt hành chính nhà nước và về mặt nội dung, chứ không vì mục đích để quy định khuôn khổ, dung lượng, tính doanh thu, thuế..., hoặc vì các lý do ngoài thông tin nào khác.

3. Xuất phát từ nhu cầu quản lý nhà nước đối với các loại hình cung cấp thông tin điện tử qua mạng, tạo hành lang pháp lý rõ ràng, minh bạch, nên chúng ta nên chọn cách phân loại dựa vào *tính chính thống, hay hợp pháp* - là loại được cấp phép bởi một cơ quan chức năng.

Từ đó, chúng tôi kiến nghị thay đổi lại cách phân loại các trang thông tin điện tử theo Điều 20 Chương III. *Quản lý, cung cấp và sử dụng thông tin trên mạng* của *Nghị định số 72/2013/NĐ-CP*. Cụ thể như sau:

3.1 Báo điện tử:

Báo điện tử (còn được gọi là báo mạng, báo trực tuyến hay tin tức trực tuyến) là một hình thức của trang thông tin điện tử. Đây là loại hình báo chí được xây dựng theo hình thức một trang web và phát hành dựa trên nền tảng Internet. Báo điện tử được tòa soạn điện tử xuất bản, còn người đọc báo dựa trên máy tính, thiết bị cá nhân như máy tính bảng, điện thoại di động trung cao cấp,... có kết nối internet.

Báo điện tử là một cơ quan báo chí, hoạt động theo Luật Báo chí Việt Nam, phải có tôn chỉ mục đích hoạt động, có Cơ quan chủ quản, có trụ sở, con dấu, tài khoản, có tổ chức bộ máy phóng viên, biên tập viên, có Tổng Biên tập. Và nhất thiết phải có Giấy phép hoạt động báo chí.

Báo điện tử chỉ gồm hai loại:

- Báo điện tử chỉ trực tuyến (online-only), phát hành gần như không có bản in tương ứng. Đây là báo do các hãng thông tấn, phát thanh, truyền hình lập ra.

- Báo điện tử có bản in giấy. Các cơ quan xuất bản báo in hoàn toàn có thể xây dựng báo điện tử cho mình, phát hành song song với báo giấy (còn gọi là *báo lai - hybrid*) nhưng nội dung đăng tải, hình thức nên khác nhau. Phiên bản trực tuyến cũng có thể khác hẳn bản in. Khái niệm kỳ phát hành như "báo ngày", "báo tuần" cũng không còn. Bộ máy tổ chức, đội ngũ làm báo có thể có thể có hai (tùy quy mô), nhưng Tổng Biên tập chỉ là một người và đương nhiên là có chung cơ quan chủ quản.

Các báo điện tử này đều có thể có thêm hình thức là *báo trực tuyến*, cập nhật thường xuyên tin tức, đặc biệt là đăng "tin tức thời" "tin thời sự" hay "tin giật gân" (breaking news). Trong tiếng Anh, báo trực tuyến gọi là "Online newspaper". Sự phổ biến và thuận tiện của việc dùng từ "Online" dẫn đến trên thế giới và trong nước, từ này được gắn luôn vào tên báo, ví dụ Báo "Laodong Online", "Tuổi trẻ Online",... để chỉ phiên bản trực tuyến.

Báo trực tuyến cho phép mọi người trên khắp thế giới tiếp cận tin tức nhanh chóng không phụ thuộc vào không gian và thời gian. Sự phát triển của báo trực tuyến cũng sẽ làm thay đổi thói quen đọc tin và có thể trở thành một cách làm báo chủ đạo trong tương lai.

3.2 Tạp chí điện tử:

Tương tự như tổ chức và hoạt động của Báo điện tử, Tạp chí điện tử cũng hoạt động theo Luật Báo chí Việt Nam, phải có tôn chỉ mục đích hoạt động, có Giấy phép hoạt động, có Cơ quan chủ quản, có trụ sở, con dấu, tài khoản. Và nhất thiết phải có tổ chức bộ máy phóng viên, biên tập viên, có Tổng Biên tập.

Các Tạp chí in hoàn toàn có thể xây dựng Tạp chí điện tử cho mình, phát hành song song với tạp chí giấy (định kỳ), nhưng nội dung đăng tải, hình thức thì cũng nên

khác nhau, do yêu cầu tăng dung lượng tin bài hay cần phản hồi nhanh nhờ sự ưu việt của nền Internet. Như vậy, Tạp chí điện tử, ngoài việc đăng tải các bài viết trên Tạp chí in của mình, còn được tự sản xuất các thông tin và đưa lên website, lấy các thông tin từ những trang báo hoặc trang website khác nhưng có trích nguồn cung cấp và đã được thỏa thuận giữa hai bên. Bộ máy tổ chức, đội ngũ làm báo có thể có thể có hai, nhưng Tổng Biên tập chỉ cần là một người và đương nhiên là có chung cơ quan chủ quản.

Do tính chất của một tờ Tạp chí, Tạp chí điện tử không cần có thêm hình thức là Tạp chí trực tuyến.

Hơn nữa, có thể nhập báo điện tử và Tạp chí điện tử thành một loại hình, đó là Báo chí điện tử. Sự khác nhau chỉ là Tạp chí điện tử không có hình thức là Tạp chí trực tuyến.

3.3 Trang điện tử:

Theo phân loại chính thống, ngoài báo điện tử, hiện nay chúng ta có các loại trang thông tin: *thông tin điện tử tổng hợp, trang thông tin điện tử nội bộ, trang thông tin điện tử cá nhân và trang thông tin điện tử chuyên ngành*. Chủ thể của các trang này có thể là cơ quan nhà nước, các tờ tạp chí, doanh nghiệp hay cá nhân.

Theo chúng tôi, chúng ta nên xếp cả bốn loại trang thông tin này làm một, gọi chúng là *Trang tin điện tử* (chỉ để phân biệt với trang tin giấy và để phù hợp với đặc tính là trang tin trên mạng Internet, nên chúng phải được quản lý theo các đặc tính của công nghệ này, khác với việc thông tin trên nền tảng giấy in hoặc các loại vật liệu khác).

Trang tin điện tử hoạt động theo các quy định của hệ thống pháp luật chung, không nhất thiết chỉ hoạt động theo Luật Báo chí và không được coi là cơ quan báo chí, do vậy không cần xin giấy phép hoạt động báo chí. Trang tin điện tử có thể là trang

thông tin của một cơ quan nhà nước, một tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị - xã hội - nghề nghiệp nhất định; và cũng có thể là trang tin của một công ty, đơn vị kinh tế, cá nhân. Đối với Trang tin điện tử của một cơ quan nhà nước, một tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị - xã hội - nghề nghiệp thì trách nhiệm về mọi hoạt động của Trang tin thuộc về người đứng đầu cơ quan chủ quản hoặc người được người đứng đầu cơ quan chủ quản ủy quyền (có thể là Chủ nhiệm Trang tin hay Chủ bút Trang tin). Tùy theo chức năng nhiệm vụ của cơ quan chủ quản mà nội dung của Trang tin truyền tải cho phù hợp. Với các doanh nghiệp, các tổ chức kinh tế, xã hội khác cũng vậy. Người đứng đầu doanh nghiệp, các tổ chức kinh tế, xã hội chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của trang tin mà mình là cơ quan chủ quản.

Ngay cả *Công báo điện tử* - trang thông tin pháp lý chính thức của Nhà nước, do Chính phủ thống nhất quản lý, có chức năng đăng các văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành hoặc phối hợp ban hành, các điều ước quốc tế đã có hiệu lực đối với nước Cộng hòa XHCN Việt Nam và các văn bản pháp luật khác theo quy định, và trang *Công báo điện tử cấp tỉnh* do Văn phòng Ủy ban nhân dân các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương xuất bản cũng thuộc về loại Trang tin điện tử này.

Các Trang thông tin điện tử cá nhân do cá nhân chịu trách nhiệm hoàn toàn.

3.4 Mạng xã hội:

3.4.1 Xác định mạng xã hội là gì

Mạng xã hội (social network) là một khái niệm đã trở nên quen thuộc và gắn bó với người sử dụng Internet. Nhưng để định

nghĩa *mạng xã hội* là gì, tính năng và những ưu điểm của mạng xã hội gồm những gì, thì hiện nay, đang có rất nhiều quan điểm khác nhau, cách phân loại cũng khác nhau. Bản thân cụm từ “social network” trong tiếng Anh khi chuyển ngữ cũng gây nhiều tranh cãi về độ chính xác.

Theo Wikipedia¹⁰ Tiếng Việt thì *mạng xã hội* hay còn gọi là *mạng xã hội ảo* là dịch vụ nối kết các thành viên cùng sở thích trên Internet lại với nhau với nhiều mục đích khác nhau không phân biệt không gian và thời gian. Mạng xã hội có những tính năng như chat, e-mail, phim ảnh, voice chat, chia sẻ tệp, blog và xã hội. Như vậy, mạng xã hội có thể ngầm hiểu là một thế giới ảo (xã hội ảo) với các thành viên là các cư dân mạng. Cách để các cư dân mạng liên kết với nhau có thể dựa trên các group, dựa trên các thông tin cá nhân, dựa trên sở thích cá nhân hoặc lĩnh vực quan tâm. Khái niệm này đã gây ra rất nhiều tranh luận vì khái niệm tập trung vào *vấn đề coi mạng xã hội là sự kết nối những người có chung sở thích, mục tiêu và họ là những kiến tạo nội dung của mạng xã hội*. Quan điểm đó khiến nhiều người đã đề nghị, nên đổi khái niệm “mạng xã hội” thành khái niệm “mạng giao lưu” cho đúng với ý nghĩa và mục đích của *social network*.

Theo nhà xã hội học Laura Garton, nhà nghiên cứu chiến lược ở Trường Đại học Toronto (Canada) thì “khi một mạng máy tính kết nối mọi người hoặc các cá nhân, tổ chức lại với nhau thì đó chính là mạng xã hội”. Theo cách định nghĩa đơn giản này, *mạng xã hội là một tập hợp người hoặc các tổ chức hoặc các thực thể xã hội khác được kết nối với nhau thông qua mạng máy tính*. Như vậy, trái với cách hiểu của nhiều người, mạng xã hội là mạng máy tính lớn,

10 https://vi.wikipedia.org/wiki/D%E1%BB%8Bch_v%E1%BB%A5_m%E1%BA%A1ng_x%C3%A3_h%E1%B%B%99i, truy cập ngày 06/10/2017.

nhiều thành viên, *mạng xã hội đơn giản là hệ thống của những mối quan hệ con người với con người*. Trên bình diện đó, bản thân Facebook hay Twitter... không phải là mạng xã hội, mà chỉ là *những dịch vụ trực tuyến được tạo lập để xây dựng và phản ánh mạng xã hội*¹¹.

Bên cạnh hai khái niệm mạng xã hội kể trên, không thể không nhắc tới khái niệm mạng xã hội của Vũ Kiêm Văn, Giám đốc Công ty truyền thông VSMC (Công ty sáng lập mạng xã hội thehetre.vn): Mạng xã hội như một đồ thị trong đó các nút có thể là một cá thể, tổ chức, còn các liên kết là mô phỏng các quan hệ trong xã hội thực. Quan điểm này khẳng định, mạng xã hội khác rất nhiều so với blog, đó là một khái niệm rộng lớn hơn trong khi blog chỉ đơn thuần là một dịch vụ, một loại hình giao tiếp trong mạng xã hội, do đó sẽ có mạng xã hội được xây dựng trên nền tảng chính là blog, nhưng cũng có những mạng xã hội không có dịch vụ này. Khái niệm này được xây dựng trên cơ sở lý thuyết về mạng lưới xã hội khi nhìn nhận mạng xã hội gồm hai thành tố chính là điểm nút (Node) và ràng buộc (Tie).

Một quan điểm khác về khái niệm mạng xã hội nhấn mạnh tới sự phân biệt hai khái niệm Social Media (truyền thông công chúng) và Social Network (mạng xã hội). Theo ông Trương Trí Vĩnh - Giám đốc Dự án VC Corp - cần phân biệt hai khái niệm Social Media (truyền thông công chúng) và Social Network (mạng xã hội). Hãy xét trên hai phần cơ bản của truyền thông: sản xuất nội dung và phân phối nội dung (khác với phát hành). Trong khi mạng xã hội đề cập đến

một tập hợp các phần tử (thành viên) và các quan hệ liên kết giữa chúng thì Social Media đề cập tới hình thức sản xuất và phân phối nội dung. Như vậy, ngay cả MySpace hay Facebook, tự thân nó không phải Social Media vì nó không sản xuất mà cũng không phân phối, mà là mạng xã hội, nhưng nó cung cấp môi trường để các blogger sản xuất và phân phối. Social Media không hề phụ thuộc vào Social Network. Ví dụ nếu ai đó lập một trang web cá nhân để đưa các bài viết và quan điểm cá nhân của mình lên, vậy là họ đã sản xuất nội dung, nhờ Internet phân phối chính là Social Media¹².

Như vậy có thể hiểu mạng xã hội đó là một xã hội ảo với hai thành tố chính tạo nên, *đó là các thành viên và liên kết giữa các thành viên đó*. Mạng xã hội là dịch vụ Internet cho phép kết nối các thành viên, không phân biệt không gian và thời gian¹³.

3.4.2 Nên xác định mạng xã hội là gì

Đến đây thì quan niệm về khái niệm *mạng xã hội* nên thay đổi, vì chúng ta đã biết, *Trang thông tin điện tử* (kể cả báo chí điện tử) của mọi tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân được xây dựng theo hình thức một trang web và phát hành dựa trên nền tảng Internet, được liên kết với nhau thì được gọi chung là mạng xã hội. Bởi vì:

- Chúng đều sử dụng chung dịch vụ Internet;
- Chúng có tính liên kết toàn cầu trên mạng (sách báo, các phương tiện khác không có);
- Chúng bình đẳng với nhau trong hoạt động thể hiện nội dung, bản sắc;

11 Theo chúng tôi, nếu vẫn coi Facebook hay Twitter... là mạng xã hội, thì đó chỉ là những mạng xã hội con (các group) tham gia liên kết trên cùng một mạng xã hội toàn cầu.

12 Mạng xã hội là gì? Seo.iclick.vn/mang-xa-hoi/tu-van/mang-xa-hoi-la-gi/

13 Dẫn theo: Phạm Thị Phương Liên, Chu Văn Khánh, Nguyễn Minh Huyền “Mạng xã hội Reader.vn và mô hình của thư viện - mạng xã hội”; Trường Đại học Văn hóa Hà Nội, <http://huc.edu.vn/mang-xa-hoi-readervn-va-mo-hinh-cua-thuvien-mang-xa-hoi-1460-vi.htm>; truy cập 06/10/2017.

- Dù có giấy phép hoạt động báo chí hay không, khi hoạt động, các Trang tin điện tử này đều phải tuân thủ pháp luật quốc gia và pháp luật quốc tế.

- Tất cả các chủ thể xây dựng Trang tin điện tử đều phải thực hiện các công đoạn: sản xuất và biên tập thông tin, lưu giữ thông tin, truyền thông tin, khai thác thông tin và đều có quyền bình luận, tiếp nhận hay không tiếp nhận các thông tin khác trên mạng.

- Phù hợp với ngữ nghĩa của khái niệm xã hội, cả trong ngôn ngữ, trong đời sống và trong các quy định của pháp luật. Nói đến xã hội là nói đến mọi yếu tố tạo nên một chỉnh thể xã hội và những mối quan hệ đa dạng, phức tạp giữa các yếu tố đó với nhau. Chúng ta vẫn nói quản lý Nhà nước, quản lý xã hội bằng pháp luật. Mạng xã hội bao gồm tất cả các trang thông tin điện tử được xây dựng theo hình thức một trang web và phát hành dựa trên nền tảng Internet, nghĩa là chúng cũng là các yếu tố cấu thành nên một chỉnh thể xã hội trên mạng, do vậy, không thể loại báo điện tử, tạp chí điện tử ra khỏi mạng xã hội.

4. Kết luận

Từ sự phân tích trên, để thống nhất việc phân loại các loại hình thông tin trên mạng, chúng ta chỉ cần phân chia chúng thành 02 loại:

- **Báo chí điện tử, gồm Báo điện tử và Tạp chí điện tử.** Báo chí điện tử có các đặc trưng:

+ Là một cơ quan báo chí, hoạt động theo Luật Báo chí Việt Nam, có tên gọi, có tôn chỉ mục đích hoạt động, có cơ quan chủ quản, có trụ sở, con dấu, tài khoản, có tổ chức bộ máy phóng viên, biên tập viên, có Tổng Biên tập. Và nhất thiết phải có Giấy phép hoạt động báo chí.

+ Các đơn vị có Báo điện tử và Tạp chí điện tử đều có thể xuất bản, phát hành song song với báo, tạp chí in trên giấy của

đơn vị mình. Nội dung, hình thức giữa hai bản điện tử và giấy có thể không giống nhau.

Sự khác nhau giữa Báo điện tử và Tạp chí điện tử chỉ là: Tạp chí điện tử không cần có hình thức Tạp chí trực tuyến.

- **Trang tin điện tử**

Trang tin điện tử hoạt động theo các quy định của hệ thống pháp luật chung, không nhất thiết chỉ hoạt động theo Luật Báo chí và không được coi là cơ quan báo chí, do vậy không cần xin giấy phép hoạt động báo chí. Trang tin điện tử có thể là trang thông tin của một cơ quan nhà nước, một tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị - xã hội - nghề nghiệp nhất định; và cũng có thể là trang tin của một công ty, đơn vị kinh tế, cá nhân. Đối với Trang tin điện tử của một tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị - xã hội - nghề nghiệp thì trách nhiệm về nội dung và mọi hoạt động của Trang tin thuộc về người đứng đầu cơ quan chủ quản hoặc người được người đứng đầu cơ quan chủ quản ủy quyền (có thể là Chủ nhiệm Trang tin hay Chủ bút Trang tin). Tùy theo chức năng nhiệm vụ của cơ quan chủ quản mà nội dung của Trang tin truyền tải cho phù hợp. Với các doanh nghiệp, các tổ chức kinh tế, xã hội khác cũng vậy. Người đứng đầu doanh nghiệp, các tổ chức kinh tế, xã hội chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của trang tin mà mình là cơ quan chủ quản.

Các Trang thông tin điện tử cá nhân do cá nhân chịu trách nhiệm hoàn toàn trước pháp luật.

Sự phân loại này sẽ giúp cho việc xây dựng các văn bản pháp luật về quản lý thông tin trên mạng đơn giản và hợp lý hơn, đồng thời cũng giúp cho việc chuẩn bị sửa đổi bổ sung Nghị định số 72/2013/NĐ-CP ngày 15/07/2013 của Chính phủ (dự kiến vào năm 2019) ■

MỘT SỐ BẤT CẬP CỦA PHÁP LUẬT VỀ GIÁ VÀ ĐỀ XUẤT HOÀN THIỆN

Trần Vũ Hải*

TS. Đào Ánh Tuyết**

* TS. Trường Đại học Luật Hà Nội

** TS. Trường Đại học Luật Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: pháp luật về giá, quản lý nhà nước về giá, định giá, thẩm định giá, thẩm định giá của Nhà nước, Quỹ bình ổn giá

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/05/2018

Biên tập : 07/06/2018

Duyệt bài : 14/06/2018

Article Infomation:

Keywords: law on prices; governmental management on price; pricing; valuation; valuation by governmental entity; price stabilization fund

Article History:

Received : 25 May 2018

Edited : 07 Jun 2018

Approved : 14 Jun 2018

Tóm tắt:

Từ khi Luật Giá có hiệu lực vào ngày 01/01/2013, Chính phủ, Bộ Tài chính và các Bộ có liên quan đã ban hành nhiều văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật này. Các văn bản luật tạo thành hệ thống pháp luật về giá tương đối đa dạng, phức tạp. Mặc dù các cơ quan thẩm quyền đã có nhiều cố gắng hoàn thiện, tuy nhiên, hệ thống pháp luật về giá vẫn còn nhiều bất cập cần được nhận diện và tìm giải pháp hoàn thiện để tăng cường hiệu quả điều chỉnh pháp luật.

Abstract

Since the Law on Price entered into enforcement on 01 January 2013, the Government, the Ministry of Finance and other relevant ministries have issued a series of documents for detailed regulations and guidelines for the enforcement of this law. The legal documents have established a legal system of prices, which is relatively diverse, complex. Although the competent entities have made great efforts to improve, however, the legal system on prices still has several inadequacies that need to be identified and to find a proper solution to enhance the effectiveness of the regulations.

1. Tổng quan pháp luật về giá

Quản lý của nhà nước đối với giá đã được ghi nhận qua quá trình lịch sử hàng ngàn năm, với những bằng chứng tại Ai Cập

cổ đại và thời hoàng đế Diocletian ở La Mã ở thế kỷ thứ 3 trước Công nguyên¹. Sự can thiệp vào lĩnh vực giá của Nhà nước được cho là khá phổ biến trong lịch sử các nước

1 Indrani Thuraisingham, "Price Control and Monitoring in Developing Countries", www.consumersinternational.org, 2010, truy cập ngày 15/4/2018..

phương Tây, điều này thường được lý giải bởi những lý do chính trị, khi mà Chính phủ được lợi từ việc điều chỉnh giá theo xu hướng giảm (sự ủng hộ từ cử tri và dân chúng) và ngay cả khi tăng giá (sự ủng hộ từ các nhà vận động hành lang và các công ty)². Sự can thiệp vào giá, thông qua ban hành và thực thi các quy định điều chỉnh giá cũng được ghi nhận từ khá sớm tại nhiều quốc gia trên thế giới nhằm mục đích điều tiết nền kinh tế, góp phần ổn định thị trường và nền chính trị. Ví dụ tại Anh, Nhà nước đã can thiệp vào việc điều chỉnh giá bán buôn và bán lẻ mặt hàng rượu, bánh mì và một số loại lương thực thiết yếu³. Tại Pháp, sự điều chỉnh đầu tiên về giá được ghi nhận đối với mặt hàng thực phẩm khi giá mặt hàng này có sự gia tăng không kiểm soát, hay tại Mỹ, việc kiểm soát giá năng lượng được thực hiện trong suốt giai đoạn Chiến tranh thế giới lần thứ II⁴.

Theo quan điểm phổ biến hiện nay, một trong những lý do để Nhà nước quản lý giá hàng hóa và dịch vụ trên thị trường là nhằm duy trì khả năng chi trả cho các mặt hàng thực phẩm và hàng hóa thiết yếu và để hạn chế gánh nặng chi phí trong những thời điểm khó khăn⁵. Quy định do cơ quan quản lý ban hành và điều chỉnh về giá trong giai đoạn đầu thường nhắm đến một số mặt hàng thiết yếu và/hoặc mục tiêu điều tiết tạm thời. Tại Việt Nam, ngay từ thời kỳ đầu đổi mới, trong “Chiến lược ổn định phát triển

kinh tế - xã hội đến năm 2000” được thông qua tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VII của Đảng (năm 1991) đã xác định mục đích quản lý giá cũng rất phù hợp với quan niệm quốc tế: “Tiếp tục xoá bỏ cơ chế tập trung quan liêu bao cấp, hình thành đồng bộ và vận hành có hiệu quả cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước... Giá cả, tỷ giá hối đoái, lãi suất tín dụng hình thành theo cơ chế thị trường. Nhà nước dùng các biện pháp kinh tế là chủ yếu để tác động đến cung cầu trên thị trường, ổn định giá cả, chỉ định giá một số rất ít sản phẩm thuộc diện độc quyền và thiết yếu, có chính sách bảo hiểm giá cho một số nông sản và hàng xuất khẩu... Khi giá cả biến động lớn, Nhà nước bù đắp kịp thời và thoả đáng cho những người hưởng lương và trợ cấp cố định”⁶.

Đến nay, đã có nhiều quốc gia ban hành luật điều chỉnh trong lĩnh vực giá, ví dụ như Luật Giá của Phillipines năm 1994, Luật Quản lý giá của Trung Quốc năm 1998, Luật Quản lý giá của Malaysia năm 1946, Luật Định giá và chống độc quyền của Thái Lan năm 1979, Luật Quản lý giá của Singapore năm 1985, Luật Quản lý giá của Slovenia năm 1999, Luật Kiểm soát giá năng lượng năm 1942 của Hoa Kỳ v.v.. Một số đạo luật về giá chỉ thực hiện trong những thời điểm nhất định, tuy nhiên, đa số các đạo luật vẫn đang được thi hành cùng với những sửa đổi, bổ sung phù hợp trong từng giai đoạn lịch sử cụ thể. Có thể khẳng định, trong nền kinh

2 Fiona M.Scott Morton, “The Problems of Price Controls”, <https://www.cato.org/publications/commentary/problems-price-controls>, truy cập ngày 8/8/2017.

3 Robert L.Schuettinger and Eamonn F. Butler, “Forty Centuries of Wage and Price Controls, How not to fight inflation”, 1979, trang 29.

4 Fiona M.Scott Morton, đã dẫn.

5 Indrani Thuraisingham, đã dẫn.

6 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ VII, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 1991, tr.148.

tế thị trường, nhất là nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN, vai trò của Nhà nước là hết sức quan trọng trong lĩnh vực giá nhằm đảm bảo sự phát triển hài hòa, hạn chế những tác động tiêu cực của quá trình tự do cạnh tranh giữa các chủ thể kinh doanh.

Trong gần 30 năm đổi mới, Việt Nam chuyển từ nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung sang nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN dẫn đến cơ chế quản lý thị trường nói chung và quản lý giá nói riêng có những đổi thay căn bản, từ chỗ Nhà nước là chủ thể quyết định hầu hết các mức giá phân phối chính thức đến chỗ thị trường là nơi hình thành giá cả thông qua các giao dịch dân sự, ngoại trừ một số ít hàng hóa, dịch vụ nhất định do Nhà nước định giá. Điều đó có nghĩa, thay vì Nhà nước “quyết định giá” thì trong nền kinh tế thị trường theo định hướng XHCN, Nhà nước chỉ “quản lý giá” nhằm đảm bảo giá cả vận hành theo cơ chế thị trường, đồng thời bảo vệ lợi ích chính đáng của các chủ thể tham gia, bảo vệ lợi ích của toàn dân và của Nhà nước.

Từ khi Luật Giá có hiệu lực vào ngày 01/01/2013 để thay thế Pháp lệnh Giá, Chính phủ, Bộ Tài chính và các Bộ có liên quan đã ban hành nhiều văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành như: Nghị định số 177/2013/NĐ-CP của Chính phủ, Nghị định số 149/2016/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Giá, Nghị định số 89/2013/NĐ-CP hướng dẫn Luật Giá về thẩm định giá, Nghị định số 109/2013/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản lý giá, lệ phí, hóa đơn; Nghị định số 44/2014/NĐ-CP quy định về giá đất; Nghị định số 01/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất

đai, Thông tư số 56/2014/TT-BTC, Thông tư số 233/2016/TT-BTC của Bộ Tài chính hướng dẫn Nghị định số 177/2013/NĐ-CP, Thông tư số 38/2014/TT-BTC của Bộ Tài chính hướng dẫn Nghị định số 89/2013/NĐ-CP, Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT của 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 cùng nhiều văn bản khác.

Ngoài Luật Giá và các văn bản hướng dẫn thi hành, pháp luật về giá còn được đề cập đến ở nhiều luật, pháp lệnh, nghị định và thông tư của các lĩnh vực khác, đặc biệt là trong lĩnh vực pháp luật kinh tế như pháp luật về doanh nghiệp, thương mại, tài chính, đất đai, tài nguyên, môi trường, cạnh tranh và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng... Như vậy, có thể khẳng định, pháp luật về giá là tổng thể các quy định pháp luật điều chỉnh trong lĩnh vực giá, với nguồn là Luật Giá và các văn bản pháp luật có liên quan, bao gồm cả các văn bản pháp luật trong từng lĩnh vực cụ thể.

Với một hệ thống các quy định tương đối đa dạng, phức tạp, nên mặc dù đã có gắng hoàn thiện, hệ thống pháp luật về giá vẫn còn nhiều bất cập cần được nhận diện và tìm giải pháp hoàn thiện để tăng cường hiệu quả điều chỉnh pháp luật.

2. Một số bất cập của pháp luật hiện hành về giá

Thứ nhất, hiện nay còn có nhiều văn bản luật cùng điều chỉnh về giá, dẫn đến việc xác định rõ ràng về trật tự ưu tiên áp dụng không dễ dàng.

Như đã nêu, ngoài các văn bản chuyên biệt như Luật Giá thì pháp luật về giá còn

bao gồm nhiều quy định về giá trong các văn bản thuộc những lĩnh vực khác. Ví dụ, Luật Đất đai, Luật Kinh doanh bất động sản và nhiều văn bản luật khác quy định rằng, các luật này mới điều chỉnh về giá trong những lĩnh vực thuộc đối tượng điều chỉnh mà không quy định được áp dụng pháp luật khác (trong đó có Luật Giá). Một trường hợp khác, Luật Giá và Nghị định số 89/2013/NĐ-CP yêu cầu thẩm định viên về giá phải ban hành chứng thư thẩm định giá khi thẩm định giá bất động sản, còn Nghị định số 44/2014/NĐ-CP lại yêu cầu thẩm định viên khi tư vấn xác định giá đất phải ban hành chứng thư định giá đất, trong khi về bản chất hai loại hình dịch vụ này là một. Để cụ thể hóa quy định tại Nghị định số 44/2014/NĐ-CP, Bộ Tài nguyên và Môi trường ban hành mẫu chứng thư định giá đất⁷ không đồng nhất với mẫu chứng thư thẩm định giá bất động sản⁸ do Bộ Tài chính quy định. Chẳng hạn, yêu cầu của chứng thư thẩm định giá thì thẩm định viên phải ghi mã số thẻ thẩm định viên, nhưng trong mẫu chứng thư định giá đất thì không bắt buộc phải ghi, dẫn đến nếu không ghi thì phù hợp với pháp luật về định giá đất nhưng trái với pháp luật về thẩm định giá.

Thứ hai, tồn tại tình trạng chòng chẹo về thẩm quyền quản lý nhà nước trong lĩnh vực giá giữa địa phương và trung ương, giữa các Bộ, ngành ở trung ương với nhau.

Luật Giá quy định, Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước trong lĩnh vực giá trên phạm vi cả nước; Bộ Tài chính chịu trách

nhiệm trước Chính phủ thực hiện chức năng quản lý nhà nước trong lĩnh vực giá; các Bộ, cơ quan ngang Bộ trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm thực hiện chức năng quản lý nhà nước về giá trong lĩnh vực được pháp luật quy định; Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm thực hiện chức năng quản lý nhà nước trong lĩnh vực giá tại địa phương⁹.

Tuy nhiên, trên thực tế, vì có nhiều văn bản cùng điều chỉnh nên việc xác định thẩm quyền quản lý là không dễ dàng. Ví dụ, trong việc quản lý giá khám bệnh, chữa bệnh, theo quy định của Luật Giá và Nghị định số 177/2013/NĐ-CP (được sửa đổi bởi Nghị định số 149/2016/NĐ-CP), việc quy định về giá khám bệnh, chữa bệnh thuộc thẩm quyền của Bộ trưởng Bộ Y tế theo quy định của pháp luật về khám bệnh, chữa bệnh và bảo hiểm y tế¹⁰. Trong khi đó, Luật Khám bệnh, chữa bệnh lại quy định, Bộ trưởng Bộ Tài chính phối hợp với Bộ trưởng Bộ Y tế quy định khung giá dịch vụ khám bệnh, chữa bệnh. Căn cứ vào khung giá, Bộ trưởng Bộ Y tế quy định giá dịch vụ khám bệnh, chữa bệnh đối với cơ sở khám bệnh, chữa bệnh thuộc Bộ Y tế và các Bộ khác; Hội đồng nhân dân cấp tỉnh quy định giá dịch vụ khám bệnh, chữa bệnh đối với cơ sở khám bệnh, chữa bệnh của Nhà nước thuộc phạm vi quản lý của địa phương theo đề nghị của UBND cùng cấp¹¹. Như vậy, ở trung ương có sự chòng chẹo thẩm quyền giữa Bộ Tài

7 Ban hành kèm theo Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT ngày 30/6/2014 đã dẫn.

8 Ban hành kèm theo Thông tư số 28/2015/TT-BTC ngày 06/3/2015 của Bộ trưởng Bộ Tài chính ban hành tiêu chuẩn thẩm định giá số 05, 06 và 07.

9 Luật Giá, Điều 8.

10 Nghị định số 177/2013/NĐ-CP đã dẫn, Điều 8 khoản 2 điểm d.

11 Luật Khám bệnh, chữa bệnh năm 2009, Điều 8 khoản 3 và 4.

chính và Bộ Y tế trong quy định giá dịch vụ khám, chữa bệnh; ở địa phương có sự chông chéo giữa Hội đồng nhân dân và UBND.

Thứ ba, tồn tại tình trạng cùng một sự kiện pháp lý nhưng lại được định nghĩa bởi các thuật ngữ khác nhau, dẫn đến sự phức tạp trong quản lý cũng như hướng dẫn thực hiện.

Hiện nay, hoạt động “thẩm định giá” theo quy định của Luật Giá và hoạt động “tư vấn xác định giá đất” theo quy định của Luật Đất đai được xem là hai hoạt động khác nhau. Tuy nhiên, thực chất hai hoạt động này có cùng bản chất. Theo định nghĩa của Luật Giá, *thẩm định giá* là việc cơ quan, tổ chức có chức năng thẩm định giá xác định giá trị bằng tiền của các loại tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) phù hợp với giá thị trường tại một địa điểm, thời điểm nhất định, phục vụ cho mục đích nhất định theo tiêu chuẩn thẩm định giá¹², trong khi đó, mặc dù Luật Đất đai không xác định rõ khái niệm “tư vấn xác định giá đất”, nhưng các nguyên tắc tư vấn, phương pháp xác định giá đất và điều kiện của định giá viên gần như hoàn toàn trùng với nguyên tắc, phương pháp thẩm định giá và điều kiện của thẩm định viên về giá¹³.

Tương tự như vậy, BLDS và Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) cũng sử dụng thuật ngữ “định giá” nhưng bản chất lại là “thẩm định giá”. Điều 306 BLDS quy định “Bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm có quyền thỏa thuận về giá tài sản bảo đảm hoặc định giá thông qua tổ chức định giá tài sản khi xử lý

tài sản bảo đảm” và “Việc định giá tài sản bảo đảm phải bảo đảm khách quan, phù hợp với giá thị trường”. Như vậy, việc định giá của tổ chức thứ ba không phải người sở hữu tài sản và không thuộc diện Nhà nước định giá thì phải được hiểu đúng bản chất là hoạt động thẩm định giá. Điều 215 và Điều 69 Bộ luật TTHS quy định “Khi cần xác định giá của tài sản để giải quyết vụ án hình sự, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng ra văn bản yêu cầu định giá tài sản” và “Người định giá tài sản là người có kiến thức chuyên môn về lĩnh vực giá, được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng yêu cầu định giá tài sản theo quy định của pháp luật”. Sau một thời gian dài có nhiều vướng mắc do chưa có khung pháp lý cụ thể, hiện nay, việc định giá tài sản trong TTHS vừa được quy định rõ trong Nghị định số 38/2018/NĐ-CP¹⁴. Nếu coi việc định giá tài sản trong TTHS về bản chất là định giá do Nhà nước thực hiện thì không phù hợp với quy định tại Điều 19 Luật Giá về những hàng hóa, dịch vụ do Nhà nước định giá vì trong nhóm các loại hàng hóa, dịch vụ được quy định tại Điều 19 thì không có trường hợp định giá đối với tài sản trong TTHS.

Thứ tư, do các quy định của pháp luật về giá còn nhiều bất cập dẫn đến việc điều hành Quỹ bình ổn giá xăng dầu chưa hiệu quả.

Hiện nay, các doanh nghiệp đầu mỗi kinh doanh xăng dầu trong nước nắm giữ Quỹ bình ổn giá chứ không phải là cơ quan quản lý nhà nước, dẫn đến việc dư luận hoài

12 Luật Giá, Điều 4 khoản 15.

13 Cụ thể tại Nghị định số 44/2014/NĐ-CP và Thông tư số 36/2016/TT-BTNMT đã dẫn.

14 Nghị định số 38/2018/NĐ-CP ngày 07/3/2018 của Chính phủ quy định chi tiết việc thành lập và hoạt động của Hội đồng định giá tài sản; trình tự, thủ tục định giá tài sản trong TTHS.

nghi về tính minh bạch trong sử dụng và quản lý Quỹ của các doanh nghiệp trong thời gian qua. Theo ý kiến của một số chuyên gia, khi có hiện tượng muốn xả Quỹ bình ổn thì các doanh nghiệp kê lỗ, đến hết năm tài chính lại công bố lãi lớn để tăng giá trị cổ phiếu¹⁵. Xét về mặt bản chất, việc trích lập Quỹ bình ổn giá xăng dầu từ giá bán lẻ xăng dầu, rồi sau đó xả quỹ để giữ giá xăng không tăng là cách người tiêu dùng tự mình bình ổn giá xăng dầu, chứ không phát huy được vai trò của Nhà nước hoặc của doanh nghiệp. Bên cạnh đó, doanh nghiệp đầu mỗi có thể được hưởng lợi từ nguồn quỹ bình ổn giá xăng dầu giống như vốn tín dụng mà không phải trả lãi, trong khi cơ chế quản lý quỹ và chi phí đầu vào của doanh nghiệp chưa thực sự minh bạch. Chính vì vậy, vai trò bình ổn giá của Quỹ trong thời gian gần đây tỏ ra khá mờ nhạt và đã có nhiều ý kiến đề xuất nên bỏ mô hình quỹ này¹⁶. Rút kinh nghiệm từ mô hình Quỹ bình ổn giá xăng dầu, Quỹ bình ổn giá điện bán lẻ do Bộ Công thương đề xuất thành lập vào năm 2016 đã không nhận được sự đồng tình từ Chính phủ¹⁷.

Thứ năm, còn một số bất cập trong điều chỉnh hoạt động thẩm định giá của Nhà nước có thể dẫn đến việc lạm dụng công cụ này, ảnh hưởng đến thị trường thẩm định giá.

Theo quy định của Luật Giá, thẩm định giá của Nhà nước có thể được thực hiện trong 4 trường hợp gồm: 1) Mua, bán, thanh lý, cho thuê tài sản nhà nước hoặc đi thuê tài sản phục vụ hoạt động của cơ quan nhà

nước theo quy định của pháp luật về quản lý, sử dụng tài sản nhà nước; 2) Không thuê được doanh nghiệp thẩm định giá; 3) Mua, bán tài sản thuộc bí mật nhà nước; 4) Mua, bán tài sản nhà nước có giá trị lớn mà sau khi đã thuê doanh nghiệp thẩm định giá, cơ quan hoặc người có thẩm quyền phê duyệt thấy cần thiết phải có ý kiến thẩm định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền¹⁸. Khi xây dựng chế định thẩm định giá của Nhà nước, Ban soạn thảo Luật Giá đã giải thích, sở dĩ cần đến thẩm định giá của Nhà nước là để đáp ứng hai mục tiêu chính: một là, những trường hợp không nên để thẩm định giá cho doanh nghiệp thực hiện do yếu tố bí mật hoặc tầm quan trọng của tài sản cần thẩm định; hai là, khi doanh nghiệp thẩm định giá không có nhu cầu thực hiện (ví dụ những tài sản giá trị nhỏ, nhưng chi phí thẩm định lớn) thì cần Nhà nước phải đứng ra là người thực hiện¹⁹.

Tuy nhiên, với quy định như trên, phạm vi có thể sử dụng thẩm định giá của Nhà nước là rất rộng với tài sản nhà nước, hầu như bao trùm toàn bộ các loại tài sản công thuộc diện Nhà nước quản lý, đồng thời thẩm định giá của Nhà nước cũng có thể thẩm định đối với tài sản đang thuộc sở hữu của cá nhân, tổ chức khác nếu Nhà nước đi thuê hoặc mua, điều hoàn toàn ngược lại với thẩm định giá thông thường khi chủ thể có nhu cầu thẩm định giá bắt buộc phải là chủ sở hữu của tài sản thẩm định giá. Tuy nhiên, trong Nghị định số 89/2013/NĐ-CP, trường hợp “không thuê được doanh nghiệp

15 <http://www.antv.gov.vn/tin-tuc/kinh-te/bat-cap-trong-quan-ly-kinh-doanh-xang-dau-210022.html>

16 <http://cafef.vn/nen-bo-quy-binh-on-gia-xang-dau-20161122141843218.chn>

17 <http://www.thesaigontimes.vn/147589/Chinh-phu-khong-cho-phep-lap-Quy-binh-on-gia-dien.html>

18 Luật Giá, Điều 44.

19 Tờ trình dự thảo Luật Giá, Nguồn: duthaoonline.quochoi.gov.vn

thẩm định giá” cần được hiểu là chỉ áp dụng đối với tài sản nhà nước, chứ không phải với tài sản của các chủ sở hữu khác như lý do mà Ban soạn thảo dùng để thuyết phục khi xây dựng chế định thẩm định giá của Nhà nước²⁰.

Ngoài ra, một số nội dung quy định đối với Hội đồng thẩm định giá của Nhà nước (sau đây gọi tắt là Hội đồng) cũng còn nhiều hạn chế cả về chất lượng lẫn phương thức thực hiện.

Về chất lượng, yêu cầu của pháp luật là Hội đồng cần có tối thiểu một thành viên đã qua đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ chuyên ngành thẩm định giá theo quy định của Bộ Tài chính hoặc đã có bằng tốt nghiệp cao đẳng, đại học, sau đại học chuyên ngành vật giá, thẩm định giá²¹, nhưng lại có thể thẩm định tài sản có giá trị lớn mà đã được doanh nghiệp thẩm định giá thẩm định²² (trong khi người thẩm định tại doanh nghiệp bắt buộc phải là 02 thẩm định viên về giá đã được cấp chứng chỉ thông qua kỳ thi thẻ thẩm định viên được xem là rất khó hiện nay). Trong khi đó, Hội đồng lại làm việc tập thể và quyết định theo đa số, không phụ thuộc vào trách nhiệm và kiến thức chuyên môn của từng thành viên²³. Sẽ là một dấu hỏi lớn nếu Hội đồng chỉ có một thành viên duy nhất được đào tạo nhưng lại thuộc về nhóm thiểu số khi quyết nghị, mặc dù pháp luật cho phép thành viên không đồng ý vẫn có quyền bảo lưu ý kiến trong biên bản, nhưng không tác động gì đến quyết định của Hội đồng. Mặt

khác, Hội đồng cũng có quyền thuê thẩm định giá đối với chính tài sản mà mình đang thẩm định giá để có thêm thông tin²⁴, điều đó cho thấy việc thành lập Hội đồng thẩm định giá trong trường hợp này là không cần thiết.

3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về giá

Để hoàn thiện pháp luật về giá, chúng tôi cho rằng:

Một là, cần thống nhất nguyên tắc áp dụng pháp luật về giá trong đó Luật Giá được xem là văn bản pháp luật chuyên ngành về lĩnh vực giá. Các loại giá cụ thể cần được quy định dựa trên (và phù hợp với) Luật Giá. Việc tồn tại cùng một lúc nhiều văn bản luật điều chỉnh các loại giá cụ thể là nhu cầu thực tế, do đó cần thống nhất nguyên tắc áp dụng để có thể ban hành các văn bản pháp luật cũng như phối hợp quản lý sao cho có hiệu quả nhất.

Hai là, cần phân định cụ thể về thẩm quyền quản lý giá theo hướng hạn chế việc “chia cắt” một cách cơ học như hiện nay.

Việc phân định thẩm quyền cần xác định rõ đối với từng hoạt động trong lĩnh vực giá, theo đó, ở Trung ương thì cơ quan chủ trì là Bộ Tài chính (trừ một số lĩnh vực đặc biệt), còn địa phương, UBND cấp tỉnh chỉ thực hiện những quyền hạn cụ thể theo luật (chứ không phải văn bản dưới luật), đồng thời đảm bảo không can thiệp vào giá cả hàng hóa, dịch vụ (trừ giá dịch vụ công, bảng giá đất và giá đất cụ thể theo quy định

20 Nghị định 89/2013/NĐ-CP, Điều 23 khoản 1 điểm b.

21 Nghị định 89/2013/NĐ-CP, Điều 28 khoản 2.

22 Nghị định 89/2013/NĐ-CP, Điều 23 khoản 1 điểm d.

23 Nghị định số 89/2013/NĐ-CP, Điều 28 khoản 4.

24 Nghị định số 89/2013/NĐ-CP, Điều 29 khoản 1 điểm b.

của pháp luật và nằm trong khung giá do cơ quan có thẩm quyền quy định). Việc hạn chế quyền hạn của địa phương trong điều hành giá sẽ góp phần đảm bảo mặt bằng giá cả của cả nước, hạn chế tình trạng khác biệt về giá giữa các địa phương dẫn đến sai lệch về hoạt động đầu tư cũng như tiêu dùng.

Ba là, cần thống nhất về cách tiếp cận hoạt động thẩm định giá trong các lĩnh vực cụ thể, thay vì gọi là “định giá” hoặc “tư vấn xác định giá” như hiện nay.

Như đã phân tích, tư vấn xác định giá đất chính là thẩm định giá đối với quyền sử dụng đất. Việc xác định đúng nội hàm của hình thức dịch vụ này mới đảm bảo cho việc áp dụng các chuẩn mực (tiêu chuẩn) thẩm định giá vào hoạt động thẩm định giá quyền sử dụng đất một cách khoa học, tránh việc có nhiều văn bản pháp luật cùng điều chỉnh một loại hình dịch vụ này dẫn đến khó áp dụng. Đối với Bộ luật Dân sự (Điều 306) và Bộ luật Tố tụng hình sự (Điều 215 và 69), trong quá trình hướng dẫn hoặc giải thích của cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì nên xác định khái niệm “định giá” trong nhiều trường hợp cần được hiểu là “thẩm định giá”, đồng thời về lâu dài khi sửa đổi, bổ sung các văn bản này thì cần định danh đúng là “thẩm định giá”.

Bốn là, cần nghiên cứu thay đổi cơ chế thành lập, quản lý và điều hành đối với Quỹ bình ổn giá xăng dầu theo định hướng sau: i) Quỹ Bình ổn giá xăng dầu cần được thành lập tập trung, hoặc có tư cách pháp nhân và bộ máy quản lý riêng, hoặc giao cho Bộ Tài chính quản lý; ii) Việc trích lập Quỹ bình ổn phải theo nguyên tắc nhiều bên cùng tham gia, trong đó doanh nghiệp đầu mối kinh doanh xăng dầu, doanh nghiệp bán lẻ xăng

dầu và người tiêu dùng cùng đóng góp theo tỷ lệ nhất định; iii) Việc điều hành Quỹ bình ổn phải có sự tham gia của cơ quan đại diện bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng; iv) Nguồn thu nhàn rỗi của Quỹ sẽ được đầu tư an toàn như gửi tổ chức tín dụng, mua trái phiếu và có thể cho doanh nghiệp xăng dầu vay theo nguyên tắc có hoàn trả cả gốc và lãi.

Năm là, cần sửa đổi, bổ sung các quy định về thẩm định giá của Nhà nước nhằm đảm bảo hoạt động hiệu quả hơn. Trước hết, cần sửa đổi khoản 1 Điều 44 của Luật Giá để đảm bảo việc thẩm định giá trước tiên là dành cho các doanh nghiệp thẩm định giá, tổ chức thẩm định giá nước ngoài được phép hoạt động tại Việt Nam. Chỉ trong trường hợp không thuê được doanh nghiệp thẩm định giá thì mới sử dụng đến thẩm định giá của Nhà nước. Đồng thời, hướng dẫn đúng phạm vi của khoản 2 Điều 44, tức là trong trường hợp tài sản của tổ chức, cá nhân có nhu cầu thẩm định nhưng không thể thuê được doanh nghiệp thẩm định giá thì cơ quan có thẩm quyền phải có trách nhiệm tiến hành thẩm định giá nếu tổ chức, cá nhân có yêu cầu và được xem như là dịch vụ công. Đối với Hội đồng thẩm định giá của Nhà nước, cần xác định cụ thể những trường hợp được thành lập Hội đồng, cũng như quy định tiêu chuẩn cao hơn đối với các thành viên Hội đồng. Trong trường hợp chỉ có một thành viên duy nhất được đào tạo về kiến thức thẩm định giá nhưng lại không thuộc nhóm đa số, thì kết quả thẩm định giá không được thông qua và Chủ tịch Hội đồng phải báo cáo với cơ quan có thẩm quyền thành lập Hội đồng để xử lý ■

CƠ CHẾ CÁC ĐẢNG PHÁI CHÍNH TRỊ, CÁC TỔ CHỨC XÃ HỘI MỘT SỐ NƯỚC THAM GIA KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC

VÀ NHỮNG NỘI DUNG VIỆT NAM CÓ THỂ THAM KHẢO

Nguyễn Quang Anh*

* TS. Phó Bí thư Đảng ủy khối Doanh nghiệp tỉnh Phú Thọ

Thông tin bài viết:

Từ khóa: đảng phái chính trị; tổ chức xã hội; cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước; cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước từ bên ngoài

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/04/2018

Biên tập : 23/07/2018

Duyệt bài : 30/07/2018

Article Infomation:

Keywords: Political parties; social organization; control mechanism of state power; state control mechanism from outside

Article History:

Received : 06 Apr. 2018

Edited : 23 Jul. 2018

Approved : 30 Jul. 2018

Tóm tắt:

Xây dựng Nhà nước nhỏ, xã hội lớn; xây dựng nhà nước pháp quyền, phát triển kinh tế thị trường, mở rộng xã hội dân sự là xu thế phổ biến trên thế giới ngày nay. Để đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN, đòi hỏi Việt Nam phải đổi mới chính trị, đổi mới tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, thiết lập cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước có hiệu quả. Nghiên cứu sự tham gia của các đảng chính trị, các tổ chức xã hội một số nước trên thế giới vào hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước, có thể rút ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam.

Abstract

Development of small state, large society; development of a state with rule of law, developing a market economy, expanding the civil society is a popular trend in the world today. For the requirement of a rule-of-law state oriented toward the socialist, Vietnam has to reform its political system, reform the organization and operation of the state apparatus, and establish an effective mechanism for controlling state power. The studies of the participation of political parties and social organizations in foreign countries to control state power may provide some experiences for Vietnam.

1. Sự tham gia kiểm soát quyền lực nhà nước của các đảng chính trị ở một số nước

- Ở Cộng hòa Pháp:

Hiện nay, nước Pháp có khoảng 30 đảng chính trị hợp pháp hoạt động. Các đảng

chính trị đều phải tự chủ về tài chính qua việc vận động của đảng mình, nguồn hỗ trợ từ nhà nước là không đáng kể. Hiến pháp Cộng hòa Pháp năm 1958 quy định: “Các đảng và các nhóm chính trị giành quyền lực

qua kết quả bầu cử. Các đảng và các tổ chức chính trị được tự do thành lập và hoạt động trên cơ sở tôn trọng các nguyên tắc về chủ quyền quốc gia và dân chủ"¹. Điểm nổi bật ở Pháp là các đảng chính trị, mặc dù tồn tại những bất đồng, nhưng thường tập hợp lại với nhau thành hai phe rất rõ ràng là phe tả và phe hữu (do có mục đích, tính chất gần nhau). Các đảng chính trị tập hợp lại với nhau để bảo vệ quyền lợi của mình (đối với phe đa số nắm chính quyền) hoặc để phản đối, cản trở, kiểm chế hoạt động của chính quyền (phe đối lập). Thông qua các đảng chính trị, các cá nhân liên kết với nhau tạo nên sức mạnh cộng đồng tác động mạnh mẽ đến quyền lực nhà nước, buộc quyền lực nhà nước chỉ được vận hành trong khuôn khổ hiến pháp, pháp luật, vì lợi ích quốc gia và dân chúng. Việc đấu tranh đó được coi là vận động phổ biến và nó luôn chống lại mọi biểu hiện của sự lạm quyền của đảng cầm quyền một cách ôn hoà nhưng hữu hiệu. Nước Pháp coi các đảng chính trị là "thành quả của loài người trong việc đi tìm những phương thức thực hành dân chủ". Do đó, các đảng chính trị có vị trí, vai trò vô cùng quan trọng trong cách thức tổ chức, thực thi và kiểm soát quyền lực nhà nước.

- Ở Hoa Kỳ:

Hoa Kỳ có hàng trăm đảng chính trị cùng hoạt động. Tuy nhiên, trong lịch sử nước Mỹ chỉ có đảng Dân chủ và đảng Cộng hoà là thay nhau cầm quyền và việc cầm quyền được thông qua các cuộc bầu cử cạnh tranh quyết liệt, còn lại các đảng khác chỉ có thể tham gia vào đời sống chính trị - xã hội ở một mức độ hạn chế. Mặc dù các đảng

chính trị luôn cạnh tranh với nhau nhằm giành quyền kiểm soát bộ máy nhà nước, nhưng họ vẫn cùng nhau chia sẻ những cam kết chung và những giá trị cơ bản của xã hội: đó là chế độ nhà nước cộng hòa, tôn trọng Hiến pháp và các nguyên tắc của nó. Hiến pháp, pháp luật ở Mỹ buộc mọi đảng chính trị, kể cả đảng cầm quyền, nhóm lợi ích phải tuân thủ, thực hiện pháp luật, hoạt động cạnh tranh, tranh giành ảnh hưởng và sự ủng hộ của cử tri phải trong khuôn khổ quy định của pháp luật, của "luật chơi" đã thoả thuận. Mọi vi phạm đều xử lý theo quy định của pháp luật. Pháp luật tạo cơ sở pháp lý cho các đảng chính trị đấu tranh giành và kiểm soát quyền lực nhà nước.

- Ở Trung Quốc:

Trung Quốc là nước XHCN, nhưng pháp luật cho phép nhiều đảng chính trị được hoạt động. Tuy nhiên, các đảng đó phải chấp nhận sự lãnh đạo của Đảng cộng sản Trung Quốc. Điều 4 Hiến pháp Cộng hòa nhân dân Trung Hoa năm 1982 quy định: "Chế độ hợp tác đa đảng và hiệp thương chính trị dưới sự lãnh đạo của Đảng cộng sản Trung Quốc sẽ tồn tại và phát triển lâu dài"². Thay vì tranh giành ảnh hưởng, hợp tác nhiều đảng được coi là đặc điểm đặc thù của hệ thống chính trị - xã hội Trung Quốc. Ngoài Đảng cộng sản Trung Quốc cầm quyền, 8 đảng khác hoạt động với mục đích tồn tại cùng nhau, giám sát lẫn nhau và "giám sát dân chủ" đối với các cơ quan nhà nước, vì lợi ích của đất nước, nhân dân. Tuy nhiên, hoạt động của các đảng chính trị ở Trung Quốc mờ nhạt, không có ảnh hưởng đáng kể trong đời sống chính trị - xã hội. Vì vậy, vấn đề các đảng

1 Ban Biên tập Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 1992 (2013), Một số vấn đề cơ bản của Hiến pháp các nước trên thế giới, (Sách chuyên khảo), Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 386.

2 Văn phòng Quốc hội, Trung tâm Thông tin, Thư viện và Nghiên cứu khoa học (2009), Tuyển tập Hiến pháp một số nước trên thế giới, Nxb. Thống kê, Hà Nội, tr.242.

phái chính trị kiểm soát quyền lực nhà nước ở Trung Quốc không có nhiều ý nghĩa trong thực tiễn.

- Ở Liên bang Nga:

Hiến pháp Liên bang Nga năm 1993 "thừa nhận đa nguyên, đa đảng"³. Nguyên tắc này tạo cơ sở pháp lý cho các đảng chính trị, với các đường lối khác nhau, có thể cạnh tranh quyền lãnh đạo đất nước thông qua con đường bầu cử hợp pháp. Điều này cũng buộc đảng cầm quyền luôn phải thượng tôn pháp luật, trong sạch, liêm chính, có đường lối, chính sách nâng cao đời sống vật chất, tinh thần cho dân chúng và giành được sự ủng hộ của dân chúng thì mới có thể duy trì vị trí lãnh đạo trong những nhiệm kỳ tiếp theo.

- Nghiên cứu, tìm hiểu sự tham gia kiểm soát quyền lực nhà nước của đảng chính trị ở một số nước cho thấy:

Một là, Hiến pháp, pháp luật các nước dân chủ tư sản phát triển trên thế giới về cơ bản đều thừa nhận, cho phép, bảo vệ việc thành lập, hoạt động của các đảng chính trị nói chung, đối lập nói riêng.

Hai là, bầu cử và tranh cử nắm giữ quyền lực nhà nước vừa là phương tiện vừa là cách thức để các đảng chính trị đấu tranh giành và kiểm soát quyền lực nhà nước.

Ba là, đảng cầm quyền (hoặc liên danh các đảng) luôn bị các đảng phái chính trị đối lập đấu tranh hạ thấp uy tín bằng việc chỉ ra những hạn chế, khuyết tật trong đường lối, chính sách, năng lực quản trị đất nước, phẩm chất đạo đức cá nhân lãnh đạo... để nhằm giành lấy sự kiểm soát quyền lực nhà nước.

Bốn là, các đảng chính trị hoạt động trong khuôn khổ Hiến pháp, pháp luật trên

cơ sở nguyên tắc tự nguyện, tự chủ, tự chịu trách nhiệm, không có sự bao cấp từ ngân sách quốc gia.

2. Sự tham gia kiểm soát quyền lực nhà nước của các tổ chức xã hội ở một số nước

Nhìn chung, ở các nước trên thế giới, các tổ chức xã hội được hình thành trên cơ sở cân bằng giữa bộ phận quyền lực nhà nước do nhân dân trao hoặc uỷ quyền với bộ phận quyền lực còn lại do nhân dân tự mình trực tiếp thực hiện. Đặc điểm chung của các tổ chức này là: tự nguyện, tự tổ chức, tự chủ, đa dạng, phi thương mại, phi lợi nhuận, hành động mang tính tập thể, có trách nhiệm giải trình, cam kết minh bạch, tính dân sự và tính dân sự hoá. Các tổ chức xã hội tập hợp, liên kết mọi người nhằm thúc đẩy các mục tiêu chung và lợi ích chung, luôn đại diện cho lợi ích, giá trị của mình (thành viên, tổ chức) và của người khác theo pháp luật dựa trên cơ sở đạo đức, văn hoá, tôn giáo hoặc từ thiện... Tính đa dạng của các tổ chức xã hội được thể hiện thông qua các loại hình hoạt động như: tổ chức phi chính phủ (NGO), hiệp hội nghề nghiệp, các quỹ, các viện nghiên cứu độc lập, tổ chức cộng đồng (CBOs), tổ chức tín ngưỡng, tổ chức quần chúng nhân dân, phong trào xã hội và công đoàn...

Ở Mỹ, các tổ chức xã hội (hội, hiệp hội) có ảnh hưởng mạnh mẽ đến các chính sách của Chính phủ, có vai trò nhất định trong sự tham gia và giám sát hoạt động của quyền lực nhà nước, là công cụ đắc lực giúp người dân tham gia quản lý xã hội. Các tổ chức xã hội (được biết đến như các nhóm lợi ích) vô cùng phong phú, đa dạng có vai trò tác động, ảnh hưởng rất lớn đến các chính sách của Chính phủ Mỹ. Ngoài ra, các tổ chức xã hội còn tham gia vào vận động bầu

3 Sdd, tr.58.

cử; ủng hộ các đảng phái, các ứng cử viên tự do bằng nhiều cách thức khác nhau nhằm gây ảnh hưởng đến quá trình chính trị. Học giả người Mỹ Alexis de Tocqueville cho rằng, "thực tế các đảng chính trị ở Mỹ đã không được tổ chức một cách chặt chẽ để phục vụ cho việc thể hiện những lợi ích hoặc những quan điểm cụ thể. Chính các nhóm lợi ích đã phân nào lấp đầy khoảng trống này"⁴. Ở đây, nhóm lợi ích được hiểu chính là các tổ chức xã hội. Các tổ chức xã hội đóng vai trò quan trọng trong việc bảo vệ tự do cá nhân, quyền dân chủ trước sự can thiệp của quyền lực nhà nước. "Tổ chức phi lợi nhuận, phi đảng phái, hoạt động bảo vệ quyền lợi của các nhân chứng dám đứng ra bảo vệ công chúng, tiến hành các cuộc điều tra để giúp những người chống tiêu cực, lật tẩy các hành vi trả thù, trù dập, đòi hỏi giới quan chức luôn có trách nhiệm và sửa chữa các vấn đề được nêu lên"⁵.

Ở Nhật Bản, các tổ chức xã hội rất phát triển, đó là những hội, hiệp hội và tổ chức khác nhau hoặc liên kết hoặc độc lập luôn tác động, giám sát quyền lực nhà nước. Nhà nước trên cơ sở pháp luật luôn mở rộng và tạo điều kiện để các tổ chức xã hội phát triển. Chính phủ Nhật Bản luôn coi trọng, lắng nghe, tiếp thu những tham gia, đòi hỏi, yêu cầu hợp lý của các tổ chức xã hội để hoàn thiện các chính sách của mình. Trong khi đó, ở Malaixia, các tổ chức xã hội (bao gồm cả các nhóm lợi ích) lại thường đối lập với chính sách của Chính phủ và Chính phủ luôn coi đó là mối bất lợi dù tính chất hoạt động của nó không có mục đích lật đổ. Tuy nhiên, điểm chung của các tổ chức xã hội ở

Malaixia và Nhật Bản là: góp phần làm cho đảng cầm quyền, Chính phủ phải có ý thức về trách nhiệm trong sử dụng quyền lực nhà nước thông qua việc ban hành và thực hiện chính sách của mình.

Các nước Bắc Âu như Thụy Điển, Na Uy, Đan Mạch, Ai-xơ-len, Phần Lan đều là những nước phát triển. Ngoài tự do, dân chủ, các quốc gia trên đều đề cao tính công khai, minh bạch hoạt động quyền lực nhà nước và coi trọng phát triển các tổ chức xã hội. Đặc biệt, Thụy Điển, được coi là mô hình mẫu về nhà nước phúc lợi xã hội. Hệ thống chính trị của Thụy Điển tạo điều kiện để các lực lượng xã hội tích cực tham gia các hội, hiệp hội, thông qua đó sẽ tác động ảnh hưởng trực tiếp đến quá trình chính trị của quốc gia. Các tổ chức xã hội như: phong trào quần chúng, các tổ chức lợi ích và hiệp hội có vai trò bổ sung và đóng góp quan trọng vào quan điểm của Chính phủ, được coi như trường học cho dân chủ và quyền công dân và là công cụ để huy động chính trị, chia sẻ trách nhiệm xã hội với Nhà nước. Gần đây, Nhà nước Thụy Điển đã gia tăng công nhận vai trò chính trị và xã hội của các tổ chức xã hội, đặc biệt là vai trò vận động xã hội (thúc đẩy lợi ích thành viên, vận động hành lang, tuyên truyền, tuần hành và tạo dựng hệ tư tưởng, đóng góp vào cung cấp dịch vụ phúc lợi...).

Đối với các nước Trung và Đông Âu, do chịu ảnh hưởng sâu sắc của mô hình Xô viết nên kiểm soát quyền lực nhà nước qua các hoạt động của các tổ chức xã hội còn khá mờ nhạt. Ở những nước này, đa số các tổ chức xã hội do Nhà nước lập, hoạt động

4 GS., TS Nguyễn Văn Huyền, Chủ biên (2007), Hệ thống chính trị Anh, Mỹ, Pháp (Mô hình tổ chức và hoạt động), Nxb. Lý luận chính trị, Hà Nội, tr. 267, 268.

5 Nguyễn Huy Phương (2012), Giám sát xã hội đối với các cơ quan tư pháp theo yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền, Luận án TS., Hà Nội, tr. 113.

dưới sự tác động của Nhà nước. Sau khi khối XHCN Đông Âu và Liên Xô sụp đổ thì có sự chuyển đổi mạnh mẽ hơn theo xu hướng chung. Các tổ chức xã hội dần dần trở thành kênh chính để công dân tiếp cận thông tin và thực hành dân chủ. Vai trò của các tổ chức xã hội được chú trọng trong việc vận động xã hội, xây dựng, tuân thủ luật pháp, giám sát hoạt động của Nhà nước.

Mặt tích cực của việc phát triển các tổ chức xã hội dân sự ở Trung và Đông Âu là góp phần "thực hiện mạnh mẽ tinh thần dân chủ, công khai, minh bạch; đấu tranh chống lại những bất công, độc đoán, chuyên quyền; đưa ra những ý kiến phản biện xã hội; nhằm mục tiêu bảo vệ những người có địa vị xã hội yếu kém; chống lại những hành động bạo lực; thực hiện quyền cơ bản của con người..."⁶. Với sự đóng góp đó, các tổ chức xã hội ở các nước Trung và Đông Âu ngày càng có vai trò quan trọng trong kiến tạo, phát triển dân chủ và được coi là một bộ phận thiết yếu của cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước.

Tựu chung, ở các nước, các tổ chức xã hội dù được thành lập và hoạt động theo những chuẩn mực khác nhau, nhưng có điểm chung là đều chịu sự quản lý của Nhà nước thông qua quy định khá chặt chẽ và cụ thể của pháp luật như: điều kiện thành lập hội, tổ chức phi chính phủ; yêu cầu tối thiểu về điều lệ; các quy định về nghiêm cấm tư lợi trực tiếp hoặc gián tiếp; điều kiện nhận tài trợ hoặc được miễn, giảm thuế; các quy định về gây quỹ, quảng cáo v.v.. Các cơ quan có thẩm quyền của nhà nước, mặc dù không can thiệp trực tiếp, cụ thể vào việc xây dựng điều lệ hội, tổ chức phi chính phủ, nhưng tác động gián tiếp thông qua quyền

ban hành văn bản đặt ra những nguyên tắc, yêu cầu chung cho nội dung điều lệ của các tổ chức xã hội. Ngoài sự điều chỉnh của các văn bản mang tính chất quản lý hành chính nhà nước, hoạt động của các tổ chức xã hội còn chịu sự điều chỉnh của luật dân sự, luật thuế, luật hoạt động công ích, luật sở hữu trí tuệ, luật đăng ký kinh doanh v.v..

Thông qua cơ chế tham vấn, đối thoại có tổ chức, vận động, huy động các lực lượng, thành phần xã hội tham gia, các tổ chức xã hội một mặt hỗ trợ nhà nước cùng làm, cùng giải quyết nhiều vấn đề xã hội một cách chủ động, tự nguyện, mặt khác đó là cơ chế dân chủ để công dân thông qua các tổ chức của mình kiểm soát, giám sát hoạt động của Nhà nước, góp phần bảo đảm tính dân chủ, minh bạch, dễ tiếp cận, đáp ứng nhu cầu của người dân. Do đó, các tổ chức xã hội được coi là hình thức mở rộng dân chủ trong kiểm soát quyền lực nhà nước. Tuy nhiên, mức độ tham gia và ảnh hưởng của các tổ chức xã hội đến đâu trong hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước còn phụ thuộc vào nhiều yếu tố như: thể chế chính trị, pháp lý của đất nước; năng lực tham gia của các tổ chức xã hội và nguồn lực cũng như sự ủng hộ của dân chúng đối với hoạt động của các tổ chức đó...

3. Những nội dung Việt Nam có thể tham khảo

Xây dựng Nhà nước nhỏ, xã hội lớn; xây dựng nhà nước pháp quyền, phát triển kinh tế thị trường, mở rộng xã hội dân sự là xu thế phổ biến trên thế giới ngày nay. Để đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN, đòi hỏi Việt Nam phải đổi mới chính trị, đổi mới tổ chức và hoạt

6 Đinh Công Tuấn (2010), Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về xã hội dân sự ở Liên minh châu Âu, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, tr.216.

động của bộ máy nhà nước, thiết lập cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước có hiệu quả. Qua nghiên cứu sự tham gia của các đảng chính trị, các tổ chức xã hội một số nước trên thế giới vào hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước, có thể rút ra một số nội dung Việt Nam có thể tham khảo sau đây:

Thứ nhất, Hiến pháp, pháp luật Việt Nam không thừa nhận đa nguyên chính trị, đa đảng đối lập, trong điều kiện một đảng duy nhất cầm quyền "lãnh đạo Nhà nước và xã hội" đòi hỏi phải có cơ chế pháp lý bảo đảm sự kiểm tra, kiểm soát, giám sát việc thực hiện quyền lực của Đảng. Theo đó, cần nghiên cứu, xây dựng, ban hành luật về sự lãnh đạo của Đảng, luật giám sát xã hội, luật phản biện xã hội và luật về hội... để phát huy vai trò của các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức xã hội trong kiểm tra, kiểm soát, giám sát việc thực hiện quyền lực của Đảng, quyền lực nhà nước, góp phần khắc phục những hạn chế của cơ chế một đảng cầm quyền như hiện nay.

Thứ hai, việc bầu cử lựa chọn nhân sự lãnh đạo của tổ chức đảng, của các cơ quan nhà nước (Quốc hội, Hội đồng nhân dân các cấp) và trong các tổ chức chính trị - xã hội cần được đổi mới theo hướng có cạnh tranh, tranh cử một cách thực chất, bảo đảm loại trừ dân chủ hình thức, tiêu cực, lợi ích nhóm dẫn đến suy giảm uy tín, vai trò của Đảng đối với quần chúng nhân dân, làm tổn hại đến bản chất dân chủ của chế độ và làm cho hoạt động kiểm soát quyền lực nhà nước qua bầu cử trở nên hình thức.

Thứ ba, để quyền lực nhà nước vận hành trong khuôn khổ, giới hạn Hiến pháp,

pháp luật quy định, bảo đảm hiệu lực, hiệu quả thì Đảng phải có cơ chế, phương thức lãnh đạo hữu hiệu hơn, trong đó thực hiện dân chủ trong Đảng một cách thực chất là một giải pháp cụ thể. Theo đó, dân chủ trong Đảng là phải có sự đấu tranh thực chất trong nội bộ để khắc phục những yếu kém, hạn chế, khuyết tật về tổ chức bộ máy, trong đường lối, chính sách và năng lực cầm quyền nhằm bảo vệ, nâng cao uy tín, vai trò và sự lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước và xã hội. Nội dung của dân chủ là đề cao tính công khai minh bạch về phân cấp, phân quyền trong công tác cán bộ và những quyết định về phát triển kinh tế, xã hội, khuyến khích đấu tranh, phản biện trong tổ chức ở mỗi cấp và các cấp với nhau; đề cao, quy trách nhiệm cho người đứng đầu; nghiêm trị mọi vi phạm và người bao che vi phạm; khen thưởng, sử dụng, đãi ngộ cá nhân có năng lực, dám nói dám làm, dũng cảm đấu tranh với mọi vi phạm.

Thứ tư, cần nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động của các tổ chức chính trị - xã hội: Mặt trận Tổ quốc, Công đoàn, Đoàn Thanh niên, Hội Liên hiệp phụ nữ, Hội Nông dân, Hội Cựu chiến binh... Bên cạnh đó, cần giảm dần sự bao cấp của Nhà nước⁷, xây dựng cơ chế bảo đảm cho các tổ chức này chuyển dần sang hoạt động theo nguyên tắc tự nguyện, tự chủ, tự chịu trách nhiệm của cơ chế thị trường và quy luật của xã hội để các tổ chức bảo đảm tính độc lập, bên ngoài quyền lực nhà nước và kiểm soát quyền lực nhà nước một cách thực chất, hiệu quả ■

7 Năm 2016, ngân sách nhà nước chi khoảng 14.000 tỉ đồng cho toàn bộ khối này; nếu tính đủ cả chi phí kinh tế - xã hội, tức nhà cửa, đất đai, xe cộ và các tài sản khác, chi phí toàn hệ thống của các tổ chức hội, đoàn này dao động từ 45.600 - 68.100 tỉ đồng, tương đương 1-1,7% GDP. Nguồn: Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online ngày 17/5/2016, truy cập ngày 28/02/2017.

