

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn



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



Số 23 (375)

Kỳ 1 - Tháng 12/2018

- ❖ TỘI PHẠM CÓ TỔ CHỨC XUYÊN QUỐC GIA VÀ CÔNG ƯỚC PALERMO NĂM 2000
- ❖ SỬA ĐỔI, BỔ SUNG LUẬT GIÁO DỤC: CẦN CHÚ TRỌNG ĐẾN CÁC NỘI DUNG VỀ GIÁO DỤC HÒA NHẬP TRẺ CÓ HOÀN CẢNH ĐẶC BIỆT
- ❖ LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013 SAU HƠN BỐN NĂM TRIỂN KHAI THỰC HIỆN

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 23/2018

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và Công ước Palermo năm 2000

PGS. TS. Nguyễn Thị Thuận

- 11** Suy đoán vô tội và kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về nguyên tắc suy đoán vô tội

PGS. TS. Hoàng Hùng Hải

- 16** Thẩm quyền tư vấn pháp lý của các cơ quan tài phán quốc tế và sự lựa chọn cho vấn đề đảo nhân tạo tại biển Đông

ThS. Phạm Ngọc Minh Trang

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 26** Sửa đổi, bổ sung Luật Giáo dục: cần chú trọng đến các nội dung về giáo dục hòa nhập trẻ có hoàn cảnh đặc biệt

TS. Nguyễn Thị Kim Hoa

CHÍNH SÁCH

- 32** Tác động của tăng thuế thuốc lá đến tổng sản lượng và việc làm của nền kinh tế

TS. Nguyễn Thị Thu Hiền

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 38** Hoàn thiện quy định của pháp luật về hợp đồng thương mại ở Việt Nam

TS. Nguyễn Đức Kiên

- 45** Hoàn thiện Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012

PGS. TS. Đinh Xuân Thảo - PGS. TS. Vũ Hồng Anh

- 52** Luật Đất đai năm 2013 sau hơn bốn năm triển khai thực hiện

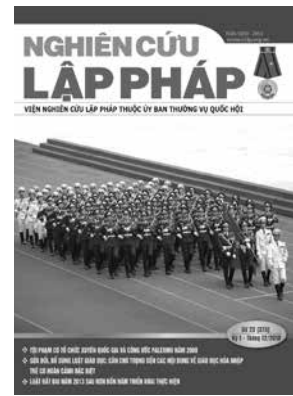
TS. Bùi Đức Hiến

ThS. Cao Thị Lê Thương

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 58** Thẩm quyền quản lý hoạt động quảng cáo thương mại trực tuyến tại Anh, Singapore và kiến nghị hoàn thiện pháp luật về quảng cáo thương mại trực tuyến Việt Nam

ThS. Võ Thị Thanh Linh



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 CƯƠNG
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 HUYỀN

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: Quân đội Nhân dân Việt Nam

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 23/2018

STATE AND LAW

- 3** Transnational Organized Crime and the Palermo Convention of 2000

Prof. Dr. Nguyen Thi Thuan

- 11** Innocence Presumption and Recommendation for Improvement of the Law on Principle of Innocence Presumption

Prof. Dr. Hoang Hung Hai

- 16** Legal Advisory Jurisdiction of International Arbitration Entities and Application for Artificial Islands in the South China Sea

LLM. Pham Ngoc Minh Trang

DISCUSSION OF BILLS

- 26** Amendments of Law on Education: Attention to Provisions on Inclusive Education for Children with Special Circumstances

Dr. Nguyen Thi Kim Hoa

POLICIES

- 32** Impacts to Total Output and Employment of the Economy through Tax Increases on Tobacco

Dr. Nguyen Thi Thu Hien

LEGAL PRACTICE

- 38** Improvements of Legal Regulations on Commercial Contract in Vietnam

Dr. Nguyen Duc Kien

- 45** Improvements of the Law on Prevention of Money Laundering of 2012

Prof. Dr. Dinh Xuan Thao

Prof. Dr. Vu Hong Anh

- 52** Law on Land of 2013 after more than Four Years of Enforcement

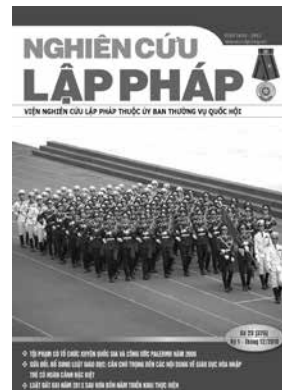
Dr. Bui Duc Hien

LLM. Cao Thi Le Thuong

FOREIGN EXPERIENCE

- 58** Authorities for Management of Online Commercial Advertising in the UK and Singapore, and Recommendation for Improvement of the Law on Online commercial Advertising in Vietnam.

LLM. Vo Thi Thanh Linh



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

TỘI PHẠM CÓ TỔ CHỨC XUYÊN QUỐC GIA VÀ CÔNG ƯỚC PALERMO NĂM 2000

Nguyễn Thị Thuận*

* PGS. TS. Khoa Pháp luật Quốc tế - Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tội phạm; tội phạm có tổ chức; tội phạm xuyên quốc gia; Công ước Palermo

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/09/2018

Biên tập : 23/09/2018

Duyệt bài : 01/10/2018

Article Infomation:

Keywords: Crima, organized crime; transnational crime; Palermo Convention.

Article History:

Received : 14 Sep. 2018

Edited : 23 Sep. 2018

Approved : 01 Oct. 2018

Tóm tắt:

Tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia là loại hình tội phạm nguy hiểm và gây hậu quả tiêu cực cho đời sống quốc tế. Sự ra đời của Công ước Palermo phòng chống loại hình tội phạm này là hết sức cần thiết. Công ước là một trong những công cụ pháp lý quốc tế hữu hiệu trong đấu tranh chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia.

Abstract

Transnational organized crime is a dangerous one which puts negative consequences to the international life. The adoption of the Palermo Convention against the transnational organized crime was very crucial. The Convention is one of the most effective international legal instruments in combating the transnational organized crime.

Hội nghị quốc tế lần thứ 8 về ngăn chặn tội phạm được triệu tập trong khuôn khổ Liên hiệp quốc vào năm 1990 đã thông qua nghị quyết định hướng cơ bản các đường lối, chủ trương về ngăn chặn và kiểm soát tội phạm có tổ chức, đồng thời các điều ước quốc tế mẫu về vấn đề chống tội phạm xuyên quốc gia cũng đã được thông qua. Tại Hội nghị lần thứ 9 về chống tội phạm được tổ chức tại Ai Cập

năm 1995 với đại diện của 140 quốc gia, cộng đồng quốc tế thông qua các khuyến nghị về 4 vấn đề nghị sự cơ bản, trong đó có vấn đề về các biện pháp đấu tranh chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia. Đây là các khuyến nghị có ý nghĩa và tác động quan trọng đến tiến trình đấu tranh chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia. Dựa trên cơ sở các khuyến nghị và điều ước quốc tế mẫu chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc

gia, cộng đồng quốc tế đã tiến hành soạn thảo và thông qua Công ước quốc tế Chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia tại trụ sở Liên hiệp quốc vào năm 2000¹.

1. Quan niệm về tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia

Từ cả góc độ nghiên cứu và thực tiễn, tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia là loại tội phạm nằm trong phạm vi điều chỉnh của định chế tội phạm có tính chất quốc tế. Việc nghiên cứu làm rõ quan niệm, các đặc trưng của tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia không thể tách rời quá trình tìm hiểu và phân tích tội phạm hình sự có tính chất quốc tế. Tội phạm có tính chất quốc tế bao trùm lên các hành vi tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia. Theo khoa học luật hình sự quốc tế, tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia là một trong những loại tội phạm có tính chất quốc tế đặc thù.

Về bản chất pháp lý, tội phạm có tính chất quốc tế được coi là tội phạm hình sự chung, được thực hiện bởi các cá nhân hoặc băng nhóm tội phạm đơn lẻ và có chứa đựng “yếu tố nước ngoài”. Loại tội phạm này gây ra thiệt hại về các mặt kinh tế, tài chính, xã hội... không chỉ cho một quốc gia mà còn cho một số quốc gia, đặc biệt có thể tác động tiêu cực có tính toàn cầu. Điển hình như tội phạm khủng bố quốc tế.

Chủ thể thực hiện tội phạm có tính chất quốc tế là các cá nhân hay băng nhóm tội phạm hoạt động với tư cách cá nhân, không đại diện cho quốc gia như trường hợp tội phạm quốc tế. Dấu hiệu cơ bản của loại tội phạm này là sự hiện diện của “yếu tố nước ngoài” trong nó. Sự thể hiện “yếu tố

nước ngoài” trong hành vi tội phạm rất đa dạng và không dễ xác định. Nhìn chung, yếu tố nước ngoài của hành vi tội phạm có thể là hành vi này được thực hiện trên lãnh thổ nhiều quốc gia, hoặc được thực hiện ở một quốc gia nhưng gây thiệt hại nghiêm trọng cho quốc gia khác... Điều này có nghĩa, tội phạm có tính chất quốc tế thường có tính chất xuyên biên giới. Thuộc về nhóm tội phạm có tính chất quốc tế là tội cướp biển, tội buôn bán chất ma túy, tội buôn bán nô lệ, tội làm tiền giả... và gần đây nhất là các loại tội phạm tham nhũng, tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia... Các loại tội phạm có tính chất quốc tế ngày càng trở nên phức tạp và tinh vi hơn khi được thực hiện với các công cụ công nghệ hiện đại.

Trong lý luận cũng như thực tiễn quan hệ quốc tế, các học giả nghiên cứu luật hình sự quốc tế đã đưa ra các đặc trưng của loại hình tội phạm có tính chất quốc tế như sau:

Thứ nhất, về nguyên tắc, thẩm quyền tài phán đối với tội phạm có tính chất quốc tế là thẩm quyền tài phán quốc gia. Tuy nhiên, có ngoại lệ đối với tội phạm diệt chủng, tội ác chống con người, không chỉ quốc gia có quyền xét xử, mà cộng đồng quốc tế với thẩm quyền tài phán quốc tế cũng có thẩm quyền trừng trị 2 loại tội phạm này, bởi vì 2 loại tội phạm trên được coi đồng thời là tội phạm quốc tế và tội phạm có tính chất quốc tế².

Thứ hai, công cụ pháp lý quốc tế hiệu quả nhất đấu tranh phòng chống tội phạm có tính chất quốc tế là các điều ước quốc tế, đặc biệt là các điều ước quốc tế đa phương toàn cầu và khu vực. Các điều ước này quy định các quốc gia thành viên có nghĩa vụ thực hiện cam kết quốc tế bằng các phương thức

1 Công ước có hiệu lực với Việt Nam từ ngày 8/6/2012.

2 Nguyễn Thị Thuận, Luật hình sự quốc tế, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2007.

chuyên hóa (nội luật hóa), dẫn chiếu điều ước quốc tế hoặc sử dụng luật trong nước. Đồng thời đưa ra các nguyên tắc phân định thẩm quyền xét xử đối với tội phạm có tính chất quốc tế.

Thứ ba, trong các điều ước quốc tế đa phương, khu vực luôn có quy tắc định danh tội phạm với các thành phần cấu thành nó và nghĩa vụ trừng trị bắt buộc các loại tội phạm có tính chất quốc tế như là tội phạm nghiêm trọng theo luật của quốc gia - nơi xét xử và trừng phạt, như khoản 1 Điều 2 Công ước Chống khủng bố bằng bom năm 1997 và một loạt các công ước quốc tế khác trong định chế tội phạm có tính chất quốc tế quy định...

Thứ tư, nguyên tắc *aut dedere aut judicare* (hoặc xét xử hoặc dẫn độ) là nguyên tắc đặc thù đối với loại tội phạm có tính chất quốc tế. Nguyên tắc này quy định: quốc gia, nơi kẻ tội phạm đang có mặt, phải có nghĩa vụ hoặc là xét xử và trừng phạt thủ phạm, hoặc là dẫn độ cho nước khác xét xử. Dựa trên nền tảng các điều ước hữu quan, hiệu lực của các điều ước chuyên biệt về dẫn độ luôn bao trùm lên các tội phạm có tính chất quốc tế, đồng thời chính các điều ước quốc tế về các loại tội phạm có tính chất quốc tế cũng có thể được coi là cơ sở pháp lý độc lập để dẫn độ³.

Có thể thấy rằng, quan niệm, các đặc trưng của tội phạm có tính chất quốc tế được phân tích ở trên hoàn toàn được thể hiện rõ ràng trong Công ước Palermo về Chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia (Công ước Palermo) với những sự khác biệt nhất định đặc thù cho loại tội phạm này, mặc dù tội

phạm có tổ chức xuyên quốc gia được xếp trong thành phần định chế tội phạm có tính chất quốc tế.

Định nghĩa tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia

Trong Công ước Palermo năm 2000 có ghi nhận định nghĩa về tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và xác lập phạm vi điều chỉnh của Công ước, theo đó, *tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia là hành vi phạm tội được thực hiện ở nhiều quốc gia hoặc được thực hiện ở một quốc gia, nhưng phần chủ yếu của việc chuẩn bị, lên kế hoạch, chỉ đạo hay điều khiển việc thực hiện tội phạm lại diễn ra ở một quốc gia khác, hoặc đây là hành vi tội phạm được thực hiện ở một quốc gia nhưng có liên quan đến một nhóm tội phạm có tổ chức tham gia thực hiện các hoạt động tội phạm ở nhiều quốc gia, hoặc tội phạm được thực hiện ở một quốc gia nhưng có ảnh hưởng nghiêm trọng đến một quốc gia khác*⁴.

Trong định nghĩa nêu trên, tính chất xuyên quốc gia (xuyên biên giới) được thể hiện rất đa dạng, nhưng hành vi phạm tội phải liên quan tới ít nhất từ 2 quốc gia. “Nhóm tội phạm có tổ chức” là nhóm có thành phần cấu thành từ 3 cá nhân trở lên và tồn tại trong một thời gian nhất định, đồng thời hoạt động của nhóm như vậy có phối hợp với nhau nhằm mục đích thực hiện một hay nhiều tội phạm nghiêm trọng hoặc các hành vi phạm tội đã được quy định trong Công ước này nhằm trực tiếp hoặc gián tiếp đạt được các lợi ích nhất định về tài chính hay vật chất khác⁵.

Công ước Palermo đã rất chú trọng

3 Xem thêm khoản 10 Điều 16 Công ước Palermo năm 2000.

4 Điều 3 Công ước Palermo năm 2000.

5 Điều 2 Công ước Palermo năm 2000.

tới mối quan hệ giữa tính “có tổ chức” và “xuyên quốc gia” của hành vi tội phạm. Mối quan hệ này được nhấn mạnh trong nội dung pháp lý của Công ước với những giải thích cụ thể và rõ ràng. Phạm vi điều chỉnh của Công ước Palermo rộng, bao trùm các hành vi sau đây:

+ Hành vi tham gia nhóm tội phạm có tổ chức là những hành vi được thực hiện một cách cố ý, thỏa thuận với một hoặc nhiều người để thực hiện tội phạm nghiêm trọng hoặc liên quan đến hành vi do một thành viên thực hiện để thỏa thuận hoặc liên quan đến nhóm tội phạm có tổ chức, nếu luật quốc gia quy định như vậy. Ngoài ra, hành vi tham gia nhóm tội phạm còn là hành vi cố ý đóng vai trò tích cực trong hoạt động tội phạm của nhóm tội phạm có tổ chức, những hoạt động khác của nhóm tội phạm này cũng như hành vi chỉ đạo, tổ chức hỗ trợ, khuyến khích, tạo điều kiện hoặc xúi giục việc thực hiện tội phạm nghiêm trọng liên quan đến nhóm tội phạm có tổ chức.

+ Hành vi hợp pháp hóa tài sản do phạm tội là các hành vi chuyển đổi, chuyển giao tài sản do phạm tội mà có nhằm che giấu nguồn gốc bất hợp pháp hoặc nhằm giúp đỡ bất cứ người nào phạm tội lẩn tránh pháp luật, hoặc là hành vi che giấu bản chất thực sự, nguồn gốc, địa điểm, việc chuyển nhượng, việc vận chuyển, quyền sở hữu hay những quyền khác đối với tài sản, là các hành vi chiếm hữu, sở hữu hoặc sử dụng tài sản do phạm tội mà có, cuối cùng hành vi hợp pháp hóa tài sản do phạm tội còn là các hành vi tham gia, liên kết hay thông đồng thực hiện, hỗ trợ, xúi giục, tạo điều kiện và thực hiện bất kỳ tội phạm nào được liệt kê ở trên (Công ước lưu ý việc các hành vi hợp pháp hóa tài sản nêu trên được định danh là tội phạm phải dựa trên và phù hợp với luật

quốc gia có liên quan).

+ Hành vi tham nhũng cũng là loại tội phạm thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước Palermo. Theo quy định, đây là các hành vi cố ý, hứa hẹn, đề nghị trực tiếp hay gián tiếp một mối lợi không chính đáng cho một viên chức nhà nước hay thực thể khác, để viên chức đó hành động hoặc không hành động, cũng như hành vi gạ gẫm hoặc chấp nhận trực tiếp hay gián tiếp của viên chức nhà nước đối với một mối lợi nào đó không chính đáng giành cho người đó hay thực thể khác để viên chức nhà nước hành động hoặc không hành động trong khi thực hiện công vụ của mình.

+ Hành vi cản trở hoạt động tư pháp là tội phạm. Đây là hành vi sử dụng, đe dọa sử dụng vũ lực hoặc hăm dọa, hứa hẹn, đề nghị hoặc cung cấp một mối lợi không chính đáng để người bị thẩm vấn khai sai sự thật hoặc để can thiệp vào việc đưa ra lời khai hay chứng cứ trong vụ án liên quan đến tội phạm được điều chỉnh trong Công ước. Đồng thời, theo Công ước các hành vi sử dụng, đe dọa sử dụng vũ lực hoặc hăm dọa nhằm can thiệp vào việc thực hiện các nhiệm vụ chính thức của nhân viên tư pháp hoặc hành pháp liên quan đến các tội phạm được điều chỉnh theo Công ước đều là hành vi tội phạm.

+ Hành vi phạm tội nghiêm trọng là hành vi phạm tội có thể bị trừng trị theo khung hình phạt từ ít nhất là 4 năm hoặc một hình phạt nặng hơn.

Đặc điểm của tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia

Với tính chất là một trong các loại hình của tội phạm quốc tế, tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia có đặc điểm là: Tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia là một trong số ít tội phạm có tính chất quốc tế có thể được truy cứu trách nhiệm pháp lý đối

với cả pháp nhân. Tùy theo pháp luật quốc nội, trách nhiệm này có thể là hình sự, dân sự hay hành chính. Trách nhiệm pháp lý của pháp nhân phát sinh trong trường hợp pháp nhân tham gia các hành vi phạm tội thuộc diện điều chỉnh của Công ước liên quan đến nhóm tội phạm có tổ chức. Trong định chế tội phạm có tính chất quốc tế, không nhiều điều ước quốc tế về loại tội phạm này có quy định về trách nhiệm pháp lý của pháp nhân.

2. Thẩm quyền tài phán đối với tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia

Việc xác định thẩm quyền tài phán đối với tội phạm có tính chất quốc tế là rất quan trọng, đặc biệt đối với tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia. Về nguyên tắc, thẩm quyền tài phán đối với các loại tội phạm có tính chất quốc tế thuộc về quốc gia. Chỉ có quốc gia mới có quyền xét xử và trừng phạt loại tội phạm này tại tòa án và theo luật hình sự quốc gia. Thực tiễn cho thấy, thẩm quyền tài phán quốc gia về hình sự được xác định dựa trên các nguyên tắc: nguyên tắc lãnh thổ; nguyên tắc quốc tịch; nguyên tắc an ninh quốc gia; nguyên tắc phổ cập (nguyên tắc thẩm quyền tài phán toàn cầu).

Công ước Palermo cũng sử dụng các nguyên tắc cơ bản trên đây với các “phiên bản” riêng biệt và đặc thù phù hợp với thực tế diễn biến của tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia trong đời sống quốc tế. Theo quy định của Công ước, mỗi quốc gia thành viên sẽ thông qua các biện pháp cần thiết để thiết lập quyền tài phán của mình đối với những hành vi phạm tội thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước với các nguyên tắc sau đây:

- Hành vi phạm tội được thực hiện trên

lãnh thổ của quốc gia thành viên đó - nguyên tắc lãnh thổ, cụ thể là lãnh thổ của quốc gia, nơi hành vi phạm tội được thực hiện.

- Hành vi phạm tội được thực hiện trên boong tàu mang cờ của quốc gia thành viên đó hoặc trên máy bay đăng tịch tại quốc gia thành viên vào thời điểm xảy ra hành vi tội phạm - nguyên tắc quốc tịch tàu thuyền và phương tiện bay được sử dụng để xác định thẩm quyền tài phán. Việc áp dụng nguyên tắc này là cần thiết vì tính đặc thù của tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia.

- Quốc gia thành viên cũng sẽ có thẩm quyền tài phán đối với hành vi phạm tội được thực hiện chống lại công dân nước mình - nguyên tắc quốc tịch thụ động), cũng như hành vi phạm tội do công dân của mình, hay người không quốc tịch thường trú trên lãnh thổ nước mình thực hiện - nguyên tắc quốc tịch chủ động và cư trú.

- Quyền tài phán được dành cho quốc gia thành viên, khi tội phạm hợp pháp hóa tài sản phạm tội có được do thực hiện ở nước ngoài nhằm thực hiện một tội phạm nghiêm trọng cho quốc gia đó⁶.

- Mọi quốc gia thành viên “thông qua các biện pháp cần thiết” để thiết lập thẩm quyền tài phán của mình đối với những hành vi phạm tội thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước, khi nghi phạm đang hiện diện trên lãnh thổ của nước mình và quốc gia không dẫn độ nghi phạm này⁷.

Như vậy, các nguyên tắc xác định thẩm quyền tài phán đối với tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia tương đối đa dạng. Bên cạnh các nguyên tắc truyền thống của luật hình sự quốc tế, Công ước còn ghi nhận các

6 Trong lý luận, đây chính là nguyên tắc an ninh quốc gia và trật tự công cộng.

7 Nguyên tắc “hoặc dẫn độ hoặc xét xử”.

nguyên tắc chuyên biệt đặc thù đối với tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia.

3. Hợp tác đấu tranh phòng, chống tội phạm xuyên quốc gia

Dẫn độ tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia

Trong khoa học luật hình sự quốc tế, dẫn độ tội phạm là một định chế quan trọng. Do tính chất phức tạp của hoạt động dẫn độ nên luật pháp của các quốc gia thường “thiết kế” dẫn độ là một phần riêng biệt, độc lập trong luật tương trợ tư pháp⁸, hoặc xây dựng luật dẫn độ độc lập. Công ước Palermo có quy định riêng về dẫn độ như sau:

Thứ nhất, phạm vi và cơ sở pháp lý dẫn độ.

Về phạm vi, Công ước quy định rõ các quy tắc về dẫn độ sẽ được áp dụng đối với các hành vi phạm tội thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước, hoặc hành vi phạm tội có liên quan đến nhóm tội phạm có tổ chức và đối tượng của yêu cầu dẫn độ đang sống ở quốc gia thành viên được yêu cầu với điều kiện là hành vi phạm tội bị dẫn độ “đáng bị trừng phạt” theo luật trong nước của quốc gia yêu cầu và được yêu cầu. Bên cạnh đó, Công ước còn mở rộng phạm vi dẫn độ, khi cho phép các quốc gia thành viên có quyền yêu cầu dẫn độ cả các tội phạm nghiêm trọng khác nhau, trong đó có một số tội không được Công ước này điều chỉnh, thì quốc gia được yêu cầu vẫn có thể thực hiện các yêu cầu này theo quy định của Công ước.

Công ước cũng xác lập cơ sở pháp lý để dẫn độ. Đây được coi là nền tảng pháp lý quốc tế cho quốc gia yêu cầu đưa ra quyền, còn quốc gia được yêu cầu có nghĩa vụ thực hiện dẫn độ⁹. Tuy nhiên, Công ước cũng chấp nhận quyền và nghĩa vụ của các quốc gia có liên quan đến dẫn độ được quy định trong hiệp định dẫn độ chuyên môn giữa chúng là hợp pháp. Công ước đã quy định và khuyến khích các quốc gia thành viên nên ký các hiệp định chuyên môn về dẫn độ trong tương lai và các tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia phải được ghi nhận trong các hiệp định chuyên môn này¹⁰.

Thứ hai, không dẫn độ và hệ quả pháp lý.

Công ước Palermo quy định và chấp nhận các trường hợp không dẫn độ sau đây:

- Không dẫn độ vì người bị yêu cầu dẫn độ là công dân của nước mình.

- Có thể từ chối không dẫn độ nếu có đủ cơ sở cho rằng yêu cầu dẫn độ nhằm truy tố hay trừng phạt vì lý do giới tính, tôn giáo, chủng tộc, quốc tịch, nguồn gốc dân tộc hay quan điểm chính trị của cá nhân bị yêu cầu dẫn độ.

- Có thể không dẫn độ vì lý do hành vi phạm tội liên quan đến các vấn đề thuộc lĩnh vực tài chính quốc gia.

Công ước Palermo quy định về các trường hợp không dẫn độ cũng tương tự như quy định trong hầu hết các điều ước quốc tế về phòng chống tội phạm khác. Tuy

8 Xem thêm Luật Tương trợ tư pháp năm 2007.

9 Khi tham gia các điều ước quốc tế về phòng chống tội phạm như Công ước về trấn áp hành vi khủng bố hạt nhân năm 2005, Công ước về trấn áp hành vi khủng bố Công ước về trấn áp hành vi khủng bố bằng bom năm 1997, Công ước Palermo năm 2000... Việt Nam thường bảo lưu những điều khoản quy định công ước hữu quan là cơ sở pháp lý của hoạt động dẫn độ với nội dung: không xem công ước là cơ sở pháp lý trực tiếp để dẫn độ, việc dẫn độ được thực hiện trên cơ sở điều ước quốc tế song phương và luật pháp quốc gia.

10 Xem thêm Điều 16 Công ước Palermo năm 2000.

nhiên, Công ước quy định nghĩa vụ của quốc gia thành viên, nếu không dẫn độ thì phải chuyển giao ngay vụ việc cho các cơ quan có thẩm quyền nhằm tiến hành các thủ tục truy tố nhằm đảm bảo công lý luôn được thực thi và tuân thủ.

Tương trợ tư pháp hình sự

Tội phạm có tính chất quốc tế nói chung và tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia nói riêng là loại hình tội phạm chỉ có thể bị truy cứu và trừng phạt hiệu quả khi có sự hợp tác quốc tế chặt chẽ trong lĩnh vực tố tụng. Do các hoạt động tố tụng hình sự trong các vụ việc liên quan đến loại tội phạm này không chỉ diễn ra ở một quốc gia mà ở nhiều nước, vì thế cần có sự tương trợ tư pháp của các quốc gia có liên quan. Quy định hiện hành của Công ước Palermo về tương trợ tư pháp trong các vụ việc liên quan đến tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia yêu cầu các quốc gia thành viên tương trợ tư pháp hiệu quả nhất cho quốc gia thành viên khác trong việc điều tra, truy tố và xét xử các hành vi phạm tội thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước. Việc tương trợ pháp lý liên quan đến các nạn nhân, nhân chứng, tài sản, phương tiện hoặc chứng cứ của các hành vi phạm tội đó đang ở tại quốc gia thành viên được yêu cầu và có liên quan đến nhóm tội phạm có tổ chức. Ngoài ra, các quốc gia thành viên được yêu cầu sẽ thực hiện tương trợ pháp lý trong khả năng của mình, phù hợp với luật pháp, các điều ước có liên quan của mình đối với các thủ tục điều tra, tố tụng... đối với các hành vi phạm tội mà một pháp nhân có thể phải gánh chịu trách nhiệm pháp lý tại quốc gia thành viên yêu cầu.

Với quy định nêu trên, phạm vi tương

trợ pháp lý của Công ước Palermo đã được mở rộng hơn, không chỉ đối với trách nhiệm pháp lý của cá nhân, mà còn bao gồm cả tương trợ pháp lý trong việc truy cứu trách nhiệm của pháp nhân. Nhưng mức độ tương trợ pháp lý có khác nhau: các quốc gia có nghĩa vụ tương trợ pháp lý trong các vụ việc liên quan nhằm truy cứu trách nhiệm hình sự của các cá nhân nằm trong thành phần nhóm tội phạm có tổ chức, còn đối với các pháp nhân chịu trách nhiệm thì tùy theo khả năng và phù hợp với luật quốc gia và điều ước quốc tế của mình, quốc gia được yêu cầu có thể thực hiện việc tương trợ này, nghĩa là mức độ ràng buộc không cao¹¹.

Mục đích tương trợ pháp lý rất đa dạng, quốc gia thành viên có thể yêu cầu tương trợ pháp lý nhằm lấy chứng cứ hoặc lời khai của nạn nhân hay nhân chứng; thực hiện tổng đạt giấy tờ tư pháp có liên quan đến vụ việc; thực hiện khám xét, tạm giữ và niêm phong cũng như khám nghiệm đồ vật và hiện trường; nhận dạng hoặc phát hiện tài sản do phạm tội mà có, cũng như tài sản, công cụ hoặc các vật dụng khác nhằm mục đích thu thập chứng cứ....

Công ước Palermo đề ngỏ khả năng yêu cầu là rất rộng khi ghi nhận bất kỳ hình thức tương trợ nào cũng được phép, miễn là phù hợp với luật quốc gia của nước được yêu cầu. Bảo mật ngân hàng không được coi là lý do để quốc gia được yêu cầu từ chối tương trợ pháp lý, nhưng có thể từ chối tương trợ tư pháp với lý do không tồn tại “trách nhiệm hình sự song song” trong luật hình sự. Cho dù vậy, quốc gia thành viên được yêu cầu nếu thích hợp thì có thể tương trợ tư pháp theo chừng mực tùy ý, bất kể hành vi đó có

11 Điều 18 Công ước Palermo năm 2000.

là tội phạm hay không theo luật của quốc gia được yêu cầu¹².

Về nguyên tắc, Công ước Palermo quy định mọi yêu cầu tương trợ pháp lý sẽ được thực hiện phù hợp với luật của quốc gia thành viên được yêu cầu và “nếu có thể” phù hợp với các thủ tục được nêu trong yêu cầu trong chừng mực không trái với luật quốc gia của nước này¹³.

Theo Công ước, yêu cầu tương trợ có thể bị từ chối trong các trường hợp: yêu cầu tương trợ pháp lý không phù hợp với các quy định về vấn đề này của Công ước; quốc gia thành viên được yêu cầu cho rằng việc thực hiện yêu cầu tương trợ pháp lý có thể gây phương hại tới chủ quyền, an ninh quốc gia, trật tự công cộng hoặc các lợi ích thiết yếu khác của quốc gia; luật trong nước của quốc gia được yêu cầu không cho phép các cơ quan chức năng của quốc gia thực hiện các yêu cầu liên quan đến bất kỳ hành vi phạm tội nào tương tự thuộc diện điều tra, truy tố hoặc xét xử theo thẩm quyền của chính cơ quan chức năng này...

Bên cạnh các trường hợp từ chối, Công ước còn chấp nhận cả trường hợp trì hoãn việc thực hiện tương trợ pháp lý với lý do việc đó có thể gây ra trở ngại và khó khăn cho các thủ tục điều tra, tố tụng hoặc xét xử đang được tiến hành.

Ngoài ra, Công ước còn ghi nhận các vấn đề hợp tác quốc tế về các lĩnh vực chuyên môn như hợp tác trong phối hợp điều tra và các kỹ thuật điều tra đặc biệt; hợp tác hành pháp giữa các nước thành viên; hợp tác quốc tế trong đào tạo, hỗ trợ công nghệ và

phát triển kinh tế...

Các quốc gia thành viên có thể ký kết các hiệp định, các thỏa thuận song phương hoặc đa phương về hỗ trợ vật chất và hậu cần, có lưu ý tới các thỏa thuận tài chính cần thiết đảm bảo các biện pháp hợp tác quốc tế theo quy định của Công ước được thực thi, tuân thủ có hiệu quả cũng như để phòng ngừa, phát hiện và kiểm soát các loại tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia.

Trở thành thành viên của Công ước¹⁴, Việt Nam có thêm cơ sở pháp lý để bảo hộ quyền và lợi ích hợp pháp của Nhà nước, công dân và pháp nhân Việt Nam, có thể tiếp cận và nhận được những trợ giúp cần thiết về pháp lý và kỹ thuật trong lĩnh vực hình sự... góp phần đấu tranh hiệu quả với tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia ở Việt Nam. Thực tiễn nội luật hóa các điều ước quốc tế trong lĩnh vực hình sự của Việt Nam trong thời gian qua có vai trò quan trọng đối với việc hoàn thiện pháp luật nói chung và pháp luật hình sự của Việt Nam nói riêng. Điển hình là quy định về trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại. Quy định này là kết quả của việc nội luật hóa các quy định tương ứng trong Công ước Palermo năm 2000; Công ước về Phòng, chống tham nhũng năm 2003 Tuy nhiên, quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 hiện vẫn đang có cách hiểu và giải thích khác nhau, gây nhiều tranh cãi và khó áp dụng thống nhất trong thực tiễn. Vì vậy, sự vào cuộc của các nhà khoa học và những người làm công tác thực tiễn là điều kiện đảm bảo việc khai thác, sử dụng hiệu quả những điều ước quốc tế và văn bản pháp luật quốc gia trong công cuộc đấu tranh phòng chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia ở Việt Nam ■

12 Khoản 9 Điều 18 Công ước Palermo 2000.

13 Đây chính là hệ thuộc/nguyên tắc lex fori - nguyên tắc truyền thống trong tố tụng dân sự quốc tế.

14 Công ước đã có hiệu lực thi hành với Việt Nam kể từ ngày 8/6/2012.

SUY ĐOÁN VÔ TỘI VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ NGUYÊN TẮC SUY ĐOÁN VÔ TỘI

Hoàng Hùng Hải*

* PGS. TS. Viện Nghiên cứu Quyền con người, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: nguyên tắc, vô tội, kết tội, suy đoán vô tội

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 04/10/2018

Biên tập : 24/10/2018

Duyệt bài : 01/11/2018

Tóm tắt:

Suy đoán vô tội vừa là nguyên tắc, vừa là quyền con người trong tố tụng hình sự, là thành quả đấu tranh lâu dài của nhân loại, được pháp luật quốc tế và các quốc gia dân chủ ghi nhận và bảo đảm thực hiện.

Article Infomation:

Keywords: principle; innocence; sentence; presumption of innocence

Article History:

Received : 04 Oct. 2018

Edited : 24 Oct. 2018

Approved : 01 Nov. 2018

Abstract

The presumption of innocence is both a principle and also the human right in criminal proceedings as the result of long-standing fighting of the human being, which is recognized and guaranteed by the international law and democratic nations.

Khác với mục đích ban đầu của việc ban hành pháp luật là nhằm trừng trị người có hành vi chống lại giai cấp thống trị, thậm chí không qua xét xử, ngày nay, Nhà nước ban hành pháp luật trước hết là để phòng ngừa, răn đe các hành vi vi phạm pháp luật sau đó mới đến việc xử phạt những người thực hiện hành vi đã được Nhà nước, pháp luật tuyên bố cấm. Tuy vậy, việc xử phạt bất luận trong trường hợp nào cũng không được tùy tiện mà buộc phải tuân thủ triệt để các quy định của pháp luật, sao cho bảo đảm quyền con người của cả bị hại, người bị tình nghi phạm tội, bị can, bị cáo và những người có liên quan khác.

Trong tố tụng hình sự (TTHS), người bị truy cứu trách nhiệm hình sự dễ có nguy cơ bị xâm hại quyền con người và có thể bị kết án oan. Không phải bất cứ ở đâu hay lúc nào các cơ quan tiến hành tố tụng cũng thể hiện được (dựng lại) toàn bộ tình tiết, diễn biến vụ án đã xảy ra đúng hoàn toàn với thực tế. Do vậy, thực tiễn đã chỉ ra rằng, còn nhiều vụ án oan sai xảy ra trong TTHS. Có oan sai thì tất yếu có vi phạm quyền con người. Để hạn chế đến mức thấp nhất vi phạm quyền con người, pháp luật đặt ra nguyên tắc, trình tự, thủ tục chặt chẽ buộc các cơ quan, người tiến hành tố tụng và các cơ quan, tổ chức có liên quan phải tuyệt đối tuân thủ. Trong số

các nguyên tắc, quy định đó có nguyên tắc suy đoán vô tội.

Tuy vậy, trong thực tiễn: “người ta thấy nổi lên thói quen sử dụng nhục hình để sớm có lời thú tội và kết thúc vụ án, vô hiệu hóa nguyên tắc suy đoán vô tội”¹ hay có nhiều trường hợp “suy đoán có tội” diễn ra trong tố tụng hình sự.

1. Quan niệm suy đoán vô tội

Theo Từ điển Bách khoa luật học, suy đoán vô tội là trạng thái mà theo đó người bị buộc tội được suy đoán vô tội trong khi việc phạm tội của người đó chưa được chứng minh theo trình tự luật định².

Theo Từ điển Bách khoa đương đại, suy đoán vô tội là một trong những nguyên tắc của nền tố tụng dân chủ, theo đó người bị buộc tội được suy đoán vô tội trong khi việc phạm tội của người đó chưa được chứng minh theo trình tự luật định và chưa được xác định bởi phán quyết đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án³.

Suy đoán vô tội theo tiếng Anh là “presumption of innocence”. Thuật ngữ này còn có tên gọi khác là “the right to be presumed innocent”, với nghĩa là quyền được giả định vô tội, theo đó, người bị cáo buộc thực hiện một tội phạm được coi (được giả định) là không có tội cho đến khi cơ quan công tố thuyết phục được Tòa án rằng bị cáo đã phạm tội⁴.

Ngày từ năm 1948, trong văn kiện quan trọng đầu tiên của Liên hiệp quốc về quyền con người là Tuyên ngôn thế giới về Quyền con người đã khẳng định: “Mỗi bị cáo dù đã bị buộc tội có quyền được coi là vô tội cho đến khi được chứng minh là

phạm tội theo luật pháp tại một phiên toà xét xử công khai với mọi bảo đảm biện hộ cần thiết”⁵.

Thế chế hóa quy định của Tuyên ngôn thế giới về Quyền con người, khoản 2 Điều 14 Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị năm 1966 quy định: “Người bị buộc là phạm một tội hình sự có quyền được coi là vô tội cho tới khi tội của người đó được chứng minh theo pháp luật”⁶. Đồng thời Công ước cũng nêu rõ: người bị bắt, bị tạm giữ, bị can, bị cáo không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc nhận mình có tội.

2. Quy định của pháp luật Việt Nam về nguyên tắc suy đoán vô tội

Ngày 24/9/1982, Việt Nam gia nhập Công ước quốc tế về các Quyền dân sự và chính trị, thể hiện sự cam kết của Việt Nam trong việc bảo đảm quyền con người nói chung và thực hiện nguyên tắc suy đoán vô tội nói riêng. Điều 10 Bộ luật TTHS năm 1988 quy định: “Không ai có thể bị coi là có tội và phải chịu hình phạt, khi chưa có bản án kết tội của Toà án đã có hiệu lực pháp luật”. Tương tự như vậy, Bộ luật TTHS năm 2003 vẫn tiếp tục quy định: “Không ai bị coi là có tội và phải chịu hình phạt khi chưa có bản án kết tội của Toà án đã có hiệu lực pháp luật”. Đồng thời, Điều 72 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) quy định: “Không ai bị coi là có tội và phải chịu hình phạt khi chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật. Người bị bắt, bị giam giữ, bị truy tố, xét xử trái pháp luật có quyền được bồi thường thiệt hại về vật chất và phục hồi danh dự. Người làm trái pháp luật trong việc bắt, giam giữ, truy tố, xét xử gây thiệt hại cho người khác phải bị xử

1 Võ Hồng Quỳnh, Thói quen vô hiệu hóa nguyên tắc suy đoán vô tội, <http://tuoitre.vn/tin/phap-luat/20160502/thoi-quen-vo-hieu-hoa-nguyen-tac-suy-doan-vo-toi/1094023.html>, truy cập ngày 4/8/2017.

2 http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_law/1781/%D0%9F%D0%A0%D0%95%D0%97%D0%A3%D0%9C%D0%9F%D0%A6%D0%98%D0%AF, truy cập ngày 4/8/2017.

3 <http://dic.academic.ru/dic.nsf/encIp/38694/%D0%9F%D0%A0%D0%95%D0%97%D0%A3%D0%9C%D0%9F%D0%A6%D0%98%D0%AF>, truy cập ngày 5/8/2017.

4 Bùi Tiến Đạt, Vì sao ‘suy đoán có tội’ phổ biến?, <http://vietnamnet.vn/vn/tuanvietnam/vi-sao-suy-doan-co-toi-pho-bi-en-245080.html>, truy cập ngày 6/8/2017.

5 Trung tâm Nghiên cứu Quyền con người, Các văn kiện quốc tế cơ bản về quyền con người, Hà Nội, 2002, tr. 30.

6 Sdd, tr. 256.

lý nghiêm minh”. Như vậy, cho đến trước Hiến pháp năm 2013, pháp luật Việt Nam quy định về nguyên tắc suy đoán vô tội chưa cụ thể và chưa bao hàm hết nội dung cơ bản của nguyên tắc suy đoán vô tội. Mặt khác, về mặt hình thức thì cả trong Hiến pháp và Bộ luật Hình sự cũng chưa có điều nào có tên gọi “suy đoán vô tội”. Ngay cả cụm từ “suy đoán vô tội” cũng chưa được quy định một cách chính thức trong văn bản quy phạm pháp luật mà mới chỉ được thể hiện trong các công trình nghiên cứu khoa học hoặc các văn bản, các cuộc trao đổi, hội thảo có tính phân tích, bình luận, diễn giải... pháp luật.

Khoản 1 Điều 31 Hiến pháp năm 2013 quy định rõ hơn về nguyên tắc suy đoán vô tội: “Người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự luật định và có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật”. Trên cơ sở Hiến pháp, Bộ luật TTHS năm 2015 là bộ luật đầu tiên của Việt Nam chính thức quy định: “Nguyên tắc suy đoán vô tội”. Điều 13 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định rõ: “Người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định và có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật. Khi không đủ và không thể làm sáng tỏ căn cứ để buộc tội, kết tội theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định thì cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải kết luận người bị buộc tội không có tội”.

Hiến pháp năm 2013 đánh dấu bước phát triển mới trong quy định về nguyên tắc suy đoán vô tội. Các bản Hiến pháp và pháp luật Việt Nam trước đó quy định về nguyên tắc suy đoán vô tội mới chỉ bao hàm một nội dung (dấu hiệu), đó là không ai bị coi là có tội khi chưa có bản án kết tội đã có hiệu lực pháp luật. Hay nói cách khác, người nào đó chỉ bị coi là có tội khi có bản án kết tội có hiệu lực pháp luật. Như vậy, những trường hợp bị kết án oan, phải chấp hành hình phạt, kể cả hình phạt tù thì cũng bị coi là có tội vì

đã có bản án kết tội có hiệu lực pháp luật. Hiện nay, người bị coi là có tội phải có đủ hai điều kiện: thứ nhất, việc phạm tội của người đó phải được chứng minh theo đúng trình tự của pháp luật; thứ hai, phải có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật đối với người đó. Như vậy, thiếu một trong hai điều kiện trên thì người bị buộc tội vẫn được “coi” là chưa có tội. Với quy định này, pháp luật mở ra cơ hội cho người dù bị kết án oan vẫn có thể được coi là người chưa có tội vì việc thực hiện hành vi phạm tội chưa được chứng minh theo đúng trình tự luật định mà việc kết tội được thực hiện sai pháp luật, trong đó có cả trường hợp mớm cung, ép cung, dùng nhục hình bị pháp luật nghiêm cấm.

Bên cạnh đó, Bộ luật TTHS năm 2015 còn bổ sung thêm quy định, khi không đủ và không thể làm sáng tỏ căn cứ để buộc tội, kết tội theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định thì cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải kết luận người bị buộc tội không có tội. Đây vừa là nội dung, vừa là cách thức thực hiện nguyên tắc suy đoán vô tội.

Pháp luật TTHS Việt Nam quy định: Người bị buộc tội gồm người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo. Như vậy, suy đoán vô tội được áp dụng suốt trong quá trình TTHS. Có tài liệu nêu lên rằng, nguyên tắc suy đoán vô tội tồn tại trong tất cả các giai đoạn của quá trình TTHS⁷, ngoài giai đoạn thi hành án phạt tù⁸.

Điều tra viên, Kiểm sát viên có nghĩa vụ điều tra, xác minh, thu thập, phân tích, đánh giá chứng cứ, chứng minh tội lỗi của người bị buộc tội nhưng những chứng cứ khách quan về buộc tội trong giai đoạn điều tra không tạo cho việc thực hiện nguyên tắc suy đoán vô tội dừng lại. Suy đoán vô tội vẫn tiếp tục chùng nào chưa có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật.

7 Najumov V.P, О презумпции невиновности в уголовном процессе и о суде присяжных //Вопросы уголовного права и процесса в условиях правовой реформы. Калининград, 1991, tr. 73.

8 Casumov T.C, Презумпция невиновности в советском праве. Васу, 1984. - tr. 117-122.

Tuy vậy, mặc dù bản án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị đưa ra xét xử lại theo trình tự giám đốc thẩm hay tái thẩm thì nguyên tắc suy đoán vô tội cũng không mất đi hiệu lực mà nó lại tiếp tục có hiệu lực trong quá trình giải quyết vụ án. Bởi lẽ, ngay cả khi bản án, quyết định của Tòa án tuyên vô tội được đưa ra giải quyết theo thủ tục giám đốc thẩm hay tái thẩm thì Hội đồng giám đốc thẩm, tái thẩm không có quyền kết tội bị cáo mà chỉ có quyền ra quyết định hủy bản án để điều tra và xét xử lại. Và theo đó, nguyên tắc suy đoán vô tội tiếp tục được thực hiện.

Suy đoán vô tội có nghĩa là: không chứng minh được có tội đồng nghĩa pháp lý với chứng minh vô tội. Trong giai đoạn xét xử, Hội đồng xét xử phải làm rõ nội dung về chứng minh việc phạm tội trên cơ sở chứng cứ được điều tra xem xét trực tiếp tại phiên tòa. Bản án kết tội chỉ có thể được xác định với điều kiện Hội đồng xét xử nhận thấy rằng, tội phạm đã được chứng minh làm rõ. Suy đoán vô tội bác bỏ định kiến có tội dưới mọi hình thức và là một bảo đảm quan trọng đối với quyền con người của bị can, bị cáo.

Tòa án có nghĩa vụ kiểm tra, làm rõ tất cả các kết luận của cơ quan điều tra, truy tố về việc cáo buộc phạm tội đối với người nào đó và không được xác định rằng, những giả định có tội là đúng. Hay nói cách khác, suy đoán có tội không được thực hiện trong TTHS mà việc kết luận có tội chỉ được thực hiện bằng việc kiểm tra, xác minh, đánh giá chứng cứ thông qua tranh tụng công khai tại phiên tòa.

Suy đoán vô tội là thành quả đấu tranh văn minh nhân loại đưa đến kết quả là, bị cáo không buộc phải chứng minh mình vô tội và Hội đồng xét xử không kết tội khi vẫn còn nghi ngờ về không phạm tội. Hội đồng xét xử chỉ được phép tuyên một ai đó là có tội khi họ không còn nghi ngờ rằng, có thể

bị cáo không phạm tội. Chính suy đoán vô tội tạo cho niềm tin nội tâm của Thẩm phán, Hội thẩm có cơ sở pháp lý để thể hiện.

Suy đoán vô tội là nguyên tắc khách quan và nó có thể bị phủ nhận. Đương nhiên, việc phủ nhận nó chỉ có thể được thực hiện bằng việc chứng minh, kiểm tra, đánh giá theo đúng trình tự được pháp luật quy định.

Suy đoán vô tội không cấm điều tra viên, kiểm sát viên cáo buộc người phạm tội và chứng minh việc phạm tội nhưng cấm đối xử với người bị buộc tội như đối với người phạm tội trong khi việc thực hiện hành vi của họ chưa được chứng minh theo đúng trình tự luật định và chưa có bản án kết tội đã có hiệu lực pháp luật. Suy đoán vô tội gắn bó chặt chẽ với quyền được bào chữa của người bị buộc tội. Họ không buộc phải chứng minh mình vô tội hay thừa nhận hành vi phạm tội của mình. Trong vụ án Minenli kiện Thụy Sĩ, Tòa án Nhân quyền châu Âu xác định: “Suy đoán vô tội bị vi phạm, nếu trước đó việc phạm tội của bị cáo không được chứng minh theo pháp luật và, trước hết, nếu anh ta không có cơ hội thực hiện việc bào chữa của mình”⁹.

Tòa án Nhân quyền châu Âu cho rằng, nguy cơ xâm phạm nguyên tắc suy đoán vô tội có thể không chỉ đến từ Thẩm phán hay Tòa án mà có thể từ tất cả các cơ quan nhà nước khác¹⁰, theo đó phạm vi áp dụng nguyên tắc này rộng hơn: nó không chỉ bắt buộc đối với tòa hình sự¹¹.

Việc khẳng định người nào đó có tội có nghĩa là có quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án tuyên người đó phạm tội theo đúng trình tự luật định với việc áp dụng trách nhiệm hình sự cũng như miễn trách nhiệm hình sự. Suy đoán vô tội diễn ra trong suốt quá trình tố tụng nhưng việc xác định người có tội bắt buộc phải được thực hiện bằng việc xét xử tại phiên tòa, nơi bảo vệ

9 Strogovich M.S, Учение о материальной истине в уголовном процессе. – Nxb. Văn hóa Mátxcơ, 1947, tr.236.

10 Европейский суд по правам человека, tr. 699, 757.

11 Nurcaeva M.K. Презумпция невиновности по УПК РФ в свете международных стандартов уголовного судопроизводства <http://kalinovskiy-k.narod.ru/b/ufa20033/03.htm>, truy cập ngày 6/8/2017.

hữu hiệu nhất quyền và lợi ích của các tổ chức, cá nhân.

3. Kiến nghị sửa đổi, bổ sung quy định của pháp luật về suy đoán vô tội

Trên cơ sở các nguyên tắc của Hiến pháp và chuẩn mực quốc tế về quyền con người, có thể đưa ra quy định về nguyên tắc suy đoán vô tội như sau: *Người bị buộc tội được suy đoán vô tội trong khi tội phạm do họ thực hiện chưa được chứng minh theo quy định của pháp luật và chưa được kết tội bằng bản án đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án.*

Quy định này khắc phục được hạn chế của quy định hiện hành ở chỗ:

Thứ nhất, người bị buộc tội được “coi” là vô tội... là chưa rõ, chưa chính xác. Bởi lẽ, chữ “coi” không được nhìn nhận như một ngôn ngữ luật học. Hơn nữa, người ta có thể và có quyền “coi” việc này là đúng hay không đúng theo cảm nhận riêng của mỗi người. Do vậy, quy định: người bị buộc tội được “suy đoán vô tội”... là phù hợp, đúng với tên gọi của điều luật là “suy đoán vô tội”, chứ không phải “coi” là vô tội.

Thứ hai, pháp luật quy định: người bị buộc tội được coi là vô tội cho đến khi bị kết tội là không phù hợp về nội dung cốt lõi mà điều luật cần quy định. Bởi vì, quy định này cần dứt khoát khẳng định trạng thái vô tội;

không thể vừa vô tội, vừa có tội. Theo đó, cần quy định: người bị buộc tội được suy đoán vô tội khi tội phạm chưa được chứng minh theo trình tự luật định là phù hợp với logic, với trạng thái vẫn vô tội. Một điều hiển nhiên là, chưa chứng minh được tội phạm có nghĩa là chưa có tội. Còn đến khi tội phạm được chứng minh và kết tội thì lúc đó là có tội. Ở đây cần thể hiện đúng trạng thái chưa có tội chứ không phải là trạng thái có tội.

Theo đó, chúng tôi kiến nghị sửa đổi, bổ sung Điều 31 Hiến pháp năm 2013 và Điều 13 Bộ luật TTHS theo hướng sau:

Nguyên tắc suy đoán vô tội

1. Người bị buộc tội được suy đoán vô tội khi việc thực hiện tội phạm của người đó chưa được chứng minh theo trình tự luật định và chưa có bản án kết tội đã có hiệu lực của Tòa án.

2. Người bị buộc tội không buộc phải chứng minh sự vô tội của mình hoặc tự nhận mình có tội.

3. Khi không đủ và không thể làm sáng tỏ căn cứ để buộc tội, kết tội theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định thì cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải kết luận người bị buộc tội không có tội (giữ nguyên như hiện hành).

4. Bản án kết tội không được căn cứ vào các giả định■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Võ Hồng Quỳnh, *Thói quen vô hiệu hóa nguyên tắc suy đoán vô tội*, <http://tuoitre.vn/tin/phap-lu-at/20160502/thoi-quen-vo-hieu-hoa-nguyen-tac-suy-doan-vo-toi/1094023.html>, truy cập ngày 4/8/2017.
2. http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc_law/1781/%D0%9F%D0%A0%D0%95%D0%97%D0%A3%D0%9C%D0%9F%D0%A6%D0%98%D0%AF, truy cập ngày 4/8/2017.
3. <http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc1p/38694/%D0%9F%D0%A0%D0%95%D0%97%D0%A3%D0%9C%D0%9F%D0%A6%D0%98%D0%AF>, truy cập ngày 5/8/2017
4. Bùi Tiến Đạt, *Vì sao ‘suy đoán có tội’ phổ biến?*, <http://vietnamnet.vn/vn/tuanvietnam/vi-sao-suy-doan-co-toi-pho-bien-245080.html>, truy cập ngày 6/8/2017
5. Trung tâm Nghiên cứu quyền con người, *Các văn kiện quốc tế cơ bản về quyền con người*, Hà Nội, 2002, tr. 30.
6. Najumov V.P, О презумпции невиновности в уголовном процессе и о суде присяжных //Вопросы уголовного права и процесса в условиях правовой реформы. Kaliningrat, 1991, tr. 73.
7. Casumov T.C, Презумпция невиновности в советском праве. Васу, 1984, tr.117-122.
8. Strogovich M.S, Учение о материальной истине в уголовном процессе. Nxb. Văn hóa, Mátxcova, 1947, tr.236.
9. Европейский суд по правам человека... tr. 699, 757.

THẨM QUYỀN TƯ VẤN PHÁP LÝ CỦA CÁC CƠ QUAN TÀI PHÁN QUỐC TẾ VÀ SỰ LỰA CHỌN CHO VẤN ĐỀ ĐẢO NHÂN TẠO TẠI BIỂN ĐÔNG¹

Phạm Ngọc Minh Trang*

* ThS. Đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: đảo nhân tạo, biển Đông, thẩm quyền tư vấn pháp lý, toà án quốc tế

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/02/2018

Biên tập : 02/03/2018

Duyệt bài : 02/04/2018

Article Information:

Keywords: artificial islands; the South China Sea; legal advisory jurisdiction; International Court of Justice

Article History:

Received : 06 Feb. 2018

Edited : 02 Mar. 2018

Approved : 02 Apr. 2018

Tóm tắt:

Việc xây dựng đảo nhân tạo của các quốc gia tuy không mới trong thực tiễn cũng như trong luật pháp quốc tế, nhưng các vấn đề pháp lý xoay quanh hoạt động này vẫn còn nhiều điểm chưa rõ ràng trong hệ thống luật biển nói riêng và luật quốc tế nói chung. Bên cạnh đó, việc Trung Quốc tiến hành xây dựng và trang bị các thiết bị quân sự trên các đảo nhân tạo của mình tại biển Đông phát sinh thêm nhiều câu hỏi pháp lý cần phải làm rõ cho hành động này. Trước tình hình đó, cần cần nhắc việc vận dụng thẩm quyền tư vấn pháp lý của Toà án quốc tế, mà cụ thể ở đây là Toà án quốc tế về Luật biển (ITLOS), để giải quyết các vấn đề pháp lý liên quan đến các hoạt động xây dựng đảo nhân tạo.

Abstract

The development of artificial islands by the nations is not a new event in practice as well as in the international laws, but the legal rationale concerned to such activity are still vague and unclear in the law of the sea in particular and the international laws in general. In addition, China's construction of and installation of the military equipment on its artificial islands in the South China Sea raises more legal questions that need to be clarified for such action. Under this situation, it is needed to consider the use of the legal advisory jurisdiction of the International Court of Justice, namely the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), to deal with relevant legal issues to the construction activities of the artificial islands.

1. Khái quát về chức năng tư vấn pháp lý của Toà án quốc tế

Chức năng tư vấn pháp lý của Toà án

quốc tế đã xuất hiện từ sau chiến tranh thế giới thứ nhất và độ phổ biến của nó cũng tăng dần lên theo sự phát triển của luật pháp quốc tế.

1 Tác giả xin chân thành cảm ơn những đóng góp của các bạn sinh viên Nguyễn Đức Hải, Lê Ngọc Khánh Ngân và Chu Minh Phương của Khoa Quan hệ quốc tế trường Đại học Khoa học xã hội và Nhân văn TP. HCM cho bài viết này.

Chức năng này đã được Liên hiệp quốc (LHQ) xác định ngay từ lúc thành lập Tòa án thường trực Công lý quốc tế (Permanent Court of International Justice, PCIJ). Điều 14 Hiến chương LHQ cho phép Tòa PCIJ trả lời các tranh chấp hoặc các câu hỏi pháp lý được đệ trình lên trước Tòa bởi Đại hội đồng hoặc Hội đồng của tổ chức này². Theo thời gian, với sự phát triển của luật quốc tế và thực tiễn hoạt động của các Tòa án quốc tế, chức năng này dần trở nên phổ biến. Ví dụ, Điều 96 Hiến chương LHQ trao thẩm quyền tư vấn pháp lý cho Tòa án Công lý quốc tế (International Court of Justice, ICJ), hay Tòa án Công lý của Liên minh châu Âu (European Court of Justice, ECJ) được trao chức năng này thông qua Điều 218 Hiệp ước Lisbon. Đặc biệt, Công ước của LHQ về Luật biển năm 1982 (United Nations Convention on the Law of the Sea, UNCLOS) cho phép Viện Giải quyết tranh chấp liên quan đến Đáy biển (Seabed Disputes Chamber, SDC) đưa ra ý kiến tư vấn đối với các câu hỏi pháp lý do Cơ quan quốc tế quản lý đáy đại dương (International Seabed Authority, ISA) đệ trình. Đồng thời, trên cơ sở giải thích một số quy định của UNCLOS, Tòa án quốc tế về Luật biển (International Tribunal for Law

of the Sea, ITLOS) cũng cho rằng, mình có thẩm quyền cho ý kiến tư vấn pháp lý³.

Chức năng tư vấn pháp lý của Tòa án quốc tế có thể được hiểu là việc Tòa án đưa ra các ý kiến và câu trả lời đối với các câu hỏi pháp lý được đệ trình lên Tòa án và các ý kiến tư vấn này của Tòa án không mang tính chất ràng buộc về mặt pháp lý⁴. Mặc dù không trực tiếp giải quyết các tranh chấp quốc tế, nhưng trên thực tế, ý kiến tư vấn vẫn có ý nghĩa trong việc gián tiếp hỗ trợ giải quyết tranh chấp quốc tế⁵. Bên cạnh đó, ý kiến tư vấn còn có ưu điểm là ít tốn kém về chi phí, thời gian và thủ tục. Thông thường, thời gian tiêu tốn của các Tòa án quốc tế đối với các tranh chấp song phương giữa các quốc gia là từ 3 đến 4 năm, thậm chí có trường hợp Tòa án phải mất 9 năm để giải quyết tranh chấp này⁶. Đối với việc đưa ra các ý kiến tư vấn pháp lý, các Tòa án quốc tế thường chỉ mất từ 1 đến 2 năm. Đặc biệt, nó còn mang tính chất thiện chí và hoà bình hơn vì nó không đi kèm theo rủi ro thua kiện so với việc giải quyết tranh chấp trực tiếp qua con đường tố tụng⁷. Hơn nữa, ý kiến tư vấn có thể là bước đệm chuẩn bị cho việc tố tụng vì các tuyên bố chính thức của Tòa án (dictum) có thể là cơ sở cho những lập

2 Điều 14, Hiến chương Hội Quốc liên: “Hội đồng đề xuất thành lập và đưa ra cho các Thành viên của Hội để thông qua kế hoạch thành lập một Tòa án Thường trực Công lý Quốc tế. Tòa án có thẩm quyền nghe và quyết định tất cả các tranh chấp mang tính chất quốc tế mà thành viên đệ trình đến Tòa. Tòa án cũng có thể đưa ra ý kiến pháp lý đối với các tranh chấp hoặc câu hỏi trình lên Tòa bởi Hội đồng hoặc bởi Đại hội đồng”.

3 Thẩm quyền đưa ra các lời khuyên pháp lý của SDC được nêu rõ tại Điều 159 và Điều 191 trong UNCLOS. Thẩm quyền tư vấn của ITLOS có nhiều tranh cãi sẽ được làm rõ trong phần sau của bài viết.

4 García, Miguel, Thẩm quyền giải quyết tranh chấp và tư vấn pháp lý của Tòa án quốc tế về Luật biển, (The Contentious and Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for Law of the Sea), Nxb. Brill Nijhoff, Leiden, năm 2015, tr. 288.

5 Xem thêm đề xuất của Tổng Thư ký Boutros-Ghali (1992) rằng, Tổng Thư ký cần được trao quyền lực yêu cầu tư vấn khi các bên của một tranh chấp mong muốn: Kế hoạch vì Hòa bình (Agenda for Peace).

6 Vụ kiện lãnh thổ và biên giới biển giữa Cameroon và Nigeria, Tòa án Công lý quốc tế (ICJ), năm 2002, xem thêm tại <http://www.icj-cij.org/en/case/94> truy cập ngày 16/1/2018.

7 Tafsir Malick Ndiaye (2010), Chức năng Tư vấn của Tòa án Quốc tế về Luật biển (The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea), Tạp chí Chinese Journal of International Law, quyển 9, số 3, tr. 566.

luận cho những thủ tục tố tụng tiếp theo⁸. Điều này đặc biệt quan trọng đối với những tranh chấp có ít hoặc không có án lệ như tranh chấp về đảo nhân tạo.

Hiện nay có các cơ quan sau có chức năng cho ý kiến tư vấn đối với các câu hỏi pháp lý liên quan đến luật biển quốc tế: Tòa Công lý Quốc tế (ICJ)⁹, Viện Giải quyết các tranh chấp liên quan đến Đáy biển (SDC)¹⁰ và Tòa án Quốc tế về Luật Biển (ITLOS)¹¹. Điều 191 UNCLOS quy định SDC có quyền cho ý kiến tư vấn đối với các câu hỏi pháp lý do ISA đệ trình liên quan đến hoạt động của Cơ quan này. Do vậy, về nguyên tắc, SDC không có thẩm quyền cho ý kiến tư vấn đối với vấn đề xây dựng đảo nhân tạo trừ khi việc xây dựng này gây ảnh hưởng đến hoạt động của ISA và Đại hội đồng hoặc Hội đồng của Cơ quan này yêu cầu SDC cho ý kiến tư vấn¹². Trong bối cảnh đó, nếu các quốc gia muốn tìm kiếm ý kiến tư vấn của các cơ quan tài phán quốc tế về vấn đề xây dựng đảo nhân tạo, các nước này nên yêu cầu ICJ hoặc ITLOS. Giữa hai chọn lựa này, ITLOS là sự lựa chọn khả thi hơn bởi các lý do sau:

Thứ nhất, mục đích và chuyên môn

của ITLOS liên quan mật thiết đến Luật biển quốc tế hơn ICJ. Cụ thể, ICJ có thẩm quyền giải quyết tất cả tranh chấp và vấn đề được đệ trình¹³, trong khi đó ITLOS là Tòa án quốc tế chuyên biệt được thành lập để giải quyết “tất cả các vụ tranh chấp và tất cả các yêu cầu được đưa ra Tòa án theo đúng Công ước (Luật biển)”¹⁴.

Thứ hai, quy trình yêu cầu tư vấn của ITLOS trong một chừng mực nào đó có thể nói là đơn giản hơn thủ tục của ICJ. Theo quy định tại Điều 96 Hiến chương LHQ, ICJ chỉ có thẩm quyền cho ý kiến tư vấn đối với các câu hỏi pháp lý của Đại hội đồng hoặc Hội đồng bảo an LHQ hoặc các câu hỏi pháp lý của các tổ chức chuyên môn khác của LHQ liên quan đến hoạt động của tổ chức này và trên cơ sở chấp thuận của Đại hội đồng¹⁵. Theo quy định này, việc xin ý kiến tư vấn của ICJ về vấn đề xây dựng đảo nhân tạo sẽ phải được đưa ra thảo luận và thông qua tại Đại hội đồng hoặc Hội đồng bảo an LHQ. Trong trường hợp đưa vấn đề này ra Hội đồng bảo an, việc thông qua nghị quyết về việc yêu cầu ICJ cho ý kiến tư vấn sẽ phải thực hiện theo quy định của Điều 27 Hiến chương LHQ. Theo đó, trước hết Hội đồng

8 Điều 38 Quy chế Tòa án Công lý quốc tế quy định nguồn của luật pháp quốc tế bao gồm cả án lệ của các Tòa án quốc tế. Theo quy định tại Điều 38 của Quy chế ICJ, quyết định của các cơ quan tài phán, bao gồm cả cơ quan tài phán quốc tế và các tòa án trong nước đều có thể được sử dụng như một loại nguồn bổ trợ cho việc giải thích và nhận diện các quy định của luật pháp quốc tế. Việc các cơ quan tài phán quốc tế đưa ra các ý kiến tư vấn cũng là một hình thức giải thích và làm sáng tỏ một số vấn đề pháp lý, đặc biệt là các vấn đề pháp lý mới như tính hợp pháp và hệ quả của việc xây dựng các đảo nhân tạo. Các giải thích này sẽ giúp các quốc gia có cơ sở để tính toán việc sử dụng các thủ tục pháp lý quốc tế để giải quyết các tranh chấp có liên quan.

9 Quy chế Tòa án ICJ (Statute of the Court), Điều 65.

10 UNCLOS, Điều 191.

11 Bộ Thủ tục hoạt động của ITLOS, Điều 138.

12 Như trên, Điều 191.

13 Quy chế Tòa án ICJ (Statute of the Court), Điều 36, khoản 1.

14 UNCLOS, Phụ lục VI, Điều 21.

15 Điều 96 Hiến chương LHQ quy định rằng, ICJ chỉ có chức năng tư vấn nếu như Đại hội đồng hoặc Hội đồng Bảo an LHQ hoặc tất cả các cơ quan khác của LHQ và các tổ chức chuyên môn mà đã được Đại hội đồng cho phép yêu cầu.

bảo an sẽ xem xét đây là “vấn đề thủ tục” hay là “vấn đề khác” theo quy định tại Điều 27. Việc đưa ra quyết định về vấn đề này sẽ được thông qua nếu không nước thành viên thường trực nào của Hội đồng bảo an sử dụng quyền phủ quyết. Trung Quốc là một Ủy viên thường trực của Hội đồng bảo an nên nhiều khả năng Trung Quốc sẽ sử dụng quyền phủ quyết đối với tất cả các đề xuất coi việc xin ý kiến tư vấn của ICJ về vấn đề đảo nhân tạo tại biển Đông là “vấn đề thủ tục”. Nếu vấn đề này được coi là “vấn đề khác”, việc bỏ phiếu sẽ tuân thủ quy định tại Điều 27(3) và nhiều khả năng Trung Quốc sẽ tiếp tục sử dụng quyền phủ quyết để không thông qua yêu cầu xin ý kiến tư vấn của ICJ. Do Trung Quốc có thể sử dụng “quyền phủ quyết kép”¹⁶ việc xin ý kiến tư vấn của ICJ chỉ có thể đưa ra Đại hội đồng LHQ và phải được đa số các nước thành viên Đại hội đồng tham dự cuộc họp bỏ phiếu thông qua¹⁷. Tuy nhiên, việc vận động các thành viên Đại hội đồng ủng hộ một nghị quyết về việc xin ý kiến tư vấn của ICJ trong vấn đề xây dựng đảo nhân tạo không dễ dàng, đòi hỏi các quốc gia đề xuất phải tìm cách gắn vấn đề này với lợi ích của phần lớn các nước

thành viên Đại hội đồng LHQ.

Trong khi đó, ITLOS có thể cho ý kiến tư vấn đối với một câu hỏi pháp lý được các quốc gia thống nhất đưa lên Tòa án trên cơ sở một điều ước quốc tế nội dung phù hợp với mục đích của UNCLOS¹⁸. Trong điều ước quốc tế này, các quốc gia thành viên cần nêu rõ việc đề nghị ITLOS cho ý kiến tư vấn và cử một "đại diện" để đệ trình yêu cầu lên Tòa án¹⁹.

Điều này rất có lợi cho việc yêu cầu tư vấn từ ITLOS về các vấn đề pháp lý xung quanh đảo nhân tạo tại biển Đông. Các quốc gia trực tiếp liên quan đến vấn đề này có thể tự ký kết các Hiệp ước trao thẩm quyền cho ITLOS. Bên cạnh đó, các quốc gia Đông Nam Á xung quanh khu vực biển Đông có thể tận dụng tổ chức ASEAN để yêu cầu ITLOS thực hiện chức năng này.

Cuối cùng, thời gian giải quyết yêu cầu tư vấn của ITLOS có thể ngắn hơn so với ICJ vì ICJ có thẩm quyền rộng hơn nên tiếp nhận số lượng vụ việc nhiều hơn ITLOS. Hiện nay, ICJ đang giải quyết 19 vụ việc²⁰ còn ITLOS chỉ đang giải quyết một vụ việc²¹.

16 Kolcher, Hans (1991), Thủ tục bỏ phiếu trong Hội đồng bảo an LHQ - xem xét sự mâu thuẫn về các quy chuẩn trong Hiến chương LHQ và các hệ quả của nó đối với quan hệ quốc tế (the Voting Procedure in the United Nations Security Council - Examining a Normative Contradiction in the UN Charter and its Consequences on International Relations), xem thêm qua đường dẫn http://www.i-p-o.org/Koehler-Voting_Procedure-UN_Security_Council.pdf, truy cập ngày 25/01/2018.

17 Rosenne, Shabtai (2006), Luật và thực hành của Tòa án quốc tế 1920-2005, Nxb. Martinus Nijhoff (Leiden/Boston), số 1 - Tòa án và LHQ, tr. 294-297.

18 Điều 138.1 Quy chế ITLOS quy định quyền yêu cầu ITLOS tư vấn dành cho các cơ quan được ủy quyền yêu cầu tư vấn bởi một điều ước quốc tế có mục đích liên quan đến mục đích của UNCLOS và cho phép các bên ký kết sử dụng chức năng tư vấn của ITLOS

19 Điều 138.2 Quy chế ITLOS: "Một yêu cầu về một ý kiến tư vấn phải được chuyển đến Tòa án bởi bất cứ "đại diện" (body) được ủy quyền bởi hoặc căn cứ theo hiệp ước [nêu ra tại Điều 138.1] để đệ trình lên trước Tòa".

20 ITLOS, Các Vụ việc đang được giải quyết (Pending Cases), <http://www.icj-cij.org/en/pending-cases>, truy cập ngày 8/10/2017.

21 ITLOS, Danh sách và Trạng thái vụ việc đang được giải quyết (List of pending cases and current status), <https://www.itlos.org/cases/docket/>, truy cập ngày 8/10/2017.

2. Nguồn của thẩm quyền tư vấn pháp lý

Thẩm quyền tư vấn pháp lý của ITLOS đã từng là một vấn đề gây tranh cãi do có nhiều cách diễn giải khác nhau về các điều khoản trong UNCLOS về thẩm quyền của các cơ quan tài phán trong Công ước. Trước khi có một cách giải thích cụ thể và chính thức từ một cơ quan có thẩm quyền, việc diễn giải các điều khoản trong UNCLOS về thẩm quyền này của ITLOS có hai luồng ý kiến trái ngược nhau.

Ý kiến thứ nhất cho rằng, thẩm quyền của ITLOS chỉ gói gọn trong việc giải quyết các tranh chấp mang tính chất tố tụng. Việc đưa ra các tư vấn pháp lý, tương tự như chức năng của ICJ được thành lập bởi LHQ hay ECJ của Liên minh châu Âu, được cho là một hành động *ultra vires* (hành động vượt quá thẩm quyền) của ITLOS. Lập luận chính của nhận định này chủ yếu dựa vào việc không có một điều khoản nào trong UNCLOS quy định cụ thể về thẩm quyền tư vấn pháp lý của ITLOS; Công ước chỉ trao thẩm quyền này cho Viện Giải quyết tranh chấp liên quan đến Đáy biển (SDC).

Ý kiến thứ hai, trong đó có ý kiến của GS. Phillipe Gautier, Lục sự tại ITLOS, cho rằng, ITLOS có thể mở rộng thẩm quyền của mình và cho ý kiến tư vấn pháp lý vì UNCLOS không có điều khoản nào cấm Tòa án thực hiện chức năng này²².

Thẩm quyền của ITLOS được quy định tại một số điều của UNCLOS sau đây:

- Điều 21 Phụ lục VI: “Toà án có thẩm quyền đối với tất cả các vụ tranh chấp và tất cả các yêu cầu được đưa ra Toà theo đúng Công ước, và đối với tất cả các trường hợp được trừ định rõ trong mọi thoả thuận khác, giao thẩm quyền cho Toà án”.

- Điều 288 “Một Tòa án đã nêu ở Điều 287 (trong đó có ITLOS) có thẩm quyền xét xử bất kỳ tranh chấp nào liên quan đến việc giải thích hay áp dụng Công ước đã được đưa ra cho mình theo đúng phần này”.

Dựa vào quy định nêu trên, đặc biệt là từ "tranh chấp" (dispute), một số ý kiến cho rằng, thẩm quyền của ITLOS chỉ giới hạn trong việc giải quyết các tranh tụng giữa các chủ thể của mình (đa phần là các quốc gia), và thẩm quyền đưa ra các ý kiến tư vấn pháp lý của ITLOS không được quy định trong UNCLOS. Tuy nhiên, nhận định này đã bị bác bỏ trong Án lệ: *Yêu cầu ITLOS tư vấn của Ủy ban Thủy sản Tiểu vùng*²³. Ngoài việc cho rằng không có một điều khoản nào trong UNCLOS loại bỏ thẩm quyền tư vấn pháp lý của ITLOS, Tòa án còn đưa ra các lập luận sau:

Thứ nhất, Tòa cho rằng Điều 288 của UNCLOS và Điều 21 của Phụ lục VI trong UNCLOS có giá trị pháp lý tương đương nhau²⁴. Cho nên, không thể lập luận rằng thẩm quyền của ITLOS chỉ được nêu trong Điều 288, hay chỉ dựa vào điều này mà kết luận rằng ITLOS chỉ có thẩm quyền duy nhất trong việc giải quyết các tranh tụng giữa các bên tranh chấp. Điều 21 Phụ lục VI

22 Diễn giải Nguyên tắc làm việc của Tòa án Quốc tế về Luật Biển (The Rules of International Tribunal on the Law of the Sea: A Commentary), chỉnh sửa bởi P. Chandrasekhara Rao và Philippe Gautier, Nxb. Martinus Nijhoff (2006), tr. 393.

23 Án lệ: *Yêu cầu ITLOS tư vấn của Ủy ban Thủy sản Tiểu vùng*, ITLOS, 2015. Tham khảo thêm tại <https://www.itlos.org/en/cases/list-of-cases/case-no-21/>

24 Như trên, đoạn 52

có thể xem là đã mở rộng thêm chức năng của ITLOS.

Thứ hai, trong án lệ yêu cầu ITLOS tư vấn của Ủy ban Thủy sản Tiểu vùng, Tòa cũng nhận thấy cụm từ “các trường hợp” trong Điều 21 Phụ lục VI ám chỉ thẩm quyền của ITLOS không những đối với các tranh tụng pháp lý mà còn đối với “các trường hợp khác” trong đó có những yêu cầu tư vấn pháp lý. Làm rõ hơn lập luận này, ITLOS giải thích thêm rằng nếu như Điều 21 chỉ đưa ra thẩm quyền đối với các tranh chấp kiện tụng thì cụm từ “các trường hợp” đã được thay thế bằng “các tranh chấp”²⁵. Như vậy, Điều 21 Phụ lục VI có thể được hiểu rằng ITLOS có thẩm quyền đưa ra ý kiến tư vấn nếu như thẩm quyền tư vấn này được “trù định rõ ràng trong thỏa thuận khác”.

Tiếp theo đó, Điều 138(1) Quy chế của Tòa giúp làm rõ điều kiện về “thỏa thuận khác” trong Điều 21 Phụ lục VI và cũng chính là điều khoản quy định những điều kiện khác cần thỏa mãn để ITLOS có thẩm quyền đưa ra ý kiến tư vấn²⁶.

Điều 138(1) Quy chế ITLOS quy định: “Tòa án có thể đưa ra ý kiến tư vấn đối với một câu hỏi pháp lý nếu như một điều ước quốc tế liên quan đến các mục đích của Công ước quy định cụ thể việc cho phép đệ trình lên Tòa án một yêu cầu tư vấn đối với câu hỏi đó”.

Như vậy, thẩm quyền tư vấn pháp lý của ITLOS đầu tiên phải được nêu rõ trong một điều ước quốc tế giữa chủ thể của luật quốc tế.

Thứ nhất, điều ước quốc tế được nhắc đến trong Điều 138 phải phù hợp với Công ước Viên 1969 về Luật Điều ước Quốc tế²⁷. Theo đó, một điều ước quốc tế là “một thỏa thuận quốc tế được ký kết bằng văn bản giữa các quốc gia và được pháp luật quốc tế điều chỉnh, dù được ghi nhận trong một văn kiện duy nhất hoặc trong hai hay nhiều văn kiện có quan hệ với nhau và với bất kể tên gọi riêng của nó là gì”²⁸. Từ điều khoản này, có thể thấy rằng, một văn bản cần thỏa mãn bốn điều kiện cơ bản sau để có thể được xem là một điều ước quốc tế, là: đây phải là một thỏa thuận quốc tế, được ký kết và thông qua giữa các quốc gia, thể hiện dưới hình thức văn bản và phải được điều chỉnh bởi luật pháp quốc tế. Trong đó, yếu tố quan trọng nhất là được luật pháp quốc tế điều chỉnh, do đây là yếu tố thể hiện quyền và nghĩa vụ của các bên phát sinh do ký kết điều ước quốc tế này. Ngoài ra, trong vụ kiện Biển Đông giữa Philippines và Trung Quốc, Tòa án Trọng tài Phụ lục VII đưa ra những nhận định về “điều ước quốc tế” rằng điều ước quốc tế có thể được thực hiện dưới nhiều dạng và có nhiều tên gọi khác nhau²⁹, nó có thể có tên là một Công ước, Hiệp ước hay một Bản ghi

25 Như trên, đoạn 56.

26 Điều 138(1) Quy chế của ITLOS

27 Yoshifumi Tanaka (2015), Luật Biển quốc tế (The International law of the sea), Nxb. Đại học Cambridge, tr. 417; Ki-Jun You (2008), Chức năng tư vấn của Tòa án Quốc tế về Luật Biển: Xét lại Điều 138 của Quy chế Tòa án (Advisory Opinions of the International Tribunal for the Law of the Sea: Article 138 of the Rules of the Tribunal, Revisited), Tạp chí Ocean Development & International Law, quyển 39, số 4, tr. 365.

28 Công ước Viên 1969 về Luật Điều ước Quốc tế, Điều 2, khoản 1, điểm a.

29 Như trên.

nhớ. Trong vụ kiện về tranh chấp lãnh thổ và phân định biển giữa Qatar và Bahrain, ICJ đã kết luận rằng, ngay cả Biên bản cuộc họp năm 1990 được ký giữa Bộ trưởng Ngoại giao của hai nước này cũng được coi là một điều ước quốc tế³⁰.

Thứ hai, điều ước quốc tế này cần phải có nội dung phù hợp với mục đích của UNCLOS. Nhiệm vụ này sau đó đã được truyền tải trong Lời nói đầu của Công ước: Công ước với sự quan tâm đúng mức đến chủ quyền của tất cả các quốc gia, thiết lập được một trật tự pháp lý trên các vùng biển và đại dương giúp cho việc sử dụng công bằng và hiệu quả những tài nguyên, việc bảo tồn những nguồn lợi sinh vật của các biển và các đại dương, việc nghiên cứu, bảo vệ và gìn giữ môi trường biển dễ dàng hơn. Việc thực hiện các mục tiêu này sẽ góp phần thiết lập nên một trật tự kinh tế quốc tế đúng đắn và công bằng, trong đó có tính đến các lợi ích và nhu cầu của toàn thể loài người và đặc biệt là các lợi ích và nhu cầu riêng của các nước đang phát triển, dù có biển hay không có biển.

Trên thực tế, chúng ta có thể thấy mục đích và phạm vi của UNCLOS được thể hiện rõ ràng hơn thông qua nội dung chính của Công ước này. Những điều khoản của UNCLOS nhằm điều chỉnh hầu hết những vấn đề trên biển như: quyền đi lại trên biển,

giới hạn lãnh thổ trên biển, các quy định pháp lý về tài nguyên trên đáy biển vượt quá giới hạn thẩm quyền quốc gia, việc di chuyển qua các eo biển hẹp, bảo tồn và quản lý các tài nguyên sinh vật biển, bảo vệ môi trường biển, cơ chế nghiên cứu biển và đặc biệt nhất là cơ chế giải quyết tranh chấp trên biển giữa các quốc gia³¹.

Như vậy có thể nói rằng, mục đích của UNCLOS chính là điều chỉnh tất cả mọi khía cạnh liên quan đến việc sử dụng biển cả và các nguồn tài nguyên trên biển nhằm mang lại một trật tự pháp lý công bằng và phù hợp với quyền lợi, nguyện vọng của tất cả các quốc gia. Vì vậy, những điều ước quốc tế nào có những thỏa thuận liên quan đến một hay một vài khía cạnh của việc sử dụng biển và các nguồn tài nguyên trên biển với thiện chí thúc đẩy sự hợp tác cùng có lợi giữa các quốc gia, giữ gìn an ninh trên biển đều phù hợp với mục đích của UNCLOS.

Thứ ba, điều ước quốc tế nói trên phải quy định rõ ràng về việc cho phép đệ trình yêu cầu tư vấn lên ITLOS trong các điều khoản của mình. Điều khoản này sẽ chỉ định một cơ quan được thành lập dựa trên chính hiệp định có thẩm quyền gửi yêu cầu tư vấn pháp lý đến ITLOS³². Tính hợp pháp của việc một cơ quan có khả năng chuyển yêu cầu tư vấn được dựa trên thẩm quyền được trao theo hiệp định mà không bị ảnh hưởng

30 Vụ kiện Phân định biển và các câu hỏi về lãnh hải giữa Qatar và Bahrain, Phán quyết về thẩm quyền và khả năng thụ lý, Tòa án Công lý quốc tế, 1994, đoạn 26.

31 United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Công ước Liên hợp quốc về Luật Biển – một góc nhìn lịch sử (The United Nations Convention on the Law of the Sea - A historical perspective), http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/convention_historical_perspective.htm#, truy cập ngày 07/10/2017.

32 Như trên, đoạn 60.

bởi tên gọi, bản chất hoặc bất kỳ sự xem xét về cấu trúc hoặc thể chế của cơ quan này.³³ Đây cũng là bộ phận sẽ trực tiếp gửi đệ trình cùng những văn bản minh chứng thẩm quyền của mình đến Tòa. Trong án lệ yêu cầu tư vấn của Ủy ban Thủy sản Tiểu vùng, cơ quan đăng ký (the Registry) đã nhận được đệ trình gửi bởi Thư ký thường trực của Ủy ban vào ngày 28/03/2013. Đây cũng chính là bộ phận được trao thẩm quyền gửi các câu hỏi pháp lý cần tư vấn lên ITLOS theo Điều 33 của Công ước MCA và nghị quyết được thông qua tại phiên họp bất thường lần thứ mười bốn của các bộ trưởng Ủy ban³⁴.

Thứ tư, các bên cần phải trình bày rõ “câu hỏi pháp lý” trong hồ sơ yêu cầu tư vấn của mình. Các câu hỏi này cần được trình bày dưới dạng các câu hỏi mang bản chất pháp lý (legal nature). Thẩm quyền tư vấn pháp lý của Tòa án quốc tế nói chung và của ITLOS nói riêng không phải nhằm mục đích giải quyết các tranh chấp giữa các quốc gia³⁵; do đó, các câu hỏi tư vấn trước Tòa cần tránh đề cập các sự kiện và các vụ việc liên quan đến việc trình bày các bằng chứng pháp lý. Các câu hỏi này cần mang tính chất lý thuyết pháp lý trừu tượng nhiều hơn là giải quyết các thực tế tranh chấp. Vì vậy, có tác giả cho

rằng, việc Tòa án quốc tế đưa ra ý kiến tư vấn của mình giúp phát triển hệ thống pháp luật quốc tế hơn cả những phán quyết trong các vụ tranh tụng giữa các quốc gia³⁶.

Bên cạnh đó, câu hỏi về luật quốc tế đệ trình lên ITLOS phải được diễn đạt một cách khái quát và có nội dung thuộc phạm vi điều chỉnh của điều ước quốc tế có quy định yêu cầu Tòa cho ý kiến tư vấn³⁷. Tuy nhiên, các câu hỏi pháp lý cũng không nhất thiết phải giới hạn trong việc giải thích và áp dụng bất cứ điều khoản cụ thể nào trong điều ước quốc tế này³⁸. Mặc dù không được quy định rõ ràng nhưng câu hỏi pháp lý đó phải nằm ngoài thẩm quyền giải quyết của SDC, tức các hoạt động của Chế độ Đáy biển quốc tế (International Seabed Regime)³⁹. Bởi lẽ, theo Công ước, SDC có thẩm quyền độc quyền về việc giải đáp các vấn đề này⁴⁰.

3. Triển vọng cho việc tìm kiếm ý kiến tư vấn từ Tòa án quốc tế về Luật biển của các quốc gia tại khu vực biển Đông

Trung Quốc đã tiến hành xây dựng, mở rộng và quân sự hoá các đảo nhân tạo ở biển Đông từ năm 2013. Cho đến nay, các tác động tiêu cực của nó đến môi trường biển và tình hình quan hệ quốc tế tại khu

33 Diễn giải Nguyên tắc làm việc của Tòa án Quốc tế về Luật Biển (The Rules of International Tribunal on the Law of the Sea: A Commentary), chỉnh sửa bởi P. Chandrasekhara Rao và Philippe Gautier, Nxb. Martinus Nijhoff, tr. 394.

34 Án lệ: Yêu cầu ITLOS tư vấn của Ủy ban Thủy sản Tiểu vùng, số 2015-21, đoạn 62.

35 Wood, Michael (2012), "Thẩm quyền tư vấn: những bài học từ thực tiễn gần đây", trong Wolfrum, Rudiger (2012), Cùng tồn tại, cùng hợp tác và thống nhất (Coexist, cooperation and sodalirity), Nxb. Brill/ Nijhoff, 2012, tr. 1383.

36 Như trên.

37 Án lệ: Yêu cầu ITLOS tư vấn của Ủy ban Thủy sản Tiểu vùng, số 2015-21, đoạn 65.

38 Như trên, đoạn 68.

39 Yoshifumi Tanaka (2015), Luật Biển quốc tế (The International law of the sea), Nxb. Đại học Cambridge.

40 Diễn giải Nguyên tắc làm việc của Tòa án quốc tế về Luật Biển (The Rules of International Tribunal on the Law of the Sea: A Commentary), chỉnh sửa bởi P. Chandrasekhara Rao và Philippe Gautier, Nxb. Martinus Nijhoff, tr. 394. Xem thêm: Vukas, Budislav, Luật Biển: Một số bài viết tham khảo chọn lọc (The Law of the Sea: Selected Writings), Nxb. Martinus Nijhoff, Leiden/Boston, năm 2004, tr. 301-315.

vực đều có thể được chứng minh qua các báo cáo và các bài nghiên cứu của các học giả⁴¹. Về mặt pháp lý, xung quanh vấn đề này vẫn còn nhiều điểm chưa rõ ràng. Trong tình hình hiện nay, khi Trung Quốc, chủ thể quan trọng nhất trong vụ việc này, thể hiện quan điểm không hợp tác đối với phương pháp tranh tụng, việc sử dụng các biện pháp tố tụng theo Phần XV của UNCLOS tỏ ra không phù hợp. Do đó, theo chúng tôi, các nước trong khu vực biển Đông cần xem xét đến khả năng vận dụng chức năng tư vấn pháp lý của ITLOS.

Dựa vào phân tích trên, về mặt thủ tục, để sử dụng chức năng tư vấn pháp lý của ITLOS, cần phải có một điều ước quốc tế có nội dung liên quan đến mục đích của UNCLOS và điều ước quốc tế này công nhận thẩm quyền tư vấn pháp lý của ITLOS, đồng thời chỉ định cơ quan đại diện đệ trình các câu hỏi pháp lý lên trước Toà án. Hiện nay, các nước thuộc Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN)⁴² và Trung Quốc đang trong quá trình soạn thảo Bộ Quy tắc ứng xử ở Biển Đông (gọi tắt là COC). Vì vậy, các bên cần cân nhắc một số điểm quan trọng sau đây:

(1) *Tính chất pháp lý của COC*: COC cần thoả mãn các điều kiện theo luật quốc tế để được công nhận là một điều ước quốc tế và mang tính ràng buộc về mặt pháp lý;

(2) *Nội dung điều chỉnh của COC cần*

phải phù hợp với mục đích của UNCLOS: điều này đã được thể hiện khá rõ nét trong các tuyên bố của các quốc gia tham gia quá trình soạn thảo. Cụ thể vào ngày 6/8/2017, Ngoại trưởng Trung Quốc và ASEAN đã thông qua dự thảo khung về COC. Theo nhận định của các bên liên quan, dự thảo khung này hy vọng sẽ là “một văn kiện quan trọng vì có thể cho rằng nó đại diện cho sự đồng thuận và, quan trọng hơn, cho một cam kết... để tạo tiền triển cho vấn đề kéo dài từ lâu này: vấn đề thông qua một văn bản pháp lý điều chỉnh các hành vi của các quốc gia tại biển Đông⁴³ và đem lại sự ổn định cho khu vực, làm giảm căng thẳng trong tranh chấp ở Biển Đông, thể hiện một động lực tích cực⁴⁴.”

(3) *Công nhận thẩm quyền tư vấn pháp lý của ITLOS*: trong các điều khoản của COC cần phải ghi nhận một cách rõ ràng việc công nhận thẩm quyền của ITLOS trong việc đưa các ý kiến tư vấn pháp lý cho các quốc gia này. Bên cạnh đó, cần phải cử một cơ quan đại diện để thực hiện các thủ tục cần thiết theo quy định của Nguyên tắc làm việc của ITLOS, cụ thể là theo quy định của các điều từ 130 đến 138 của bộ Nguyên tắc này■

41 Xem thêm, Joel Guinto (19/06/2014), Trung Quốc xây dựng đảo nhân tạo tại Biển Đông (China Builds Artificial Islands in South China Sea), Bloomberg Business, www.bloomberg.com/bw/articles/2014-06-19/china-builds-artificial-islands-in-south-china-sea, truy cập ngày 05/03/2017; Katie Hunt (18/02/2015), Báo cáo về việc Trung Quốc xây thêm những đảo mới tại vùng nước tranh chấp (Report: China Building New Islands in Disputed Waters), đăng trên CNN, <http://edition.cnn.com/2015/02/17/asia/china-south-china-sea-reclamation>, truy cập ngày 05/03/2017. Yi-Hsuan Chen (2015), Căng thẳng này lửa ở Biển Đông: Những động thái gần đây của Trung Quốc trong việc xây dựng đảo nhân tạo tại các vùng biển tranh chấp và Ý nghĩa của chúng trong Luật Biển (South China Sea Tension on Fire: China's Recent Moves on Building Artificial Islands in Troubled Waters and Their Implications on Maritime Law), tr. 9.

42 ASEAN (Association of South East Asian Nations - Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á) là tổ chức lớn nhất khu vực Đông Nam Á bao gồm 10 quốc gia thành viên, bao gồm Brunei, Campuchia, Indonesia, Lào, Malaysia, Myanmar, Philippines, Singapore, Thái Lan và Việt Nam. Trong đó, 5 trong 10 thành viên này là các quốc gia có vị trí địa lý bao quanh biển Đông, bao gồm Việt Nam, Malaysia, Indonesia, Brunei và Philippines.

43 Straits Times (07/08/2017), Dự thảo Khung về Bộ Quy tắc Ứng xử tại Biển Đông (Deal on framework of South China Sea code), <http://www.straitstimes.com/asia/se-asia/deal-on-framework-of-s-china-sea-code>, truy cập ngày 26/09/2017

44 Như trên.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ Quốc phòng Mỹ (2016), *Những phát triển về an ninh và quân sự liên quan đến Cộng hòa Dân chủ Nhân dân Trung Hoa năm 2016* (Military and Security Developments Involving the People's Republic of China 2016).
2. Boutros, Ghali - Nguyên Tổng Thư ký LHQ (1992), *Kế hoạch vì Hòa bình* (Agenda for Peace).
3. García, Miguel (2015), *Thẩm quyền giải quyết tranh chấp và tư vấn pháp lý của Tòa án quốc tế về Luật biển*, (The Contentious and Advisory Jurisdiction of the International Tribunal for Law of the Sea), Nxb. Brill Nijhoff, Leiden, năm 2015.
4. Kolcher, Hans (1991), *Thủ tục bỏ phiếu trong Hội đồng bảo an LHQ - xem xét sự mâu thuẫn về các quy chuẩn trong Hiến chương LHQ và các hệ quả của nó đối với quan hệ quốc tế* (the Voting Procedure in the United Nations Security Council - Examining a Normative Contradiction in the UN Charter and its Consequences on International Relations), xem thêm qua đường dẫn http://www.i-p-o.org/Koechler-Voting_Procedure-UN_Security_Council.pdf, truy cập ngày 25/01/2018.
5. Matthew Southerland (2016), *Hành động xây đảo của Trung Quốc tại Biển Đông: Thiệt hại về môi trường biển, Những ẩn ý và Luật Quốc tế* (China's Island Building in the South China Sea: Damage to the Marine Environment, Implications, and International Law), US-China Economic and Security Review Commission, 2016.
6. Nikos Papadakis (1975), *Đảo nhân tạo trong Luật Quốc tế* (Artificial Island in International Law), Tạp chí Maritime Policy and Management, quyển 3, số 1.
7. P. Chandrasekhara Rao và Philippe Gautier (2006), *Diễn giải Nguyên tắc làm việc của Tòa án Quốc tế về Luật Biển* (The Rules of International Tribunal on the Law of the Sea: A Commentary), Nxb. Martinus Nijhoff, năm 2016.
8. Rosenne, Shabtai (2006), *Luật và thực hành của Tòa án quốc tế 1920-2005*, Nxb. Martinus Nijhoff (Leiden/ Boston), số 1 - Tòa án và LHQ, 2006.
9. Tafsir Malick Ndiaye (2010), *Chức năng Tư vấn của Tòa án Quốc tế về Luật Biển* (The Advisory Function of the International Tribunal for the Law of the Sea), Tạp chí Chinese Journal of International Law, quyển 9, số 3, trang 566.
10. Wood, Michael (2012), *"Thẩm quyền tư vấn: những bài học từ thực tiễn gần đây"*, trong Wolfrum, Rudiger (2012), *Cùng tồn tại, cùng hợp tác và thống nhất (Coexist, cooperation and sodalirity)*, Nxb Brill/ Nijhoff, 2012.
11. Yoshifumi Tanaka (2015), *Luật Biển quốc tế* (The International law of the sea), Nxb. Đại học Cambridge, trang 417; Ki-Jun You (2008), *Chức năng tư vấn của Tòa án Quốc tế về Luật Biển: Xét lại Điều 138 của Quy chế Tòa án* (Advisory Opinions of the International Tribunal for the Law of the Sea: Article 138 of the Rules of the Tribunal, Revisited), Tạp chí Ocean Development & International Law, quyển 39, số 4, năm 2015./.

SỬA ĐỔI, BỔ SUNG LUẬT GIÁO DỤC:

CẦN CHÚ TRỌNG ĐẾN CÁC NỘI DUNG VỀ GIÁO DỤC HÒA NHẬP TRẺ CÓ HOÀN CẢNH ĐẶC BIỆT

Nguyễn Thị Kim Hoa*

* TS. Viện Khoa học Giáo dục Việt Nam

Thông tin bài viết:

Từ khóa: giáo dục hòa nhập; trẻ có hoàn cảnh đặc biệt, luật giáo dục

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/11/2018

Biên tập : 27/11/2018

Duyệt bài : 03/12/2018

Tóm tắt:

Giáo dục hòa nhập là một chiến lược quan trọng để đạt được mục tiêu Giáo dục cho mọi người. Về mặt chính sách, pháp lý và thực tiễn triển khai, Việt Nam đã cơ bản bảo đảm bình đẳng về cơ hội tham gia và hoàn thành phổ cập giáo dục cho mọi trẻ em, trong đó có trẻ có hoàn cảnh đặc biệt. Tuy nhiên, hiệu quả giáo dục hòa nhập cho trẻ có hoàn cảnh đặc biệt vẫn chưa được như mong muốn. Một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng này là do còn những lỗ hổng trong các quy định của pháp luật về quyền trẻ em. Do vậy, cần phải có những giải pháp bổ sung, hoàn thiện pháp luật nhằm đảm bảo mọi trẻ, trong đó có trẻ có hoàn cảnh đặc biệt quyền được thụ hưởng nền giáo dục hòa nhập, có chất lượng.

Article Information:

Keywords: inclusive education; children with special circumstances, education on law.

Article History:

Received : 13 Nov. 2018

Edited : 27 Nov. 2018

Approved : 03 Dec. 2018

Abstract

Inclusive education (IE) is considered as an important strategy for achieving “Education for All” goal. In terms of policy, legal and practical enforcement, Viet Nam has basically guaranteed equal access in universal education for all children, including children with special circumstances. However, one of the main causes, that leads to the effectiveness of inclusive education for all children has not been achieved, is the gap in the legal framework on the children right. Thus, it is necessary to review the legal regulation for further improvement of the law in order to ensure that all children, including

1. Thực trạng giáo dục hòa nhập trẻ có hoàn cảnh đặc biệt

Báo cáo quốc gia Giáo dục cho mọi người năm 2015¹ nêu rõ: Công bằng xã hội trong tiếp cận giáo dục được cải thiện hơn,

đặc biệt là người dân tộc thiểu số, con em các gia đình nghèo, trẻ em gái và các đối tượng bị thiệt thòi ngày càng được quan tâm. Nhu cầu học tập của học sinh ngày càng đa dạng và đòi hỏi nâng cao chất lượng giáo dục/chất

1 Bộ GD & ĐT, Báo cáo Quốc gia giáo dục cho mọi người năm 2015 của Việt Nam.

lượng nguồn nhân lực ngày càng cao trong khi khả năng đáp ứng của ngành giáo dục và trình độ phát triển kinh tế - xã hội của đất nước còn rất nhiều hạn chế.

Trong số trẻ có hoàn cảnh đặc biệt (HCĐB), trẻ khuyết tật là nhóm chiếm tỷ lệ lớn nhất: 86%. Theo số liệu điều tra năm 2016² có 2,79% trẻ từ 2 đến 17 tuổi có khuyết tật. Trong đó 88,41% tham gia giáo dục ở cấp tiểu học; 74,68% tham gia cấp trung học cơ sở và 39,35% tham gia cấp trung học phổ thông. Báo cáo giám sát thi hành Luật Giáo dục của Ủy ban Văn hóa, Giáo dục, Thanh thiếu niên và Nhi đồng (5/2018) chỉ rõ: Tuy số lượng trẻ em khuyết tật đến trường có tăng hàng năm nhưng mục tiêu huy động 70% trẻ em khuyết tật đến trường trong Chiến lược phát triển giáo dục vẫn khó đạt được. Năm 2015 “hơn một nửa số trẻ em khuyết tật nặng chưa từng được đến trường”. Cũng năm 2015, Báo cáo giám sát chuyên đề về Luật Người khuyết tật của Ủy ban Các vấn đề xã hội cũng cho thấy, hầu hết trường phổ thông chưa bảo đảm điều kiện cơ sở vật chất, trang thiết bị dạy để giáo dục hòa nhập. Rất nhiều tỉnh, thành phố chưa có trung tâm, trường cho học sinh khuyết tật. Phần lớn cán bộ quản lý, giáo viên dạy học sinh khuyết tật chưa được đào tạo, bồi dưỡng kiến thức, kỹ năng, nghiệp vụ chuyên môn về giáo dục hòa nhập. Số lượng người khuyết tật được dạy nghề đạt thấp, hầu hết chỉ ở trình độ sơ cấp...

Nhận định về thực trạng giáo dục hòa nhập (GDHN) các nhóm trẻ khác, Báo cáo Quốc gia giáo dục cho mọi người năm 2015 của Việt Nam và Báo cáo trẻ em ngoài nhà trường 2016 của Bộ Giáo dục - Đào tạo (GD&ĐT) đã nêu: Công bằng xã hội trong tiếp cận giáo dục đã được từng bước cải thiện, đặc biệt người dân tộc thiểu số, con

em các gia đình nghèo, trẻ em gái và các đối tượng bị thiệt thòi ngày càng được quan tâm. Tổng số trẻ em ngoài trường học ở lứa tuổi 5 - 14 tuổi năm 2014 là 715.400 em, giảm 36,5% so với 2009 (1.127.300 em)³. Về cơ bản, đã đạt được sự bình đẳng nam nữ trong giáo dục tiểu học, giáo dục trung học cơ sở. Giáo dục ở vùng đồng bào các dân tộc thiểu số, vùng sâu, vùng xa tiếp tục phát triển. Một số chính sách miễn, giảm học phí, cấp học bổng, cho vay đi học và hỗ trợ khác đối với học sinh, sinh viên thuộc diện chính sách đã mang lại hiệu quả thiết thực trong việc thực hiện công bằng xã hội và chất lượng giáo dục được nâng lên một bước.

Tuy nhiên, trẻ em độ tuổi tiểu học, trung học cơ sở và phổ thông đều thiệt thòi hơn ở tất cả các vùng, trong đó, thiệt thòi nhất là trẻ em nông thôn ở hai vùng dân tộc miền núi phía Bắc và Tây Nguyên. Một số trẻ em không được đi học do phải lao động, phụ giúp gia đình; một số trẻ do nhà xa không có cơ hội đến trường. Năm 2014, các gia đình di cư có tỷ lệ trẻ em ngoài nhà trường cao hơn các gia đình không di cư 1,2 lần ở độ tuổi 5 tuổi, 1,6 lần ở độ tuổi tiểu học và 1,7 lần ở độ tuổi trung học cơ sở.

Thực trạng nêu trên xuất phát từ những nguyên nhân sau đây:

- GDHN cho mọi trẻ em chỉ có thể được thực hiện khi quyền bình đẳng tham gia giáo dục được bảo đảm. Bản thân trẻ chưa đủ năng lực để nhận thức đầy đủ và tự bảo vệ quyền của mình, vì thế các văn bản quy phạm pháp luật cần có quy định rõ trách nhiệm của các cơ quan, cá nhân trong việc tham gia bảo đảm quyền được bình đẳng giáo dục của mọi trẻ em để các quy định có tính thực tiễn.

- Nhiều chủ trương, chính sách có mục tiêu tốt nhưng chưa sát với điều kiện

2 Tổng cục Thống kê, Báo cáo điều tra quốc gia người khuyết tật năm 2016, dự thảo 4.5 ngày 08/08/2018.

3 Bộ GD & ĐT, Báo cáo trẻ em ngoài nhà trường năm 2016, nghiên cứu của Việt Nam.

phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội của địa phương, đất nước. Ví dụ, quy định về việc các cơ sở giáo dục bắt buộc phải tiếp nhận học sinh khuyết tật và tạo đủ điều kiện để học sinh tham gia học hòa nhập. Trong khi thực tế, nhiều cơ sở giáo dục, cán bộ quản lý giáo dục, giáo viên chưa được đào tạo, bồi dưỡng về giáo dục, dạy học hòa nhập trẻ khuyết tật. Cơ sở vật chất các trường học vẫn chưa đảm bảo cho các cho trẻ không khuyết tật học và chưa có nguồn để cải tạo, phục vụ cho việc tham gia giáo dục, học tập của học sinh khuyết tật...

- Chính sách được xây dựng chưa thực sự phù hợp với chủ trương. Ví dụ, việc miễn, giảm kinh phí được quy định nhưng chỉ tập trung vào trẻ khuyết tật ở mức độ nặng và đặc biệt nặng, hoặc con của những gia đình thuộc diện nghèo hoặc cận nghèo. Trong khi đó, việc xác định khuyết tật và mức độ khuyết tật còn gặp nhiều khó khăn. Có tới hơn 80% trẻ khuyết tật chưa được xác định và cấp giấy chứng nhận khuyết tật⁴. Vì thế, nhiều trẻ khuyết tật chưa được hưởng các chính sách ưu tiên.

- Nghèo đói tuy có giảm qua các năm nhưng vẫn tiếp tục là rào cản kinh tế chủ yếu khiến nhiều trẻ chưa được đến trường. Thay vì được đến trường, các em phải di cư theo cha mẹ, phải lao động sớm kiếm tiền phụ giúp gia đình. Nhiều trẻ thiếu hoàn toàn sự quan tâm, chăm sóc của cha mẹ và người thân.

- Ngôn ngữ vẫn tiếp tục là rào cản lớn đối với nhóm học sinh dân tộc thiểu số hòa nhập. Bên cạnh đó, hệ thống trường học các cấp đặc biệt ở vùng núi, vùng sâu, vùng xa vẫn chưa đáp ứng được về số lượng và chất lượng. Khoảng cách tới trường từ nhà các em còn xa và thiếu phương tiện giao thông an toàn.

- Chương trình giáo dục phổ thông

(2000) còn quá tải đối với học sinh. Sách giáo khoa/tài liệu dạy học được biên soạn còn mang tính đồng loạt, chưa thực sự chú trọng tới các đặc điểm phát triển và đáp ứng nhu cầu đa dạng của học sinh (trẻ khuyết tật, trẻ em dân tộc thiểu số, trẻ em lang thang...). Các tài liệu phục vụ dạy, học trẻ khuyết tật thường có giá thành cao hơn nhiều lần so với tài liệu phổ thông nên nằm ngoài khả năng chi trả của gia đình và nhà trường.

- Môi trường khó tiếp cận, thiếu dịch vụ hỗ trợ nên chưa đáp ứng được nhu cầu tối thiểu của trẻ khuyết tật. Ví dụ, chưa có đường dành cho xe lăn ở các nhà trường; chưa có mạng lưới tư vấn, hướng dẫn cho giáo viên, phụ huynh; cung cấp phương tiện, thiết bị đặc thù cho giáo viên, học sinh; thực hiện các hỗ trợ thường xuyên và đột xuất trong GDHN...

- Theo quy định của Luật Người khuyết tật, việc điều chỉnh chương trình giáo dục cho trẻ khuyết tật sẽ do Trung tâm Hỗ trợ GDHN thực hiện. Tuy nhiên, hiện nay cả nước mới có 14 Trung tâm được thành lập. Các trung tâm này mặc dù hoạt động dưới sự quản lý của ngành giáo dục nhưng chưa đủ điều kiện pháp lý là cơ sở giáo dục. Vì vậy việc quản lý, chỉ đạo hoạt động và phát triển các trung tâm hỗ trợ gặp rất nhiều khó khăn.

2. Kiến nghị sửa đổi Luật Giáo dục nhằm bảo đảm cho trẻ có hoàn cảnh đặc biệt quyền được thụ hưởng nền giáo dục hòa nhập

GDHN nhằm tạo ra môi trường bình đẳng cho mọi trẻ em trong tiếp cận giáo dục, từ đó các em có điều kiện, cơ hội để thấu hiểu và hỗ trợ lẫn nhau. GDHN không chỉ có ý nghĩa nhân văn mà còn giúp mọi trẻ em phát huy tối đa khả năng của bản thân; hợp tác cùng nhau phát triển và đóng góp cho xã hội. Tuy nhiên, điểm bất cập là các vấn đề liên quan tới GDHN chưa được thể hiện rõ

4 Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Báo cáo đánh giá quy định xác định mức độ khuyết tật (2016)

trong Luật Giáo dục. Vì vậy, chúng tôi kiến nghị cần lồng ghép các vấn đề liên quan tới GDHN vào các quy định hiện hành của Luật Giáo dục. Theo đó, Luật Giáo dục cần được sửa đổi, bổ sung theo hướng sau đây:

a. Bổ sung quy định về Trung tâm hỗ trợ GDHN, Phòng Hỗ trợ GDHN trong trường mầm non và phổ thông

Trong gần 20 năm qua, số lượng trẻ có HCĐB nói chung trẻ khuyết tật nói riêng tăng gần 100 lần (7.000 trẻ năm 2001 lên đến gần 700.000, năm học 2017 - 2018). GDHN không đơn giản dừng lại ở việc huy động nhiều trẻ đến lớp, học cùng các bạn tại trường gần nhà mà quan trọng hơn là việc cung cấp hệ thống các dịch vụ đa dạng đáp ứng nhu cầu đặc biệt của các em. Nhiều nghiên cứu về hệ thống dịch vụ hỗ trợ GDHN được nghiên cứu thử nghiệm từ năm 2001⁵. Kết quả của những nghiên cứu thử nghiệm đó được thể hiện trong Quyết định số 1100/QĐ-TTg ngày 21/6/2006 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Kế hoạch thực hiện Công ước của Liên hiệp quốc về Quyền của người khuyết tật, giao cho Bộ GD & ĐT tổ chức thực hiện hoạt động giáo dục đối với người khuyết tật: Nâng cao năng lực hoạt động Trung tâm Hỗ trợ GDHN. Trong 12 năm qua, 14 Trung tâm Hỗ trợ GDHN, hàng trăm Phòng Hỗ trợ GDHN trong trường mầm non và phổ thông được vận hành, đóng góp quan trọng cho việc nâng cao chất lượng GDHN tại các địa phương. Nhiều văn bản chính sách, pháp luật tiếp tục đề cập đến nhiệm vụ và chức năng của các Trung tâm này như tại Mục b, tại khoản 3, Điều 50, Điều 31 Luật về Người khuyết tật (2010), Thông tư 58/2012 và Nghị định 46/2017. Các địa phương đã nhận thức được tầm quan trọng của Trung tâm, Phòng hỗ trợ đối với công tác hỗ trợ phát triển GDHN

(cụ thể là: phát hiện sớm, can thiệp sớm, bồi dưỡng giáo viên, phát triển chương trình, tư vấn phụ huynh và trực tiếp hỗ trợ trẻ khuyết tật...). Tuy nhiên, chính quyền địa phương không chuyển đổi trường chuyên biệt dạy trẻ khuyết tật thành Trung tâm Hỗ trợ GDHN vì các lý do sau:

Một là, Luật Giáo dục không xác định Trung tâm Hỗ trợ GDHN là cơ sở giáo dục nên không có cơ sở pháp lý để áp dụng các chuẩn mực của ngành giáo dục (như quy định về môi trường giáo dục an toàn, lành mạnh, thân thiện, phòng, chống bạo lực học đường theo Nghị định 80/2017/NĐ-CP ngày 17/7/2017 của Chính phủ...). Điều này gây khó khăn trong việc tạo ra một môi trường giáo dục tốt nhất đối với trẻ em ở các Trung tâm, đặc biệt nhóm trẻ yếu thế và dễ bị xâm hại, tổn thương.

Hai là, do Trung tâm chưa phải là “cơ sở giáo dục” nên không có cơ quan chủ quản trực tiếp (kể cả ngành giáo dục). Từ đó việc quản lý, vận hành, cũng như thực hiện chính sách, chế độ cho cán bộ, nhân viên gặp rất nhiều khó khăn (cán bộ, giáo viên sẽ không còn là cán bộ, viên chức, giáo viên của ngành giáo dục). Sự chỉ đạo của ngành giáo dục cho việc chuyển đổi, nâng cấp các cơ sở giáo dục chuyên biệt cho người khuyết tật thành Trung tâm gặp rất nhiều khó khăn hoặc không thực hiện được.

Chúng tôi cho rằng, để khắc phục những bất cập nêu trên, bảo đảm cho trẻ có HCĐB quyền được thụ hưởng nền GDHN, cần bổ sung quy định “Trung tâm Hỗ trợ GDHN là cơ sở giáo dục” và đưa Phòng Hỗ trợ GDHN trong trường mầm non và phổ thông vào Dự thảo Luật Giáo dục sửa đổi (Dự thảo Luật).

b. Về độ tuổi nhập học

Nhằm giải quyết tình trạng người

5 Báo cáo thực trạng hệ thống dịch vụ hỗ trợ GDHN (2016) thuộc Dự án hợp tác giữa Viện Khoa học Giáo dục Việt Nam và tổ chức UNICEF.

khuyết tật gặp khó khăn trong tiếp cận giáo dục phổ thông, Luật Giáo dục đã có những ưu tiên về độ tuổi đối nhập với người học là người khuyết tật (khoản 2 Điều 26), chính sách này được tái khẳng định tại khoản 2 Điều 27 Luật Người khuyết tật năm 2010. Tuy nhiên, những quy định này vẫn còn một số bất cập sau:

Thứ nhất, theo quy định của Thông tư liên tịch 42/2013/TTLT-BGDĐT-BLĐTBXH-BTC của các Bộ GD&ĐT, Lao động - Thương binh và xã hội, Tài chính, người khuyết tật được nhập học ở độ tuổi cao hơn so với quy định chung là 3 tuổi. Dưới góc độ bảo vệ quyền lợi của tất cả người học, việc đưa ra giới hạn độ tuổi nhập học là hợp lý. Xuất phát từ việc mỗi độ tuổi có mức độ phát triển về tâm sinh lý khác nhau, sự khác biệt quá lớn về thể chất cũng như tinh thần có thể khiến người nhập học ở độ tuổi quá cao khó hòa đồng với nhóm còn lại, từ đó mục tiêu của GDHN không đạt được. Tuy nhiên, nếu giữ nguyên mức giới hạn như hiện tại sẽ gây ảnh hưởng tới quyền được tiếp cận giáo dục của trẻ khuyết tật trong những trường hợp nhất định. Hiện nay, mặc dù chưa có thống kê cụ thể về số lượng trẻ khuyết tật không được đến trường vì lý do độ tuổi, nhưng trên thực tế, tình trạng này vẫn đang diễn ra. Thông thường nhóm này có thể phải nhập học muộn vì những nguyên nhân đa dạng: do phải dành thời gian tham gia các hoạt động phục hồi chức năng hoặc do bản thân khiếm khuyết về thể chất hoặc tinh thần tác động tới khả năng đi học...

Thứ hai, quá trình thực hiện chính sách này còn một số vướng mắc do Văn bản hợp nhất 03/VBHN-BGDĐT Thông tư Ban hành điều lệ trường tiểu học năm 2014 của Bộ GD&ĐT ghi nhận “trẻ em khuyết tật có thể vào học lớp một ở độ tuổi từ bảy đến mười bốn tuổi” (Khoản 2 Điều 40). Quy định này chưa thực sự tương thích với Thông tư liên tịch 42/2013/TTLT-BGDĐT-BLĐTBXH-BTC đã dẫn ở trên.

Chúng tôi cho rằng, chính sách về độ tuổi nhập học là một vấn đề lớn, không chỉ thuần túy thuộc lĩnh vực giáo dục mà liên quan đến rất nhiều lĩnh vực khác như y tế (sinh lý); tâm lý... Thực tiễn cũng cho thấy, việc chăm sóc, bảo vệ, quản lý đối tượng là trẻ em phải thông qua nhiều quy định pháp lý khác nhau, cần sự tham gia của rất nhiều bộ ngành, tổ chức có liên quan. Vì vậy, để đảm bảo tính thống nhất cũng như bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người khuyết tật và các đối tượng đặc thù khi tham gia giáo dục phổ thông, Dự thảo Luật không nên xác định cụ thể độ tuổi nhập học đối với những đối tượng là người khuyết tật, mà để Chính phủ quy định. Chính phủ có thể ủy quyền cho Bộ GD&ĐT tạo chủ trì, phối hợp với các bộ ngành, tổ chức có liên quan tiến hành các hoạt động nghiên cứu, khảo sát cần thiết và đưa ra mức tuổi nhập học phù hợp (theo hướng mở rộng so với hiện nay).

c. Về xác nhận đã tham gia chương trình tiểu học, trung học phổ thông

Giáo dục là một quyền cơ bản của con người và là điều kiện tiên quyết để thực hiện các quyền khác của con người. Do điều kiện đặc biệt về sức khỏe, khiếm khuyết về thể chất và tinh thần mà một số học sinh là người khuyết tật, mặc dù tham gia học hết chương trình tiểu học, trung học cơ sở, trung học phổ thông, nhưng có không đủ điều kiện theo quy định của Bộ GD&ĐT để xét tốt nghiệp thì cần xem xét cấp Giấy xác nhận đã tham gia chương trình tiểu học, trung học phổ thông. Theo đó, cần bổ sung khoản 4 Điều 31 Dự thảo Luật như sau:

Khoản 4. Học sinh có hoàn cảnh đặc biệt học hết chương trình tiểu học; trung học cơ sở hoặc trung học phổ thông nhưng không có khả năng hoàn thành nhiệm vụ một hay nhiều môn học và hoạt động giáo dục (dù bản thân đã nỗ lực và nhận sự hỗ trợ tích cực) thì được Hiệu trưởng xác nhận trong học bạ đã tham dự chương trình môn học đó hay cấp học đó.

d. Chương trình và Sách giáo khoa

Do sự đa dạng về tật, người khuyết tật gặp rất nhiều trở ngại khi tiếp xúc với học liệu tại các cơ sở giáo dục. Trên tinh thần quy định của khoản 3 Điều 27 Luật Người khuyết tật năm 2010, để đảm bảo quyền lợi trong lĩnh vực giáo dục cho người khuyết tật, người khuyết tật cần được cung cấp phương tiện, tài liệu hỗ trợ học tập riêng biệt trong trường hợp cần thiết. Cụ thể, người khuyết tật nghe, nói được học bằng ngôn ngữ ký hiệu; người khuyết tật nhìn được học bằng chữ nổi Braille theo chuẩn quốc gia tại các trường hoà nhập, bán hoà nhập hay chuyên biệt. Người khuyết tật trí tuệ cần được cung cấp thêm các tài liệu hỗ trợ dạy kỹ năng sống và dạy học trực quan...

Chúng tôi cho rằng, đây là vấn đề quan trọng cần được nhấn mạnh trong Dự thảo Luật, tạo cơ sở pháp lý để các cơ quan chức năng tổ chức nghiên cứu, phát triển chương trình, học liệu phù hợp dành cho người khuyết tật. Điều này sẽ giúp xóa bỏ những rào cản trong quá trình học tập của người khuyết tật, đảm bảo sự tham gia giáo dục một cách trọn vẹn và bình đẳng, phù hợp

với Luật Người khuyết tật. Vì vậy, chúng tôi đề nghị bổ sung khoản 4 Điều 29 Dự thảo Luật như sau: “Bộ trưởng Bộ GD&ĐT quy định cụ thể tiêu chuẩn, quy trình biên soạn, điều chỉnh chương trình giáo dục phổ thông, sách giáo khoa cho phù hợp với nhu cầu đặc biệt của trẻ có HCDB; chủ trì ban hành quy chuẩn quốc gia đối với Sách giáo khoa chữ nổi Braille và sách ngôn ngữ ký hiệu thuộc các cấp giáo dục phổ thông, hệ thống danh mục học liệu dành cho trẻ khuyết tật...”

e. Bồi dưỡng chuyên môn nghiệp vụ cho nhà giáo

Khẳng định GDHN là phương thức giáo dục chủ yếu đối với người khuyết tật, đồng thời đặt ra yêu cầu đối với đội ngũ giáo viên, nhân viên trong các cơ sở GDHN phải có kiến thức, kỹ năng nghiệp vụ cần thiết trong quá trình giảng dạy, giao tiếp với người học là người khuyết tật. Vì vậy, chúng tôi đề nghị bổ sung vào mục 3, Chương IV nội dung “Nhà nước có chính sách đào tạo, bồi dưỡng chuyên môn, nâng cao nghiệp vụ về GDHN cho nhà giáo trong các cơ sở GDHN theo quy định của Luật Người khuyết tật”■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Báo cáo thực trạng hệ thống dịch vụ hỗ trợ GDHN (2016,) thuộc Dự án hợp tác giữa Viện Khoa học Giáo dục Việt Nam và tổ chức UNICEF
2. Bộ GD & ĐT, Báo cáo Quốc gia giáo dục cho mọi người 2015 của Việt Nam.
3. Bộ GD & ĐT, Thông tư số 22/2016/TT-BGDĐT ngày 22/9/2016.
4. Bộ GD & ĐT, Báo cáo trẻ em ngoài nhà trường 2016, nghiên cứu của Việt Nam.
5. Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Báo cáo đánh giá quy định xác định mức độ khuyết tật (2016).
6. Luật Giáo dục (sửa đổi), Dự thảo ngày 04/08/2018
7. Luật Trẻ em năm 2016.
8. Quyết định về việc ban hành kế hoạch hành động quốc gia thực hiện chương trình nghị sự 2030 vì sự phát triển bền vững, số 622/QĐ-TTg, ban hành ngày 10/5/2017.
9. Tổng cục Thống kê, Báo cáo điều tra quốc gia người khuyết tật 2016, dự thảo 4.5 ngày 08/08/2018.
10. Tuyên bố Salamanca và Cương lĩnh hành động về giáo dục theo nhu cầu đặc biệt, Hội nghị thế giới về giáo dục trẻ em có nhu cầu đặc biệt: Khả năng tiếp cận và chất lượng, Salamanca, Tây Ban Nha, 1994, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội 2002./.

TÁC ĐỘNG CỦA TĂNG THUẾ THUỐC LÁ ĐẾN TỔNG SẢN LƯỢNG VÀ VIỆC LÀM CỦA NỀN KINH TẾ

Nguyễn Thị Thu Hiền*

* TS. Bộ môn Kinh tế học, Trường Đại học Thương mại

Thông tin bài viết:

Từ khóa: thuế tiêu thụ đặc biệt, tiêu dùng thuốc lá, tổng sản lượng, việc làm

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/11/2018

Biên tập : 03/12/2018

Duyệt bài : 06/12/2018

Article Information:

Keywords: special consumption tax; tobacco consumption; total outputs, employment

Article History:

Received : 30 Nov. 2018

Edited : 03 Dec. 2018

Approved : 06 Dec. 2018

Tóm tắt:

Nghiên cứu sử dụng phương pháp phân tích I-O để ước tính tác động của tăng thuế thuốc lá đối với sản lượng và việc làm tại Việt Nam theo các phương án đề xuất tăng thuế của Bộ Tài chính và Bộ Y tế, kết quả cho thấy, khi tăng thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá sẽ có tác động làm gia tăng tổng sản lượng và việc làm của nền kinh tế. Với phương án tăng thuế thêm 5.000 đ/bao thuốc lá, sản lượng và việc làm sẽ tăng tương ứng là 0,003% (486.894 triệu đồng) và 0,06% (33.831 việc làm). Kết quả này cũng khá tương đồng với hầu hết các nghiên cứu quốc tế đã công bố cho thấy, khi người tiêu dùng giảm chi tiêu của họ cho các sản phẩm thuốc lá thì khoản chi tiêu này sẽ được chuyển sang mua những hàng hóa và dịch vụ thay thế làm tăng lợi ích tiêu dùng, cải thiện sức khỏe cộng đồng và nâng cao năng suất lao động. Vì thế, tăng thuế có thể làm thu hẹp sản lượng và việc làm trong ngành thuốc lá nhưng lại làm mở rộng sản lượng và việc làm trong những ngành khác.

Abstract

This study using the IO analysis method to estimate the impacts of tobacco tax increases on outputs and employment in Vietnam based on the proposed options of tax increase by the Ministry of Finance and the Ministry of Health. The study results reveal that increase in special consumption taxes on tobacco would have the effects of increasing the total outputs and employment of the economy. With the tax increase of 5,000 dong per cigarette packet, the outputs and employment will increase by 0.003% (486.894 million dong) and 0.06% (33,831 jobs), respectively. The result is quite similar to the most published international studies, which is showing that, as the consumers reduce their expenditure on tobacco products, their money would be shifted to purchases of goods and alternative services for further consuming interests, improvement of public health and increase in labor productivity. Thus, tax increase could reduce yields and jobs in the tobacco industry but increase outputs and employment in other industries.

Tăng thuế thuốc lá là một trong những biện pháp hiệu quả để giảm tỷ lệ hút thuốc và các gánh nặng bệnh tật, tài chính do hút thuốc lá gây ra. Tăng thuế cũng sẽ có những tác động đối với nền kinh tế về sản lượng và việc làm. Nghiên cứu tại một số quốc gia cho thấy, tăng thuế có thể đồng thời làm tăng tổng sản lượng và việc làm, trong khi tại một số quốc gia khác, tăng thuế làm giảm tổng sản lượng của nền kinh tế. Tại Việt Nam, đã có hai nghiên cứu trước đây ước tính tác động của tăng thuế đến việc làm và cho thấy kết quả tác động là tích cực. Nghiên cứu này nhằm cập nhật kết quả nghiên cứu trước đây, ước tính tác động của tăng thuế đến tổng sản lượng và việc làm của nền kinh tế.

1. Các phương án tăng thuế thuốc lá được đề xuất

Việt Nam nằm trong nhóm 15 quốc gia có số người hút thuốc lá nhiều nhất trên thế giới, đứng thứ ba trong khu vực ASEAN. Tỷ lệ hút thuốc của nam giới trưởng thành là 45,3%, và ở thanh thiếu niên trong độ tuổi từ 15 đến 24 là 24,3%. Theo mục tiêu Chiến lược quốc gia về Phòng, chống tác hại thuốc lá đến năm 2020, Việt Nam sẽ phải giảm tỷ lệ sử dụng thuốc lá trong nam giới xuống còn 39%, tương đương mức giảm 6,3% so với năm 2015.

Theo kết quả tính toán từ số liệu Điều tra toàn cầu về sử dụng thuốc lá ở người trưởng thành ở Việt Nam năm 2015 (GATS 2015), Việt Nam đã và đang phải chịu gánh nặng rất lớn về kinh tế và bệnh tật do sử dụng thuốc lá. Tổng số tiền mà người tiêu dùng đã chi để mua thuốc lá lên đến 31 nghìn tỷ đồng năm 2015. Đồng thời, tổng chi phí cho điều trị và mất khả năng lao động vì bệnh tật và tử vong sớm cho năm nhóm bệnh do thuốc lá gây ra là 24 nghìn tỷ đồng mỗi năm.

Dự thảo Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt (TTĐB) đề xuất, từ thời điểm 01/01/2020 sẽ áp dụng thuế TTĐB hỗn hợp đối với thuốc lá. Theo đó, ngoài việc duy trì tỷ lệ thuế TTĐB là 75% trên giá bán lẻ, bổ sung thuế tuyệt đối ở mức 1.000 đồng/bao thuốc lá 20 điếu;

15.000 đồng/điếu xì gà. Với phương án tăng thuế này, tỷ lệ hút thuốc ở nam giới sẽ chỉ giảm 1,5% vào năm 2020, thấp hơn nhiều so với mục tiêu giảm 6,3% của Chính phủ.

Bộ Y tế đề xuất bổ sung thuế tuyệt đối với thuốc lá ở mức tối ưu là 5.000đ/bao bên cạnh biểu thuế theo tỷ lệ hiện hành và tối thiểu phải đạt ở mức 2.000 đồng/bao. Với mức bổ sung thuế 5.000đ/bao, tỷ lệ hút thuốc lá ở nam giới có thể giảm 6% sẽ giúp đạt mục tiêu quốc gia về giảm tỷ lệ hút thuốc lá.

Bảng 1: Các phương án tăng thuế TTĐB đối với thuốc lá vào năm 2019

	Thuế tỷ lệ (%)	Thuế tuyệt đối (đồng)	Ghi chú
Mức thuế trước khi tăng	75	0	
Phương án 1	75	1.000	Phương án Bộ Tài chính (Dự thảo 17/8/2017)
Phương án 2	75	5.000	Đề xuất của Bộ Y tế và WHO

Nguồn: Dự thảo Sửa đổi Luật Thuế TTĐB (Bộ Tài chính)

2. Phương pháp ước tính tác động của tăng thuế đối với sản lượng việc làm

Tăng thuế thuốc lá làm tăng giá thuốc lá và lượng tiêu dùng thuốc lá sẽ giảm. Khi số tiền mà người tiêu dùng chi trả cho các công ty thuốc lá giảm, họ có thể sử dụng số tiền dôi ra này (do giảm chi cho mua thuốc lá) để tăng chi tiêu cho các hàng hóa và dịch vụ khác. Điều này có nghĩa là, khi cầu tiêu dùng về thuốc lá giảm sẽ làm tăng cầu tiêu dùng về các hàng hóa và dịch vụ khác trong nền kinh tế.

Ngoài ra, Chính phủ cũng sẽ thu được một khoản thuế thuốc lá do người tiêu dùng chi trả. Việc phải nộp thuế thuốc lá nhiều

hơn cũng sẽ làm giảm chi tiêu của người tiêu dùng cho các hàng hóa dịch vụ tiêu dùng. Nhưng với số thu ngân sách gia tăng, Chính phủ có thể tăng chi tiêu cho các hàng hóa và dịch vụ trong nền kinh tế.

Như vậy, tăng thuế thuốc lá sẽ có thể tạo ra hai tác động ngược chiều đối với tổng sản lượng và việc làm của nền kinh tế. *Theo hướng tác động thứ nhất*, tăng thuế thuốc lá làm giảm cầu tiêu dùng đối với thuốc lá (do giá thuốc lá tăng) và các hàng hóa dịch vụ khác (do phải nộp thuế thuốc lá cho Chính phủ). Theo hướng này, thuế thuốc lá sẽ làm giảm sản lượng và việc làm của nền kinh tế. *Theo hướng tác động thứ hai*, người tiêu dùng sẽ tăng chi tiêu cho các hàng hóa và dịch vụ khác (do chi mua thuốc lá giảm), Chính phủ cũng có thể tăng chi mua hàng (do thu thuế nhiều hơn) làm tăng cầu với các hàng hóa và dịch vụ này. Khi đó, thuế thuốc lá làm tăng sản lượng và việc làm của nền kinh tế.

Mức độ thay đổi ròng về tổng giá trị sản lượng và số việc làm của nền kinh tế sẽ tùy thuộc vào tương quan về mức giảm của tổng sản lượng và số việc làm ở hướng tác

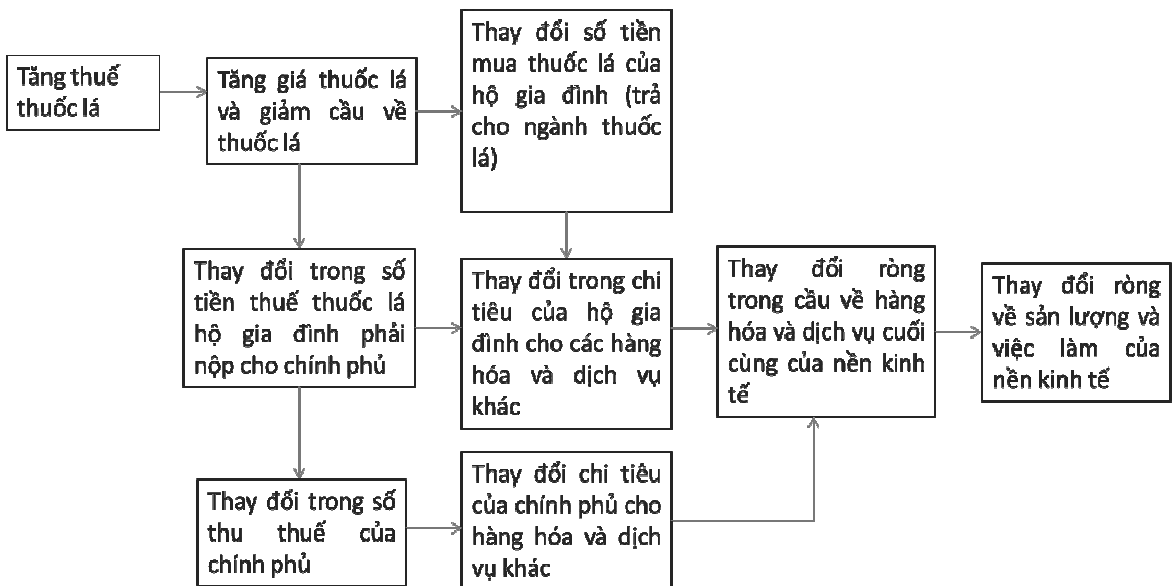
động thứ nhất so với mức tăng tổng sản lượng và số việc làm ở hướng tác động thứ hai. Kết quả này sẽ phụ thuộc rất lớn vào quyết định phân bổ lại chi tiêu của người tiêu dùng và của Chính phủ cũng như đặc thù của các ngành sản xuất trong nền kinh tế.

Có thể mô hình hóa khung phân tích các hướng tác động của tăng thuế đến tổng sản lượng và số việc làm của nền kinh tế thông qua Sơ đồ 1 dưới đây:

Để ước tính tác động của tăng thuế thuốc lá đối với việc làm, trong nghiên cứu này, chúng tôi sử dụng phương pháp phân tích Đầu vào - Đầu ra (Input - Output). Phương pháp này dựa trên cơ sở mối liên kết (trước - sau) giữa các ngành trong nền kinh tế và cho phép mô phỏng tác động chính sách đến sự thay đổi sản lượng và việc làm của các ngành trong nền kinh tế. Phương pháp này được đề xuất bởi WHO.

Dữ liệu cơ bản được sử dụng trong nghiên cứu này là *Bảng cân đối liên ngành* (gọi tắt là Bảng I-O) của Việt Nam năm 2016. Bảng I-O là một công cụ để cung cấp một bức tranh toàn diện về một nền kinh tế trên các khía cạnh của công nghệ sản xuất

Sơ đồ 1: Khung phân tích tác động của tăng thuế đến tổng sản lượng và việc làm của nền kinh tế



Nguồn: Tác giả tổng hợp

áp dụng để tạo ra các sản phẩm (thể hiện qua hệ số đầu vào), sử dụng sản lượng được sản xuất trong nước (thể hiện qua cơ cấu hình thành tổng vốn, tiêu dùng cuối cùng và xuất khẩu) và thu nhập từ sản xuất (mô tả bởi cấu trúc tiền công cho người lao động, vốn cố định, thuế ròng khác...). Tại Việt Nam, Bảng dữ liệu I-O do Tổng cục Thống kê (GSO) tính toán và công bố. Các khái niệm sử dụng và phương pháp xác định bảng I-O của Việt Nam được xây dựng dựa trên hệ thống tài khoản quốc gia (System of National Accounts -SNA). Cho đến nay, GSO đã xây dựng Bảng I-O cho các năm 1989, 1996, 2000, 2007, 2012 và 2016. Bảng I-O 2016 là bảng cập nhật nhất ở Việt Nam hiện nay.

Ngoài Bảng I-O, nghiên cứu này còn sử dụng kết quả từ Báo cáo nghiên cứu của Vụ Chính sách thuế (Bộ Tài chính) ước tính tác động của tăng thuế đến tiêu dùng và số thu ngân sách.

3. Kết quả nghiên cứu trước đây về tác động của tăng thuế đối với việc làm ở Việt Nam và một số nước

Tại Việt Nam, đã có hai nghiên cứu sử dụng phương pháp I-O để ước tính tác động của tăng thuế thuốc lá đến sự thay đổi sản lượng, việc làm của các ngành và tổng số việc làm của nền kinh tế. Nghiên cứu thứ nhất của Trường Đại học Thương mại thực hiện năm 2008, sử dụng Bảng I-O của Việt Nam năm 2000 và nghiên cứu của Viện Chính sách công và Quản lý, Trường Đại học Kinh tế quốc dân thực hiện năm 2013.

Theo kết quả nghiên cứu của Trường Đại học Thương mại năm 2008, nếu Chính phủ tăng tỷ lệ thuế TTĐB đối với thuốc lá từ mức thuế 55% lên 110% sẽ làm tổng sản lượng của nền kinh tế tăng 1.004,7 tỷ đồng và tổng số việc làm tăng 190.916 việc làm; với mức tăng thuế ít hơn, từ 55% lên 77,5% tổng sản lượng và việc làm của nền kinh tế tăng tương ứng là 604,8 tỷ đồng và 114.526 việc làm. Có 45 trong số 48 ngành của nền kinh tế có kết quả tác động ròng là dương về tổng sản lượng và việc làm, chỉ có ba ngành có kết quả tác động ròng âm.

Kết quả nghiên cứu của Viện Chính sách công và Quản lý năm 2013 cho thấy, nếu Chính phủ tăng tỷ lệ thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá từ 65% lên 85% sẽ làm tổng sản lượng của nền kinh tế tăng 1.979 tỷ đồng và tổng số việc làm của nền kinh tế tăng 60.278 việc làm; nếu Chính phủ tăng thuế mạnh hơn, từ 65% lên 105%, tổng sản lượng của nền kinh tế sẽ tăng 3.958,5 tỷ đồng và tổng số việc làm của nền kinh tế sẽ tăng 120.556 việc làm.

Kết quả nghiên cứu về tác động của tăng thuế đối với việc làm tại một số nước sử dụng phương pháp phân tích I-O cũng cho thấy tác động tích cực của tăng thuế thuốc lá đối với tổng sản lượng và việc làm của nền kinh tế, ngoại trừ tại một số quốc gia có ngành thuốc lá chiếm tỷ trọng lớn trong nền kinh tế.

Nghiên cứu của McNicoll và Boyle (1992) ước tính tác động của việc giảm tiêu dùng thuốc lá đối với việc làm của nền kinh tế Scotland vào năm 1989. Kết quả cho thấy nếu tất cả mọi người dừng hút thuốc thì số việc làm sẽ tăng thêm 0,1% (tương đương với 8.000 việc làm tại nước này). Nghiên cứu của Buck và cộng sự (1995) ước tính tác động tăng thuế thuốc lá ở nước Anh. Kết quả cho thấy, nếu thuế làm mức tiêu dùng thuốc lá giảm 40%, tổng số việc làm sẽ tăng từ 155.000 tới 165.000 phụ thuộc vào việc Chính phủ tăng các loại thuế khác như thế nào. Nghiên cứu của Van der Merwe (1998) đối với Nam Phi cho thấy, khi Chính phủ thực hiện các biện pháp nhằm hạn chế sử dụng thuốc lá sẽ có thể tạo thêm 50.236 việc làm (+0,4%) cho nền kinh tế. Trong khi đó, đối với Bangladesh, nghiên cứu của Barkat và cộng sự (2012) cho thấy, nếu Chính phủ đánh thuế 34 *taka* cho gói 10 điếu (tức là bằng 70% giá bán lẻ) thì có thể tăng thêm doanh thu thuế cho Chính phủ là 15,1 tỷ *taka* (tương đương 200 triệu *đô la*). Việc tăng thuế thuốc lá sẽ không tác động đáng kể với việc làm của toàn bộ nền kinh tế. Khi tiền thuế

thu được từ việc tăng thuế thuốc lá được sử dụng cho các khoản chi tiêu khác, đặc biệt là các ngành sử dụng nhiều lao động, nó sẽ kích thích tạo việc làm mới và có thể bù đắp cho số việc làm bị mất trong ngành thuốc lá. Tại Indonesia, Ahsan và Wiyono (2007) sử dụng số liệu từ Điều tra Lực lượng lao động Quốc gia (NLFS) năm 2003 và Bảng I-O năm 2003 để ước lượng tác động của tăng thuế thuốc lá tới việc làm. Kết quả cho thấy, việc tăng thuế thuốc lá có tác động tích cực đến việc làm của nước này. Cụ thể, nếu tăng thuế 50% thì tổng số việc làm mới tăng thêm cho nền kinh tế là 140.567. Nếu tăng

này quay trở lại tác động tiêu cực là có thể làm mất hơn 100 việc làm và tác động cuối cùng của chính sách này là làm mất tới 90 việc làm. Điều này có nghĩa là nếu tăng thuế tiêu thụ đặc biệt lên \$0,1/bao thuốc sẽ làm tăng ròng số việc làm của bang là 90 việc làm. Nghiên cứu của Irvine và Sims (1997) đánh giá tác động của giảm tiêu dùng thuốc lá đến việc làm của Canada (một quốc gia có tỷ trọng của ngành thuốc lá trong nền kinh tế khá lớn). Kết quả là với mức giảm 20% trong mức chi tiêu cho thuốc lá sẽ làm giảm tổng số việc làm của nền kinh tế là 6.120 việc làm (gần 0,1% số việc làm cả nước).

Bảng 2: Tác động của tăng thuế thuốc lá đến sản lượng và việc làm ở Việt Nam theo các phương án tăng thuế

Tiêu chí	Kết quả tác động của các phương án tăng thuế	
	Thuế tỷ lệ 75% Thuế tuyệt đối: 1000đ	Thuế tỷ lệ 75% Thuế tuyệt đối: 5000 đ
Thay đổi giá trị tổng sản lượng (triệu đồng)	791.776	486.894
Tỷ lệ thay đổi về giá trị sản lượng (%)	0,005%	0,003%
Thay đổi tổng việc làm (số việc làm)	13.999	33.831
Tỷ lệ thay đổi về việc làm (%)	0,03%	0,06%

Nguồn: Kết quả ước tính của tác giả

thuế 100%, tổng số việc làm sẽ tăng thêm là 281.135 (tương đương 0,3% tổng số việc làm của cả nước). Nghiên cứu của PolEcon Research (2011) ước tính tác động của giảm thuế tiêu thụ đặc biệt cho thuốc lá ở Bang New Hampshire đối với việc làm. Kết quả ước lượng cho thấy, khi giảm thuế tiêu thụ đặc biệt ở mức \$0,1/bao thuốc sẽ tăng thêm 39 việc làm cho bang, nhưng doanh thu ngân sách của Chính phủ bang sẽ bị giảm và điều

Tuy nhiên, nghiên cứu này giả định rằng khi tăng thuế thì chi tiêu của Chính phủ cũng giảm. Trong khi đó, Allen (1993) lại cho rằng, sự thay đổi về công nghệ mới trong sản xuất thuốc lá mới là nguyên nhân cơ bản làm giảm việc làm trong ngành công nghiệp thuốc lá của nước này. Ngoài ra, khi tăng thuế sẽ làm tăng thu ngân sách, khi đó Chính phủ có thể tăng chi tiêu vào các dịch vụ công cộng và tạo thêm việc làm.

Tổng hợp các nghiên cứu trước đây cho thấy, nếu ngành thuốc lá chiếm tỷ trọng nhỏ trong nền kinh tế và có mối liên kết thấp với các ngành khác thì tăng thuế thuốc lá sẽ tác động tích cực đến sản lượng và việc làm.

4. Kết quả ước tính tác động của tăng thuế đối với sản lượng và việc làm theo các phương án tăng thuế ở Việt Nam

Kết quả ước tính tác động của tăng thuế TTĐB đối với tổng sản lượng và việc làm của nền kinh tế được thể hiện trong Bảng 2. Đối với cả ba phương án tăng thuế thuốc lá được đề xuất hiện nay, tác động ròng về sản lượng và việc làm đều dương, nghĩa là khi tăng thuế sẽ làm tăng tổng sản lượng và việc làm của nền kinh tế.

Với phương án theo đề xuất của Bộ Tài chính: giữ nguyên thuế tỷ lệ là 75% và bổ sung thuế đơn vị 1.000 đồng/bao thuốc lá, tổng giá trị sản lượng của nền kinh tế sẽ tăng 0,005% (tương đương mức tăng tuyệt đối là 791.776 triệu đồng) và số việc làm của nền kinh tế tăng ròng 0,03% (tương đương 13.999 việc làm).

Với phương án theo đề xuất của Bộ Y tế: giữ nguyên thuế tỷ lệ là 75% và bổ sung thuế đơn vị 2.000 đồng/bao thuốc lá, tổng giá trị sản lượng của nền kinh tế sẽ tăng 0,008% (tương đương mức tăng tuyệt đối là 1.236.354 triệu đồng) và số việc làm của nền kinh tế tăng ròng 0,05% (tương đương 24.473 việc làm).

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ Tài chính (2018), *Dự thảo Luật sửa đổi một số điều của Luật Thuế giá trị gia tăng, Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt, Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp, Luật Thuế thu nhập cá nhân và Luật Thuế tài nguyên*.
2. Zhang Ping. 2013. "Công cụ 5: kiểm soát thuốc lá, Hiểu và Đánh giá tác động của chính sách kiểm soát thuốc lá đối với việc làm" trong Ayda Yurekli & Joy de Beyer (eds.), *The World Bank Economics of Tobacco Toolkit*.
3. Vụ Chính sách thuế - Bộ Tài chính (2018), *Tác động của tăng thuế đến tiêu dùng và số thu ngân sách*. Báo cáo nghiên cứu.
4. WHO (2017), *Tình hình sử dụng thuốc lá ở người trưởng thành ở Việt Nam – GATS 2015*, Fact Sheet.
5. Giang Thanh Long và cộng sự, *Tác động của tăng thuế thuốc lá đến việc làm: Tổng quan các kết quả nghiên cứu quốc tế và tại Việt Nam*. Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 17, tháng 9/2014./.

Với phương án thuế tối ưu theo khuyến nghị của Tổ chức Y tế thế giới: giữ nguyên thuế tỷ lệ là 75% và bổ sung thuế đơn vị 5.000 đồng/bao thuốc lá, tổng giá trị sản lượng của nền kinh tế sẽ tăng 0,003% (tương đương mức tăng tuyệt đối là 486.894 triệu đồng) và số việc làm của nền kinh tế tăng ròng 0,06% (tương đương 33.831 việc làm).

Như vậy, kết quả nghiên cứu cho thấy, mức tăng thuế cao hơn sẽ làm gia tăng tổng số việc làm của nền kinh tế nhiều hơn.

5. Kết luận

Tăng thuế thuốc lá không những cải thiện sức khỏe cộng đồng do làm giảm tiêu dùng thuốc lá mà còn có tác động tích cực đối với nền kinh tế. Việc tăng thuế thuốc lá dẫn đến hai tác động ngược chiều nhau đối với sản lượng và việc làm. Một mặt, chính sách này sẽ làm giảm sản lượng và mức tiêu dùng thuốc lá và dẫn đến giảm sản lượng và việc làm. Mặt khác, tiền thuế thu thêm từ thuốc lá sẽ được dùng để tiêu thụ các hàng hóa và dịch vụ khác nên sản lượng và việc làm của các lĩnh vực sản xuất hàng hóa và dịch vụ đó sẽ tăng lên. Tác động ròng đối với sản lượng và việc làm là tích cực.

Vì vậy, Chính phủ cần tiếp tục tăng thuế thuốc lá với mức tăng đủ lớn và thực hiện các chính sách kiểm soát thuốc lá khác để ngăn chặn hút thuốc lá và giảm tác hại của việc sử dụng các sản phẩm thuốc lá ■

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI Ở VIỆT NAM¹

Nguyễn Đức Kiên*

* TS. Phó Chủ nhiệm Ủy ban Kinh tế của Quốc hội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bộ luật Dân sự năm 2015, hợp đồng thương mại, pháp luật về hợp đồng thương mại

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 23/10/2018

Biên tập : 06/11/2018

Duyệt bài : 13/11/2018

Article Information:

Keywords: Civil Code of 2015; commercial contract; law on commercial contracts.

Article History:

Received : 23 Oct. 2018

Edited : 06 Nov. 2018

Approved : 13 Nov. 2018

Tóm tắt:

Trong bối cảnh Bộ luật Dân sự năm 2015 là “luật chung” điều chỉnh các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng đã sửa đổi một số quy định liên quan đến hợp đồng và việc Việt Nam tham gia các Hiệp định như Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương, Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Liên minh châu Âu, Công ước Viên 1980 về mua bán hàng hóa... đã đặt ra yêu cầu phải sửa đổi pháp luật về hợp đồng thương mại. Sửa đổi pháp luật về hợp đồng thương mại nhằm phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 và các cam kết quốc tế để góp phần hoàn thiện khung pháp lý về hợp đồng trong nền kinh tế thị trường và tạo tiền đề cho việc thực thi các cam kết quốc tế.

Abstract

In the context of the Civil Code of 2015 as the "general law" covering the civil relations in a broad sense, it was amended with a number of provisions related to contracts and Vietnam's accession to treaties such as the Partnership Agreement Trans-Pacific, Vietnam-EU Free Trade Agreement, the Vienna Convention on Trade in Goods of 1980... It is required to amend the laws on commercial contracts. The amendment of the law on commercial contracts is comply the provisions of the Civil Code of 2015 and international commitments, contributing to improvements of the legal framework for contracts in the market economy and convenient conditions for the enforcement of the international commitments.

1. Bản chất của hợp đồng thương mại

Trong hệ thống pháp luật của các quốc gia, hợp đồng và pháp luật về hợp đồng giữ vị trí quan trọng. Đặc biệt trong nền kinh tế

thị trường đề cao quyền tự do ý chí của cá nhân, tổ chức thì hợp đồng là căn cứ pháp lý chủ yếu để ghi nhận việc thiết lập các quan hệ xã hội.

1 Bài viết có sử dụng kết quả của Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ: “Hoàn thiện pháp luật về hợp đồng thương mại phù hợp với BLDS năm 2015 - Cơ sở lý luận và thực tiễn” của Viện Nghiên cứu Lập pháp.

Việt Nam xây dựng khái niệm về hợp đồng theo sự ảnh hưởng của dòng pháp luật châu Âu lục địa. Theo đó, hợp đồng là sự thỏa thuận tự nguyện của các chủ thể nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ. Tất cả các loại hợp đồng đều có bản chất chung là được thiết lập trên cơ sở thỏa thuận tự do ý chí của các bên giao kết hợp đồng. Một hợp đồng đều phải xuất phát từ yếu tố thỏa thuận nhưng không phải mọi thỏa thuận đều là hợp đồng, mà chỉ những thỏa thuận làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự mới tạo nên quan hệ hợp đồng.

Sự ra đời của Luật Thương mại năm 2005 (Luật TM 2005) là sự khởi đầu hình thành một khái niệm mới trong thực tiễn kinh doanh - khái niệm “hợp đồng thương mại”. Trong khoa học pháp lý, cũng có ý kiến cho rằng, không nên sử dụng khái niệm này do lo ngại nó sẽ dẫn đến hệ quả không cần thiết, đó là sự mất công tìm kiếm điểm khác biệt giữa hợp đồng thương mại và hợp đồng dân sự. Song trong thực tiễn kinh doanh hiện nay, khái niệm này vẫn được sử dụng khá phổ biến với ý nghĩa là hợp đồng trong hoạt động thương mại (gọi chung là hợp đồng thương mại). Có thể thấy rằng, khái niệm “hợp đồng thương mại” vẫn tồn tại trong đời sống kinh tế, pháp lý với ý nghĩa là hợp đồng hình thành trong lĩnh vực thương mại².

Pháp luật hiện hành của Việt Nam không định nghĩa về hợp đồng thương mại mà chỉ quy định khái niệm chung về hợp đồng tại Bộ luật Dân sự (BLDS). Điều 385 BLDS năm 2015 quy định: Hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự. Khái niệm hợp đồng được quy định trong BLDS được xem là khái niệm chung về hợp đồng bao gồm cả hợp đồng trong lĩnh vực

thương mại, kinh doanh.

Như vậy, hợp đồng thương mại có bản chất chung của hợp đồng là sự thỏa thuận để xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt các quyền nghĩa vụ trong hoạt động thương mại. Tuy nhiên, hợp đồng thương mại có những đặc điểm đặc thù xuất phát từ yêu cầu của hoạt động thương mại. Có thể nhận diện những điểm đặc thù của hợp đồng thương mại như sau:

Thứ nhất, chủ thể của hợp đồng thương mại chủ yếu và ít nhất một bên là thương nhân.

Theo quy định của Luật TM 2005, thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập thường xuyên và có đăng ký kinh doanh. Tùy thuộc từng hợp đồng thương mại cụ thể mà các bên chủ thể giao kết hợp đồng phải là thương nhân (như hợp đồng đại lý thương mại, hợp đồng đại diện cho thương nhân, hợp đồng khuyến mại... hoặc chỉ cần một bên chủ thể hợp đồng là thương nhân (như hợp đồng môi giới thương mại, hợp đồng ủy thác mua bán hàng hóa...)).

Lý do có sự khác biệt này là vì, để thực hiện hoạt động thương mại thì chủ thể hợp đồng cần đáp ứng những yêu cầu nhất định về vốn, về tư cách pháp lý, về một số yêu cầu điều kiện mang tính nghề nghiệp để triển khai hoạt động thương mại thường xuyên, độc lập trên thị trường. Ảnh hưởng của hoạt động thương mại đối với nền kinh tế - xã hội cũng có sự khác biệt so với các giao dịch dân sự. Do vậy, sự quản lý của Nhà nước đối với hoạt động thương mại cũng có những điểm khác biệt. Một trong những yêu cầu thể hiện sự quản lý của Nhà nước là quy định về điều kiện chủ thể tham gia hoạt động thương mại là tổ chức, cá nhân có hoạt động thương mại phải đăng ký kinh doanh với tư cách thương nhân.

2 Pháp luật về hợp đồng trong thương mại và đầu tư - Những vấn đề pháp lý cơ bản, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2008.

Với quy định hiện hành của BLDS, chủ thể của quan hệ dân sự là cá nhân hoặc pháp nhân. Như vậy, thương nhân dù tồn tại dưới hình thức nào thì khi giao kết hợp đồng thương mại cũng chỉ có thể là cá nhân hoặc pháp nhân. Những thương nhân không có tư cách pháp nhân như hộ kinh doanh hoặc tổ hợp tác thì cá nhân các thành viên của hộ kinh doanh, thành viên tổ hợp tác là chủ thể của hợp đồng thương mại.

Thứ hai, hợp đồng thương mại gắn liền với hoạt động mang tính nghề nghiệp của thương nhân - hoạt động thương mại, vì vậy mục đích của hợp đồng thương mại chủ yếu gắn với mục đích sinh lợi.

Đặc điểm này xuất phát và gắn liền với đặc điểm về chủ thể chủ yếu của hợp đồng thương mại là thương nhân. Theo lý thuyết và trong thực tiễn, thương nhân sẽ thường xuyên thực hiện hoạt động thương mại với mục đích sinh lời. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, một bên của hợp đồng thương mại không có mục đích sinh lời như hợp đồng được thiết lập giữa thương nhân và các tổ chức, cá nhân có liên quan.

2. Quy định của pháp luật Việt Nam về hợp đồng thương mại

Quy định của pháp luật về hợp đồng thương mại bao gồm những nội dung cơ bản: (i) Các quy định về giao kết hợp đồng gồm: nguyên tắc giao kết hợp đồng; các quy định về đề nghị giao kết hợp đồng và chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng; (ii) nội dung của hợp đồng; (iii) các quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng và hợp đồng vô hiệu; (iv) các quy định về thực hiện, sửa đổi, bổ sung, chấm dứt hợp đồng; (v) các quy định về chế tài áp dụng khi vi phạm hợp đồng.

Quy định của pháp luật về hợp đồng thương mại ở Việt Nam còn tồn tại một số bất cập cơ bản sau:

Thứ nhất, nhiều quy định trùng lặp giữa Luật TM 2005 và BLDS như quy định về hợp đồng mua bán, hợp đồng dịch vụ, hợp đồng gia công... Riêng quy định về hợp đồng mua bán trong Luật TM trùng đến 80% quy định về hợp đồng mua bán trong BLDS. Luật sư Trần Hữu Huỳnh, Chủ tịch Trung tâm Trọng tài quốc tế (VIAC), chuyên gia Dự án USAID GIG đã đề nghị bãi bỏ nhiều nội dung, nhất là các chế định về hợp đồng, vì nhiều nội dung đã được quy định tại các luật khác, đặc biệt là BLDS. Điều này tạo ra sự chồng chéo không cần thiết trong hệ thống pháp luật và dường như làm phức tạp hơn vấn đề áp dụng luật cho các quan hệ tư. Và đây chính là lý do nhiều quy định của Luật TM 2005 được sử dụng hạn chế trong thực tiễn kinh doanh³.

Thứ hai, một số quy định “vênh”, không rõ ràng giữa Luật TM 2005 và BLDS dẫn đến khó khăn trong thực tiễn áp dụng pháp luật.

- Quy định khác nhau về chế tài bồi thường thiệt hại giữa BLDS và Luật TM 2005

Hiện nay BLDS quy định về nguyên tắc bồi thường thiệt hại và các quy định cụ thể về bồi thường thiệt hại khi có hành vi vi phạm nghĩa vụ là cho phép các bên thỏa thuận về mức bồi thường, nếu không có thỏa thuận về mức bồi thường thì thiệt hại được bồi thường là thiệt hại thực tế phát sinh từ hành vi vi phạm⁴. Trong khi đó, Luật TM 2005 quy định thiệt hại được bồi thường là thiệt hại thực tế, trực tiếp phát sinh từ hành vi vi phạm⁵.

Sự không thống nhất giữa hai văn bản luật nêu trên sẽ dẫn đến trường hợp tranh chấp không thể giải quyết được trên thực

3 <http://viac.vn/luat-thuong-mai:-nen-sua-doi-hay-khai-tu-a463.html>

4 Điều 13, Điều 360 BLDS năm 2015.

5 Điều 302 Luật Thương mại năm 2005.

tiền. Ví dụ, trong hợp đồng thương mại giữa công ty A và công ty B về việc mua bán hàng hóa có thỏa thuận: “Bên nào vi phạm hợp đồng mà gây ra thiệt hại thực tế cho bên bị vi phạm thì sẽ phải bồi thường cho bên bị vi phạm 1 tỷ đồng.” Vậy thỏa thuận này có hợp pháp không và nếu có hành vi vi phạm hợp đồng của một bên gây thiệt hại thực tế cho bên bị vi phạm khoảng 200 triệu đồng thì bên bị vi phạm có quyền yêu cầu đòi bồi thường 1 tỷ đồng theo thỏa thuận không?

Căn cứ quy định của pháp luật hiện hành, có phương án giải quyết vấn đề này như sau:

Phương án thứ nhất, trong quan hệ hợp đồng này, Luật TM 2005 là luật chuyên ngành nên áp dụng Luật TM 2005. Thiệt hại được bồi thường phải là thiệt hại thực tế phát sinh từ hành vi vi phạm nên chỉ được bồi thường 200 triệu đồng.

Phương án thứ hai, BLDS là luật chung điều chỉnh quan hệ hợp đồng dân sự được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm cả hợp đồng thương mại. Một trong những nguyên tắc của BLDS là tự do, tự nguyện, cam kết, thỏa thuận. Mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng⁶. Và trong trường hợp này, việc áp dụng Luật TM 2005 trái với nguyên tắc cơ bản của BLDS về tự do thỏa thuận nên không được áp dụng theo quy định của BLDS. Vì vậy, trường hợp này áp dụng BLDS và bên bị vi phạm được bồi thường 1 tỷ đồng theo thỏa thuận của các bên.

- Quy định khác nhau về chậm thực hiện nghĩa vụ thanh toán (nghĩa vụ trả tiền hàng hóa và thù lao dịch vụ)

Vi phạm nghĩa vụ thanh toán là hành vi vi phạm tương đối phổ biến trong các hợp đồng thương mại. Chính vì vậy, các bên chủ thể của hợp đồng rất quan tâm đến thỏa thuận lãi suất trong trường hợp chậm thanh toán. Điều 306 Luật TM 2005 cho phép các bên thỏa thuận về lãi suất chậm thanh toán trong hợp đồng thương mại mà không bị giới hạn mức tối đa⁷. Có chăng chỉ là giới hạn để không cấu thành tội cho vay nặng lãi theo Điều 201 Bộ luật Hình sự năm 2015 là gấp 05 lần mức lãi suất cao nhất được quy định trong BLDS. Trong khi đó, BLDS quy định các bên có quyền thỏa thuận về lãi suất chậm thanh toán nhưng không được vượt quá 20%/năm⁸. Như vậy, BLDS được coi là luật gốc điều chỉnh quan hệ hợp đồng có không chế mức lãi suất các bên được phép thỏa thuận thì việc thỏa thuận vượt quá mức lãi suất này trong hợp đồng thương mại có phù hợp không?

- Quy định của Luật TM 2005 về xác định chất lượng của hàng hóa khi các bên không có thỏa thuận trong hợp đồng chưa rõ ràng

Điều 39 Luật TM 2005 đưa ra những quy định chung chung để xác định chất lượng của hàng hóa/tài sản khi các bên không có thỏa thuận trong hợp đồng. Với những cụm từ như: mục đích sử dụng thông thường, cách thức thích hợp, cách thức bảo quản thông thường sẽ gây khó khăn trong việc xác định chất lượng của hàng hóa và giải quyết tranh chấp về chất lượng hàng hóa khi các bên không có thỏa thuận trong hợp đồng.

BLDS năm 2015 đã khắc phục những nhược điểm về kỹ thuật lập pháp của Luật TM 2005 khi quy định về việc xác định chất

6 Khoản 2 Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015.

7 Xem Điều 306 Luật Thương mại năm 2005.

8 Khoản 2 Điều 357, khoản 1 Điều 468 Bộ luật Dân sự năm 2015.

lượng hàng hóa trong trường hợp các bên không có thỏa thuận trong hợp đồng mua bán tài sản. Theo đó, chất lượng của tài sản mua bán được xác định theo tiêu chuẩn về chất lượng của tài sản đã được công bố, quy định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc theo tiêu chuẩn ngành nghề hoặc được xác định theo tiêu chuẩn thông thường hoặc theo tiêu chuẩn riêng phù hợp với mục đích giao kết hợp đồng và theo quy định của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

Thứ ba, một số quy định của Luật TM 2005 chưa phù hợp với bản chất của hoạt động thương mại

Một là: Khái niệm thương nhân tại Điều 6, Điều 7 Luật TM 2005 chưa hợp lý

Khái niệm thương nhân được quy định tại Điều 6, Điều 7 Luật TM 2005 là các tổ chức kinh tế, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh. Thương nhân có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật. Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật.

Khái niệm thương nhân của Luật TM 2005 chưa hợp lý vì lý do: Luật TM 2005 không bao quát được giao dịch hợp đồng thương mại của các cá tổ chức, cá nhân có hoạt động thương mại nhưng không thực hiện nghĩa vụ đăng ký kinh doanh. Quy định của Luật TM 2005 đã không phản ánh được bản chất của hoạt động thương mại là có hoạt động sinh lợi thường xuyên. Ngoài ra, hai quy định của Luật TM 2005 có sự mâu thuẫn: Theo Điều 6, một trong những điều kiện trở thành thương nhân là phải đăng ký kinh doanh. Tuy nhiên Điều 7 quy định: Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật là

không có logic. Bởi lẽ, khi chưa đăng ký kinh doanh thì tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động thương mại chưa được coi là thương nhân. Phải chăng, quy định tại Điều 7 Luật TM 2005 hướng sự điều chỉnh tới các “thương nhân” thực tế là những thương nhân có hoạt động thương mại độc lập, thường xuyên nhưng chưa thực hiện nghĩa vụ đăng ký kinh doanh?

Hai là: Tên gọi và nội hàm khái niệm hợp đồng quyền chọn, hợp đồng kỳ hạn chưa chính xác

Khái niệm hợp đồng kỳ hạn chỉ những hợp đồng mua bán hàng hóa trong tương lai được giao dịch bên ngoài Sở giao dịch; khái niệm hợp đồng tương lai chỉ những hợp đồng mua bán hàng hóa tương lai qua Sở giao dịch hàng hóa. Do vậy, Luật TM 2005 quy định hợp đồng kỳ hạn là một trong hai loại hợp đồng mua bán hàng hóa qua Sở giao dịch hàng hóa (cùng với hợp đồng quyền chọn) là không thực sự chính xác về tên gọi và có thể gây nhầm lẫn. Mặt khác, khái niệm hợp đồng quyền chọn chưa ghi nhận hoạt động đầu tư tài chính mua đi bán lại các hợp đồng đã được thiết lập nhằm mục đích thu lợi nhuận hưởng chênh lệch giá hợp đồng được mua đi bán lại.

Thứ tư, pháp luật trong lĩnh vực thương mại chưa dự liệu đầy đủ quy định để điều chỉnh các giao dịch hợp đồng thương mại:

- Pháp luật chưa có quy định về bên mua doanh nghiệp trong hợp đồng mua bán doanh nghiệp (đối với các thương vụ mua bán doanh nghiệp không phải là doanh nghiệp 100% vốn nhà nước, không phải là doanh nghiệp trong lĩnh vực đặc thù).

Trường hợp mua doanh nghiệp 100% vốn nhà nước, theo quy định tại khoản 1, 2 Điều 4 Nghị định 128/2014/NĐ-CP ngày 31/12/2014 về bán, giao và chuyển giao doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thì đã quy định về đối tượng có quyền mua doanh

nghiệp. Với quy định tại Nghị định trên thì đối tượng có quyền mua doanh nghiệp đã được xác định rõ ràng. Theo đó, một số đối tượng không có quyền mua doanh nghiệp hoặc chỉ được mua một phần doanh nghiệp theo các cam kết quốc tế của Việt Nam trong lĩnh vực đầu tư kinh doanh nhằm để đảm bảo sự bình đẳng, cạnh tranh lành mạnh trên thương trường và phù hợp với sự phát triển của nền kinh tế Việt Nam trong từng giai đoạn cụ thể. Tuy nhiên, trừ các doanh nghiệp 100% vốn nhà nước, doanh nghiệp kinh doanh trong một số lĩnh vực đặc thù (ví dụ như trong lĩnh vực tín dụng), pháp luật chưa có quy định cụ thể về đối tượng nào được quyền mua doanh nghiệp. Vì vậy, một câu hỏi được đặt ra là: Những đối tượng không được quyền thành lập, quản lý doanh nghiệp tại Việt Nam theo quy định tại Luật Doanh nghiệp có quyền mua doanh nghiệp không? Từ đó dẫn đến các quan điểm khác nhau và có thể dẫn đến rủi ro pháp lý trong hoạt động mua bán doanh nghiệp.

- Pháp luật chưa có quy định cụ thể về hình thức của hợp đồng mua bán doanh nghiệp không phải là doanh nghiệp 100% vốn nhà nước, không phải là doanh nghiệp trong lĩnh vực đặc thù là bằng văn bản hay các hình thức pháp lý khác có giá trị tương đương văn bản.

3. Giải pháp hoàn thiện quy định của pháp luật về hợp đồng thương mại ở Việt Nam

- Sửa đổi khái niệm về thương nhân theo hướng xác định thương nhân là chủ thể hoạt động thương mại hợp pháp thường xuyên, độc lập nhằm mục đích sinh lời.

Giải pháp để hoàn thiện khái niệm thương nhân và hoàn thiện Luật TM 2005

là sửa lại khái niệm thương nhân là các tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động thương mại độc lập, thường xuyên; thương nhân sẽ bao gồm hai loại thương nhân đăng ký kinh doanh và thương nhân thực tế (không đăng ký kinh doanh nhưng thực hiện hoạt động thương mại độc lập, thường xuyên trên thị trường). Sửa đổi khái niệm thương nhân theo hướng đó cũng phù hợp với quan niệm về thương nhân của CHLB Đức, một đại diện cùng dòng họ pháp luật với Việt Nam. Cụ thể: Theo Bộ luật Thương mại Đức, thương gia (thương nhân) được chia thành các loại:

Thương gia đương nhiên do thực hiện các hoạt động kinh doanh theo khoản 1 Điều 1 Bộ luật Thương mại Đức, theo đó thương gia phải thực hiện việc kinh doanh thương mại. Điều này có nghĩa là thương gia phải thực hiện hoạt động này độc lập, có kế hoạch và lâu dài, thường xuyên với mục đích thu lợi nhuận⁹.

Thương gia do đăng ký vào danh bạ thương mại theo Điều 2 và Điều 3 Bộ luật Thương mại. Thương gia theo nhóm này có nghĩa vụ phải đăng ký vào danh bạ thương mại.

- Bổ sung quy định của Luật TM 2005 hướng dẫn cụ thể về cách thức xác định chất lượng hàng hóa khi các bên không có thỏa thuận trong hợp đồng mua bán hàng hóa

Luật TM 2005 cần được sửa đổi theo hướng quy định cụ thể hơn về cách thức xác định chất lượng hàng hóa trong trường hợp các bên không có thỏa thuận về chất lượng hàng hóa trong hợp đồng; hoặc không quy định về cách thức xác định chất lượng hàng hóa trong trường hợp các bên không có thỏa thuận trong hợp đồng mà mặc nhiên áp dụng quy định của BLDS.

9 Cách gọi tên thương gia đương nhiên và thương gia do đăng ký vào danh bạ thương mại theo quan điểm của các tác giả công trình khoa học cấp trường: Xây dựng nội dung học phần pháp luật thương mại của một số quốc gia trên thế giới, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2013.

- *Sửa đổi các quy định về chế tài thương mại*

Đối với chế tài bồi thường thiệt hại, nên sửa đổi theo hướng cho phép các bên trong hợp đồng được thỏa thuận về số tiền bồi thường thiệt hại. Đối với quyền yêu cầu đòi tiền lãi trên số tiền chậm thanh toán sửa đổi theo hướng các bên có quyền thỏa thuận nhưng không vượt quá mức lãi suất được quy định trong BLDS.

- *Sửa đổi tên gọi và bổ sung nội hàm khái niệm hợp đồng quyền chọn, hợp đồng kỳ hạn.*

Luật TM 2005 cần sửa theo hướng: (i) Đặt lại tên hợp đồng là hợp đồng tương lai; (ii) quy định rõ hơn về nội hàm của các hợp đồng quyền chọn theo đó các bên mua quyền chọn có thể thực hiện hợp đồng hoặc có quyền kinh doanh hợp đồng (mua bán hợp đồng quyền chọn) đầu cơ về giá hàng hóa nhằm tìm kiếm lợi nhuận. Như vậy, sẽ khuyến khích nhiều nhà đầu tư dùng hợp đồng tương lai để tìm kiếm lợi nhuận, kể cả nhà đầu tư có hay không có nhu cầu thực về hàng hóa, qua đó mang lại cơ hội đầu tư cho nhiều chủ thể tiềm năng¹⁰.

- *Sửa đổi phù hợp với quy định của Công ước Viên năm 1980 mà Việt Nam đã tham gia.*

Về cơ bản, các quy định của Luật TM 2005 là tương thích, phù hợp với quy định của Công ước Viên năm 1980 vì trong quá trình xây dựng Luật TM 2005, Việt Nam đã tham khảo quy định của Công ước Viên. Đó

là một xu thế tất yếu khi xây dựng pháp luật của quốc gia đặt trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế. Tuy nhiên, hiện nay Việt Nam đã là thành viên của Công ước Viên thì phạm vi tác động của Công ước này sẽ ảnh hưởng trực tiếp hơn đến các hoạt động mua bán hàng hóa quốc tế mà Việt Nam tham gia. Theo đó, về cơ bản Luật TM 2005 cần sửa đổi các nội dung sau: Quy định rõ hơn về các tiêu chí nhận diện vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng mua bán hàng hóa; quy định chi tiết hơn về cách tính tiền bồi thường thiệt hại hợp đồng; bổ sung thêm trường hợp miễn trách nhiệm đối với hành vi vi phạm do lỗi của bên thứ ba; bổ sung quy định về nghĩa vụ bảo quản hàng hóa của các bên trong trường hợp có tranh chấp; quy định về thời hạn kiểm tra hàng hóa và thông báo về sự không phù hợp của hàng hóa¹¹.

- *Hoàn thiện quy định của các văn bản pháp luật trong lĩnh vực thương mại có liên quan về hợp đồng thương mại*

Bổ sung những quy định cụ thể về giao kết hợp đồng điện tử: khái niệm đề nghị giao kết hợp đồng điện tử, về thời hạn hiệu lực của đề nghị giao kết hợp đồng điện tử...¹², bổ sung quy định về chủ thể hợp đồng mua bán doanh nghiệp, hình thức hợp đồng mua bán doanh nghiệp đối với các thương vụ mua bán doanh nghiệp không phải là doanh nghiệp 100% vốn nhà nước, không phải là doanh nghiệp trong lĩnh vực đặc thù¹³ ■

10 Nguyễn Thị Yến, Pháp luật điều chỉnh hoạt động mua bán hàng hóa qua Sở giao dịch hàng hóa ở Việt Nam, Luận án TS, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2011.

11 PGS. TS. Nguyễn Minh Hằng - Trọng tài viên, Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam; Khác biệt giữa CISG và Luật Thương mại, <http://viac.vn/goc-nhin-trong-tai-vien/khac-biet-giua-cisg-va-luat-thuong-mai-a1115.html>,

12 Nguyễn Thị Mơ, Cẩm nang pháp luật về giao kết hợp đồng thương mại điện tử, Nxb Lao động - Xã hội, năm 2006. Nghị định số 52/2013/NĐ-CP ngày 06/05/2013 về thương mại điện tử đã quy định một số nội dung về giao kết hợp đồng thương mại điện tử nhưng để nâng cao hiệu lực pháp lý thì các quy định cụ thể về nguyên tắc, cách thức giao kết hợp đồng thương mại điện tử cần được thể hiện trong đạo luật về giao dịch điện tử.

13 Trần Thị Bảo Ánh, Pháp luật về mua bán doanh nghiệp ở Việt Nam, Luận án TS, Trường Đại học Luật Hà Nội 2014.

HOÀN THIỆN LUẬT PHÒNG, CHỐNG RỬA TIỀN NĂM 2012¹

Đình Xuân Thảo*

Vũ Hồng Anh**

* PGS. TS. Nguyên Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp.

** PGS. TS. Viện Nghiên cứu Lập pháp.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: hoàn thiện pháp luật, Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/10/2018

Biên tập : 15/10/2018

Duyệt bài : 22/10/2018

Tóm tắt:

Ngày 18/6/2012, Luật Phòng, chống rửa tiền đã được Quốc hội thông qua, đánh dấu một mốc quan trọng trong việc hoàn thiện khuôn khổ pháp lý về phòng, chống rửa tiền ở Việt Nam, thể chế hoá đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước, góp phần minh bạch hóa nền tài chính tiền tệ quốc gia, đáp ứng nhu cầu hội nhập quốc tế về phòng, chống rửa tiền. Trải qua 5 năm thi hành, Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012 bộc lộ những bất cập hạn chế nhất định gây ảnh hưởng đến hoạt động phòng, chống rửa tiền ở nước ta. Vì vậy, việc nghiên cứu hoàn thiện Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012 là rất cần thiết.

Article Information:

Keywords: law improvement; Law on Prevention of Money Laundering of 2012

Article History:

Received : 09 Oct. 2018

Edited : 15 Oct. 2018

Approved : 22 Oct. 2018

Abstract

On 18 June, 2012, the Law on Prevention of Money Laundering was adopted by the National Assembly, which marked a milestone in the improvement of the legal framework on money laundering prevention and controlling in Vietnam. It is the policy of the Party and the State of Vietnam for further transparency of the national monetary and financial system, meeting the needs of international integration on money laundering prevention and controlling. For five years of its enforcement, the Law on Prevention of Money Laundering of 2012 has revealed a number of certain limited constraints that affect the prevention and controlling of money laundering in our country. Therefore, it is necessary to review and study for further improvement of the Law on Prevention of Money Laundering of 2012.

1 Bài viết có sử dụng kết quả nghiên cứu của đề tài cấp bộ: “Hoàn thiện pháp luật về phòng, chống rửa tiền qua tổ chức tín dụng trong điều kiện hội nhập quốc tế - Cơ sở lý luận và thực tiễn” do PGS. TS. Đình Xuân Thảo làm chủ nhiệm.

Phòng, chống rửa tiền thông qua các tổ chức tín dụng là hoạt động phát hiện ra các yếu tố cơ bản của hoạt động rửa tiền như bản chất, mục đích, cách thức cũng như các giai đoạn của quy trình rửa tiền, đồng thời thực hiện nghiệp vụ, theo quy định pháp luật, để phá vỡ liên kết trong các giai đoạn rửa tiền. Hoạt động phòng, chống rửa tiền thông qua các tổ chức tín dụng gồm hai giai đoạn: giai đoạn phòng và giai đoạn chống. Mỗi giai đoạn đều có vai trò nhất định, có mối liên hệ chặt chẽ, khăng khít với nhau, trong đó, giai đoạn phòng ngừa thường được thực hiện trước giai đoạn chống.

Hiểu một cách chung nhất, phòng ngừa hiệu quả hoạt động phòng, chống rửa tiền thông qua các tổ chức tín dụng chính là những biện pháp được triển khai nhằm hạn chế lượng tiền “bẩn” lớn, không cho “xâm nhập” hay hòa trộn vào các loại nguồn vốn “sạch” khác qua các tổ chức tín dụng. Giai đoạn chống có thể được hình dung là giai đoạn phát hiện, ngăn chặn và xử lý vi phạm đối với hành vi rửa tiền thông qua các tổ chức tín dụng. Nhận thức rõ tầm quan trọng của pháp luật trong cuộc đấu tranh phòng, chống rửa tiền thông qua các tổ chức tín dụng, Quốc hội Việt Nam đã thông qua Luật phòng, chống rửa tiền năm 2012.

1. Kết quả đạt được và những hạn chế của Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012

Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012 (Luật năm 2012), đánh dấu một mốc quan trọng trong việc hoàn thiện khuôn khổ pháp lý về phòng, chống rửa tiền ở Việt Nam, góp phần minh bạch hóa nền tài chính tiền tệ quốc gia, thể chế hoá đường lối, chính sách của Đảng và Nhà nước, đáp ứng nhu cầu hội nhập quốc tế và tạo cơ sở pháp lý để tiếp tục hoàn thiện các quy định pháp luật về phòng, chống rửa tiền.

Nhằm hướng dẫn đầy đủ các biện pháp phòng, chống rửa tiền cũng như tạo điều

kiện thuận lợi cho các tổ chức tín dụng trong quá trình thực hiện, Ngân hàng Nhà nước (NHNN) đã ban hành các văn bản hướng dẫn Luật như: Nghị định số 116/2013/NĐ-CP ngày 4/10/2013 quy định chi tiết một số điều của Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012; Thông tư số 35/2013/TT-NHNN ngày 31/12/2013 hướng dẫn một số quy định về phòng, chống rửa tiền; Thông tư 31/2014/TT-NHNN ngày 11/11/2014, có hiệu lực từ ngày 26/12/2014, sửa đổi và bổ sung một số điều của Thông tư 35/2013/TT-NHNN; Quyết định số 20/2013/QĐ-Ttg quy định mức giá trị của giao dịch có giá trị lớn phải báo cáo.

Việc ban hành Luật năm 2012 đã đạt được một số kết quả sau:

- Luật năm 2012 đã đáp ứng được nhu cầu nâng cao công tác phòng, chống rửa tiền và mở rộng phạm vi điều chỉnh của pháp luật về phòng, chống rửa tiền so với Nghị định số 74/2005/NĐ-CP của Chính phủ. Việc nghiên cứu sửa đổi, bổ sung những bất cập, thiếu sót của Nghị định số 74/2005/NĐ-CP đã góp phần nâng cao hiệu quả công tác phòng, chống rửa tiền ở Việt Nam, minh bạch hóa nền tài chính quốc gia và đáp ứng được nhu cầu hội nhập kinh tế quốc tế.

- Luật năm 2012 đáp ứng yêu cầu của quá trình hội nhập quốc tế, tiến đến thực hiện đầy đủ các chuẩn mực, cam kết quốc tế trong lĩnh vực phòng, chống rửa tiền mà Chính phủ Việt Nam đã ký và tham gia. Cụ thể, năm 2007, Việt Nam trở thành thành viên chính thức của Nhóm Châu Á - Thái Bình Dương về chống rửa tiền (APG), theo đó, Việt Nam phải thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ thành viên của APG về thực hiện 40 Khuyến nghị về chống rửa tiền và 09 Khuyến nghị đặc biệt về chống tài trợ khủng bố của Lực lượng đặc nhiệm tài chính về chống rửa tiền (FATF). Năm 2008, APG đã tiến hành đánh giá cơ chế phòng, chống rửa tiền và chống tài trợ cho khủng bố của Việt

Nam theo công thức 40+9 của FATF. Mặc dù Việt Nam đã có những nỗ lực trong công tác phòng, chống rửa tiền và chống tài trợ khủng bố, song mức độ tuân thủ và thực hiện các khuyến nghị mà FATF đề ra còn nhiều hạn chế. Trên cơ sở kết quả đánh giá trên, APG đã đưa ra 138 kiến nghị mà Việt Nam cần thực hiện để hoàn thiện hệ thống chống rửa tiền và chống tài trợ khủng bố, trong đó có kiến nghị phải sửa đổi khung pháp lý của Việt Nam trong lĩnh vực phòng, chống rửa tiền và chống tài trợ khủng bố cho phù hợp với các chuẩn mực quốc tế mà cụ thể là cần nhanh chóng xây dựng Luật Phòng, chống rửa tiền, Luật Chống tài trợ khủng bố.

- Luật năm 2012 đáp ứng các hành động được nêu trong Kế hoạch hành động mà FATF đưa ra cho Việt Nam. Kể từ năm 2010, Việt Nam đã và đang chịu sự rà soát của Nhóm xem xét các vấn đề hợp tác quốc tế (ICRG) thuộc FATF. Thông qua Báo cáo rà soát sơ bộ và Báo cáo rà soát sâu gửi cho Việt Nam, ICRG đều nhận định, Việt Nam phải tiếp tục hoàn thiện khung pháp lý về chống rửa tiền và chống tài trợ khủng bố, trong đó một nội dung quan trọng là xây dựng Luật Phòng, chống rửa tiền, Luật Phòng, chống khủng bố. Tại Hội nghị toàn thể của Lực lượng đặc nhiệm tài chính (FATF) diễn ra tại Pháp từ ngày 17-22/10/2010, Chính phủ Việt Nam đã cam kết ban hành Luật Phòng, chống rửa tiền².

Bên cạnh những kết quả đạt được nêu trên, qua thực tiễn thi hành, Luật năm 2012 đã bộc lộ một số hạn chế sau đây:

Một là, hạn chế trong việc xác định phạm vi điều chỉnh.

Luật năm 2012 tập trung chủ yếu vào phòng, chống rửa tiền thực hiện thông qua hệ thống ngân hàng. Trong khi đó, rửa tiền

được thực hiện thông qua rất nhiều kênh như đầu tư vào nhà hàng, khách sạn, kinh doanh bất động sản, chứng khoán và ngân hàng chỉ là một kênh trong số những con đường mà tội phạm lợi dụng để rửa tiền.

Mặc dù Luật năm 2012 đã thể hiện được cam kết của Việt Nam đối với quốc tế trong lĩnh vực chống tài trợ khủng bố, tuy nhiên, việc đưa nội dung chống tài trợ khủng bố vào trong Luật Phòng, chống rửa tiền là chưa thực sự hợp lý. Bởi lẽ, nội dung chính của Luật Phòng, chống rửa tiền cần tập trung vào vấn đề chống rửa tiền; những vấn đề cụ thể xử lý tài trợ khủng bố phải được quy định trong Luật Phòng, chống khủng bố năm 2013. Hơn nữa, hai đạo luật này có thời gian ban hành khác nhau, do đó sẽ tạo nên sự chênh nhau khi những vấn đề cần phải xử lý.

Hai là, hạn chế trong việc quy định một số khái niệm, thuật ngữ.

Khái niệm “rửa tiền” được quy định tại khoản 1 Điều 4 Luật năm 2012 vừa bao gồm những hành vi được nêu tại Bộ luật Hình sự đồng thời cũng bao gồm các hành vi “Trợ giúp cho tổ chức, cá nhân có liên quan đến tội phạm nhằm trốn tránh trách nhiệm pháp lý bằng việc hợp pháp hóa nguồn gốc tài sản do phạm tội mà có” hay “Chiếm hữu tài sản nếu tại thời điểm nhận tài sản đã biết rõ tài sản đó do phạm tội mà có, nhằm hợp pháp hóa nguồn gốc tài sản”. Về bản chất, những hành vi này là tội “đồng phạm” hoặc tội “chiếm đoạt, sử dụng tiền, tài sản do người khác phạm tội mà có” đã được quy định trong Bộ luật Hình sự, điều này có thể dẫn đến việc trùng lặp nội dung giữa các điều khoản.

Mặt khác, Công ước của Liên hợp quốc về Chống tội phạm có tổ chức xuyên

2 Nguyễn Hữu Nghĩa, Đào Quốc Tính, Nguyễn Thị Thúy Ngọc, Nguyễn Thị Minh Thor, Trần Thị Hoài Thu (2014), Pháp luật về phòng, chống rửa tiền, Đặc san tuyên truyền pháp luật, (01), tr. 24, 25.

quốc gia (Công ước Palermo) chỉ yêu cầu các quốc gia phải hình sự hóa các hành vi liên quan chứ không xác định hành vi nào là rửa tiền, hành vi nào là đồng phạm. Điểm khác nhau của pháp luật hình sự Việt Nam so với pháp luật hình sự quốc tế là: tội phạm “rửa tiền” tại Việt Nam có tất cả các tội phạm được quy định trong Bộ luật Hình sự là tội phạm nguồn, trong khi phần lớn các nước và chuẩn mực quốc tế, cũng chỉ giới hạn tội phạm nguồn của tội rửa tiền ở những tội phạm nghiêm trọng, có tạo nên nguồn tiền phạm tội mà thôi³.

Bên cạnh đó, các quy định về nhận biết, cập nhật thông tin khách hàng; chủ sở hữu hưởng lợi; đánh giá rủi ro khách hàng; bảo đảm bí mật thông tin; người có ảnh hưởng chính trị; giám sát đặc biệt giao dịch chưa thật sự phù hợp, còn gây khó khăn cho các tổ chức tín dụng trong quá trình thực hiện.

Ba là, hạn chế trong quy định về cập nhật thông tin nhận biết khách hàng

Điều 9 Luật năm 2012 quy định về những thông tin chính về khách hàng mà đối tượng báo cáo cần phải nhận biết, bao gồm thông tin về chính khách hàng, thông tin về chủ sở hữu hưởng lợi đứng đằng sau khách hàng đó và mục đích của khách hàng trong mối quan hệ với đối tượng báo cáo. Tuy nhiên thực tế cho thấy, một số thông tin hiện nay chưa được các đối tượng báo cáo quan tâm và thực hiện đúng. Ví dụ, thông tin về nghề nghiệp, chức vụ, số điện thoại, địa chỉ nơi ở hiện tại của khách hàng là người Việt Nam, địa chỉ nơi cư trú của khách hàng là người nước ngoài thường được coi là những thông tin nhạy cảm và ít khi được khách hàng cung cấp vì sợ bị lạm dụng cho những hoạt động phạm tội. Vì vậy, cần phải xây dựng được một môi trường bình đẳng trước pháp

luật cho tất cả các đối tượng báo cáo và điều quan trọng là gây dựng được lòng tin trong xã hội về sự tôn trọng nguyên tắc bảo mật thông tin cá nhân, chỉ sử dụng thông tin cho những mục đích được pháp luật cho phép và phải có những biện pháp xử lý nghiêm khắc đối với tổ chức, cá nhân để lộ thông tin.

Bốn là, bắt cập về phân loại khách hàng theo mức độ rủi ro

Điều 12 Luật năm 2012 quy định về việc phân loại khách hàng theo mức độ rủi ro, nhưng không xác định tiêu chí để xác định khách hàng có mức độ rủi ro cao, khách hàng có mức độ rủi ro thấp. Việc xếp mức độ cao, thấp hoàn toàn phụ thuộc vào hoàn cảnh thực tế, đặc điểm tổ chức hệ thống và khả năng của chính đối tượng báo cáo cũng như yêu cầu của cơ quan chức năng theo từng thời kỳ.

Bên cạnh đó, tại khoản 2 Điều 12 Luật năm 2012 quy định: “Đối với khách hàng có mức độ rủi ro thấp, đối tượng báo cáo có thể áp dụng các biện pháp nhận biết khách hàng ở mức độ thấp hơn nhưng phải bảo đảm thu thập được đầy đủ thông tin về khách hàng quy định tại Điều 9 của Luật này”. Như vậy, về bản chất, đối tượng báo cáo buộc phải phân loại khách hàng của mình ở mức rủi ro thấp. Bởi lẽ, nếu phân loại rủi ro cao hơn, đối tượng báo cáo buộc phải áp dụng các biện pháp nhận biết cao hơn (với mức rủi ro trung bình) hoặc nhận biết tăng cường theo hướng dẫn của NHNN Việt Nam, gây mất nhiều thời gian và chi phí.

Ngoài ra, với khách hàng có mức rủi ro cao, khoản 1 Điều 13 Luật năm 2012 quy định thêm trường hợp về khách hàng cá nhân là người nước ngoài có ảnh hưởng chính trị là người giữ chức vụ cấp cao trong các cơ quan, tổ chức hữu quan của nước ngoài (NHNN Việt Nam thông báo danh

3 Nguyễn Hữu Nghĩa, Đào Quốc Tính, Nguyễn Thị Thúy Ngọc, Nguyễn Thị Minh Thơ, Trần Thị Hoài Thu (2014), Pháp luật về phòng, chống rửa tiền, Đặc san tuyên truyền pháp luật, (01), tr. 35.

sách khách hàng nước ngoài là cá nhân có ảnh hưởng chính trị quy định tại khoản này trên cơ sở khuyến nghị của tổ chức quốc tế về phòng, chống rửa tiền). Tuy nhiên, Luật lại không xác định thế nào được coi là “quản lý cấp cao”, cũng không xác định “cơ quan, tổ chức nước ngoài” là cơ quan, tổ chức nào (cơ quan chính phủ? cơ quan nhà nước? chính phủ?...). Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, danh sách các cá nhân có ảnh hưởng chính trị được chính phủ các nước quy định theo chức danh trong một số loại hình cơ quan, tổ chức.

Năm là, mặc dù Luật năm 2012 và văn bản hướng dẫn đã quy định về nhiệm vụ, quyền hạn liên quan đến phòng, chống rửa tiền thuộc thẩm quyền của NHNN và cơ quan phòng, chống rửa tiền thuộc NHNN nhưng vẫn chưa có quy định cụ thể về cơ quan phòng, chống rửa tiền, dẫn đến trong quá trình thực hiện còn có nhiều ý kiến khác nhau, không thống nhất trong quy trình xử lý các nội dung về phòng, chống rửa tiền cũng như thẩm quyền ký kết các quy chế, biên bản ghi nhớ trao đổi thông tin với các cơ quan phòng, chống rửa tiền trong và ngoài nước.

Sáu là, Luật năm 2012 quy định tổ chức tín dụng có trách nhiệm xây dựng quy trình kiểm soát, kiểm toán nội bộ bảo đảm cho việc phòng, chống rửa tiền có hiệu quả và đúng pháp luật; phân công cán bộ triển khai thực hiện các chính sách, kế hoạch, quy trình, biện pháp phòng, chống rửa tiền; xây dựng quy trình tìm hiểu, cập nhật thông tin và thủ tục nhận biết khách hàng; lưu giữ, cập nhật số liệu và báo cáo các giao dịch đáng ngờ v.v.. Bên cạnh đó, tổ chức tín dụng còn có nghĩa vụ không được tiết lộ thông tin về việc đã báo cáo giao dịch đáng ngờ hoặc các thông tin có liên quan cho NHNN Việt Nam⁴.

Tuy nhiên, tổ chức tín dụng thực hiện trách nhiệm báo cáo hoặc cung cấp thông tin có liên quan đến giao dịch lại không bị coi là vi phạm các quy định của pháp luật về bảo đảm bí mật tiền gửi và tài sản gửi của khách hàng hay các quy định khác về bảo đảm bí mật thông tin cho khách hàng. Như vậy việc quy định trách nhiệm của tổ chức tài chính trong luật phòng, chống rửa tiền là không đồng nhất.

Bảy là, hạn chế trong các quy định pháp luật về hợp tác quốc tế

Tại khoản 2 Điều 48 Luật năm 2012 quy định: “NHNN Việt Nam thực hiện trao đổi thông tin về phòng, chống rửa tiền với cơ quan phòng, chống rửa tiền nước ngoài và các cơ quan, tổ chức nước ngoài khác theo quy định của pháp luật”. Tuy nhiên, cho đến nay, chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể về phạm vi nội dung thông tin được phép trao đổi, trong khi đó việc tiết lộ các thông tin tài chính của các tổ chức tín dụng có ảnh hưởng rất lớn đến lợi ích của khách hàng, tổ chức tín dụng thậm chí là cả lợi ích quốc gia. Hiện nay, Việt Nam chủ yếu trao đổi thông tin dựa trên cơ sở các Điều ước quốc tế Việt Nam đã ký kết tham gia (bao gồm cả các Hiệp định tương trợ tư pháp) và dựa trên nguyên tắc tôn trọng độc lập, chủ quyền quốc gia và các lợi ích quan trọng khác của quốc gia.

2. Kiến nghị hoàn thiện Luật năm 2012

2.1 Hoàn thiện quy định về phạm vi áp dụng

Trước hết, cần sửa đổi, bổ sung Luật năm 2012 với tư cách là một đạo luật chung, rửa tiền được tiến hành qua nhiều kênh, nhiều lĩnh vực không chỉ đơn thuần trong lĩnh vực ngân hàng, phải liệt kê cận kề các nội dung, bao quát hết được các lĩnh vực đời sống xã hội mà có thể diễn ra hoạt động rửa tiền như lĩnh vực ngân hàng, lĩnh vực bảo

4 Khoản 2 Điều 29 Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012.

hiếm, lĩnh vực chứng khoán, lĩnh vực trò chơi có thưởng và casino, lĩnh vực bất động sản, lĩnh vực luật sư, kế toán, công chứng...

Bên cạnh đó, do tại thời điểm xây dựng Luật Phòng, chống rửa tiền, Việt Nam vẫn chưa có quy định pháp luật về phòng, chống khủng bố và tài trợ khủng bố nên để đáp ứng các chuẩn mực quốc tế về phòng, chống rửa tiền và tài trợ khủng bố, Luật năm 2012 đã quy định về hành vi rửa tiền nhằm tài trợ khủng bố, do đó, điều khoản về phạm vi điều chỉnh và báo cáo hành vi rửa tiền nhằm tài trợ khủng bố tại Luật Phòng, chống rửa tiền cần được hủy bỏ.

2.2 Hoàn thiện quy định về khái niệm rửa tiền

Để bảo đảm phù hợp với chuẩn mực quốc tế về khái niệm rửa tiền, cần sửa đổi, bổ sung Luật năm 2012 theo hướng tiếp thu quy định của Luật mẫu về phòng, chống rửa tiền và chống tài trợ cho khủng bố năm 2005 của Liên hiệp quốc. Theo đó, rửa tiền là hành vi:

- Chuyển đổi, chuyển nhượng tài sản mà người đó biết, phải biết hoặc nghi ngờ là tài sản do phạm tội mà có nhằm mục đích giấu giếm hoặc che đậy nguồn gốc bất hợp pháp của tài sản để giúp bất kỳ người nào tham gia thực hiện tội phạm nguồn tránh khỏi những hậu quả pháp lý do hành vi của người đó gây ra;

- Giấu giếm hoặc che đậy bản chất thực, nguồn gốc, đặc điểm, sự định đoạt, sự dịch chuyển hoặc quyền sở hữu và các quyền liên quan đến tài sản mà người đó biết, buộc phải biết hoặc nghi ngờ là tài sản do phạm tội mà có;

- Việc có được, chiếm hữu hoặc sử dụng tài sản nếu tại thời điểm nhận tài sản đó mà người đó biết, phải biết hoặc nghi ngờ là tài sản do phạm tội mà có;

- Tham gia, liên kết hoặc âm mưu thực hiện, cố gắng thực hiện, xúi giục, tạo điều kiện và chỉ dẫn thực hiện bất kỳ hành vi

phạm tội nào được quy định theo điều này.

2.3 Hoàn thiện quy định về biện pháp nhận biết khách hàng

Cần sửa đổi Luật năm 2012 về các biện pháp nhận biết khách hàng theo một quy tắc chung, đó là mức độ nhận biết khách hàng cần phải tương ứng với nguy cơ rửa tiền có thể tìm thấy trong tiểu sử sơ lược (nằm trong tất cả các thông tin có được từ những nguồn khác nhau) của khách hàng. Trong một số trường hợp, cần quy định những mức độ nhận biết khách hàng nghiêm ngặt hơn mức quy định chung. Ví dụ, trường hợp: khách hàng không trực diện, khách hàng tới từ những quốc gia không áp dụng đầy đủ các biện pháp phòng, chống rửa tiền hay những quốc gia có tai tiếng về nạn rửa tiền... Bên cạnh đó, trong một số trường hợp, cho phép các tổ chức tín dụng có quyền áp dụng thủ tục nhận biết khách hàng đơn giản hơn (trường hợp khách hàng mở tài khoản là một doanh nghiệp nhà nước có uy tín...).

Hiện nay, Luật năm 2012 chưa quy định rõ ràng về việc ngăn chặn mở tài khoản hoặc chấm dứt mối quan hệ nếu các yêu cầu về cập nhật thông tin khách hàng (CDD) liên quan không được đáp ứng; đồng thời, không có yêu cầu rõ ràng đối với các ngân hàng trong việc xác minh đối với khách hàng là pháp nhân và các tổ chức có tư cách pháp lý rằng bất kỳ người nào đại diện cho khách hàng cũng cần xác minh hoặc xác minh nhận dạng người đó. Mặc dù Luật năm 2012 đã quy định về việc ủy quyền các cá nhân đại diện cho khách hàng, điều này không tự động được hiểu rằng các tổ chức tín dụng có nghĩa vụ nhận dạng và xác minh việc tuân thủ các nghĩa vụ pháp lý. Do đó, cần nghiên cứu, bổ sung quy định nhận dạng thông tin khách hàng, cập nhật thông tin khách hàng để xác định chủ sở hữu thụ hưởng hoặc người điều khiển hoạt động của một pháp nhân hoặc một thỏa thuận pháp lý nhằm ngăn chặn việc mở các tài khoản nặc danh

hoặc tài khoản đứng tên giả mạo. Đồng thời, cần có biện pháp yêu cầu các tổ chức tín dụng thực hiện phân loại khách hàng trên cơ sở rủi ro và áp dụng các biện pháp KYC/CDD⁵ đối với nhóm khách hàng và giao dịch có rủi ro cao như khách hàng là cá nhân có ảnh hưởng chính trị (bao gồm cả cá nhân có ảnh hưởng chính trị trong nước/nước ngoài), quan hệ ngân hàng đại lý, các giao dịch lớn bất thường và phức tạp, các giao dịch sử dụng công nghệ mới và không gặp trực tiếp, hoạt động kinh doanh qua giới thiệu.

2.4 Hoàn thiện quy định về phân loại khách hàng theo mức độ rủi ro

Cần bổ sung quy định cụ thể cho đối tượng báo cáo về việc phân loại khách hàng theo mức độ rủi ro, các tiêu chuẩn mức độ cụ thể để xác định khách hàng có điều kiện gì sẽ được coi là khách hàng có mức độ rủi ro cao, khách hàng có rủi ro thấp hơn, tạo cơ sở cho các tổ chức tín dụng tuân thủ quy định pháp luật về phân loại khách hàng theo mức độ rủi ro, góp phần nâng cao công tác phòng, chống rửa tiền qua các tổ chức tín dụng.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Tuấn, Infonet, *Các ngân hàng đã thực sự quan tâm đến phòng, chống rửa tiền?*, [<http://infonet.vn/cac-ngan-hang-da-thuc-su-quan-tam-den-phong-chong-rua-tien-post169877.info>]
2. Nguyễn Vũ, *Nhiều ngân hàng xây dựng “phòng tuyến” chống rửa tiền*, [<http://taichinhplus.vn/TIEN-TE/Nhieu-ngan-hang-xay-dung-phong-tuyen-chong-rua-tien-post150187.html>]
3. Minh Nhật, *“Ngân hàng cần chủ động bảo mật hệ thống thông tin”*, [<http://www.nhandan.com.vn/congnghe/item/25806902-ngan-hang-can-chu-dong-bao-mat%20-he-thong-thong-tin.html>]
4. Phạm Hồng Hải, *“Tiếp tục hoàn thiện dự thảo Luật Phòng, chống rửa tiền”*, [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TINLAPPHAP/View_Detail.aspx?ItemID=244]
5. Nguyễn Đức Lam, *“Chống rửa tiền – Kinh nghiệm của một số nước trên thế giới”*, [<http://vnclp.gov.vn/UserControls/ckfinder/userfiles/files/kinh%20nghiem%20quoc%20te.pdf>]
6. Đoàn Hồng Lê, Vusta, *“Kinh nghiệm của Hồng Kông vào việc chống tội phạm “rửa tiền” ở nước ta hiện nay”*,

2.5 Hoàn thiện quy định về thẩm quyền, chức năng, nhiệm vụ của cơ quan phòng, chống rửa tiền

Để đảm bảo hiệu quả quản lý trong quá trình thực hiện pháp luật về phòng, chống rửa tiền cũng như việc thực hiện thẩm quyền ký kết các quy chế, biên bản ghi nhớ trao đổi thông tin với các cơ quan phòng, chống rửa tiền trong và ngoài nước, cần sửa đổi Luật năm 2012 theo hướng bổ sung mở rộng chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của NHNN và cơ quan phòng, chống rửa tiền.

2.6 Hoàn thiện quy định trách nhiệm của tổ chức tín dụng trong hoạt động phòng, chống rửa tiền

Nhằm nâng cao trách nhiệm của các tổ chức tín dụng trong hoạt động phòng, chống rửa tiền, cần luật hóa trách nhiệm của nhân viên các tổ chức tín dụng trong công tác phòng, chống rửa tiền. Điều này đã được thực hiện ở một số nước như Mỹ và cộng đồng châu Âu. Ngoài những cá nhân, pháp nhân có hành vi rửa tiền một cách trực tiếp, nhân viên ngân hàng vô ý hay cố ý tiếp tay cho hành vi rửa tiền qua tổ chức tín dụng đều phải chịu trách nhiệm trước pháp luật■

5 KYC: nhận biết khách hàng; CDD: cập nhật thông tin khách hàng

LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013 SAU HƠN BỐN NĂM TRIỂN KHAI THỰC HIỆN

Bùi Đức Hiến*

Cao Thị Lê Thương**

* TS. Viện Nhà nước và Pháp luật

** ThS. Viện Nhà nước và Pháp luật

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Đất đai năm 2013; thực trạng pháp luật đất đai; hoàn thiện Luật Đất đai

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 23/08/2018

Biên tập : 18/09/2018

Duyệt bài : 25/09/2018

Article Information:

Keywords: Law on Land of 2013; current status of land law; improvement of the Law on Land

Article History:

Received : 23 Aug. 2018

Edited : 18 Sep. 2018

Approved : 25 Sep. 2018

Tóm tắt:

Ngày 29/11/2013, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Luật Đất đai năm 2013 thay thế cho Luật Đất đai năm 2003 với rất nhiều quy định tiến bộ. Tuy nhiên, sau hơn bốn năm triển khai thực hiện, Luật Đất đai năm 2013 đã bộc lộ nhiều bất cập, hạn chế. Đến nay, Bộ Tài nguyên và Môi trường đã tổ chức nhiều cuộc hội thảo, tọa đàm để xin ý kiến các nhà khoa học góp ý sửa đổi Luật Đất đai năm 2013 để trình Quốc hội trong thời gian tới.

Abstract

On 29 November, 2013, the XIII National Assembly adopted the Law on Land of 2013 as place of the Law on Land of 2003 with a number of progressive provisions. However, after over four years of is enforcement, the Law on Land of 2013 has revealed a number of inadequacies and shortcomings. The Ministry of Natural Resources and Environment has so far organized several workshops and seminars for discussions of and consultation from the experts for the amendments of the Law on Land of 2013 to submit to the National Assembly in the coming time.

Luật Đất đai năm 2013 được ban hành có rất nhiều ưu điểm, tiến bộ như: ghi nhận rõ hơn trách nhiệm, quyền hạn của Nhà nước đối với đất đai với tư cách là đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai và là chủ thể quản lý đất đai; bổ sung các quy định điều tra cơ bản về đất đai; hệ thống quy

hoạch, kế hoạch sử dụng đất được sắp xếp lại gọn hơn gồm 3 cấp; quy định rõ ràng hơn về nguyên tắc, thẩm quyền, trình tự, thủ tục lập, thẩm định, phê duyệt, tổ chức thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; quy định cụ thể hơn về các trường hợp thu hồi đất và trường hợp muốn có đất phải thỏa thuận với

người sử dụng đất qua các hình thức chuyển quyền sử dụng đất (QSDĐ)¹; mở rộng thời hạn giao, cho thuê đất nông nghiệp cho hộ gia đình, cá nhân sản xuất nông nghiệp; bình đẳng hơn trong việc tiếp cận đất đai giữa nhà đầu tư trong và nước ngoài; có thể cấp giấy chứng nhận ngay cả khi không có giấy tờ về QSDĐ; quy định chung về các thủ tục quản lý và sử dụng đất trong Luật và cụ thể về các thủ tục này trong Nghị định hướng dẫn của Chính phủ đáp ứng yêu cầu cải cách thủ tục hành chính,... Tuy nhiên, sau hơn bốn năm triển khai thực hiện, Luật Đất đai năm 2013 đã bộc lộ nhiều bất cập, hạn chế sau đây:

Thứ nhất, về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

Một là, về căn cứ lập quy hoạch sử dụng đất dựa trên quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế - xã hội, tuy nhiên quy hoạch này thường được xây dựng cho 10 năm², dẫn tới tư duy nhiệm kỳ, khi quy hoạch tổng thể kinh tế - xã hội thay đổi thường xuyên, quy hoạch sử dụng đất sẽ bị điều chỉnh, thay đổi theo gây xáo trộn, thiếu ổn định trong thực hiện chính sách, pháp luật về đất đai;

Hai là, hiện nay Việt Nam đang song song tồn tại rất nhiều loại quy hoạch, các quy hoạch này đều được xây dựng dựa trên quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế - xã hội, nhưng giữa các quy hoạch lại thiếu thống nhất, thậm chí là chông chéo, mâu thuẫn với nhau. Ví dụ: về quy hoạch sử dụng đất rừng, chúng ta có thể tìm thấy trong quy hoạch sử dụng đất, quy hoạch bảo tồn đa dạng sinh học thậm chí trong quy hoạch bảo vệ môi

trường, nhưng các quy hoạch này lại đưa ra các mục đích sử dụng khác nhau hay về hệ thống quy hoạch³, nội dung, thẩm quyền, trình tự, thủ tục lập, thẩm định, phê duyệt quy hoạch giữa các quy hoạch giao thông, quy hoạch đô thị, quy hoạch bảo vệ rừng, quy hoạch bảo tồn đa dạng sinh học, quy hoạch bảo vệ môi trường,... là không giống nhau, gây lãng phí, tốn kém về nhân, vật lực và kém khả thi trên thực tiễn;

Ba là, mặc dù Luật đã quy định rõ hơn về việc lấy ý kiến của nhân dân về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, tuy nhiên về giá trị của các ý kiến này trong quyết định phê duyệt quy hoạch lại chưa được quy định cụ thể, trường hợp nếu người dân không đồng ý với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất thì liệu cơ quan nhà nước có thẩm quyền có quyết định dừng phê duyệt quy hoạch hay không thì pháp luật vẫn chưa quy định rõ ràng. Hơn nữa, thực tế việc đóng góp ý kiến của nhân dân qua trang thông tin điện tử vẫn mang tính hình thức;

Bốn là, về công khai quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất là quy định rất hợp lý, tuy nhiên chưa có cơ chế giám sát, xử lý hiệu quả các cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền khi vi phạm không thực hiện đúng quy định này. Thực tế cho thấy công dân ở nhiều địa phương rất khó khăn trong việc tiếp cận các thông tin về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình do sự gây khó khăn từ các cấp chính quyền cơ sở dẫn tới hiện tượng khiếu kiện vượt cấp kéo dài...

1 Xem: Bùi Đức Hiền, “Một số điểm mới của Luật Đất đai năm 2013”, Sinh hoạt Chi đoàn Viện Nhà nước và Pháp luật. Nguồn: <http://isl.vass.gov.vn/tin-tuc/hoat-dong-khoa-hoc/Sinh-hoat-khoa-hoc-Chi-doan-Mot-so-diem-moi-cua-Luat-dat-dai-nam-2013-3015.7>. Cập nhật: 21/07/2014.

2 Xem: Nghị định số 92/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 07/09/2006 về lập, phê duyệt và quản lý quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế - xã hội.

3 Ví dụ: Luật Đất đai quy định có 3 cấp quy hoạch sử dụng đất, trong khi đó Luật Bảo vệ Môi trường năm 2014 quy định có 2 cấp quy hoạch môi trường là cấp quốc gia và cấp tỉnh ...

Thứ hai, về quy định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất.

Một là, mặc dù pháp luật quy định khá chặt chẽ về các trường hợp hạn mức giao đất nông nghiệp không thu tiền sử dụng đất, nhưng thực tế người sử dụng đất vẫn có thể lợi dụng những sơ hở của Luật để được giao đất vượt hạn mức nhiều lần mà vẫn không phải nộp tiền sử dụng đất. Ví dụ: một hộ gia đình có 4 người theo Luật chỉ được giao không thu tiền với diện tích trong hạn mức, nhưng Luật quy định hạn mức giao cho một hộ gia đình và một cá nhân là như nhau nên họ xin tách thành 4 hộ và mỗi hộ sẽ được giao diện tích đất tối đa trong hạn mức mà Nhà nước không thu tiền sử dụng đất gây thất thu cho ngân sách nhà nước và ảnh hưởng đến hiệu quả quản lý đất đai;

Hai là, mặc dù quan niệm người Việt Nam định cư ở nước ngoài là một bộ phận không thể tách rời của dân tộc Việt Nam, nhưng trong quan hệ pháp luật đất đai, chủ thể này vẫn chưa được bình đẳng với cá nhân trong nước. Ví dụ: người Việt Nam định cư ở nước ngoài không được sử dụng đất dưới hình thức được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất, không được tham gia vào quan hệ nhận chuyển nhượng đất ở mà chỉ được phép mua nhà ở gắn liền với đất ở hoặc nhận chuyển nhượng QSDĐ trong khu công nghiệp;

Ba là, quyền của người sử dụng đất dù được giao dưới hình thức có thu tiền hay giao không thu tiền thì QSDĐ của họ cũng không khác nhau nên thực tế, người sử dụng đất có thể lợi dụng đầu tư các dự án thuộc trường hợp được miễn thu tiền sử dụng đất, sau đó chuyển nhượng để mang lại lợi ích

cho riêng mình, trong khi đó Nhà nước với nhân dân bị thiệt hại;

Bốn là, việc quy định giá trị quyền sử dụng căn cứ theo mục đích sử dụng đất cho thấy nhiều bất cập. Ví dụ: đất sử dụng cho mục đích nông nghiệp giá trị sẽ khác so với đất ở,... dẫn tới hiện tượng chỉ bằng một quyết định hành chính cho phép chuyển mục đích sử dụng đất, có thể đẩy giá đất lên rất cao. Những thay đổi về giá do mục đích sử dụng đất khác nhau cho thấy sự phi thị trường trong thị trường bất động sản và dẫn tới nhiều trường hợp lợi dụng các quy định này để tư lợi cá nhân hoặc lợi ích nhóm⁴;

Năm là, thực tiễn quy định về chuyển mục đích sử dụng đất chưa rõ ràng nên nhiều địa phương cán bộ quản lý đất đai chưa phân biệt rõ chuyển mục đích sử dụng đất (Điều 57) với chuyển đổi giống cây trồng, vật nuôi và có hành vi ngăn cản, gây khó khăn cho việc phát triển kinh tế nông nghiệp thông qua việc chuyển đổi giống cây trồng của người dân;

Với quan điểm tạo tối đa điều kiện cho người sử dụng đất được phát triển trên mảnh đất của mình, chúng tôi cho rằng, Nhà nước cần xây dựng quy hoạch sử dụng đất thống nhất, minh bạch, ổn định, trên cơ sở đó các quy định về chuyển mục đích sử dụng đất cần sửa theo hướng, thay vì quy quy định các trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất phải xin phép, Luật nên quy định về điều kiện để được chuyển mục đích sử dụng đất sẽ thuận lợi hơn cho người sử dụng đất. Từ đó cơ quan nhà nước có thẩm quyền thay vì cho phép thì chỉ cần thanh, kiểm tra xem người sử dụng đất có đủ điều kiện để chuyển mục đích sử dụng đất hay không.

4 Ví dụ: người làm ở cơ quan tài nguyên và môi trường - nơi có vai trò quan trọng trong quyết định chuyển mục đích sử dụng đất - có thể lợi dụng quy định này để mua đất nông nghiệp sau đó làm thủ tục chuyển mục đích sử dụng để thu được lợi ích tối đa...

Thứ ba, về bồi thường, hỗ trợ tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

Một là, về bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất, pháp luật quy định rõ thu hồi đất nào bồi thường đất đó, không có đất cùng loại sẽ bồi thường bằng tiền. Tuy nhiên, trường hợp không có đất cùng loại để bồi thường mà người bị thu hồi không muốn nhận tiền mà muốn nhận bồi thường bằng đất khác loại thì Luật lại chưa trả lời đến. Mặt khác, giá bồi thường là giá đất cụ thể do Nhà nước quy định áp dụng với loại đất bị thu hồi, nhưng giá này vẫn chưa phù hợp với giá thị trường nên cũng gây khó khăn cho việc giải phóng mặt bằng khi Nhà nước thu hồi đất. Bên cạnh đó, quy định về giá đất giữa các tỉnh với cùng loại đất là không giống nhau, thậm chí cùng là hai thửa đất thổ cư cạnh nhau, nhưng một thửa nằm bên tỉnh Bắc Ninh, thửa còn lại thuộc tỉnh Bắc Giang, khi hai thửa đất này bị thu hồi sẽ được tính tiền bồi thường theo mức giá của từng tỉnh áp dụng với từng loại đất. Điều này cũng gây ra những khó khăn trong quá trình thực hiện bồi thường hỗ trợ tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất;

Hai là, trường hợp chủ đầu tư phải thỏa thuận với người dân để nhận chuyển QSDĐ tại Điều 73 Luật Đất đai năm 2013. Pháp luật hiện hành chưa quy định mức tiền thỏa thuận tối đa giữa chủ đầu tư với người sử dụng đất nên nhiều trường hợp chủ đầu tư không đủ khả năng thỏa thuận với người sử dụng đất để có đất thực hiện dự án đầu tư.

Ba là, hộ gia đình, cá nhân được giao hoặc đủ điều kiện được giao đất nông nghiệp theo Nghị định số 64/CP của Chính phủ năm 1993, khi Nhà nước thu hồi đất được hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc

làm; hỗ trợ bằng tiền không quá 05 lần giá đất nông nghiệp cùng loại trong bảng giá đất của địa phương đối với toàn bộ diện tích đất nông nghiệp thu hồi; diện tích được hỗ trợ không vượt quá hạn mức giao đất nông nghiệp tại địa phương. Tuy nhiên, bất cập là pháp luật đất đai hiện hành không cho phép chia lại đất nông nghiệp, trong khi đó thực tiễn những cá nhân, hộ gia đình được giao đất theo Nghị định 64/CP họ già đi và tặng cho, để lại thừa kế đất nông nghiệp cho con mình, nhưng nếu những người được chuyển QSDĐ nông nghiệp được giao theo Nghị định 64/CP này mà không trực tiếp sản xuất nông nghiệp; không đủ điều kiện để được giao đất theo Nghị định 64/CP thì không được được hỗ trợ đào tạo, chuyển đổi nghề và tìm kiếm việc làm⁵. Do vậy, đây là quy định chưa hợp lý, chưa bình đẳng và gây ra khiếu kiện.

Thứ tư, về công nhận và cấp giấy chứng nhận QSDĐ.

Một là, pháp luật hiện hành cho phép các địa phương, tùy khu vực đô thị, nông thôn để quy định về hạn mức công nhận đất ở. Hạn mức đất ở được công nhận ở nông thôn thường cao hơn hạn mức đất ở được công nhận ở đô thị. Khi khu vực nông thôn được chuyển thành đô thị thì hạn mức được công nhận đất ở sẽ áp dụng theo hạn mức đất ở của đô thị và thường thấp hơn hạn mức đất ở nông thôn. Do vậy, nhiều cá nhân, hộ gia đình có diện tích đất ở do ông cha để lại lớn, nếu trước đây chưa được công nhận đô thị mà họ làm thủ tục cấp giấy chứng nhận QSDĐ thì số tiền sử dụng đất phải nộp cho phân diện tích vượt quá sẽ thấp hơn so với hiện nay khi khu vực này đã trở thành đô thị. Đây là một bất cập rất lớn xảy ra ở nhiều địa phương trên cả nước.

5 Xem Điều 74 Luật Đất đai năm 2013 và Điều 20 Nghị định số 47/2014/NĐ-CP của Chính phủ về bồi thường hỗ trợ tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất.

Hai là, việc cấp Giấy chứng nhận QSDĐ đối với đất không rõ nguồn gốc, đất nằm trong các dự án treo chưa được hướng dẫn cụ thể gây khó khăn cho việc thực hiện quyền và lợi ích hợp pháp của công dân.

Thứ năm, về thời hạn giao đất, cho thuê đất, hạn mức giao đất, cho phép chuyển nhượng QSDĐ nông nghiệp.

Một là, mặc dù đã nâng thời gian giao đất, cho thuê đất nông nghiệp với hộ gia đình, cá nhân lên tới 50 năm, nhưng quy định này vẫn ảnh hưởng đến tâm lý của người sử dụng đất do lo sợ khi hết thời hạn giao, cho thuê Nhà nước sẽ thu hồi lại, điều này ảnh hưởng đến quyết định đầu tư của họ vào làm tăng giá trị đất⁶;

Hai là, Luật Đất đai năm 2013 quy định các tổ chức kinh tế có thể được thuê đất với thời hạn lên tới 70 năm, tuy nhiên chỉ áp dụng với các dự án đầu tư vào vùng có điều kiện kinh tế khó khăn hoặc dự án đầu tư vào lĩnh vực lâu thu hồi vốn. Vấn đề là việc xác định lĩnh vực nào là lĩnh vực lâu thu hồi vốn, vùng nào là vùng có điều kiện kinh tế khó khăn, tiêu chí đánh giá như thế nào thì hiện nay chưa rõ ràng. Điều này, một mặt, gây ra khó khăn cho việc xác định dự án được thuê đất với thời hạn nêu trên, mặt khác, lại tạo điều kiện cho việc lách luật để được thuê với thời hạn lâu dài hơn.

Ba là, về cho phép chuyển mục đích sử dụng đất nông nghiệp (Điều 130 Luật Đất đai năm 2013). Theo quy định này, hạn mức nhận chuyển nhượng đất nông nghiệp

không quá 10 lần hạn mức đất nông nghiệp Nhà nước quy định tại Điều 129. Ví dụ: hạn mức đất trồng cây hàng năm tại đồng bằng sông Hồng giao cho mỗi hộ gia đình, cá nhân là không quá 2 ha, do vậy diện tích nhận chuyển nhượng không được quá 10 lần tức là không quá 20 ha đất trồng cây hàng năm. Quy định này, vô hình chung gây cản trở cho việc phát triển kinh tế nông nghiệp theo quy mô lớn.

Thứ sáu, về thủ tục hành chính trong quản lý và sử dụng đất.

Với tư cách là cơ quan quản lý đất đai, Nhà nước thực hiện quy định về đăng ký đất đai, cấp giấy chứng nhận QSDĐ, thanh tra, xử lý, giải quyết tranh chấp liên quan đến đất đai. Đi kèm theo các công việc đó là thủ tục hành chính từ thẩm quyền, trình tự, thủ tục, thời hạn, kinh phí để thực hiện. Mặt khác, khi đất được chuyển giao cho người sử dụng đất họ thực hiện các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, thừa kế, thế chấp, góp vốn, bảo lãnh,... thì Nhà nước cũng phải thực hiện chừng đó thủ tục liên quan. Do vậy, mặc dù đã có nhiều cải cách về vấn đề này, nhưng thực tiễn thực hiện cho thấy các cơ quan nhà nước luôn ở thế quá tải trong thực hiện các thủ tục hành chính về quản lý đất đai, dẫn tới sự chậm trễ, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của người sử dụng đất cũng như hiệu lực, hiệu quả quản lý đất đai.

Thứ bảy, thực tiễn giải quyết khiếu nại, tố cáo của cơ quan có thẩm quyền cho thấy, 70% các khiếu nại, tố cáo vẫn liên quan đến đất đai⁷.

6 Xem: Bùi Đức Hiền, Mấy vấn đề pháp lý về đất nông nghiệp ở Việt Nam hiện nay.

Nguồn: <http://khpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi-moi-truong.aspx?ItemID=178>.

7 Xem: Hùng Võ, Sau 3 năm thi hành Luật Đất đai, khiếu nại tố cáo vẫn chiếm hơn 70%.

Nguồn: <https://baomoi.com/sau-3-nam-thi-hanh-luat-dat-dai-khieu-nai-to-cao-van-chiem-hon-70/c/24127040.epi>.

Cập nhật: 29/11/17 16:14 GMT+7.

Tranh chấp đất đai dai dẳng không chỉ diễn ra giữa những người sử dụng đất với nhau mà còn diễn ra giữa những người sử dụng đất với các cơ quan nhà nước, chủ thể có thẩm quyền. Những nguyên nhân dẫn đến tình trạng này là do: nhận thức của cán bộ, công chức ở cấp cơ sở còn hạn chế, do vậy vẫn để xảy ra những sai sót trong quá trình quản lý đất đai gây ra tranh chấp; sự hạn chế trong hiểu biết pháp luật của người dân; sự thay đổi chóng mặt trong chính sách quản lý đất đai qua các thời kỳ dẫn tới khó khăn cho các cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong áp dụng pháp luật và người sử dụng đất bị ảnh hưởng đến quyền lợi nên xảy ra tranh chấp; sự thiếu thống nhất trong các văn bản pháp luật, thực tiễn thực hiện còn bất cập...

Thứ tám, quy định về trách nhiệm của các cơ quan nhà nước, chủ thể có thẩm quyền, cộng đồng, tổ chức, cá nhân, truyền thông báo chí trong nâng cao hiệu quả quản lý sử dụng đất vẫn còn nhiều bất cập.

- Các quy định về trách nhiệm của các cơ quan quản lý đất đai hiện nay rất nhiều, nhưng dàn trải thiếu tính thống nhất, tính công khai, minh bạch, tính khả thi, nên trên thực tế, các cơ quan này chưa thực hiện đúng, đầy đủ nhiệm vụ, quyền hạn của mình, trong khi đó cơ chế giám sát, phát hiện, xử lý trách nhiệm pháp lý với các chủ thể này lại chưa đảm bảo sức răn đe nên ảnh hưởng đến hiệu lực, hiệu quả quản lý đất đai cũng như quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng đất.

- Cùng với sự phát triển kinh tế thị trường, thị trường bất động sản ngày càng phát triển, giá trị QSDĐ ngày càng cao nên

hiều người sử dụng đất sẵn sàng vì lợi ích tư có hành vi vi phạm pháp luật nhưng cũng chưa được xử lý triệt để, thậm chí có hiện tượng phạt để cho tồn tại, dẫn tới “nhờn” luật.

- Vai trò của cộng đồng, truyền thông báo chí, tổ chức cá nhân vẫn chưa được phát huy hiệu quả trong phòng ngừa vi phạm các quy định về quản lý, sử dụng đất, trong giám sát các chủ thể sử dụng đất và giám sát các cơ quan quản lý nhà nước về đất đai; phát hiện các hành vi vi phạm pháp luật về vấn đề này vẫn chưa được phát huy hiệu quả, chưa có cơ chế pháp lý hoàn thiện để bảo vệ các chủ thể này, cùng với sự thờ ơ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong bảo vệ cộng đồng, tổ chức, cá nhân khi họ tham gia giám sát phát hiện các hành vi vi phạm pháp luật, dẫn tới quyền và lợi ích của các chủ thể này bị xâm hại⁸.

Thực tiễn hơn bốn năm triển khai thi hành Luật Đất đai năm 2013 cho thấy một số quy định của Luật này còn bất cập, hạn chế. Để tăng cường hiệu lực, hiệu quả quản lý và sử dụng đất, thúc đẩy sự phát triển bền vững của đất nước trong thời gian tới, chúng tôi cho rằng, bên cạnh việc bảo đảm công bằng, hiệu quả công khai, minh bạch thị trường QSDĐ cấp một (là thị trường mà đất được chuyển giao từ Nhà nước - đại diện chủ sở hữu toàn dân cho người sử dụng đất dưới các hình thức giao đất, cho thuê đất, công nhận QSDĐ) và thị trường chuyển QSDĐ cấp hai (diễn ra giữa những người sử dụng đất với nhau) thì cần phải chỉnh sửa, bổ sung, khắc phục những thiếu sót, bất cập trên ■

8 Vụ công văn đề dọa VTV9: Người trả lời trên truyền hình bị đánh.

Nguồn: <http://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/vu-cong-van-de-doa-vtv9-nguoi-tra-loi-tren-truyen-hinh-bi-danh-471429.html>. Cập nhật: 18/08/2018 15:08:51 (GMT+7).

THẨM QUYỀN QUẢN LÝ HOẠT ĐỘNG QUẢNG CÁO THƯƠNG MẠI TRỰC TUYẾN TẠI ANH, SINGAPORE VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT

VỀ QUẢNG CÁO THƯƠNG MẠI TRỰC TUYẾN VIỆT NAM

Võ Thị Thanh Linh*

* ThS. NCS. GV. Khoa Luật, Trường Đại học Đà Lạt.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quảng cáo thương mại trực tuyến; tổ chức quảng cáo trực tuyến; cơ quan tự quản về quảng cáo thương mại Singapore; Ủy ban Thực thi Quảng cáo

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 08/11/2018

Biên tập : 28/11/2018

Duyệt bài : 03/12/2018

Article Infomation:

Keywords: commercial advertising; online advertising; advertisements; advertisement management; online publication media panel; advertising standards authority of Singapore; committee of advertising practice

Article History:

Received : 08 Nov. 2018

Edited : 28 Nov. 2018

Approved : 03 Dec. 2018

1. Thẩm quyền quản lý hoạt động quảng cáo trực tuyến theo pháp luật Anh

Thẩm quyền quản lý hoạt động quảng cáo trực tuyến là các quyền hạn và trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước trong

Tóm tắt:

Quảng cáo thương mại trực tuyến là hình thức quảng cáo hiệu quả cho các doanh nghiệp. Tuy nhiên, quảng cáo thương mại trực tuyến cũng tiềm ẩn những nguy cơ vi phạm pháp luật tinh vi và phức tạp. Từ việc nghiên cứu và đánh giá mô hình quản lý quảng cáo thương mại trực tuyến tại Anh và Singapore, chúng ta có thể nhận ra những vấn đề cần thiết khi hoàn thiện cơ chế quản lý về quảng cáo thương mại nói chung và quảng cáo trực tuyến nói riêng ở Việt Nam.

Abstract

Online commercial advertising is an efficient manner for the businesses. However, commercial advertising also implies potential risks of delicated and complicated law violations. Based on studies and reviews of the model of commercial advertising management in the UK and Singapore, it would be identified the issues needing to be solved when improvements are made to the management mechanism for commercial advertising in general and online commercial advertising in particular in Vietnam.

hoạt động quảng cáo thương mại trực tuyến. Ở Anh có các cơ quan độc lập quản lý và thẩm định nội dung quảng cáo thương mại, mỗi cơ quan có vai trò, chức năng, nhiệm vụ khác nhau, nhưng cùng một mục tiêu là điều phối, bảo đảm cho hoạt động quảng cáo

thương mại diễn ra hiệu quả. Trong đó, ba cơ quan chịu trách nhiệm quản lý ba lĩnh vực khác nhau là (1) Ủy ban Thực thi quảng cáo (CAP - Committee of Advertising practice); (2) Ủy ban Thực thi pháp luật quảng cáo qua phát sóng (BCAP - Broadcast Committee of Advertising Practice) và (3) Cơ quan Thẩm định tiêu chuẩn quảng cáo (ASA - Advertising Standards Authority).

- Ủy ban Thực thi Quảng cáo - CAP, thành lập vào năm 1961, là cơ quan soạn thảo các quy định về quảng cáo không thông qua chương trình phát sóng. Chức năng của CAP là chịu trách nhiệm soạn thảo các quy định về quảng cáo không thông qua chương trình phát sóng, ví dụ như quảng cáo trực tuyến, quảng cáo qua báo chí, thư điện tử, quảng cáo dưới hình thức thư, tin nhắn qua điện thoại di động... Trợ giúp cho CAP trong quá trình quản lý hoạt động quảng cáo trực tuyến là tổ chức OPMP (Online Publication Media Panel). Cơ quan này có nhiệm vụ cố vấn cho CAP trong quá trình xây dựng chính sách về quảng cáo trực tuyến. Cơ quan này là một trong ba Ban hỗ trợ cho CAP về các lĩnh vực quản lý khác nhau (ngoài ra có Hội đồng Quảng cáo truyền thông (GMP) và Hội đồng Xúc tiến thương mại và tiếp thị trực tiếp (SPDR). OPMP còn phối hợp với các nhà phát hành quảng cáo đưa ra các khuyến nghị quảng cáo trên internet.

Các chủ thể tham gia hoạt động quảng cáo trực tuyến phải tuân thủ các yêu cầu sau của CAP¹:

Thứ nhất, quảng cáo hợp pháp, tử tế, trung thực và lịch sự. Trong đó, nhiều quan

ngại về đạo đức, bảo vệ quyền lợi của trẻ em và quyền riêng tư được đặt ra đối với lĩnh vực quảng cáo trực tuyến²;

Thứ hai, quảng cáo trực tuyến phải không gây hiểu lầm. Nhà sản xuất, nhà phát hành khi có yêu cầu bồi thường từ người bị thiệt hại thì phải chứng minh được mình trong sạch bằng chứng cứ cụ thể;

Thứ ba, chủ thể tiến hành quảng cáo trực tuyến phải có tinh thần trách nhiệm với người tiêu dùng và xã hội;

Thứ tư, cần tôn trọng nguyên tắc cạnh tranh lành mạnh và công bằng từ các doanh nghiệp khác.

Trong quảng cáo trực tuyến có ba mối quan hệ đáng quan tâm: một là các nhà quảng cáo muốn tiếp cận người tiêu dùng; hai là, có những người tiêu dùng (có thể hoặc không thể) tiếp nhận thông điệp quảng cáo; ba là, bên thứ ba³. Quan hệ của bên thứ ba này thường dẫn đến các hệ quả từ hoạt động quảng cáo trực tuyến. Tuy nhiên, quản lý hoạt động quảng cáo trực tuyến với mục đích đảm bảo cạnh tranh lành mạnh trong môi trường trực tuyến, hài hoà quyền lợi của các bên, buộc các doanh nghiệp tôn trọng nguyên tắc cạnh tranh công bằng.

- Ủy ban Thực thi pháp luật quảng cáo qua phát sóng (BCAP) là cơ quan chịu trách nhiệm soạn thảo các quy định về quảng cáo phát sóng trên đài phát thanh và truyền hình ở Anh.

BCAP soạn thảo và ban hành Luật Truyền thông năm 2003. Luật này điều chỉnh các hoạt động quảng cáo phát sóng trên đài phát thanh và truyền hình, bao gồm

1 "Regulation of online advertising of the UK", Soucer: <https://www.out-law.com/page-6778>

2 Keelan Carpenter (2013), "Ethical Issues of Online Advertising and Privacy", University of Tennessee Chattanooga CPSC 3610 (SEP) November 25, p. 1.

3 Gönenç Gürkaynak, İlay Yılmaz, Burak Yeşilaltay (2014), "Legal Boundaries of Online Advertising", ELIG, Attorneys-at-Law, Istanbul, Turkey, Journal of International Commercial Law and Technology Vol.9, No.3, p. 181.

cả quảng cáo trên thiết bị kỹ thuật số⁴. Các thành viên của BCAP bao gồm các đại diện từ nhiều hiệp hội và đơn vị có liên quan⁵.

Như vậy, quảng cáo trực tuyến thuộc thẩm quyền quản lý của BCAP, khi doanh nghiệp quảng cáo trên thiết bị kỹ thuật số. Đối với những quảng cáo không thông qua chương trình phát sóng như quảng cáo trên báo mạng, quảng cáo trên trang thông tin máy tính, quảng cáo qua thư điện tử (email), quảng cáo trên điện thoại di động..., Ủy ban thực thi quảng cáo - CAP chịu trách nhiệm soạn thảo các văn bản pháp luật điều chỉnh về hình thức, nội dung, quy định thẩm quyền quản lý, đồng thời thực thi các phán quyết của ASA.

- Cơ quan Thẩm định Tiêu chuẩn Quảng cáo - ASA là cơ quan quản lý quảng cáo độc lập của Anh, không trực thuộc Chính phủ. ASA được thành lập vào năm 1962. Các phán quyết của ASA được công bố lần đầu tiên năm 1973. Đến năm 1991, ASA đồng sáng lập ra EASA - cơ quan Tiêu chuẩn Quảng cáo liên minh Châu Âu, liên kết với 11 quốc gia khác để giám sát và xử lý khiếu nại về hành vi vi phạm quảng cáo thương mại mang tính xuyên quốc gia, đồng thời trao đổi, học hỏi kinh nghiệm về quản lý hoạt động quảng cáo.

ASA giám sát và quản lý hoạt động quảng cáo nói chung và hoạt động quảng cáo

trực tuyến nói riêng. Cơ quan này đảm bảo quảng cáo trên các phương tiện truyền thông Anh tuân theo các quy tắc quảng cáo (mã quảng cáo)⁶. Theo đó, các quảng cáo của doanh nghiệp quảng cáo trên trực tuyến nói riêng và quảng cáo trên tất cả các phương tiện khác nói chung phải đáp ứng các điều kiện sau đây: (i) Tuân thủ pháp luật, lịch sự, trung thực và đúng sự thật; (ii) Không đưa vào quảng cáo hành vi sai trái; (iii) Nội dung và hình thức phù hợp với Bộ luật CAP; (iv) Tôn trọng nguyên tắc cạnh tranh công bằng⁷.

Năm 1995, ASA bắt đầu điều chỉnh và xử lý vi phạm về quảng cáo trên internet và đến năm 2013, ASA chịu trách nhiệm điều chỉnh toàn bộ hoạt động quảng cáo trực tuyến. Từ năm 2014, trong tổng số 13.477 khiếu nại thì quảng cáo trên môi trường mạng chiếm đến 10.202 quảng cáo, tăng 35 lần so với năm 2013⁸. Năm 2017, một trong những vụ kiện được ASA thụ lý và giải quyết liên quan đến quảng cáo trực tuyến có tác dụng thức tỉnh các trường đại học lớn trên thế giới nói chung và ở nước Anh nói riêng về việc cạnh tranh không lành mạnh để lôi kéo người học là vụ kiện Trường Đại học Reading quảng cáo “gây nhầm lẫn và thiếu bằng chứng”⁹.

Nhìn chung, ngoài việc xử lý khiếu nại liên quan đến hành vi quảng cáo vi phạm pháp luật đối với quảng cáo không phát sóng, ASA còn xử lý rất nhiều vi phạm về

4 Xem điểm 1,2,3,4 Mục 324 của Đạo luật Thông tin 2003 Anh.

Nguồn: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/21/pdfs/ukpga_20030021_en.pdf, truy cập ngày 5/1/2018.

5 “CAP Committees, Panels and Executive”. <https://www.asa.org.uk/about-asa-and-cap/people/cap-panels-and-committees.html>, access time in february 1, 2018.

6 Graham Mytton, Peter Diem, Piet Hein van Dam (2014), “Media Audience Research: A Guide for Professionals”, p. 4

7 “Advertising on the council website”,

<http://www.southglos.gov.uk/general-information/online-services/advertising-on-the-council-website-2/>, truy cập 3/3/2018.

8 CAP Committees, Panels and Executive, <https://www.asa.org.uk/about-asa-and-cap/people/cap-panels-and-committees.html>, truy cập ngày 5/3/2018

9 “Advertising watchdog forces Reading University to ditch 'top 1%' claim”. <https://www.theguardian.com/education/2017/jun/08/advertising-watchdog-forces-reading-university-to-ditch-top-1-claim>, truy cập ngày 6/3/2018.

quảng cáo phát sóng¹⁰. ASA đã và đang hoạt động hiệu quả nhằm giảm thiểu tối đa các trường hợp quảng cáo vi phạm.

2. Thẩm quyền quản lý hoạt động quảng cáo trực tuyến theo pháp luật Singapore

Singapore đã áp dụng cơ chế tự quản, tự điều chỉnh trong hoạt động quảng cáo thương mại nói chung và quảng cáo trực tuyến nói riêng. Khác với một số quốc gia khác¹¹, Chính phủ Singapore không thành lập cơ quan chuyên trách trực tiếp quản lý hoạt động quảng cáo mà chức năng này được giao cho cơ quan tự quản về quảng cáo thương mại có tên gọi là ASAS (The Advertising Standards Authority of Singapore).

ASAS được thành lập từ năm 1973¹², là tổ chức không trực thuộc Chính phủ, được thiết lập nhằm thúc đẩy đạo đức trong lĩnh vực quảng cáo tại Singapore và thực hiện nhiều vai trò quan trọng khác¹³. Bộ luật Thực hành quảng cáo Singapore (SCAP) năm 2008 là một phần cơ bản của hệ thống kiểm soát mà các doanh nghiệp tham gia quảng cáo trực tuyến địa phương tuân thủ.

Luật này được điều hành bởi Hội đồng Tiêu chuẩn Quảng cáo của Singapore (ASAS) và Hiệp hội Người tiêu dùng Singapore (CASE). Thời gian gần đây nhất, có một số quy định mới được đưa vào SCAP, thể hiện sự nhất quyết cao của các tổ chức, hiệp hội trong lĩnh vực quảng cáo, đặc biệt thể hiện quyền lực của cơ quan tiêu chuẩn quảng cáo nước này trong việc quản lý hoạt động quảng cáo.

Singapore có chế độ quản lý quảng cáo trực tuyến toàn diện, bao gồm Quy tắc Thực hành Quảng cáo Singapore năm 2008, Đạo luật Kiểm soát Spam năm 2008¹⁴, và Đạo luật về lạm dụng máy tính và an ninh mạng năm 2007, Đạo luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân năm 2012, Đạo luật Giao dịch Điện tử năm 2010 quy định việc hình thành hợp đồng điện tử. Singapore tuân thủ tiêu chuẩn cao về bảo vệ người tiêu dùng thông qua Đạo luật về các điều khoản Hợp đồng. Luật pháp Singapore đặc biệt quan tâm đến việc bảo vệ quyền riêng tư của cá nhân khi truy cập và tham gia hoạt động quảng cáo trực tuyến¹⁵.

10 Examples of online ad decisions. Here are a few examples of ASA adjudications which relate to online advertising in which the ASA found the advertisement to be in breach of the CAP Code:

1. "Orange Personal Communications Services Ltd (September 2005)";
 2. "UK College of Life Coaching Limited (August 2005; Hertz (UK) Ltd (July 2005)";
 3. "Mars (August 2003)". Link: <https://www.out-law.com/page-677>.
 4. "BMW electric car ad banned over misleading 'clean car' claims"; Link: <https://www.theguardian.com/environment/2017/dec/06/bmw-electric-car-ad-banned-over-misleading-clean-car-claims>;
 5. "KFC's dancing chicken tops list of 2017's most complained about" ads. <https://www.theguardian.com/media/2018/feb/01/kfc-dancing-chicken-most-complained-about-ad-advertising-standards-authority>.
- 11 Điển hình như Thái Lan, quốc gia này giao thẩm quyền quản lý hoạt động quảng cáo cho hai cơ quan độc lập. Thẩm quyền cấp giấy phép quảng cáo được giao cho các Ủy ban thuộc bộ chuyên ngành như Ban giám sát thực phẩm và thuốc, Ban quản lý truyền thông, Ban kiểm soát dịch bệnh... Thẩm quyền xử lý vi phạm được giao cho Ủy ban Quảng cáo, đây là cơ quan chủ quản trong hoạt động quản lý quảng cáo của Thái Lan, thuộc Hội đồng bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Tham khảo: Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng Thái Lan năm 2008.
- 12 Mr Seah Seng Choon (2018), Role of CASE and ASAS in Consumer Protection, Executive Director case, Presentaton of director in 2015. Source: <http://www.aseanconsumer.org/accp/uploads/files/usftc-s5-ssc.pdf>
- 13 Vai trò của ASAS được quy định trong Luật Thực hành quảng cáo 2008 (SCAP). Luật này thay thế cho cho Luật Thực hành quảng cáo năm 1976, sửa đổi trong năm 2003 và lần gần đây nhất là năm 2008.
- 14 Secondhand Good Dealers ACT (Chapter 228, Section 20).
- 15 Kah LengTer (2013), "Singapore's Personal Data Protection legislation: Business perspectives", Computer Law & Security Review, Volume 29, Issue 3, June 2013, tr 264-273.

Chức năng chính của ASAS là (i) xử lý vi phạm; (ii) giải quyết tranh chấp, khiếu nại về quảng cáo thương mại (iii) tư vấn các vấn đề pháp lý liên quan đến quảng cáo thương mại cho doanh nghiệp quảng cáo trực tuyến nói riêng và quảng cáo thương mại nói chung (với điều kiện doanh nghiệp phải tuân thủ quy định của Luật Thực hành quảng cáo 2008)^{16, 17}.

Theo thông cáo báo chí của ASAS, các nhà quảng cáo trực tuyến không tuân thủ các nguyên tắc quảng cáo sẽ được yêu cầu sửa đổi quảng cáo, nếu không, quảng cáo sẽ bị thu hồi hoàn toàn để tránh việc cung cấp thông tin không chính xác hoặc gây hiểu nhầm. Đối với quảng cáo trên internet, nếu các nhà quảng cáo không tuân thủ các hướng dẫn này, quảng cáo có nguy cơ bị giữ lại không gian quảng cáo hoặc rút gọn thời gian của chủ sở hữu phương tiện truyền thông, cũng như việc thu hồi các đặc quyền kinh doanh từ các cơ quan quảng cáo. Trong những trường hợp cực đoan, có thêm hình phạt của việc công khai bất lợi thông qua việc bản xuất bản chi tiết về kết quả điều tra của ASAS¹⁸.

ASAS sẽ bắt đầu tư vấn khi bên khiếu nại, bên nhờ tư vấn đã hoàn thành tất cả các phí hành chính theo thuế suất do ASAS công bố trên cổng thông tin truyền thông¹⁹. Nghĩa vụ chứng minh thuộc về các bên do hội đồng ASAS chỉ định. Hội đồng ASAS được quyền triệu tập tất cả những người có quyền và nghĩa vụ liên quan và doanh nghiệp để

lấy thông tin. Đối với các quảng cáo có trực quan, âm thanh hoặc video, ASAS muốn nhận một bản sao của quảng cáo dưới dạng cho phép quan sát các yếu tố hình ảnh, âm thanh hoặc video đó. Nếu quảng cáo bằng tiếng mẹ đẻ, phải có bản dịch tiếng Anh²⁰.

Thời gian ra phán quyết là từ 1 đến 2 tháng. Sau khi có tất cả các thông tin liên quan đến đơn khiếu nại, thành viên Hội đồng ASAS sẽ nghiên cứu và cho ra phán quyết đối với hành vi vi phạm về quảng cáo. Điều đặc biệt là tất cả các thành viên của ASAS đều phải tuân thủ nguyên tắc bảo mật và không được tiết lộ lý do cho bên thứ ba nào nếu không được sự cho phép của Hội đồng ASAS.

3. Một số kiến nghị để Việt Nam hoàn thiện quy định về thẩm quyền quản lý hoạt động quảng cáo thương mại trực tuyến

Qua việc khảo sát nghiên cứu pháp luật của Anh, Singapore, chúng tôi cho rằng, để quản lý hoạt động quảng cáo thương mại hiệu quả Việt Nam, chúng ta cần thực hiện các biện pháp sau:

Một là, *cần mở rộng đối tượng điều chỉnh đối với phương tiện quảng cáo trực tuyến*. Theo đó, cần quy định rõ quảng cáo tìm kiếm, quảng cáo hiển thị, quảng cáo trên mạng thông tin máy tính ngoài bao gồm quảng cáo trên trang thông tin điện tử, còn bao gồm quảng cáo trên trang mạng xã hội, blog... Từ đó dễ dàng xác định loại hình quảng cáo này thuộc thẩm quyền quản lý

16 Section 4.4, Singapore Code of Advertising Practice, 3rd Edition, February 2008, page 6

17 Một trong những nguyên tắc quan trọng nhất trong Luật Thực hành quảng cáo Singapore là: Tất cả các quảng cáo ở Singapore cần đúng pháp luật, lịch sự, trung thực và đúng sự thật (tobe legal, decent, honest and truthful).

18 "Advertising Standards Authority of Singapore (ASAS) Enhanced guidelines to Singapore Code of Advertising Practice (SCAP), Source: <http://www.iea.sg/news-79>, access time is January 1, 2018.

19 Mức phí doanh nghiệp, cá nhân phải đóng cho mỗi lần được tư vấn là: 100 Đô la Mỹ cho các thành viên của SAA, 4As, AMOS hoặc DMAS; 200 Đô la Mỹ cho những người không phải là hội viên của các hiệp hội trên. Nguồn: <http://www.aseanconsumer.org/accp/uploads/files/usftc-s5-ssc.pdf>, truy cập 5/1/2018.

20 Singapore Code of Advertising Practice, 3rd Edition, February 2008, p. 7.

của cơ quan nào, giúp chủ thể quảng cáo trực tuyến nói chung có hành lang pháp lý để hoạt động hiệu quả, cơ quan chức năng dễ dàng quản lý.

Hai là, *phân công lại cơ quan có thẩm quyền quản lý hoạt động quảng cáo trực tuyến*. Theo đó, cần xác định cơ quan nào phù hợp để chịu trách nhiệm chính trong hoạt động quảng cáo trực tuyến, từ đó xây dựng cơ chế phối hợp giữa các cơ quan có thẩm quyền quản lý. Nói cách khác, cơ quan có thẩm quyền chủ trì quản lý hoạt động quảng cáo phải là Bộ Thông tin và Truyền thông²¹. Trên thế giới, công tác quản lý hoạt động quảng cáo thường được giao cho Bộ Công thương hoặc Bộ Thương mại - là một bộ kinh tế có các cơ quan chức năng đủ mạnh để quản lý hoạt động này^{22, 23}. Ở Việt Nam hiện nay, mặc dù theo quy định của pháp luật hiện hành, lĩnh vực quảng cáo thuộc thẩm quyền quản lý của Bộ Văn hóa - Thể thao và Du lịch. Tuy nhiên, để bảo đảm chất lượng của các văn bản phục vụ công tác quản lý, Chính phủ cần phân công Bộ Thông tin và Truyền thông, Bộ Văn hóa - Thể thao và Du lịch đồng chủ trì soạn thảo các văn bản pháp luật về quảng cáo. Hiện nay, Bộ Thông tin và Truyền thông đang quản lý nhiều phương tiện quảng cáo, đặc biệt là quảng cáo trực tuyến với thị phần lớn, chắc chắn sẽ có nhiều đóng góp thiết thực cho việc ban hành các văn bản pháp luật đáp ứng được yêu cầu thực tế của hoạt động quản lý quảng cáo nói chung và quảng cáo

trực tuyến nói riêng.

Ba là, *quy định bổ sung cơ quan chuyên trách giải quyết khiếu nại về quảng cáo trực tuyến*. Việt Nam hiện nay chưa có cơ quan chuyên trách giải quyết khiếu nại về quảng cáo thương mại nói chung và quảng cáo trên internet nói riêng. Tại Anh, như đã phân tích, cơ quan ASA hoạt động khá hiệu quả, khi cơ quan này chỉ chịu trách nhiệm giải quyết khiếu nại độc lập mà không phải là cơ quan nhà nước, không thực hiện chức năng tư pháp. Nếu Việt Nam có cơ quan chuyên trách như trên, chắc chắn sẽ góp phần giảm bớt gánh nặng và trách nhiệm cho các cơ quan quản lý nhà nước.

Bốn là, *đẩy mạnh và nâng cao vai trò của Hiệp hội quảng cáo ở Việt Nam*. Để xây dựng được cơ chế tự quản trong quản lý hoạt động quảng cáo, cơ quan tiêu chuẩn quảng cáo của Singapore được thành lập và hoạt động theo phương thức tự đưa ra quy tắc mang tính chuẩn mực trong hoạt động quảng cáo và tự giám sát, tự xử lý vi phạm. Tại Việt Nam, số lượng các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ quảng cáo trên internet tham gia vào Hiệp hội quảng cáo chưa nhiều. Để xây dựng cơ chế tự quản. Hiệp hội quảng cáo cần chủ động mở rộng số lượng hội viên và quy mô hoạt động, đồng thời thực hiện giám sát chương trình quảng cáo của các thành viên²⁴. Thông qua việc tự kiểm tra, giám sát, Hiệp hội quảng cáo sẽ góp phần vào việc quản lý hoạt động quảng cáo ■

21 Hiện nay các vấn đề liên quan đến hoạt động quảng cáo chỉ dừng lại ở các Phòng (Phòng Quảng cáo và Tuyên truyền thuộc Sở Văn hóa địa phương - Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch). Do đó, khi thực hiện chức năng phối hợp với các Bộ liên quan có rất nhiều hạn chế.

22 Giles Crown, Oliver Bray & Rupert Earle (2010), "Advertising law and regulation", Bloomsbury Professional Ltd, ISBN 978-1-84592-451-5, p. 29.

23 Tại Hoa Kỳ quảng cáo trực tuyến được quản lý và thi hành bởi Ủy ban Thương mại Liên bang (FTC).

24 Hiện nay trên thế giới có nhiều Hiệp hội quảng cáo ở các quốc gia áp dụng cơ chế này để đi đến cơ chế tự quản trong quản lý hoạt động quảng cáo. Điển hình như Hiệp hội quảng cáo Châu Âu (EAAA – European Association of Advertising Agencies), Hiệp hội quảng cáo Châu Á (AFAA -), Hiệp hội quảng cáo thế giới (IAA – International Advertising Association).

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Luật Quảng cáo 2012
2. Nghị định 181/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 quy định chi tiết thi hành Luật Quảng cáo 2012.
3. Nghị định số 72/2013/NĐ-CP quy định Về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ Internet và thông tin điện tử trên Internet
4. Nghị định 76/2013/NĐ-CP ngày 16/7/2013 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Văn hóa - Thể thao và Du lịch.
5. Bộ luật Quảng cáo Anh (CAP) năm 2010
6. Đạo luật Thông tin Anh năm 2003
7. Luật Thực hành quảng cáo (SCAP) năm 2008
8. Đạo luật Bảo vệ Dữ liệu năm Anh năm 1998
9. Luật về Quyền riêng tư và Truyền thông điện tử của Vương quốc Anh năm 2011
10. Gibson, M. (2012). "History of Online Display Advertising". Vantage Local. <http://www.vantagelocal.com/history-of-online-display-advertising-2/>
11. Keelan Carpenter (2013), "Ethical Issues of Online Advertising and Privacy", University of Tennessee Chattanooga CPSC 3610¹_{SEP}, November 25.
12. Judith A. Powell and Lauren Sullins Ralls (2010), "Best Practices for Internet Marketing and Advertising, Franchise Law Journal"
13. N. Am. Med. Corp. v. Axiom Worldwide, Inc, 522 F.3d 1217 (2008).
14. Giles Crown, Oliver Bray & Rupert Earle (2010), "Advertising law and regulation", Bloomsbury Professional Ltd, 2010, ISBN 978-1-84592-451-5
15. Gönenç Gürkaynak, İlay Yılmaz, Burak Yeşilaltay (2014), "Legal Boundaries of Online Advertising" Attorneys-at-Law, Istanbul, Turkey, Journal of International Commercial Law and Technology Vol.9, No.3
16. CAP, Help Note Committee of Advertising Practice (CAP) Broadcast Committee of Advertising Practice (BCAP), Use of production techniques in cosmetics advertising, April 2011
17. ICC International Code of Advertising Practice (1997 Edition), Document No. 240/381 Rev. (Updated by the Commission on Marketing, Advertising and Distribution.
18. Graham Mytton, Peter Diem, Piet Hein van Dam, (2014), "Media Audience Research: A Guide for Professionals".
19. Mr Seah Seng Choon (2015), Role of CASE and ASAS in Consumer Protection, Executive Director case, Presentaton of director
20. Secondhand Good Dealers ACT (Chapter 228, Section 20).
21. Kah Leng Ter (2013), "Singapore's Personal Data Protection legislation: Business perspectives", Computer Law & Security Review, Volume 29, Issue 3, June 2013,
22. Vũ Thị Hoà Như, "Thẩm quyền quản lý hoạt động quảng cáo thương mại theo pháp luật Trung Quốc và một số quốc gia Đông Nam Á – Bài học kinh nghiệm cho Việt Nam, Tạp chí Luật học, số 9/2015, tr. 73.
23. Mutrap, "Báo cáo Rà soát pháp luật hiện hành về Xúc tiến thương mại và Quảng cáo thương mại tại Việt Nam".

