

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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

ĐẢNG CỘNG SẢN VIỆT NAM QUANG VINH MUÔN NĂM



Số 16 (416)

Kỳ 2 - Tháng 8/2020

- ❖ SỰ CẦN THIẾT THÀNH LẬP THIẾT CHẾ OMBUDSMAN Ở VIỆT NAM
- ❖ QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC ĐỐI VỚI ĐẤT QUỐC PHÒNG
- ❖ PHÁP LUẬT VỀ TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA CHÍNH QUYỀN ĐÔ THỊ - THỰC TRẠNG VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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



Mục lục Số 16/2020

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Sự cần thiết thành lập thiết chế Ombudsman ở Việt Nam

PGS, TS. Vũ Công Giao - ThS. Đinh Công Luận

11 Trách nhiệm giải trình của điều tra viên, kiểm sát viên trong hoạt động tố tụng hình sự ở Việt Nam

TS. Hoàng Minh Khôi

17 Hoàn thiện quy định của pháp luật về bảo vệ quyền riêng tư của trẻ em

TS. Phạm Thị Duyên Thảo - TS. Phan Thị Lan Phương

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

25 Quản lý nhà nước đối với đất quốc phòng

ThS. Nguyễn Việt Dũng

CHÍNH SÁCH

33 Chính sách về việc làm tại các khu công nghiệp

PGS, TS. Nguyễn Đức Bách - ThS. Nguyễn Trung Thành

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

41 Pháp luật về tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị – thực trạng và một số kiến nghị

TS. Hoàng Minh Hội

47 Thỏa thuận gây hạn chế cạnh tranh đối với hoạt động nhượng quyền thương mại trong lĩnh vực kinh doanh dịch vụ ăn uống

TS. Trần Thăng Long - Nguyễn Trần Vũ Tuấn

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

55 Xây dựng khung pháp lý về chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết - kinh nghiệm của Thái Lan

ThS. Lưu Minh Sang - Lê Thị Thùy Dương

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)
TS. Nguyễn Văn Giàu
PGS. TS. Nguyễn Thanh Hải
PGS. TS. Đinh Văn Nhã
TS. Nguyễn Văn Luật
TS. Lê Hải Đường
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cương
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: **25.000 ĐỒNG**

Ảnh bìa: Đoàn đại biểu Đảng bộ cơ sở Viện NCLP tham dự Đại hội đại biểu Đảng bộ cơ quan VPQH nhiệm kỳ 2020-2025 và chụp ảnh lưu niệm với các đồng chí Lãnh đạo Quốc hội, Lãnh đạo VPQH.

Ảnh: Quang Khánh

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

Legis No 16/2020

STATE AND LAW

- 3** Rationale for Establishment of the Ombudsman in Vietnam

Prof. Dr. Vu Cong Giao - LLM. Dinh Cong Luan

- 11** Accountability of Investigators and Procurators in Criminal Proceedings in Vietnam

Dr. Hoang Minh Khoi

- 17** Improvements of Legal Regulations on Protection of Children's Privacy

Dr. Pham Thi Duyen Thao - Dr. Phan Thi Lan Phuong

DISCUSSION OF BILLS

- 25** State Administration to Land for National Defense

LLM. Nguyen Viet Dung

POLICIES

- 33** Policy on Employments in Industrial Zones

Prof. Dr. Nguyen Duc Bach - LLM. Nguyen Trung Thanh

LEGAL PRACTICE

- 41** Legal Regulations on Organization and Performance of Urban Administration - Current Status and Recommendations

Dr. Hoang Minh Hoi

- 47** The Agreements with Restraint of Competition in Commercial Franchising in Food and Drink Services

Dr. Tran Thang Long - Nguyen Tran Vu Tuan

FOREIGN EXPERIENCE

- 55** Development of Legal Framework for Non-Voting Depository Receipts - Experience from Thailand

LLM. Luu Minh Sang - Le Thi Thuy Duong

EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Dr. Nguyen Van Giau
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai
Prof. Dr. Dinh Van Nha
Dr. Nguyen Van Luat
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

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

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
THE INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES
JOINT STOCK COMMERCIAL BANK FOR
FOREIGN TRADE OF VIETNAM
(VIETCOMBANK).

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: **25.000 VND**

SỰ CẦN THIẾT THÀNH LẬP THIẾT CHẾ OMBUDSMAN Ở VIỆT NAM¹

PGS. TS. Vũ Công Giao*

ThS. Đinh Công Luận**

* Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

** Viện Nghiên cứu lập pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Ombudsman, khiếu nại hành chính, giám sát tối cao, Quốc hội.

Lịch sử bài viết:

Ngày nhận bài : 20/5/2020

Biên tập : 17/6/2020

Duyệt bài : 24/6/2020

Article Infomation:

Keywords: Ombudsman; administrative complaints; superime supervision, the National Assembly.

Article History:

Received : 20 May. 2020

Edited : 17 Jun. 2020

Approved : 24 Jun. 2020

Tóm tắt:

Ombudsman (Thanh tra nghị viện/Quốc hội)² là một thiết chế hiến định độc lập lâu đời trên thế giới. Trải qua hàng trăm năm hình thành và phát triển, mô hình này đã khẳng định được vai trò và tầm quan trọng trong việc tăng cường chức năng giám sát của Nghị viện/Quốc hội và kiểm soát quyền lực nhà nước, đã được học tập và phát triển tại nhiều quốc gia trên thế giới, với những hình thái từ cổ điển tới hiện đại. Ở Việt Nam, việc nâng cao năng lực giám sát của Quốc hội đối với hoạt động của bộ máy nhà nước đang là một xu thế không thể thay đổi. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả giới thiệu mô hình Ombudsman ở một số nước trên thế giới và trình bày, phân tích sự cần thiết xây dựng thiết chế Ombudsman ở Việt Nam.

Abstract:

Ombudsman is a long-standing independent institution by constitution in the world. Over hundreds of years of formation and development, this model has affirmed the role and importance in strengthening the supervision function of Parliament and controlling the state power, has been studied and developed in several countries in the world, with the classical model or the modern one. In Vietnam, strengthening the supervision capacity of the National Assembly with the performance of the state apparatus is an unchangeable trend. This article provides introduction of Parliament Ombudsman models in a number of countries and confirmation of the necessity to establish an Institution of Ombudsman under the National Assembly in Vietnam.

1. Khái quát về Ombudsman

Trên thế giới, Ombudsman là một trong các thiết chế hiến định độc lập. Thiết chế này bắt nguồn từ Thụy Điển. Ngay từ năm 1713, vua Sác Lơ XII của Thụy Điển đã thành lập Ombudsman for Justice (Thanh tra Công lý),

đóng vai trò là đại diện tối cao của nhà vua, có nhiệm vụ bảo đảm sự tuân thủ của các thẩm phán, sĩ quan quân đội và nhân viên dân sự với các luật lệ do triều đình ban hành. Ở thời điểm đó, thiết chế Ombudsman thực chất không có tư cách độc lập, và có mỗi

- Bài viết này sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ “Thanh tra- Phương diện kiểm soát quyền lực trong thực hiện quyền hành pháp” do Thạc sỹ Đinh Công Luận làm Chủ nhiệm.
- Ở Việt Nam, thuật ngữ “Ombudsman” thường được dịch là “Thanh tra Quốc hội” hoặc “Thanh tra nghị viện”.

quan hệ chặt chẽ với nhà vua. Về sau, cùng với sự phát triển mạnh mẽ của nghị viện, giữa những năm 1766 - 1772, Quốc hội Thụy Điển có quyền bổ nhiệm Ombudsman for Justice, nhưng đến năm 1772, nhà vua lại khôi phục quyền này. Phải đến năm 1809, sau khi vua Gustavus Adolphus bị phế truất, Quốc hội Thụy Điển đã thông qua Hiến pháp mới dựa trên nguyên tắc cân bằng quyền lực giữa nhà vua và Quốc hội. Theo quy định của Hiến pháp này, nhà vua có quyền bổ nhiệm Ombudsman của mình, Quốc hội có quyền thành lập Parliament Ombudsman (Thanh tra Quốc hội). Như vậy, Hiến pháp 1809 của Thụy Điển chính thức ghi nhận một thiết chế mới gọi là Ombudsman - tên gọi mà vẫn còn được sử dụng đến tận ngày nay.

Sau đó, thiết chế Ombudsman dần dần được thành lập ở các quốc gia khác. Đầu tiên là Phần Lan vào năm 1918, tiếp theo là Đan Mạch (năm 1955) và Na Uy (năm 1962). Ngày nay, có hơn 80 nước trên thế giới, bao gồm hơn 25 nước châu Âu có thiết chế Ombudsman³. Ở châu Á, mô hình Ombudsman cũng đã được thành lập ở một số nước và vùng lãnh thổ như: Hồng Kông, Đài Loan, Pakistan, và Papua Guines.

Mặc dù xuất hiện ở trên 80 quốc gia trên thế giới, song thiết chế Ombudsman không hoàn toàn giống nhau. Xét tổng quát, hiện trên thế giới tồn tại bốn hình thức Ombudsman đó là: (i) Ombudsman là thiết chế trung gian giữa nhà nước và nhân dân; (ii) Ombudsman là thiết chế thuộc Quốc hội; (iii) Ombudsman là thiết chế thuộc Chính phủ - nhánh hành pháp; và (iv) Ombudsman là thiết chế đóng vai trò người đại diện cho một nhóm lợi ích đặc biệt trong xã hội⁴. Trong các hình thức này, chỉ có Ombudsman truyền thống theo mô hình Bắc Âu mới thực sự có nguồn gốc từ Quốc hội.

Do là thiết chế thuộc Quốc hội, thẩm quyền của Parliament Ombudsman ở những

nước Bắc Âu bao trùm toàn bộ hệ thống cơ quan hành pháp, từ trung ương đến địa phương. Tại Thụy Điển và Phần Lan, thẩm quyền này còn được mở rộng sang cả Tòa án. Ở Đan Mạch và Na Uy, Parliament Ombudsman không giám sát hoạt động của Tòa án, mà được coi như là một lựa chọn bổ sung cho hệ thống tư pháp. Người dân lựa chọn đến với Parliament Ombudsman vì tiết kiệm chi phí và thời gian hơn so với việc sử dụng con đường tòa án⁵.

Hiện nay, sở dĩ Ombudsman là một thiết chế hiến định mang tính phổ biến trên thế giới vì nền tảng tư tưởng của thiết chế này chính là những lý thuyết của luật hiến pháp hiện đại, ví dụ như chủ quyền nhân dân, pháp quyền, chủ nghĩa hiến pháp... Những lý thuyết này tuy có nội hàm khác nhau, song chia sẻ những giá trị chung như: dân chủ, bảo vệ nhân quyền, kiểm soát quyền lực và sự công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Đây là những giá trị được đại diện và bảo vệ bởi thiết chế Ombudsman.

Tóm lại, Ombudsman là một thiết chế hiến định độc lập có lịch sử hình thành lâu đời, gắn liền với chế độ đại nghị. Sự ra đời, tồn tại và phát triển nhanh chóng của Ombudsman từ cuối thế kỷ 20 phản ánh xu hướng dân chủ hoá rộng khắp trên thế giới. Về bản chất, mặc dù có nguồn gốc từ Quốc hội, song thiết chế Ombudsman hiện đã có nhiều mô hình khác nhau. Tuy nhiên, xét chung, dù tồn tại dưới hình thức và tên gọi như thế nào, điểm chung của thiết chế Ombudsman là tính chất lưỡng tính (không thuần túy là cơ quan nhà nước, cũng không phải là tổ chức xã hội đúng nghĩa - mà là một dạng thiết chế lai ghép (quasi-body) giữa hai dạng đó). Tính chất này giúp Ombudsman trở thành một công cụ kết nối nhà nước với người dân và các tổ chức xã hội, giúp người dân và các tổ chức xã hội có khả năng thể hiện quan

3 Trương Thị Hồng Hà, “Thanh tra Quốc hội của một số nước trên thế giới”, trong cuốn “Những thiết chế hiến định độc lập”, Đào Trí Úc - Vũ Công Giao (đồng chủ biên), Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2008, tr.67.

4 Trương Thị Hồng Hà, Tlđđ, tr.68.

5 Trương Thị Hồng Hà, Tlđđ, tr.68.

điểm, thái độ của mình với nhà nước và giúp nhà nước giải quyết những bất đồng và nguyện vọng của người dân liên quan đến hoạt động của nhà nước (thông qua việc tiếp nhận và xử lý những khiếu nại, tố cáo).

2. Nhu cầu về một thiết chế theo mô hình Ombudsman ở Việt Nam

Có một câu hỏi đã được đặt ra từ khá lâu ở nước ta: *Ombudsman có phải là thiết chế cần thiết và phù hợp với Việt Nam?*

Trước hết, xét trên phương diện bảo vệ nhân quyền, hiện tại nước ta chưa có cơ quan quốc gia về nhân quyền theo các tiêu chuẩn quốc tế và được quốc tế thừa nhận. Điều này không chỉ ảnh hưởng tới việc thực hiện các quy định của Hiến pháp năm 2013 về bảo vệ, bảo đảm quyền con người, mà còn ảnh hưởng tới việc hội nhập và quan hệ quốc tế.

Chính vì vậy, trong tiến trình Kiểm điểm định kỳ phổ quát (UPR) vòng 2 tại Hội đồng Nhân quyền LHQ (năm 2014), bên cạnh việc chấp nhận nguyên tắc chung là tăng cường các cơ chế trong nước để thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền, Nhà nước Việt Nam đồng thời chấp nhận khuyến nghị về việc thành lập cơ quan nhân quyền quốc gia và tuyên bố sẽ “cân nhắc” (giving consideration towards) áp dụng hướng dẫn của các nguyên tắc Paris trong việc thành lập cơ quan này⁶.

Ombudsman là một trong các dạng thức của cơ quan nhân quyền quốc gia, được nhiều nước quy định. Vì thế, việc thành lập Ombudsman đầu tiên sẽ có ý nghĩa thực hiện cam kết và giải quyết những vấn đề về bảo vệ, thúc đẩy nhân quyền và hợp tác, hội nhập quốc tế hiện nay ở nước ta như đã nêu ở trên.

Bên cạnh đó, việc thành lập Ombudsman thuộc Quốc hội là cần thiết để nâng cao năng lực giám sát của Quốc hội đối với hoạt động của bộ máy nhà nước nói chung, bởi lẽ:

Thứ nhất, ở Việt Nam, cơ chế kiểm tra, giám sát quyền lực nhà nước được giao cho nhiều cơ quan. Hầu như cơ quan nào cũng có

chức năng kiểm tra, giám sát đối với hệ thống của mình. Duy chỉ có Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân mới có quyền giám sát tối cao toàn bộ hoạt động của Nhà nước.

Để thực hiện chức năng nêu trên, Hiến pháp, Luật Tổ chức Quốc hội, Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân đã có những quy định về đối tượng giám sát, hình thức và phương thức giám sát của Quốc hội. Theo đó, ngoài thời gian Quốc hội họp, hoạt động giám sát của Quốc hội được các cơ quan của Quốc hội như Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, đại biểu Quốc hội và Đoàn đại biểu Quốc hội thực hiện các hoạt động giám sát theo chức năng, nhiệm vụ của mình.

Trong các nội dung giám sát của Quốc hội, giám sát việc giải quyết khiếu nại tố cáo có ý nghĩa quan trọng. Việc giải quyết các khiếu nại của người dân hiện do các Ủy ban của Quốc hội giải quyết, bao gồm cả UBTVQH. Để hỗ trợ cho mình thực hiện việc này, UBTVQH đã thành lập Ban Dân nguyện là cơ quan chuyên trách tiếp nhận khiếu nại của người dân.

Thực tế hàng năm, các cá nhân đại biểu Quốc hội, các Ủy ban và Ban Dân nguyện của Quốc hội nhận được hàng chục nghìn văn bản khiếu nại từ phía người dân về nhiều vấn đề khác nhau gắn với hoạt động của bộ máy nhà nước, đặc biệt là của các cơ quan hành pháp và tư pháp. Với số lượng đơn, thư khiếu nại lớn như vậy, các đại biểu, Ủy ban và Ban Dân nguyện của Quốc hội không thể xem xét, giải quyết hết, do các chủ thể này còn có nhiều công việc và trách nhiệm khác. Minh chứng hầu hết đơn, thư khiếu nại gửi đến các cơ quan của Quốc hội hiện mới chỉ được giải quyết bằng cách chuyển đến các cơ quan có thẩm quyền giải quyết và nhận báo cáo về việc giải quyết của các cơ quan

6 Xem Báo cáo quốc gia về thực hiện quyền con người ở Việt Nam theo cơ chế kiểm định kỳ phổ cập (UPR) chu kỳ II, [http://uprvietnam.vn/&op/detailsnews/276/94/bao-cao-quoc-gia-ve-thuc-hien-quyen-con-nguoi-o-viet-nam-theo-co-che-kiem-dinh-ky-pho-cap-\(upr\)-chu-ky-ii-\(phan-1\).html](http://uprvietnam.vn/&op/detailsnews/276/94/bao-cao-quoc-gia-ve-thuc-hien-quyen-con-nguoi-o-viet-nam-theo-co-che-kiem-dinh-ky-pho-cap-(upr)-chu-ky-ii-(phan-1).html).

đó trong một thời gian nhất định. Song thực tế chỉ có rất ít cơ quan nhà nước thông báo lại với các cơ quan của Quốc hội về những quyết định mà họ đã đưa ra để giải quyết các khiếu nại của người dân⁷.

Thực tiễn như vậy cho thấy, cần phải tăng cường và bổ sung thiết chế để có thể nâng cao năng lực giám sát của Quốc hội. Xét thấy, trong bối cảnh Quốc hội nước ta hiện nay, việc thành lập cơ quan Thanh tra Quốc hội có thể góp phần nâng cao năng lực giám sát của cơ quan này.

Thứ hai, nhìn rộng ra toàn bộ máy, việc thành lập Ombudsman thuộc Quốc hội là cần thiết để củng cố cơ chế giải quyết khiếu nại hành chính vốn đang có nhiều bất cập, hạn chế ở Việt Nam⁸.

Bởi liên quan đến hoạt động công vụ hàng ngày của các cơ quan hành chính, nên việc giải quyết kịp thời và hiệu quả những khiếu nại đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan và người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước (khiếu nại hành chính) có ý nghĩa rất quan trọng đến sự vận hành của bộ máy nhà nước cũng như đến sự ổn định của xã hội. Chính vì vậy, từ trước đến nay, Nhà nước đã ban hành nhiều văn bản pháp luật để điều chỉnh vấn đề này. Gần đây nhất, vào năm 2011, Quốc hội đã thông qua Luật Khiếu nại (tách ra từ Luật Khiếu nại, tố cáo năm 1998) nhằm củng cố khuôn khổ pháp lý để giải quyết hiệu quả hơn vấn đề khiếu nại hành chính đang rất “nóng”. Mặc dù vậy, cơ chế giải quyết khiếu nại hiện nay ở nước ta vẫn còn nhiều bất cập, đòi hỏi phải có thêm những giải pháp thể chế khác.

Theo quy định của Luật Khiếu nại năm 2011, cơ quan hành chính các cấp, mà trực tiếp là người đứng đầu các cơ quan này, có

trách nhiệm chính trong việc tiếp nhận khiếu nại hành chính, và là những chủ thể duy nhất có thẩm quyền giải quyết khiếu nại hành chính, bao gồm khiếu nại lần đầu đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của mình, của người có trách nhiệm do mình quản lý trực tiếp và khiếu nại lần hai đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của người đứng đầu cơ quan hành chính cấp dưới đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết.

Ngoài nhóm chủ thể trên, theo quy định của Chương 5 Luật Khiếu nại, Nghị định số 75/2012/NĐ-CP ngày 23/10/2012 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật này, chủ thể tham gia vào việc xử lý khiếu nại hành chính gồm: (i) Hệ thống cơ quan thanh tra có nhiệm vụ giúp cơ quan nhà nước cùng cấp về mặt chuyên môn trong việc quản lý nhà nước về giải quyết khiếu nại hành chính; (ii) các cơ quan của Đảng, các cơ quan dân cử (Quốc hội và HĐND các cấp) và Mặt trận Tổ quốc Việt Nam (MTTQVN) cùng các tổ chức thành viên của Mặt trận ở các cấp có thẩm quyền giám sát việc thi hành pháp luật về khiếu nại; tổ chức việc tiếp công dân đến khiếu nại; tiếp nhận khiếu nại và hướng dẫn người khiếu nại đến cơ quan, tổ chức có thẩm quyền giải quyết khiếu nại.

Như vậy, có thể thấy, ở Việt Nam có nhiều chủ thể tham gia việc xử lý khiếu nại hành chính. Điều này giúp huy động sức mạnh tập thể vào việc xử lý một vấn đề xã hội phức tạp và nóng bỏng. Tuy nhiên, về mặt thể chế thì không thấy chủ thể nào có thẩm quyền giải quyết khiếu nại mang tính độc lập thích đáng. Bên cạnh đó, sự phân công, phân nhiệm giữa các chủ thể chưa thực sự rõ ràng⁹. Ngoài ra, quy trình xử lý khiếu

7 Nguyễn Sỹ Dũng, Quyền giám sát của Quốc hội - Nội dung và thực tiễn dưới góc nhìn tham chiếu, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2004.

8 Vũ Công Giao - Vũ Thu Quyên, “Nhu cầu thành lập Ombudsman ở Việt Nam nhìn từ thực trạng cơ chế xử lý khiếu nại hành chính”, trong cuốn “Những thiết chế hiến định độc lập”, Đào Trí Úc - Vũ Công Giao (đồng chủ biên), Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2008.

9 Xem: Hoàng Ngọc Giao (chủ biên), Cơ chế giải quyết khiếu nại: Thực trạng và giải pháp, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội, 2008, tr.26.

nại hành chính hiện đang được thiết kế dựa theo nguyên tắc “song trùng trực thuộc” (quản lý hành chính đồng thời theo ngành và theo lãnh thổ; có nghĩa là một khiếu nại hành chính đầu tiên phải được giải quyết tại cấp hành chính (địa phương, ngành) nơi đã ban hành quyết định hành chính hoặc có hành vi hành chính bị khiếu nại)¹⁰. Những điểm bất hợp lý đó đã làm giảm hiệu quả của cơ chế giải quyết khiếu nại hành chính ở nước ta.

Việc không một chủ thể nào tham gia vào việc xử lý khiếu nại hành chính có tính độc lập có thể được xem là một trong những nguyên nhân chính dẫn đến hiệu quả giải quyết khiếu nại hành chính ở Việt Nam không cao. Đối với các chủ thể có thẩm quyền giải quyết khiếu nại hành chính, việc giao cho người đứng đầu cơ quan hành chính thẩm quyền giải quyết khiếu nại chống lại chính mình hoặc chống lại cấp dưới của mình đã đặt họ vào hoàn cảnh khó xử, bởi “không ai muốn thừa nhận là mình sai, nếu không bị sức ép lớn thì họ cũng không sửa”¹¹.

Đối với hệ thống cơ quan thanh tra, do vị thế là cơ quan tham mưu, giúp việc cho thủ trưởng cơ quan hành chính cùng cấp, nên các cơ quan này không thể độc lập với người đứng đầu cơ quan hành chính. Điều này dẫn đến hoạt động của cơ quan thanh tra trong xử lý khiếu nại hành chính cũng không thể thực sự khách quan.

Thực tế cho thấy, ở Việt Nam, chỉ có những chủ thể có chức năng giám sát có khả năng thể hiện tính khách quan và độc lập tương đối với chủ thể bị khiếu nại hành chính. Một minh chứng rõ nét cho nhận định này là những báo cáo giám sát của các Ủy ban của Quốc hội và sự chất vấn của các đại biểu Quốc hội về công tác tiếp nhận, giải

quyết khiếu nại hành chính được thực hiện trong những năm gần đây, trong đó đã thẳng thắn vạch ra và phê phán những thiếu sót, yếu kém trong công tác này của các cơ quan hành chính.

Tính minh bạch và trách nhiệm giải trình – là những yếu tố rất quan trọng để bảo đảm tính tin cậy trong hoạt động của các chủ thể tham gia xử lý khiếu nại hành chính ở Việt Nam. Hiện tại, tính minh bạch của các chủ thể tham gia xử lý khiếu nại hành chính ở Việt Nam được quy định trong nhiều văn bản pháp luật, như Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật; Luật Phòng, chống tham nhũng; Luật Báo chí, Luật Khiếu nại... Tuy nhiên, trong thực tế, vẫn còn một số tồn tại, hạn chế, đó là: quy định về quy trình giải quyết khiếu nại hành chính hai cấp vẫn còn mang tính khép kín; quy định về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại chưa tạo cơ hội tranh luận bình đẳng cho người khiếu nại; chưa phân biệt rõ các quy định về thủ tục giải quyết khiếu nại lần đầu với lần hai, giữa khiếu nại đòi hủy bỏ quyết định hành chính, chấm dứt hành vi hành chính với khiếu nại đòi bồi thường thiệt hại...¹². Ngoài ra, nhiều cơ quan hành chính vẫn tiến hành việc thụ lý, thẩm tra, xác minh, kết luận và ra quyết định giải quyết khiếu nại hành chính một cách đơn phương; người khiếu nại hầu như ít có điều kiện tiếp cận các thông tin, tài liệu liên quan đến vụ việc; vai trò của luật sư trong quá trình giải quyết khiếu nại hành chính còn hạn chế. Một số thủ tục nhằm bảo đảm công khai trong quy trình đôi khi bị cơ quan giải quyết khiếu nại bỏ qua hoặc chỉ được thực hiện một cách hình thức, chiếu lệ. Đơn cử, việc gặp gỡ, đối thoại với người khiếu nại là yêu cầu bắt buộc theo Luật Khiếu nại, có ý nghĩa rất quan trọng với việc bảo đảm tính minh bạch của hoạt động giải

10 Xem Nguyễn Văn Liêm: “Một số vấn đề thực tiễn trong công tác giải quyết khiếu kiện hành chính ở Việt Nam”, Kỷ yếu Hội thảo: Hiệp định Thương mại song phương Việt Nam – Hoa Kỳ và cơ chế giải quyết khiếu kiện hành chính ở Việt Nam, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2004, tr.30.

11 Theo Anh Thư (dẫn lời nguyên Bộ trưởng Bộ Tư pháp Nguyễn Đình Lộc), VnExpress, 28-8-2005.

12 Xem Văn Tiến Mai, Công khai, minh bạch trong giải quyết khiếu nại, Thanhtravietnam, ngày 14/5/2012, tại <http://thanhtravietnam.vn/vi-VN/News/diendan thanhtra/2012/05/24431.aspx>.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

quyết khiếu nại, song kết quả giám sát của Ban Dân nguyện thuộc UBTVQH cho thấy, rất ít trường hợp người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại trực tiếp đối thoại mà chủ yếu ủy quyền cho cấp phó hoặc cho cơ quan chuyên môn. Hệ quả là việc giải quyết nhiều vụ việc khiếu nại hành chính còn thiếu hợp lý, khách quan hoặc có biểu hiện thiên vị, bao che, dung túng cho sai phạm của cấp dưới, nhất là khi sai phạm đó liên quan đến trách nhiệm của cơ quan hành chính cấp trên¹³.

Đối với vấn đề trách nhiệm giải trình, hiện tại, Luật Khiếu nại cũng đã có những quy định cụ thể về trách nhiệm báo cáo của các chủ thể có thẩm quyền giải quyết khiếu nại hành chính. Theo đó, Chính phủ phải định kỳ báo cáo Quốc hội, UBTVQH, Chủ tịch nước và thông báo đến Ủy ban MTTQVN về công tác giải quyết khiếu nại trên cả nước; các bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, UBND cấp tỉnh báo cáo Chính phủ về công tác giải quyết khiếu nại của cơ quan, tỉnh mình theo định kỳ hoặc theo yêu cầu của Chính phủ; UBND địa phương định kỳ báo cáo HĐND và thông báo đến Ủy ban MTTQVN cùng cấp về tình hình khiếu nại và công tác giải quyết khiếu nại trong phạm vi địa phương mình (Điều 65). Đối với một công việc quan trọng của quy trình giải quyết khiếu nại hành chính là tiếp dân tại trụ sở, Luật Khiếu nại giao trách nhiệm tổng hợp tình hình và định kỳ (và đột xuất khi cần thiết) báo cáo trung ương Đảng, Quốc hội và Chính phủ cho Tổng thanh tra Chính phủ (Điều 21). Ở cấp địa phương, trách nhiệm này thuộc về Chánh Thanh tra các cấp, với chủ thể phải báo cáo bao gồm Thanh tra Chính phủ, Tỉnh ủy, HĐND, UBND cùng cấp (Điều 23). Theo quy định của Luật hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân, Luật Phòng, chống tham nhũng, những báo cáo nêu trên sẽ được xem xét, thảo luận trong các kỳ họp của Quốc hội và HĐND các cấp, đồng thời được

công bố công khai. Mặc dù vậy, pháp luật vẫn chưa quy định rõ những vi phạm của các chủ thể tham gia xử lý khiếu nại hành chính và chế tài cho những vi phạm đó. Về vấn đề này, Điều 67 Luật Khiếu nại quy định một cách khái quát: “Người giải quyết khiếu nại có một trong các hành vi quy định tại các khoản 1, 2, 3 và 4 Điều 6 của Luật này hoặc vi phạm các quy định khác của pháp luật trong việc giải quyết khiếu nại thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự, nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường hoặc bồi hoàn theo quy định của pháp luật”. Bất cập nêu trên tạo điều kiện cho những hành vi như: trì hoãn, chậm trễ, bỏ mặc không giải quyết hay giải quyết khiếu nại không đúng thủ tục hoặc không khách quan, hay tình trạng thiếu trách nhiệm trong việc tiếp nhận đơn khiếu nại hành chính, hướng dẫn người dân thực hành quyền khiếu nại... tồn tại.

Cuối cùng, một vấn đề nữa là tính trách nhiệm và sự liêm chính. Luật Khiếu nại, Nghị định số 75/2012/NĐ-CP quy định khá chi tiết về quyền và trách nhiệm của các cơ quan và cán bộ giải quyết khiếu nại hành chính. Cụ thể, Luật Khiếu nại nghiêm cấm cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền: (i) Cản trở, gây phiền hà cho người thực hiện quyền khiếu nại; đe dọa, trả thù, trù dập người khiếu nại; (ii) Thiếu trách nhiệm trong việc giải quyết khiếu nại; không giải quyết khiếu nại; làm sai lệch các thông tin, tài liệu, hồ sơ vụ việc khiếu nại; cố ý giải quyết khiếu nại trái pháp luật; (iii) Ra quyết định giải quyết khiếu nại không bằng hình thức quyết định; (iv) Bao che cho người bị khiếu nại; can thiệp trái pháp luật vào việc giải quyết khiếu nại. Ngoài ra, Luật còn có các quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của người giải quyết khiếu nại lần đầu (Điều 14); lần hai (Điều 15); hay trong việc tiếp công dân (Điều 61). Nghị định số 75/2012/NĐ-CP cụ thể hóa trách nhiệm của các chủ thể có trách

13 Xem: Hoàng Ngọc Giao (chủ biên), Cơ chế giải quyết khiếu nại: Thực trạng và giải pháp, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội, 2008, tr.76.

nhiệm giải quyết khiếu nại trong việc tiếp công dân, công khai quyết định giải quyết khiếu nại, thi hành quyết định giải quyết khiếu nại có hiệu lực pháp luật, xem xét lại việc giải quyết khiếu nại có vi phạm pháp luật... Riêng trong hoạt động quan trọng là tiếp công dân đến khiếu nại, Thanh tra Chính phủ còn ban hành Thông tư số 07/2011/TT-TTCP ngày 28/7/2011 để hướng dẫn chi tiết.

Những quy định kể trên, cùng với các quy định về việc công khai minh bạch tài sản của cán bộ, công chức nhà nước và về sự giám sát của MTTQVN và các cơ quan dân cử, đã xác lập những quy tắc hành động nhằm bảo đảm tính liêm chính của các cơ quan tham gia xử lý khiếu nại hành chính ở Việt Nam, đặc biệt là các cơ quan có thẩm quyền giải quyết khiếu nại hành chính. Tuy nhiên, Việt Nam chưa có bộ quy tắc đạo đức (code of conduct) của chủ thể tham gia xử lý khiếu nại hành chính, ngoại trừ một văn bản có liên quan áp dụng trong nội bộ của ngành thanh tra. Năm 2011, Ban cán sự Đảng Thanh tra Chính phủ ban hành Quy định về chuẩn mực đạo đức của cán bộ, đảng viên, công chức, viên chức ngành thanh tra (kèm theo Quyết định số 1821-QĐ/BCS ngày 30/12/2011). Tuy nhiên, văn bản này đề cập đến các chuẩn mực chung cho các hoạt động rất rộng của toàn ngành, không chỉ trong vấn đề khiếu nại hành chính. Điều này có thể xem là một trở ngại cho việc xây dựng đội ngũ cán bộ có tính liêm chính và chuyên nghiệp cho các cơ quan có liên quan, đặc biệt trong bối cảnh cơ chế giám sát công tác giải quyết khiếu nại hành chính hiện hành vẫn còn nhiều khiếm khuyết, cụ thể như: chưa quy định rõ ràng từng bước của cả quy trình giám sát công tác giải quyết khiếu nại hành chính; chưa quy định rõ nội dung, thẩm quyền giám sát của mỗi chủ thể tham gia giám sát công tác giải quyết khiếu nại; chưa quy định về hiệu lực của các kết luận giám

sát; trách nhiệm của thủ trưởng cơ quan hành chính tiếp thu, xử lý, tuân thủ kết luận giám sát¹⁴. Hệ quả là, có rất nhiều cơ quan giám sát nhưng tác động đến hiệu quả của công tác giải quyết khiếu nại hành chính lại rất hạn chế.

Từ những phân tích ở trên, có thể thấy, hiệu quả giải quyết khiếu nại hành chính vẫn là một vấn đề lớn ở Việt Nam. Điều này xuất phát từ nhiều yếu tố, song yếu tố thể chế và cán bộ có tầm quan trọng quyết định. Để tiếp tục củng cố cơ chế xử lý khiếu nại hành chính ở Việt Nam, một trong những ưu tiên cần thực hiện là nâng cao năng lực và tính liêm chính của đội ngũ cán bộ trực tiếp thực hiện công tác này. Để làm được điều đó, những khoảng trống và pháp luật mà đã được đề cập ở các phần trên, bao gồm việc thiếu một bộ quy tắc đạo đức cho những cán bộ làm công tác xử lý khiếu nại hành chính, việc thiếu những quy định xử lý vi phạm trong lĩnh vực này, và việc thiếu một khuôn khổ pháp lý rõ ràng bảo đảm cho hoạt động giám sát có hiệu quả và thực chất... cần được khoả lấp. Bên cạnh đó, cần thiết phải có một cơ quan chuyên trách độc lập ở cấp cao để giải quyết những khiếu nại phức tạp, đưa ra những tiêu chuẩn, định hướng hoạt động và gây áp lực với toàn bộ bộ máy nhà nước trong các vấn đề liên quan đến quản trị tốt. Để làm nhiệm vụ này, từ kinh nghiệm của nhiều quốc gia trên thế giới, thiết chế Ombudsman là lựa chọn thích hợp.

3. Tính khả thi của mô hình Ombudsman ở Việt Nam

Từ những phân tích về mô hình Ombudsman trên thế giới, có thể thấy hoàn toàn khả thi khi áp dụng mô hình này vào Việt Nam. Điều này là bởi với tính chất đặc biệt của nó, Ombudsman thuộc Quốc hội có khả năng giải quyết được những khiếm khuyết của thể chế giám sát, đặc biệt là thể chế giải quyết khiếu nại hành chính ở nước ta hiện nay, cụ thể như sau:

14 Xem: Hoàng Ngọc Giao (chủ biên), Cơ chế giải quyết khiếu nại: Thực trạng và giải pháp, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội, 2008, tr.166,167.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Thứ nhất, Ombudsman là cơ quan độc lập, được Quốc hội bầu ra và chỉ chịu trách nhiệm trước Quốc hội. Do đó, sản phẩm do Ombudsman làm ra là các báo cáo điều tra về các đối tượng chịu sự giám sát sẽ đảm bảo được tính khách quan và minh bạch hơn so với các cơ quan giám sát khác, đặc biệt là các cơ quan giải quyết khiếu nại hành chính.

Thứ hai, Ombudsman được Quốc hội thành lập từ những người có tiêu chuẩn cao về đạo đức, có kinh nghiệm hoạt động trong các cơ quan bảo vệ pháp luật, có uy tín và tâm huyết với nghề nghiệp nên sẽ nâng cao được chất lượng giám sát và giải quyết khiếu nại hành chính – tức là xử lý được vấn đề chất lượng của đội ngũ cán bộ.

Thứ ba, Ombudsman có bộ máy riêng, có nguồn lực con người là những cố vấn pháp luật, nhân viên pháp lý các chuyên ngành, chuyên gia pháp luật cao cấp hoạt động chuyên nghiệp và cơ sở vật chất được bảo đảm từ ngân sách độc lập, vì thế có khả năng hoạt động hiệu quả hơn những thiết chế giám sát và giải quyết khiếu nại hành chính hiện nay ở Việt Nam.

Thứ tư, là một thiết chế trực thuộc Quốc hội, Ombudsman có chức năng và khả năng điều tra thông qua nguồn tin và khiếu nại từ phía nhân dân, vì thế có lợi thế và điều kiện giám sát hữu hiệu những hành động tham nhũng, lãng phí và các hình thức vi phạm pháp luật khác của các quan chức nhà nước cả ở trung ương và địa phương và bảo vệ các quyền con người, quyền công dân.

Có quan điểm cho rằng, Ombudsman và bất kỳ cơ quan giám sát hiến định nào kiểu như vậy đều không phù hợp với đặc thù của hệ thống chính trị Việt Nam, vì chúng đòi hỏi tính độc lập, trong bối cảnh hiện nay, không thể có cơ quan nào của hệ thống chính trị Việt Nam có tính “độc lập” khỏi sự lãnh đạo của Đảng, cũng như khỏi bộ máy nói chung. Tuy nhiên, quan điểm nêu trên chỉ đúng một phần (về yêu cầu với tính độc lập của Ombudsman), trong khi về thứ hai có phần phiến diện.

Thực tế trên thế giới cho thấy, tính độc lập là một yêu cầu không thể thiếu để bảo

đảm hoạt động thực chất, hiệu quả của Ombudsman và các cơ quan hiến định độc lập tương tự như thiết chế này. Tuy nhiên, việc thành lập Ombudsman có tính độc lập không phải là bất khả thi ở nước ta hiện nay vì những lý do sau:

- Tính độc lập chỉ có nghĩa là Ombudsman không phải chịu sự can thiệp tùy tiện của các cơ quan công quyền và các chủ thể khác.

- Tính độc lập không có nghĩa là Ombudsman không có trách nhiệm giải trình với bất kỳ chủ thể nào. Thực tế trên thế giới cho thấy, các Ombudsman, dù thành lập theo mô hình nào, cũng phải báo cáo và chịu sự giám sát của một chủ thể khác, như Quốc hội, Chính phủ, hay nguyên thủ quốc gia, và thông thường là của Quốc hội. Ombudsman thường phải báo cáo hoạt động định kỳ với Quốc hội. Trách nhiệm báo cáo và chịu sự giám sát của Quốc hội là để bảo đảm Ombudsman có trách nhiệm giải trình, và chỉ được hoạt động trong khuôn khổ chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn do Hiến pháp và pháp luật quy định.

- Tính độc lập không có nghĩa là Ombudsman là một thiết chế “vô chính phủ”, hay nói cách khác là một thiết chế do các tổ chức phi chính phủ điều hành để “giám sát”, “đổi lập” với nhà nước. Như đã đề cập ở trên, Ombudsman do Quốc hội thành lập. Mặc dù Ombudsman có thể không xuất phát từ bộ máy nhà nước, nhưng việc Quốc hội thành lập chính là đã qua “bộ lọc” của Nhà nước. Thêm vào đó, quá trình hoạt động của Ombudsman chịu sự chế ước chặt chẽ của pháp luật, và sự giám sát của Quốc hội, vì thế khó có thể nằm dưới sự “điều khiển” của các tổ chức phi chính phủ.

Trong thực tế, hiện tại bộ máy nhà nước ta đã có nhiều cơ quan có tính độc lập tương đối (Toà án, Viện kiểm sát, Cơ quan điều tra, Kiểm toán...), vì thế tính độc lập của thiết chế Ombudsman không phải là điều xa lạ, nhạy cảm hay cấm kỵ ở Việt Nam. Mặc dù Ombudsman có thể đòi hỏi tính độc lập ở mức độ cao hơn một chút so với tất cả các cơ quan khác của bộ máy nhà nước hiện nay,

(Xem tiếp trang 24)

TRÁCH NHIỆM GIẢI TRÌNH CỦA ĐIỀU TRA VIÊN, KIỂM SÁT VIÊN TRONG HOẠT ĐỘNG TỔ TỤNG HÌNH SỰ Ở VIỆT NAM¹

Hoàng Minh Khôi

TS. Phân hiệu Đại học Nội vụ Hà Nội tại TP. HCM

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Trách nhiệm giải trình, Điều tra viên, Kiểm sát viên, tố tụng hình sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/7/2020

Biên tập : 02/8/2020

Duyệt bài : 06/8/2020

Article Information:

Keywords: Accountability, Investigators, Procurators, criminal proceedings.

Article History:

Received : 20 Jul. 2020

Edited : 02 Aug. 2020

Approved : 06 Aug. 2020

Tóm tắt:

Trách nhiệm giải trình trong thi hành công vụ trên các lĩnh vực hoạt động của Nhà nước nói chung là một định chế góp phần phòng, chống tham nhũng trong công cuộc đổi mới ở Việt Nam thời gian qua. Tuy nhiên, trong lĩnh vực tố tụng hình sự, trách nhiệm giải trình của Điều tra viên, Kiểm sát viên về những hoạt động thực thi tố tụng của họ cũng còn những rào cản, bất cập nhất định. Đặc biệt, trong một số trường hợp, hoạt động tố tụng của Điều tra viên, Kiểm sát viên đưa đến hệ lụy oan, sai hoặc ảnh hưởng không tốt đến quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, vi phạm nguyên tắc hiến định về quyền con người. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích nội dung, yêu cầu về trách nhiệm giải trình của Điều tra viên, Kiểm sát viên trong hoạt động tố tụng hình sự ở nước ta hiện nay và kiến nghị giải pháp tăng cường trách nhiệm giải trình của Điều tra viên, Kiểm sát viên.

Abstract:

Accountability for the enforcement of the public services in all areas of the general governmental performance as stipulated in the legal regulations, which contributes to the prevention and fight against corruption in the reform process in Vietnam over the past time. However, in the field of criminal proceedings, the accountability of the investigators and prosecutors for their procedural enforcement activities also has certain barriers and shortcomings. In particular, in some cases, the proceedings of the investigators and procurators lead to unjust consequences, false or negative effects on the legitimate rights and interests of the organizations and individuals, lead to violation of the original constitutional principles of the human rights. Under the scope of this article, the author analyzes the current contents and requirements of accountability of the investigators and prosecutors in criminal proceedings in our country and also provides recommended solutions to enhance the accountability of the investigators and procurators

1. Cơ sở pháp lý về trách nhiệm giải trình của Điều tra viên, Kiểm sát viên trong hoạt động tố tụng hình sự

Trong hoạt động tố tụng hình sự (TTHS) nói chung và hoạt động tố tụng hình sự ở giai

đoạn khởi tố, điều tra, truy tố nói riêng, việc đánh giá đúng đắn các chứng cứ và làm sáng tỏ các tình tiết của vụ án là cơ sở bảo đảm xác định chính xác, nhanh chóng giúp cho việc đưa ra xét xử được công minh, kịp thời

1 Bài viết sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài cấp Quốc gia “Công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình trong tổ chức và hoạt động của các cơ quan hành chính nhà nước đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa” mã số KX.01.41/16-20, thuộc Chương trình KH&CN trọng điểm cấp Quốc gia KX.01/16-20.

đối với mọi hành vi phạm tội. Mục tiêu xuyên suốt của các giai đoạn tố tụng hình sự là không để lọt tội phạm, không làm oan người vô tội.

Vì cơ quan tiến hành tố tụng có nhiệm vụ đấu tranh chống tội phạm cho nên trách nhiệm chứng minh tội phạm một cách khách quan, toàn diện và đầy đủ thuộc về cơ quan tiến hành tố tụng và người tiến hành tố tụng của cơ quan đó². Trong giai đoạn khởi tố, điều tra, truy tố, người tiến hành tố tụng trực tiếp là Điều tra viên (ĐTV), Kiểm sát viên (KSV) có trách nhiệm công vụ tiến hành các hoạt động luật định để làm sáng tỏ mọi tình tiết của tội phạm, xác định người có dấu hiệu phạm tội phải khởi tố, điều tra, truy tố; đây là cơ sở pháp lý gắn liền trách nhiệm công vụ - trách nhiệm giải trình của ĐTV, KSV khi hoạt động tố tụng khởi tố, điều tra, truy tố của họ không chứng minh được tội phạm hoặc chứng minh không đúng người phạm tội hoặc chứng minh quá mức cần thiết hoặc sử dụng những biện pháp trái luật để chứng minh tội phạm... từ đó gây bất lợi, tổn hại vật chất, tinh thần cho tổ chức, cá nhân.

Nội dung công vụ hay nói cách khác là nhiệm vụ, quyền hạn trong hoạt động tố tụng hình sự của ĐTV³ được quy định tại Điều 37 Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 (BLTTHS) và được phân định phạm vi trách nhiệm theo hệ thống ngành, lĩnh vực tại Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015. Theo đó, ĐTV có nhiệm vụ, quyền hạn thực

thi 8 loại hoạt động tố tụng, cụ thể như: kiểm tra, xác minh và lập hồ sơ giải quyết nguồn tin về tội phạm; lập hồ sơ vụ án hình sự; yêu cầu hoặc đề nghị cử, thay đổi người tham gia tố tụng; hỏi cung bị can, lấy lời khai những người tham gia tố tụng khác, người có quyền, nghĩa vụ liên quan vụ án; quyết định áp giải người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, bị tạm giữ, bị can; dẫn giải người làm chứng, người bị tố giác...; tiến hành khám nghiệm hiện trường, thực nghiệm điều tra...; thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn tố tụng khác thuộc thẩm quyền theo sự phân công của Thủ trưởng Cơ quan điều tra.

Trách nhiệm công vụ của ĐTV được ghi nhận tại khoản 2 Điều 37 BLTTHS; đó là: “Điều tra viên phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và trước Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra về hành vi, quyết định của mình”⁴.

Nhiệm vụ, quyền hạn của KSV được ghi nhận tại Điều 42 BLTTHS. Bên cạnh những hoạt động tố tụng tương ứng với hoạt động tố tụng của ĐTV với tư cách là thực hành quyền công tố trong giai đoạn khởi tố, điều tra⁵, KSV còn có vai trò kiểm sát việc tuân theo pháp luật của cơ quan điều tra và ĐTV, đảm bảo cho các hoạt động tố tụng ở giai đoạn này được tuân thủ đúng quy định của BLTTHS và các quy định của pháp luật khác có liên quan⁶.

2 Điều 34 Luật Tố tụng Hình sự năm 2015 quy định:

1. Cơ quan tiến hành tố tụng gồm: Cơ quan điều tra; Viện kiểm sát và Tòa án.

2. Người tiến hành tố tụng gồm:

a) Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra, Điều tra viên, Cán bộ điều tra;

b) Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát, Kiểm sát viên, Kiểm tra viên;

c) Chánh án, Phó Chánh án Tòa án, Thẩm phán, Hội thẩm, Thư ký Tòa án, Thẩm tra viên.

Ngoài ra, Điều 35 của Luật còn quy định cho một số cơ quan chức năng khác có nhiệm vụ, quyền hạn nhất định trong hoạt động điều tra thuộc phạm vi quản lý, như: Bộ đội biên phòng; Hải quan; Kiểm lâm; Cảnh sát biên; Kiểm ngư; các cơ quan của Công an nhân dân và các cơ quan khác trong Quân đội nhân dân được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra.

3 Bao gồm Điều tra viên của hệ thống cơ quan điều tra công an, cơ quan điều tra quân đội và cơ quan điều tra của Viện Kiểm sát nhân dân tối cao.

4 Ngoài ra, Luật bổ sung chức danh Cán bộ điều tra là người tiến hành tố tụng để phù hợp với BLTTHS 2015.

5 Cụ thể, như: Khởi tố vụ án hình sự, khởi tố bị can; yêu cầu Cơ quan điều tra khởi tố hoặc thay đổi quyết định khởi tố vụ án hình sự, khởi tố bị can; đề ra yêu cầu điều tra và yêu cầu Cơ quan điều tra tiến hành điều tra; khi xét thấy cần thiết, trực tiếp tiến hành một số hoạt động điều tra theo quy định của pháp luật; yêu cầu Thủ trưởng Cơ quan điều tra thay đổi Điều tra viên khi thấy hành vi của Điều tra viên có dấu hiệu vi phạm pháp luật hoặc dấu hiệu tội phạm thì khởi tố về hình sự; quyết định áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp bắt, tạm giữ, tạm giam và các biện pháp ngăn chặn khác;...

6 Kiểm sát việc khởi tố, kiểm sát các hoạt động điều tra và việc lập hồ sơ vụ án của Cơ quan điều tra; kiểm sát việc tuân theo pháp luật của người tham gia tố tụng; giải quyết các tranh chấp về thẩm quyền điều tra;

Khoản 2 Điều 42 BLTTHS quy định trách nhiệm công vụ của KSV: “Kiểm sát viên phải chịu trách nhiệm trước pháp luật và trước Viện trưởng Viện kiểm sát, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát về hành vi, quyết định của mình”⁷.

So sánh các quy nêu trên cho thấy, tương quan giữa nhiệm vụ, quyền hạn về thực thi công vụ của ĐTV, KSV với trách nhiệm công vụ - trách nhiệm giải trình cá nhân ĐTV, KSV có độ chênh lệch khá lớn. Các nhiệm vụ, quyền hạn của ĐTV, KSV được quy định khá cụ thể, trong khi đó, quy định về trách nhiệm giải trình công vụ của ĐTV, KSV là còn khá sơ sài và khái quát, chủ yếu nhấn mạnh tính chịu kỷ luật “nội bộ” trước cấp trên.

Mặc dù Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015 và Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2014 đã bổ sung những quy định cấm rõ ràng hơn về giới hạn thẩm quyền công vụ trong hoạt động khởi tố, điều tra⁸, song những quy định cấm này cũng chỉ mới dừng lại ở mức độ răn đe, nhắc nhở, chưa xác định rõ về trách nhiệm giải trình khi làm không đúng, không đủ hay không xác đáng những hoạt động tố tụng do BLTTHS quy định.

Một trong những nội dung mới của BLTTHS là nguyên tắc kiểm tra, giám sát trong tố tụng hình sự: “Cơ quan nhà nước, Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các

tổ chức thành viên của Mặt trận, đại biểu dân cử có quyền giám sát hoạt động của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng; giám sát việc giải quyết khiếu nại, tố cáo của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng... Cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải xem xét, giải quyết và trả lời kiến nghị, yêu cầu đó theo quy định của pháp luật” (Điều 33). Cùng với yêu cầu kiểm tra, giám sát là quyền chất vấn, phản biện và quyền của người kiểm tra, giám sát được nghe giải trình trực tiếp từ phía ĐTV, KSV là những người tiến hành tố tụng đối với khiếu nại, tố cáo của cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội và công dân. Tuy nhiên, quy định này sẽ không được thực hiện cho đến khi có văn bản hướng dẫn quy trình, thủ tục kiểm tra, giám sát được ban hành. Vì vậy, có thể nói, nguyên tắc về trách nhiệm giải trình của ĐTV, KSV trước pháp luật chỉ mới được ghi nhận như một khuynh hướng nhận thức.

2. Thực trạng oan sai liên quan đến trách nhiệm giải trình của Điều tra viên, Kiểm sát viên trong hoạt động tố tụng hình sự

Theo quy định của BLTTHS, trong các giai đoạn tố tụng nói chung⁹, bị can, bị cáo có quyền đưa ra chứng cứ chứng minh sự vô tội hoặc giảm nhẹ trách nhiệm hình sự của mình, nhưng không buộc phải đưa ra chứng cứ chứng minh là mình vô tội; trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc các cơ quan tố tụng và người tiến hành tố tụng. Trong

yêu cầu Cơ quan điều tra khắc phục vi phạm pháp luật trong hoạt động điều tra; yêu cầu cung cấp tài liệu để làm rõ vi phạm pháp luật của Điều tra viên; yêu cầu Thủ trưởng Cơ quan điều tra xử lý Điều tra viên vi phạm pháp luật trong điều tra; kiến nghị các cơ quan, tổ chức khác áp dụng thực hiện biện pháp phòng ngừa tội phạm, vi phạm pháp luật...

- 7 Điều 43 BLTTHS 2015 có quy định mới so với BLTTHS 2003 về nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của Kiểm tra viên theo sự phân công của Kiểm sát viên, trong một số hoạt động tố tụng cụ thể.
- 8 Điều 14 Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự 2015 quy định các hành vi bị nghiêm cấm đối với Điều tra viên, như: - Làm sai lệch hồ sơ vụ án; làm oan người vô tội hoặc bỏ lọt tội phạm; can thiệp trái pháp luật vào việc điều tra vụ án hình sự; Bức cung, dùng nhục hình; xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân; Cản trở quyền được bảo chữa của người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can; quyền khiếu nại, tố cáo của người khác...
- Điều 84 Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2014 quy định những việc Kiểm sát viên không được làm, gồm: Những việc mà pháp luật quy định cấm, công chức không được làm; Tư vấn cho người bị bắt, bị tạm giữ, bị can, bị cáo, đương sự hoặc người tham gia tố tụng khác làm cho việc giải quyết vụ án, vụ việc không đúng quy định của pháp luật; Can thiệp vào việc giải quyết vụ án, vụ việc hoặc lợi dụng ảnh hưởng của mình tác động đến người có trách nhiệm giải quyết vụ án, vụ việc; Đưa hồ sơ, tài liệu của vụ án, vụ việc ra khỏi cơ quan nếu không vì nhiệm vụ được giao hoặc không được sự đồng ý của người có thẩm quyền; Tiếp bị can, bị cáo, đương sự hoặc người tham gia tố tụng khác trong vụ án, vụ việc mà mình có thẩm quyền giải quyết ngoài nơi quy định.
- 9 BLTTHS VN phân chia các giai đoạn tố tụng, bao gồm: giai đoạn khởi tố, giai đoạn điều tra, giai đoạn truy tố, giai đoạn xét xử sơ thẩm, giai đoạn xét xử phúc thẩm và giai đoạn thi hành án (Ở các giai đoạn, tố tụng ban đầu, người đang bị điều tra đều được gọi danh chung là “Bị can”; tại phiên tòa xét xử sơ thẩm hay phúc thẩm thì người bị xét xử được gọi là “Bị cáo”. Ở giai đoạn thi hành án, người đã có bản án tù giam hoặc bản án tử hình đã có hiệu lực được gọi là “Phạm nhân”).

trường hợp bị can, bị cáo không đưa ra hoặc không đưa ra được chứng cứ chứng minh mình vô tội thì không phải vì thế mà có thể coi họ là phạm tội. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, những quy định này của BLTTHS đã không được tuân thủ trên thực tế. Dẫn theo Báo cáo tại Hội nghị tổng kết công tác nhiệm kỳ XIII của Ủy ban Tư pháp của Quốc hội tổ chức tại Đà Nẵng ngày 3/3/2016 cho thấy, trong kỳ giám sát, các cơ quan tiến hành tố tụng khởi tố, điều tra 219.506 vụ với 338.379 bị can. Số vụ làm oan người vô tội trong 3 năm là 71 trường hợp, chiếm tỷ lệ 0,02% và một số trường hợp khác có dấu hiệu bị oan đang được xem xét, giải quyết đã cho thấy tình hình làm oan người vô tội trong hoạt động TTHS hiện nay còn nghiêm trọng¹⁰. Điển hình như vụ 7 thanh niên bị bắt giam oan trong vụ giết người, cướp tài sản xảy ra năm 2013 tại tỉnh Sóc Trăng; một số vụ án đặc biệt nghiêm trọng mà dư luận quan tâm thì có những vụ án đã xảy ra cách đây từ 7-10 năm, có vụ 16 năm nhưng gần đây mới được phát hiện, điển hình như vụ Lê Bá Mai (Bình Phước) phải xét xử 7 lần, gần 10 năm mới kết thúc.

Tham khảo kết quả giám sát cho thấy, giữa nhận thức về trách nhiệm giải trình của cơ quan tố tụng nói chung và cả nhân ĐTV, KSV với nhận thức vi phạm quyền con người

còn có “độ vênh” khá lớn. Theo số liệu của cơ quan tố tụng chỉ có 71 trường hợp oan – đó là sau khi các cơ quan này đã xác định bằng quy trình tố tụng, dư luận xã hội đã bức xúc, khiếu nại qua nhiều cấp và bản thân người bị bắt giữ, điều tra qua nhiều năm mới được xem là “oan”. Vì vậy, việc làm oan trong hoạt động tố tụng chỉ ở tỷ lệ rất nhỏ (0,02%). Tuy nhiên, số liệu giám sát phản ánh (có 4.998 người bị bắt, tạm giữ hình sự sau đó chuyển xử lý hành chính, chiếm 2.3% số người bị tạm giữ; có nơi, tỷ lệ này khá cao như huyện Vụ Bản, Xuân Trường (Nam Định) trên 10%. VKS các cấp đã không phê chuẩn 548 lệnh tạm giam của CQĐT)¹¹. Số liệu này cho thấy, vị thế bấp bênh trong cuộc sống của những người đã bị bắt, tạm giữ, tạm giam hình sự một thời gian từ vài ngày đến vài tuần, mới được xác định không phải là tội phạm. Vi phạm tự do thân thể, danh dự của những con người đó có được bù đắp hay không; các ĐTV, KSV có phải giải trình trách nhiệm vì những sai lầm gây bao tổn thương cho người khác hay không?

Còn không ít những trường hợp người dân bị bắt giữ, khởi tố, điều tra và xét xử oan sai, thậm chí có trường hợp phải chấp hành xong bản án 20 năm, tù chung thân, gần đây mới được giải oan¹². Vụ án Hồ Duy Hải hiện nay còn có ý kiến khác nhau về chứng cứ và

- 10 Báo cáo giám sát tối cao số 870/2015/BC-UBTVQH13 ngày 20/5/2015 của UBTVQH về “Tình hình oan, sai trong việc áp dụng pháp luật về hình sự, tố tụng hình sự và việc bồi thường thiệt hại cho người bị oan trong hoạt động tố tụng hình sự theo quy định của pháp luật”; http://nguoibaovequyenloi.com/User/ThongTin_ChiTiet.aspx?MaTT=269201614142627136&MaMT=20, truy cập ngày 26/09/2016.
- 11 Một số vụ án oan sai khác như vụ Huỳnh Văn Nén (Bình Thuận) bị kết án chung thân về các tội “giết người, cướp tài sản” (đã chính thức được minh oan, xin lỗi và đang làm thủ tục bồi thường. Thủ phạm gây ra vụ án giết người, cướp tài sản khiến ông Nén bị tù oan đã đưa ra xét xử); vụ Đỗ Minh Đức (Hải Phòng) bị kết án chung thân về tội “giết người”; vụ Hàn Đức Long (Bắc Giang) bị kết án tử hình về các tội “hiếp dâm trẻ em, giết người”, vụ Đỗ Thị Hằng (Bắc Giang) bị kết án 6 năm tù về tội “Mua bán phụ nữ” chưa có căn cứ xác định bị oan nhưng qua giám sát đã xác định các vụ án này có những vi phạm nghiêm trọng trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử.
- Vụ án xuyên 2 thế kỷ của ông Trần Văn Thêm ở tỉnh Bắc Ninh; oan sai của ông Nguyễn Thanh Chấn ở Việt Yên, Bắc Giang; thất cô tự tử ở Nhà tạm giữ Công an huyện Tuy An, tỉnh Phú Yên của bà Trần Thị Hải Yên vào tháng 10/2013 khi những tiếng kêu oan của bà không được cơ quan điều tra xem xét. Trách nhiệm bảo đảm các quyền con người của người bị tình nghi phạm tội, bị bắt, bị tạm giữ, tạm giam, bị can và những người liên quan khác chủ yếu phụ thuộc vào cơ quan điều tra và cán bộ điều tra (Dân theo: Khánh Vân, “Vấn đề oan, sai và trách nhiệm bồi thường của Nhà nước trong hoạt động TTHS”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, 2017. <https://thegioiluat.vn/bai-viet-hoc-thuat/Van-de-oan-sai-va-trach-nhiem-boi-thuong-cua-Nha-nuoc-trong-hoat-dong-to-tung-hinh-su-6888/>, truy cập ngày 16/6/2018).
- 12 Vụ ông Trần Văn Chiến ở Tiền Giang, hơn 16 năm ngồi tù với bản án chung thân mới được tại ngoại và được xác định oan năm 2015-2016; vụ ông Nguyễn Minh Hùng ở Tây Ninh, hai lần bị tuyên án tử hình và vụ án oan “vườn điều” của ông Huỳnh Văn Nén ở Bình Thuận, mang 2 bản án oan về tội “Giết người”, sau 17 năm tù đến 2015 mới được đình chỉ trả tự do...; <https://zingnews.vn/nhung-vu-an-oan-chan-dong-o-viet-nam-post671970.html>.

quy trình tố tụng giữa hai cơ quan Viện kiểm sát tối cao và Tòa án nhân dân tối cao; dù chưa có kết luận đúng sai, nhưng thấy rõ là giữa hai cơ quan tố tụng cao nhất quốc gia còn có sự khác biệt lớn về chứng cứ, đánh giá chứng cứ và định lượng các tình tiết của vụ án, song, “kẹp giữa” bao chứng lý và tranh luận đó là sự “mong manh” của một số phạm con người trước thêm công lý - không khỏi khiến cho công luận xã hội thấy bất an.

Không để lọt tội phạm và không làm oan người vô tội – là hai mặt của quá trình chứng minh tội phạm, cũng là phương châm, mục đích hoạt động TTTHS. Vấn đề này đặc biệt có ý nghĩa và hết sức cần thiết đối với yêu cầu và mong muốn kiểm soát quyền lực nhà nước trong lĩnh vực tư pháp, trong trách nhiệm công vụ - trách nhiệm giải trình của cơ quan tố tụng và của mỗi công chức tiến hành tố tụng khi nó tác động trực tiếp đến quyền nhân thân con người. Do vậy, cần phải có những định chế nghiêm khắc hơn, minh thị hơn về kiểm soát quyền lực, trách nhiệm công vụ - trách nhiệm giải trình trực tiếp từ ĐTV, KSV ngay từ giai đoạn khởi tố, điều tra. Bởi vì, có thể xem đây là giai đoạn tố tụng rất quan trọng, có tính quyết định định hướng cho toàn bộ quá trình tố tụng về sau.

3. Những yếu tố ảnh hưởng đến trách nhiệm giải trình của Điều tra viên, Kiểm sát viên trong hoạt động tố tụng hình sự

BLTTHS xác định 33 nguyên tắc tố tụng; trong đó, có nguyên tắc luật hóa quyền hiến định như quyền bào chữa. Bị can, bị cáo có quyền bào chữa. Quyền bào chữa, trước hết là quyền tự bào chữa. Bị can, bị cáo tự thực hiện quyền mà luật pháp dành cho họ cũng là để chống lại việc buộc tội hoặc giảm nhẹ trách nhiệm hình sự của mình. Tuy nhiên, bào chữa là quyền chứ không phải là nghĩa vụ của bị can, bị cáo. Họ có thể bảo vệ mình một cách tích cực (đề xuất chứng cứ, tham gia tranh luận tích cực...). Họ cũng có thể không sử dụng các quyền đó – tức là không muốn bào chữa – thì trong trường hợp

này cơ quan và người tiến hành tố tụng không thể coi đó là bằng chứng về tội lỗi của bị can, bị cáo¹³. Do đó, muốn xác định một tổ chức, cá nhân có tội thì cơ quan và người tiến hành tố tụng phải có những chứng cứ và xem xét, đánh giá chứng cứ và các tình tiết liên quan của vụ án một cách khách quan, toàn diện và đầy đủ để chứng minh hành vi phạm tội của họ. Trên thực tế, không phải lúc nào quy định và tư tưởng này cũng có sẵn trong ý thức trách nhiệm công vụ - trách nhiệm giải trình của ĐTV, KSV, xuất phát từ một số yếu tố ảnh hưởng sau đây:

Thứ nhất, yếu tố chủ quan: trong thực tế, khởi đầu ở những vụ án hình sự nghiêm trọng, rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng, thường có thể có một số tình tiết, chứng cứ hoặc nhận dạng được ĐTV, KSV phát hiện, truy xét và đánh giá là khá phù hợp với suy đoán, định hướng điều tra đối với hành vi phạm tội, người bị nghi ngờ là kẻ thực hiện tội phạm. Những dấu hiệu ban đầu này cho phép người tiến hành tố tụng áp dụng việc khởi tố vụ án, khởi tố bị can, quyết định tạm giam...; Song, các kết quả điều tra sau đó có thể lại phản ánh sự “chệch hướng” điều tra, phản ánh tính ít liên quan của người đã bị tạm giam, thậm chí một số tình tiết, chứng cứ ban đầu được cho là phù hợp nay lại tỏ ra chệnh vênh, khác biệt. Hệ quả logic về chủ quan của người tiến hành tố tụng là bảo vệ quan điểm và kết quả điều tra của mình, ý chí thường nghiêng theo chiều hướng suy đoán có tội.

Thứ hai, yếu tố khách quan: trước nay hệ thống trại giam, giữ và thi hành án hình sự thuộc quản lý của cơ quan công an. Đây cũng là điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng các “thủ thuật” nghiệp vụ điều tra, trong đó bao gồm cả những biện pháp không hợp pháp có khi được áp dụng, như bức cung, nhục hình hoặc những áp lực tinh thần khác nhằm buộc người bị tạm giữ, tạm giam phải thừa nhận lời khai, chứng cứ chống lại chính mình. Thực tế, kết quả của Đoàn giám sát

13 Điều 13 BLTTHS về nguyên tắc suy đoán vô tội: “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”.

Quốc hội nêu trên đã cho thấy và còn nhiều vụ án khác, khi ra trước tòa, bị cáo phản cung và tố cáo bị ép buộc trong quá trình điều tra. Trong khi đó, việc tham dự của người bảo vệ quyền lợi cho người bị tạm giữ, giam trong lúc điều tra cũng còn bị không ít hạn chế.

Hiện nay, pháp luật đã cho phép áp dụng biện pháp ghi âm, ghi hình trong thẩm vấn, hỏi cung; đây là cách thức mới nhằm chống bức cung, nhục hình. Tuy vậy, phương tiện này vẫn do cơ quan tố tụng chủ trì và khi không có ống kính máy quay nữa thì cũng khó bảo đảm không có gì bất lợi cho người bị tạm giữ, điều tra (ví dụ, trong vụ án Hồ Duy Hải, tang vật được xem là hung khí giết người là con dao được mua về từ chợ theo mô tả từ thú của bị can - trong trường hợp này, việc ghi âm, ghi hình là không có ý nghĩa).

Thứ ba, về nhận thức đối với trách nhiệm giải trình của ĐTV, KSV cũng còn có lúc bị hạn chế bởi quan điểm từ người đứng đầu tổ chức hoặc địa phương là cần bảo vệ uy tín ngành, uy tín địa phương. Do vậy, khi ĐTV, KSV gây ra oan, sai cho người khác trong hoạt động tố tụng thì thường vẫn được cấp trên “bao biện” né tránh dư luận, xử lý nội bộ theo truyền thống.

4. Giải pháp tăng cường trách nhiệm giải trình của Điều tra viên, Kiểm sát viên trong hoạt động tố tụng hình sự hiện nay

Hiến pháp ghi nhận, bảo đảm và bảo vệ các quyền con người, quyền công dân. Đây đồng thời cũng là trách nhiệm của Nhà nước, của các cơ quan bảo vệ pháp luật và của người có thẩm quyền luật định. Đó là quyền sống, tính mạng con người được pháp luật bảo hộ, không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật; quyền được pháp luật bảo hộ về sức khỏe, danh dự và nhân phẩm; quyền bất khả xâm phạm về thân thể, không bị tra tấn, truy bức, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử

nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm một cách trái pháp luật. Để quyền con người, quyền công dân được bảo đảm, bảo vệ có hiệu quả cần thực hiện đồng bộ nhiều biện pháp khác nhau, trong đó có biện pháp tăng cường trách nhiệm giải trình của ĐTV, KSV. Để tăng cường trách nhiệm giải trình của ĐTV, KSV, tác giả kiến nghị thực hiện một số giải pháp sau:

(i) Cần xây dựng “Luật Điều tra viên” và “Luật Kiểm sát viên” với những quy định cụ thể về trách nhiệm giải trình và cách thức giải trình của ĐTV, KSV trong hoạt động TTTHS;

(ii) Sửa đổi Điều 296 BLTTHS theo hướng quy định nghĩa vụ tố tụng của ĐTV khi được Hội đồng xét xử triệu tập; sửa Thông tư liên tịch số 02/2017/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BQP¹⁴ theo hướng ĐTV có trách nhiệm giải trình tại phiên tòa buộc tội với tư cách người tham gia tố tụng, không phải với điều kiện khi Hội đồng xét xử thấy có dấu hiệu ĐTV vi phạm tố tụng trong điều tra và Hội đồng thấy cần thiết mới triệu tập ĐTV đến phiên tòa.

(iii) Cụ thể hóa các nguyên tắc tố tụng hình sự liên quan đến bảo vệ quyền con người, như nguyên tắc suy đoán vô tội, nguyên tắc được thuê, nhờ qua điện thoại (hoặc được yêu cầu cơ quan tố tụng chỉ định) người bảo vệ quyền lợi ngay từ khi bị tạm giữ hoặc bị thẩm vấn ban đầu...;

(iv) Sửa đổi Luật Thi hành án theo hướng chuyển thẩm quyền quản lý trại tạm giam, trại giam và thi hành án cho Bộ Tư pháp nhằm tách bạch giữa cơ quan giam giữ và cơ quan điều tra nhằm hạn chế lạm dụng, lợi dụng nơi giam giữ xâm hại quyền con người của người đang bị tạm giam, điều tra hoặc thi hành án ■

14 Điều 296 BLTTHS quy định về sự có mặt của Điều tra viên và những người khác: “Trong quá trình xét xử, khi xét thấy cần thiết, Hội đồng xét xử có thể triệu tập Điều tra viên, người có thẩm quyền tiên hành tố tụng đã thụ lý, giải quyết vụ án và những người khác đến phiên tòa để trình bày các vấn đề liên quan đến vụ án”.

- Theo khoản 1 Điều 6 Thông tư liên tịch số 02/2017/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BQP ngày 22/12/2017 liên ngành Viện kiểm sát, Tòa án, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng, quy định: Hội đồng xét xử thấy có dấu hiệu Điều tra viên đã thực hiện các hành vi tố tụng trái pháp luật và nếu xét thấy cần thiết phải triệu tập Điều tra viên đến phiên tòa để làm rõ.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ BẢO VỆ QUYỀN RIÊNG TƯ CỦA TRẺ EM

Phạm Thị Duyên Thảo*

Phan Thị Lan Phương**

*TS. Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.

**TS. Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quyền riêng tư, quyền riêng tư của trẻ em, bảo vệ quyền riêng tư.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/7/2020

Biên tập : 04/8/2020

Duyệt bài : 08/8/2020

Article Information:

Keywords: Privacy, children's privacy, privacy protection

Article History:

Received : 20 Jul. 2020

Edited : 04 Aug. 2020

Approved : 08 Aug. 2020

Tóm tắt:

Trên cơ sở tham chiếu với pháp luật quốc tế về quyền trẻ em và các yếu tố thuộc nội hàm của hoạt động bảo vệ quyền riêng tư của trẻ em, các tác giả phân tích những hạn chế cơ bản trong các quy định của pháp luật hiện hành về bảo vệ quyền riêng tư của trẻ em; đề xuất giải pháp hoàn thiện pháp luật nhằm bảo đảm hiệu quả hoạt động bảo vệ quyền riêng tư của trẻ em trong thực tiễn.

Abstract:

On the basis of reference to international laws on children's rights and the elements of children's privacy protection activities, the authors analyze the substantial shortcomings in the legal regulations on the protection of children's privacy; and propose a number of solutions to further improve these regulations for protection efficiency of children's privacy in practices.

1. Bảo vệ quyền riêng tư của trẻ em

Quyền riêng tư (QRT) là một trong những quyền cơ bản, liên quan mật thiết đến sự tự tôn và phẩm giá con người. “Sự riêng tư trao cho mỗi cá nhân một không gian để là chính mình mà không bị người khác phán xét một cách vô cớ, cho phép mỗi người suy nghĩ một cách tự do mà không bị kỳ thị hoặc phân biệt, đối xử, cũng như khả năng kiểm soát ai được biết gì về bản thân mình”¹.

QRT đã được ghi nhận trong Tuyên ngôn nhân quyền 1948 (Điều 12) và Công

ước các quyền chính trị, dân sự, 1966 (Điều 17): “Không ai bị can thiệp tùy tiện hoặc bất hợp pháp vào đời sống riêng tư, gia đình, nhà ở, thư tín, hoặc bị xâm phạm bất hợp pháp đến danh dự, uy tín. Mọi người đều có quyền được pháp luật bảo vệ chống lại những can thiệp hoặc xâm hại tương tự như vậy”.

QRT của trẻ em là một khía cạnh của QRT, được khẳng định tại Điều 16 Công ước quốc tế về quyền trẻ em 1989: “Không trẻ em nào chịu sự can thiệp tùy tiện hay bất hợp pháp vào việc riêng tư, gia đình, nhà cửa

1 Nguyễn Thị Quế Anh, Vũ Công Giao, Ngô Minh Hương, Lê Khánh Tùng, Quyền về sự riêng tư, Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2018, tr.13.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

hoặc thư tín cũng như sự công kích bất hợp pháp vào danh dự và thanh danh của các em”;
“Trẻ em có quyền được pháp luật bảo vệ chống lại sự can thiệp hay công kích như vậy”.

Là một quyền con người, một bộ phận của QRT, QRT của trẻ em chính là những bảo đảm pháp lý toàn cầu, bảo đảm cho trẻ em được hưởng sự giúp đỡ, chống lại được những xâm hại đến từ sự can thiệp tùy tiện, bất hợp pháp vào việc riêng tư, gia đình, nhà cửa hoặc thư tín cũng như sự công kích bất hợp pháp vào danh dự và phẩm giá của các em. QRT của trẻ về cơ bản được tiếp cận và có đặc điểm, nội hàm như QRT.

QRT của trẻ em và bảo vệ QRT của trẻ em là hai phạm trù có mối quan hệ mật thiết, bởi trẻ em là những “người dưới 18 tuổi...”²², về cơ bản, là những thể nhân chưa có đầy đủ năng lực hành vi, chưa có nhận thức, sức khỏe, độ tuổi như người trưởng thành, người lớn và cần có sự chăm sóc, bảo vệ, đối xử phù hợp.

Bảo vệ QRT của trẻ em là trách nhiệm của nhiều chủ thể, trong đó đóng vai trò trung tâm, chủ đạo là Nhà nước. Theo đó, bảo vệ QRT của trẻ em là việc Nhà nước chủ động ngăn chặn sự vi phạm đến quyền này từ phía các bên thứ ba, thể hiện ở việc Nhà nước chủ động xây dựng các biện pháp và thực hiện cơ chế phòng ngừa, xử lý những hành vi vi phạm QRT của trẻ em.

Bảo vệ QRT của trẻ em có đặc điểm sau:

- Nhà nước có nghĩa vụ ngăn chặn hành vi của các cá nhân có thẩm quyền, các thể nhân hay pháp nhân khác xâm phạm tùy tiện và bất hợp pháp vào đời tư, gia đình, nhà ở, thư tín, danh dự, uy tín và tất cả các khía cạnh khác thuộc phạm trù QRT của trẻ em;

- Những can thiệp vào QRT của trẻ em phải được quy định trong pháp luật và phải phù hợp với các quy định khác của Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị (ICCPR). Những can thiệp bất hợp pháp và cả những can thiệp hợp pháp nhưng không phù hợp với các quy định của ICCPR đều bị

xem là tùy tiện và phải bị xử lý;

- Các quốc gia chỉ nên và được phép thu thập thông tin về đời tư của trẻ em khi những thông tin đó là thiết yếu để bảo vệ lợi ích chung của xã hội như được thừa nhận trong ICCPR. Tính toàn vẹn và bảo mật của thư tín phải được bảo đảm cả về pháp lý và thực tiễn;

- Quốc gia có trách nhiệm ban hành các quy định của pháp luật cần thiết để bảo vệ danh dự và nhân phẩm của trẻ em, bao gồm những quy định cho phép mọi người có khả năng tự bảo vệ trước những sự can thiệp hoặc xâm hại bất hợp pháp hay tùy tiện vào danh dự, uy tín của mình.

Ngày 20/2/1990, Việt Nam là quốc gia đầu tiên ở châu Á và quốc gia thứ hai trên thế giới phê chuẩn Công ước của Liên hợp quốc về quyền trẻ em. Xuyên suốt các bản Hiến pháp, từ Hiến pháp năm 1946 cho đến Hiến pháp hiện hành năm 2013, quyền trẻ em đều được ghi nhận.

Luật Trẻ em năm 2016 đã có quy định cụ thể về QRT của trẻ em: “*Trẻ em có quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình vì lợi ích tốt nhất của trẻ em; Trẻ em được pháp luật bảo vệ danh dự, nhân phẩm, uy tín, bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác; được bảo vệ và chống lại sự can thiệp trái pháp luật đối với thông tin riêng tư*” (Điều 21). Luật Báo chí năm 2016 cũng cấm đăng, phát thông tin có nội dung “*ảnh hưởng đến sự phát triển bình thường về thể chất và tinh thần của trẻ em*” (Khoản 9 Điều 9).

Nghị định số 56/2017/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Luật Trẻ em, ghi nhận: “*Thông tin bí mật đời sống riêng tư, bí mật cá nhân của trẻ em là các thông tin về: tên, tuổi; đặc điểm nhận dạng cá nhân; thông tin về tình trạng sức khỏe và đời tư được ghi trong bệnh án; hình ảnh cá nhân; thông tin về các thành viên trong gia đình, người chăm sóc trẻ em; tài sản cá nhân; số điện thoại; địa chỉ thư tín cá nhân; địa chỉ, thông tin về nơi*

2 Điều 1 Công ước quyền trẻ em.

ở, quê quán; địa chỉ, thông tin về trường, lớp, kết quả học tập và các mối quan hệ bạn bè của trẻ em; thông tin về dịch vụ cung cấp cho cá nhân trẻ em” (Điều 33).

Về bảo vệ QRT của trẻ em, Luật Trẻ em năm 2016 xác định: “Cơ quan, tổ chức, cá nhân quản lý, cung cấp sản phẩm, dịch vụ thông tin, truyền thông và tổ chức các hoạt động trên môi trường mạng phải thực hiện các biện pháp bảo đảm an toàn và bí mật đời sống riêng tư cho trẻ em theo quy định của pháp luật” (Khoản 2, Điều 54). Đồng thời, hành vi công bố, tiết lộ thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân của trẻ em mà không được sự đồng ý của trẻ em từ đủ 7 tuổi trở lên và của cha, mẹ, người giám hộ của trẻ em là hành vi bị nghiêm cấm (Điều 6).

Luật An ninh mạng năm 2018 cũng quy định về bảo vệ QRT của trẻ em trên không gian mạng (Điều 30): “Trẻ em có quyền được bảo vệ, quyền được tiếp cận thông tin và tham gia hoạt động xã hội, quyền vui chơi, giải trí, quyền bí mật đời sống riêng tư và các quyền trẻ em khác khi tham gia trên môi trường mạng” và “chủ quản hệ thống thông tin, cơ quan, tổ chức cung cấp dịch vụ trên mạng viễn thông, mạng internet có trách nhiệm kiểm soát nội dung thông tin trên hệ thống thông tin hoặc trên dịch vụ do cơ quan, tổ chức cung cấp, không để gây nguy hại cho trẻ em, xâm phạm đến trẻ em, quyền trẻ em; tiến hành ngăn chặn việc chia sẻ thông tin, xóa bỏ thông tin có nội dung gây nguy hại cho trẻ em, xâm phạm đến trẻ em, quyền trẻ em” (khoản 2). Các chủ thể có trách nhiệm bảo vệ trẻ em trên không gian mạng không chỉ là các chủ thể có thẩm quyền, mà còn là “cơ quan, tổ chức, cha mẹ, giáo viên, người chăm sóc trẻ em và cá nhân khác liên quan có trách nhiệm bảo đảm quyền của trẻ em” đều có trách nhiệm bảo vệ trẻ em khi tham gia không gian mạng theo quy định của pháp luật về trẻ em.

Việc xử lý vi phạm QRT của trẻ em trên môi trường mạng internet được quy định trong Nghị định số 174/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành

chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, công nghệ thông tin và tần số vô tuyến điện, sửa đổi, bổ sung theo Nghị định số 49/2017/NĐ-CP. Theo đó, phạt tiền đối với các hành vi phạm về trang thông tin điện tử; tổ chức, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ mạng xã hội liên quan đến tiết lộ bí mật đời tư hoặc bí mật khác khi chưa được sự đồng ý của cá nhân, tổ chức có liên quan trừ trường hợp pháp luật quy định.

Khoản 2 Điều 51 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP quy định về phạt tiền với hành vi tiết lộ hoặc phát tán tư liệu, tài liệu thuộc bí mật đời tư; sử dụng các phương tiện thông tin hoặc phổ biến, phát tán tờ rơi, bài viết, hình ảnh, âm thanh nhằm xúc phạm danh dự, nhân phẩm của các thành viên trong gia đình, trong đó có trẻ em.

Bộ luật Hình sự hiện hành quy định hành vi thu lợi bất chính từ 50 triệu đến dưới 200 triệu đồng; gây thiệt hại từ 100 triệu đến dưới 500 triệu đồng hoặc gây dư luận xấu làm giảm uy tín của cơ quan, tổ chức, cá nhân khi thực hiện các hành vi mua bán, trao đổi, tặng cho, sửa chữa, thay đổi hoặc công khai hóa thông tin riêng hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân (trong đó có trẻ em) trên mạng máy tính, mạng viễn thông mà không được phép của chủ sở hữu thông tin đó sẽ bị phạt tiền hoặc cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc bị phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm (Điều 288).

Bên cạnh đó, hành vi vi phạm QRT của trẻ em có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự và chịu hình phạt về tội xâm phạm bí mật hoặc an toàn điện thoại, thư, điện tín, hoặc các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của người khác, hoặc tội làm nhục người khác theo quy định của Bộ luật Hình sự.

Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định quyền nhân thân (gồm QRT) là quyền dân sự gắn với mỗi cá nhân, không thể chuyển giao cho người khác trừ các trường hợp luật quy định; danh dự, nhân phẩm, uy tín của cá nhân là bất khả xâm phạm và được pháp luật bảo vệ.

Chỉ thị số 23/CT-TTg ngày 26/5/2020 của Thủ tướng Chính phủ về việc tăng

cường các giải pháp bảo đảm thực hiện quyền trẻ em và bảo vệ trẻ em, trách nhiệm liên đới của người có thẩm quyền đã được ghi nhận: người đứng đầu cơ quan, tổ chức, chính quyền địa phương phải chịu trách nhiệm khi để xảy ra tình trạng vi phạm nghiêm trọng quyền trẻ em, hoặc không hỗ trợ, can thiệp, xử lý kịp thời các vụ việc vi phạm quyền trẻ em. Đồng thời, quy định xử lý nghiêm đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân, kể cả cha mẹ, người chăm sóc trẻ em khi có hành vi vi phạm pháp luật về trẻ em, nhất là các hành vi xâm hại trẻ em, bao che, chậm trễ, cố tình kéo dài các vụ việc vi phạm quyền trẻ em với phương châm “đúng người, đúng việc, đúng thẩm quyền, đúng trách nhiệm”.

2. Những hạn chế, bất cập của pháp luật hiện hành về bảo vệ quyền riêng tư của trẻ em

Việc pháp luật sớm ghi nhận và có những quy định căn bản nêu trên trong các lĩnh vực của hệ thống pháp luật có thể xem là những thành tựu bước đầu về mặt pháp lý của bảo vệ QRT của trẻ em ở Việt Nam. Các quy định này đã phần nào thể hiện trách nhiệm, nhận thức của Nhà nước trong quá trình hiện thực hóa các quyền của trẻ em căn bản, góp phần vào sự phát triển toàn diện của thế hệ tương lai của dân tộc.

Bên cạnh những kết quả đạt được nêu trên, pháp luật về QRT của trẻ em còn bộc lộ những hạn chế, bất cập nhất định, cụ thể:

- Trước hết, về độ tuổi pháp lý của trẻ em: Theo quy định của Luật Trẻ em, trẻ em là người dưới 16 tuổi. Với quy định này, khoảng gần ba triệu trẻ em lứa tuổi 16-17, trong đó bao gồm hàng trăm nghìn em có hoàn cảnh đặc biệt, không được hưởng một số chính sách xã hội dành cho việc hỗ trợ,

chăm sóc và bảo vệ của trẻ em³, trong đó có khía cạnh bảo vệ QRT.

- Thứ hai, là cách tiếp cận việc bảo vệ QRT của trẻ em: Hầu hết các điều khoản của Công ước quốc tế về quyền trẻ em năm 1990 đều đề cập đến trách nhiệm của quốc gia trong việc bảo vệ các quyền của trẻ em trong đó có QRT. Cùng với đó, một văn kiện khác ghi nhận “thực hiện quyền riêng tư là... một trong những nền tảng của xã hội dân chủ”⁴; đồng thời yêu cầu các quốc gia phải: “tôn trọng và bảo vệ quyền riêng tư, kể cả trong bối cảnh giao tiếp kỹ thuật số; có biện pháp chấm dứt vi phạm các quyền đó; tạo điều kiện để ngăn chặn các vi phạm, bao gồm cả việc đảm bảo pháp luật quốc gia có liên quan tuân thủ nghĩa vụ của mình theo luật nhân quyền quốc tế; xem xét các thủ tục, quá trình thực hiện pháp luật... nhằm tăng cường quyền riêng tư bằng cách đảm bảo thực hiện đầy đủ và hiệu quả tất cả các nghĩa vụ của quốc gia theo luật nhân quyền quốc tế”⁵. Theo đó, trẻ em là chủ thể hoàn toàn của quyền, quốc gia là chủ thể hoàn toàn mang nghĩa vụ. Quốc gia phải thông qua các hoạt động đa dạng, trong đó nổi bật là việc xây dựng, thực thi và đảm bảo toàn bộ hệ thống pháp luật phải thể hiện được trách nhiệm, cơ chế hiện thực hóa trách nhiệm của nhà nước trong quá trình bảo vệ QRT của trẻ em.

Soi chiếu vào các quy định của pháp luật hiện hành, có thể thấy, việc hiện thực hóa quyền của trẻ em nói chung, bảo vệ QRT của trẻ em nói riêng đang không thật sự theo hướng tiếp cận trên. Điển hình có thể kể đến Luật trẻ em năm 2016, đối tượng áp dụng của Luật này là “Cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, tổ chức

3 Hội nghị công bố kết quả nghiên cứu “Điều chỉnh tuổi pháp lý của trẻ em Việt Nam từ dưới 16 lên dưới 18 tuổi” do Ủy ban Văn hóa, Giáo dục, Thanh niên, Thiếu niên và Nhi đồng của Quốc hội, Viện Nghiên cứu lập pháp thuộc Ủy ban thường vụ Quốc hội và Quỹ Nhi đồng Liên hợp quốc phối hợp tổ chức ngày 30/8/2019, tại Hà Nội.

4 Nghị quyết số 68/167 ngày 21.1.2014 về quyền riêng tư trong thời đại kỹ thuật số của Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc khóa 68.

5 Nghị quyết số 68/167 ngày 21.1.2014 về quyền riêng tư trong thời đại kỹ thuật số của Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc khóa 68.

kinh tế, đơn vị sự nghiệp, đơn vị vũ trang nhân dân, cơ sở giáo dục, gia đình, công dân Việt Nam; cơ quan, tổ chức quốc tế, tổ chức nước ngoài hoạt động trên lãnh thổ Việt Nam, cá nhân là người nước ngoài cư trú tại Việt Nam” (Điều 3). Điều này cho thấy trẻ em - chủ thể của quyền - bị loại ra ngoài đối tượng áp dụng. Bên cạnh đó, quy định này còn thể hiện, đây là văn bản quản lý nhà nước về trẻ em và coi trẻ em là đối tượng cần được chăm sóc và bảo vệ. Cách tiếp cận này kéo theo rất nhiều quy định về quyền và nghĩa vụ của các cơ quan nhà nước và các tổ chức khác nhau liên quan tới trẻ em, và đặc biệt biến các cơ quan, tổ chức này, thậm chí cả nhà trường và gia đình trở thành các cấp giám sát hành chính đối với việc thực hiện quyền của trẻ em⁶.

Thứ ba, cơ chế bảo vệ QRT của trẻ em, hiện còn nằm trong cơ chế bảo vệ chung của QRT. Việc chưa thực sự có cơ chế riêng trong quá trình bảo vệ QRT của trẻ em là điều bất lợi. Bởi vì, nhóm đối tượng của hoạt động này có đặc điểm đặc thù là chưa có sự hoàn thiện về mặt thể chất, tinh thần, những hậu quả mang lại cho trẻ em khi QRT bị xâm phạm là rất lớn nếu như có sự chậm trễ trong quá trình ngăn chặn hành vi vi phạm và khắc phục hậu quả.

Nguyên tắc bảo vệ QRT của trẻ em được mặc định trong hệ các nguyên tắc chung về bảo vệ quyền trẻ em, chưa kể đến sự rời rạc và thiếu thống nhất của các nguyên tắc, cụ thể:

Một là, nội dung 5 nguyên tắc được ghi nhận (Điều 5 Luật Trẻ em) cho thấy, tinh thần của Công ước Quốc tế về trẻ em năm 1990 đã không được lĩnh hội triệt để. Thậm chí, với nguyên tắc thứ nhất - “Bảo đảm để trẻ em thực hiện được đầy đủ quyền và bổn phận” (Khoản 1 Điều 5), đã cho thấy nhận thức chưa thật sự đầy đủ của pháp luật Việt Nam về chủ thể của quyền trẻ em, đó là: “không tiếp cận xây dựng đạo luật này từ

việc trân trọng xác định trẻ em là chủ thể của các quyền tự nhiên vốn có của mình” mà lại “gắn cho các em “bổn phận”. Quy định về các bổn phận này của các em hoàn toàn không có ý nghĩa pháp lý, bởi các em có không tuân thủ thì người ta lại nhìn thấy trách nhiệm của người lớn, của Nhà nước hay của gia đình, nhà trường...”⁷. Đồng thời, hai nguyên tắc ở khoản 4 và khoản 5 Điều 5 chính là một quyền cụ thể (Điều 12 - quyền tự do quan điểm, biểu đạt) của Công ước năm 1990. Việc thiết kế các nguyên tắc bảo đảm quyền của trẻ em theo cách thức này đã làm cho các nguyên tắc vừa thiếu lại vừa thừa, bởi bản thân các nguyên tắc ở khoản 4 và khoản 5 đã nằm trong các nguyên tắc ở khoản 1; đặc biệt, thể hiện việc chưa nhận thức đúng bản chất của bảo đảm quyền của trẻ em. Theo đó, các nguyên tắc bảo vệ QRT của trẻ em cũng chịu chung những hạn chế như vậy.

Hai là, đối với việc bảo vệ trẻ em và QRT của trẻ em trên không gian mạng, cả Luật Trẻ em và Nghị định hướng dẫn thi hành đều không có quy định mang tính nguyên tắc, trong khi đây là khía cạnh mang nhiều đặc thù, có tác động lớn đến thời gian, phạm vi, mức độ, tính chất của việc xử lý các vi phạm liên quan. Đặc thù lớn nhất của bảo vệ QRT của trẻ em chính là việc phòng ngừa và xử lý hành vi xâm phạm quyền này trong thực tế. Tuy nhiên, quy định của pháp luật về cơ chế phòng ngừa còn thiếu cụ thể.

Thứ tư, ở góc độ xử lý vi phạm, pháp luật bảo vệ QRT của trẻ em hiện nằm trong các quy định chung, chủ yếu ở khía cạnh xác định trách nhiệm, nghĩa vụ của các chủ thể; các biện pháp xử lý khi có vi phạm QRT nói chung trong đó có trẻ em là: ngăn chặn, yêu cầu tạm ngừng, ngừng cung cấp thông tin mạng; đình chỉ, tạm đình chỉ thiết lập, cung cấp và sử dụng mạng viễn thông, mạng Internet, sản xuất và sử dụng thiết bị phát, thu

6 Ngô Huy Cương, Một số bất cập của Luật Trẻ em năm 2016, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 13, tháng 7/2017.

7 Ngô Huy Cương, Tlđd.

phát sóng vô tuyến; yêu cầu xóa bỏ, truy cập xóa bỏ thông tin vi phạm liên quan; phong tỏa, hạn chế hoạt động của hệ thống thông tin; đình chỉ, tạm đình chỉ hoặc yêu cầu ngừng hoạt động của hệ thống thông tin, thu hồi tên miền theo quy định của pháp luật...

Cách thức quy định này tạo nên sự nửa chừng về trách nhiệm của cả cơ quan có thẩm quyền trong quản lý nội dung thông tin trên mạng và các doanh nghiệp kinh doanh mạng trong việc bảo vệ QRT. Cả cơ quan có thẩm quyền và chủ thể kinh doanh mạng đều có “trách nhiệm tổ chức tiếp nhận thông tin, đánh giá, phân loại mức độ an toàn cho trẻ em được gửi tới; bảo đảm việc phát hiện, loại bỏ các hình ảnh, tài liệu, thông tin không phù hợp với trẻ em” (Nghị định số 56/2017/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Luật Trẻ em). Tuy nhiên, Nghị định này và Luật An ninh mạng năm 2018 lại quy định, khi QRT của trẻ em bị xâm phạm trên không gian mạng, thì yêu cầu xóa bỏ và dừng các hành vi vi phạm chỉ được đặt ra đối với cá nhân hoặc doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ mạng. Đây không chỉ là sự mâu thuẫn về quy định của pháp luật, mà là sự bất cập về chủ thể có nghĩa vụ ngăn chặn hành vi vi phạm QRT của trẻ em. Bởi lẽ, trong tương quan với thiệt hại mà nạn nhân phải gánh chịu, các nhà mạng là chủ thể ít bị ràng buộc nhất, không trực tiếp phải chịu những tổn thất về tinh thần hoặc thể chất, cũng không phải chủ thể phải chịu các trách nhiệm công vụ hay chính trị nếu để vi phạm xảy ra. Sự bất cập này đã góp phần tạo nên sự chậm trễ trong quá trình xử lý các trường hợp xâm phạm QRT của trẻ em trên không gian mạng.

Các quy định về xử lý vi phạm pháp luật liên quan đến nội dung thông tin trên internet mới chỉ dừng ở việc xử lý các hành vi vi phạm với các đối tượng thuộc phạm vi quản lý, như người sử dụng, người kinh doanh mà không có quy định về xử lý vi phạm với chủ thể có thẩm quyền, nếu như trong quá trình quản lý đã thực hiện không đúng hoặc không hiệu quả thẩm quyền quản lý của mình. Việc thiếu khuyết các quy định xác định trách nhiệm công vụ của chủ thể có thẩm quyền

đã làm cho các quy định khác liên quan đến bảo vệ QRT của trẻ em kém hiệu quả. Đơn cử, Luật Trẻ em năm 2016 quy định được cho là tiến bộ là đã xác định trách nhiệm của người làm công tác bảo vệ trẻ em cấp xã, nhưng dễ nhận thấy, đó đều là trách nhiệm mang tính tích cực - trọng trách mà thiếu vắng quy định về trách nhiệm pháp lý nếu người làm công tác bảo vệ trẻ em cấp xã này vi phạm các trọng trách được giao. Các quy định của pháp luật liên quan đến công chức cấp xã hay xử lý vi phạm hành chính cũng chưa hề được bổ sung cho hệ thống, logic.

Đặc biệt, các quy định liên quan đến giới hạn QRT của trẻ em cũng đang chịu những hạn chế chung về giới hạn quyền con người. Cơ chế cho phép chủ thể có thẩm quyền thu thập các thông tin riêng tư của trẻ em vì các lý do như bảo vệ lợi ích, sức khỏe, đạo đức cộng đồng, của người khác hoặc an ninh mạng hiện chưa thật sự hợp lý. Có thể lấy ví dụ ở Luật An ninh mạng, khi có nguy cơ hoặc các vấn đề liên quan đến an toàn, an ninh thông tin trên mạng internet, các biện pháp như giám sát, kiểm tra, thu thập, đăng phát thông tin riêng tư của trẻ em vẫn được tiến hành. Nếu không có quy định rõ về phạm vi, thời gian, trường hợp, mức độ của việc giới hạn quyền đó, thì QRT của trẻ em rất dễ bị xâm phạm từ chính các hoạt động tương tác hợp pháp của các chủ thể công quyền.

3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật bảo vệ quyền riêng tư của trẻ em

Thứ nhất, cần tiếp cận việc bảo vệ QRT của trẻ em nói riêng, bảo vệ quyền của trẻ em nói chung cho đúng với nội hàm, bản chất của nó, đó là: quyền của trẻ em; trẻ em là chủ thể toàn diện của quyền; đồng thời, Nhà nước là chủ thể có nghĩa vụ, phải thực hiện tất cả các hoạt động để làm cho QRT của trẻ em không bị xâm hại, mọi vi phạm đều bị xử lý thích đáng; từ đó xây dựng hệ thống pháp luật cho phù hợp, sao cho nếu để xảy ra vi phạm, không thực hiện hiệu quả nghĩa vụ, thì Nhà nước sẽ là chủ thể đầu tiên và cuối cùng phải gánh chịu nghĩa vụ pháp lý cho mọi vi phạm liên quan.

Thứ hai, cần xây dựng cơ chế: nhà mạng phải trực tiếp và chủ động xử lý vi phạm QRT của trẻ em khi được tin báo, mà không cần phải chờ yêu cầu từ phía Nhà nước. Nhà nước phải giám sát, kiểm tra hoạt động của nhà mạng trong quá trình xử lý vi phạm. Muốn nhà mạng và Nhà nước thực hiện được đúng trách nhiệm của mình, thì phải có quy định của pháp luật cụ thể, rõ ràng về trách nhiệm pháp lý tương ứng. Giải pháp này sẽ khắc phục được những vi phạm từ việc “không hành động” của các chủ thể công quyền trong quá trình thực thi quyền lực nhà nước. Bởi lẽ, ngoài việc quy định trách nhiệm trực tiếp cho các nhà mạng, thì công quyền cũng phải trở thành đối tượng chịu sự giám sát, chịu trách nhiệm về kết quả công tác bảo đảm QRT của trẻ em trong tương quan với bảo đảm quyền tự do internet. Pháp luật chỉ thực sự có hiệu lực và hiệu quả khi trách nhiệm pháp lý được xác định đến cùng. Chỉ khi nào Nhà nước đảm bảo được hiệu quả giải quyết vi phạm nội dung thông tin về trẻ em trên mạng của các nhà mạng, khi đó mới hoàn thành chu trình quản lý nhà nước.

Thứ ba, cần quy định cụ thể về giới hạn quyền, để bảo đảm QRT nói chung, QRT của trẻ em nói riêng. Trong các quy định pháp luật đó, cần minh bạch về thẩm quyền, nội dung, trình tự, phạm vi, thời gian áp dụng các biện pháp như theo dõi, giám sát thư tín, điện thoại, internet, thu thập thông tin riêng tư của trẻ em, đồng thời xây dựng cơ chế giám sát, khiếu nại, khiếu kiện khi có vi phạm.

Thứ tư, cần thay đổi quy định về độ tuổi là trẻ em ở Việt Nam: dưới 18 tuổi, thay vì dưới 16 như hiện nay, để có thể “cải cách hệ thống pháp lý về bảo vệ trẻ em và công lý cho trẻ em độ tuổi 16 đến dưới 18, nhằm

đảm bảo mọi trẻ em dưới 18 tuổi đều được tiếp cận các dịch vụ, bảo vệ toàn diện và nhận thức được quyền của mình”⁸. Việc thay đổi độ tuổi này vừa phù hợp với quy định chung của Công ước Quyền trẻ em năm 1990, vừa là cốt lõi của nguyên tắc công bằng - nền tảng trong quá trình thực hiện Chương trình nghị sự phát triển bền vững toàn cầu và mục tiêu “Không để một ai bị bỏ lại phía sau” mà Việt Nam đang theo đuổi. “Vận dụng phương pháp tiếp cận mang tính công bằng sẽ hỗ trợ và cho phép Việt Nam tiếp cận được các đối tượng dễ bị tổn thương nhất, cũng như bảo đảm sự phát triển trong tương lai và sự thịnh vượng của quốc gia”⁹.

Thứ năm, xây dựng các nguyên tắc bảo vệ QRT của trẻ em phải xác định cho được các quy chuẩn của hành động và tìm ra chủ thể chịu trách nhiệm pháp lý cho sự vận hành hiệu quả, chứ không phải chỉ là các quy định mang tính chung chung, khẩu hiệu. Các nguyên tắc có thể là: i) Nhà nước là chủ thể bảo vệ QRT của trẻ em; ii) Bảo vệ QRT của trẻ em trên cơ sở không có bất kỳ phân biệt đối xử nào; iii) Lợi ích tốt nhất của trẻ em là ưu tiên hàng đầu trong mọi hoạt động liên quan; iv) Các chủ thể bảo đảm QRT phải đáp ứng các tiêu chuẩn và phải bị giám sát; v) Bảo đảm quyền, lợi ích, trách nhiệm của cha mẹ và các chủ thể tương đương trong quá trình bảo đảm QRT.

Thứ sáu, thiết lập cơ chế riêng cho bảo vệ QRT của trẻ em, trong đó “sớm xây dựng cơ quan chuyên trách bảo vệ QRT và dữ liệu cá nhân với thẩm quyền xem xét khiếu nại, thực hiện quyền thanh tra, giám sát cũng như nghiên cứu hoàn thiện chính sách pháp luật, thúc đẩy QRT”¹⁰. Cơ quan chuyên trách này phải là chủ thể mang tính đầu mối, tổng thể để chịu trách nhiệm cho việc bảo vệ QRT

8 <https://www.unicef.org/vietnam/vi/b%C3%A1o-c%C3%A1o/tr%E1%BA%BB-em-v%C3%A0-ph%C3%A1t-tri%E1%BB%83n-kinh-t%E1%BA%BF-x%C3%A3-h%E1%BB%99i>.

9 Vụ Khoa học, Giáo dục, Tài Nguyên và Môi trường thuộc Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Trẻ em trong tiến trình phát triển ở Việt Nam, Chương trình nghị sự phát triển bền vững 2030, Hà Nội, tháng 09 năm 2018, https://www.unicef.org/vietnam/sites/unicef.org/vietnam/files/2019-07/VNR%20child%20focus%20report_Vie-web.pdf.

10 Lê Khánh Tùng, Một số vấn đề về bảo vệ QRT trong không gian internet, in trong sách Quyền về sự riêng tư, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2018, tr.111.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

của trẻ, hoạt động trên hệ các nguyên tắc chặt chẽ về đảm bảo tính nhanh chóng trong việc chấm dứt hành vi vi phạm, khắc phục thiệt hại và xử lý thích đáng hành đối tượng vi phạm QRT của trẻ em.

Thứ bảy, hoàn thiện các quy định của pháp luật liên quan đến xác định trách nhiệm của gia đình, cha mẹ trong việc bảo vệ QRT của trẻ em theo hướng nâng cao năng lực và khả năng chống chịu cho cha mẹ và người chăm sóc, ngăn ngừa, can thiệp và phản hồi sớm đối với các hành vi vi phạm. Cha mẹ, người giám hộ của trẻ em cần có các quy định của pháp luật phù hợp, đủ để nhận thức được nghĩa vụ, trách nhiệm pháp lý của mình trong bảo vệ QRT của trẻ em. Để cha mẹ là chủ thể trước tiên có những biện pháp bảo vệ chính QRT của con cái, thông qua việc lường định được mặt trái của tự do internet, từ đó hạn chế việc vô tư đăng phát thông tin, hình ảnh, hoạt động của con em mình trên không gian mạng.

Thứ tám, xác định rõ các trường hợp vi phạm và quy định cụ thể về các dạng chế tài

cho hành vi vi phạm QRT của trẻ em. Trước mắt, cần ban hành, bổ sung hướng dẫn về xử phạt hành chính đối với hành vi vi phạm QRT để có cơ sở cho việc truy cứu trách nhiệm pháp lý và xử lý các hành vi thuộc loại này. Cũng cần tăng mức phạt tiền đối với các trường hợp thành viên gia đình làm lộ, phát tán các thông tin thuộc bí mật đời tư của trẻ em để nâng cao nhận thức về QRT và bảo vệ QRT của trẻ em.

Thứ chín, cần hoàn thiện các quy định của pháp luật về tư pháp vị thành niên, hướng tới xây dựng hệ thống tư pháp thân thiện hơn với trẻ em và nhạy cảm hơn về giới nhằm đảm bảo rằng mọi trẻ em tiếp cận với hệ thống tư pháp sẽ được phục vụ và bảo vệ tốt hơn. Đồng thời, thiết lập các cấu trúc cùng nguồn nhân sự chuyên về tư pháp trẻ em (ví dụ như các tòa án và đơn vị cảnh sát chuyên giải quyết các vấn đề liên quan tới bảo vệ trẻ em) để đảm bảo trẻ em được pháp luật bảo vệ tốt hơn, phù hợp với độ tuổi, sự phát triển và các nhu cầu riêng biệt của từng em¹¹ ■

11 Trẻ em và phát triển kinh tế - xã hội giai đoạn 2021 – 2030, Unicef, tr.11, <https://www.unicef.org/vietnam/vi/b%C3%A1o-c%C3%A1o/tr%E1%BA%BB-em-v%C3%A0-ph%C3%A1t-tri%E1%BB%83n-kinh-t%E1%BA%BF-x%C3%A3-h%E1%BB%99i>.

SỰ CẦN THIẾT... (Tiếp theo trang 10)

song nó vẫn là một thiết chế nằm trong hệ thống, và vì vậy hoàn toàn có thể “quản lý” được.

Tóm lại, Ombudsman là một thiết chế giám sát được thừa nhận ở nhiều nước trên thế giới. Với vai trò giám sát, giải quyết các khiếu nại, tố cáo của nhân dân, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, phòng chống tiêu cực, tham nhũng, Ombudsman thể hiện mối quan hệ giữa Quốc hội và nhân dân, giúp Quốc hội giải quyết phần lớn những nhiệm vụ liên quan đến hoạt động giám sát của Quốc hội.

Việc thành lập Ombudsman ở Việt Nam hiện không chỉ là nhu cầu tự thân của Quốc

hội mà còn là nhu cầu của cả xã hội. Điều này là bởi việc thành lập Ombudsman sẽ giúp khắc phục những hạn chế của hoạt động giám sát và bảo vệ quyền con người của Quốc hội, nâng cao niềm tin của nhân dân vào Quốc hội. Tuy nhiên, cũng cần phải thấy rằng, mặc dù là Ombudsman đóng vai trò quan trọng trong các hoạt động nêu trên của Quốc hội, song để có hiệu quả một cách thực sự thì Ombudsman cần được tổ chức theo hình thức một thiết chế độc lập, do Quốc hội thành lập, chịu trách nhiệm trước Quốc hội, hoạt động chỉ tuân theo Hiến pháp và pháp luật mà không chịu sự chi phối hay tác động tùy tiện của bất kỳ cơ quan nào, kể cả Quốc hội ■

QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC ĐỐI VỚI ĐẤT QUỐC PHÒNG

Nguyễn Việt Dũng

Thượng tá, ThS. Vụ Pháp chế Bộ Quốc phòng.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Đất quốc phòng, quản lý nhà nước, Bộ Quốc phòng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/8/2020

Biên tập : 17/8/2020

Duyệt bài : 22/8/2020

Article Information:

Key words: Land for national defense, state administration, Ministry of National Defense

Article History:

Received : 09 Aug. 2020

Edited : 17 Aug. 2020

Approved : 22 Aug. 2020

Tóm tắt:

Đất quốc phòng là đất được Nhà nước giao cho các đơn vị vũ trang nhân dân sử dụng vào mục đích quân sự, quốc phòng theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được cấp có thẩm quyền phê duyệt để thực hiện chức năng, nhiệm vụ được giao, nâng cao tiềm lực quốc phòng, bảo vệ Tổ quốc. Trong giai đoạn hiện nay, để đáp ứng yêu cầu xây dựng và bảo vệ Tổ quốc trong tình hình mới, cần tiếp tục hoàn thiện quy định của pháp luật nhằm nâng cao hiệu lực và hiệu quả quản lý nhà nước đối với đất quốc phòng.

Abstract:

Land for national defense is the land allocated by the State to the people's armed forces units for use for the purposes of military and national defense according to land use plans and plans approved by competent authorities to perform their assigned functions and duties, to improve the capacity of national defense and to protect the Fatherland. In the current period, in order to meet the requirements of the national development and protecting the Fatherland in a new situation, it is necessary to review for further improvement of the legal regulations for the effectiveness and efficiency of state management on land for national defense.

1. Đất quốc phòng và vai trò của đất quốc phòng

Đất quốc phòng được xác định là đất được Nhà nước giao cho các đơn vị vũ trang nhân dân sử dụng vào mục đích quân sự, quốc phòng theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được cấp có thẩm quyền phê duyệt để thực hiện chức năng, nhiệm vụ được giao, nâng cao tiềm lực quốc phòng, bảo vệ Tổ quốc.

Đất quốc phòng có vai trò đặc biệt quan trọng đối với việc xây dựng nền quốc phòng toàn dân, xây dựng thế trận quốc phòng toàn

dân gắn với thế trận an ninh nhân dân, các khu vực phòng thủ ngày càng vững chắc, góp phần tăng cường tiềm lực, sức mạnh quốc phòng gắn với phát triển kinh tế - xã hội trên từng địa bàn ở nước ta. Vai trò của đất quốc phòng luôn gắn liền với chức năng, nhiệm vụ của Quân đội nhân dân, các đơn vị quân đội và được thể hiện ở một số nội dung như:

(1) Đất quốc phòng ở những địa điểm để quân đội trực tiếp thực hiện các nhiệm vụ quốc phòng. Việc xây dựng doanh trại, trụ sở làm việc; căn cứ quân sự; công trình

phòng thủ quốc gia, trận địa và các công trình đặc biệt về quốc phòng; ga, cảng quân sự; xây dựng công trình công nghiệp, khoa học và công nghệ, văn hoá, thể thao, phục vụ trực tiếp cho nhiệm vụ quốc phòng; xây dựng kho bãi của quân đội và xây dựng thao trường, bãi tập bắn, bãi huấn vũ khí thể hiện rõ nét vai trò này. Việc xây dựng các công trình kể trên thể hiện vai trò trực tiếp đối với hoạt động quốc phòng toàn dân, thể hiện sự sẵn sàng chiến đấu của quân đội, có tính chất đe dọa đối với kẻ thù.

(2) Đất quốc phòng cũng là nơi quân đội thực hiện những nhiệm vụ liên quan đến hoạt động quốc phòng, thể hiện ở việc xây dựng các trung tâm đào tạo, huấn luyện; bệnh viện, nhà an dưỡng của quân đội; xây dựng nhà công vụ của quân đội; xây dựng các cơ sở giam giữ và giáo dục do Bộ Quốc phòng quản lý. Những nhiệm vụ này không trực tiếp tham gia vào hoạt động phòng thủ hay chiến đấu, nhưng có tác dụng hỗ trợ cho các hoạt động kể trên.

(3) Đất quốc phòng chiếm lĩnh vị trí trọng yếu của đất nước. Các vị trí của đất quốc phòng ngoài việc được đặt ở những nơi quan trọng, hiểm yếu để phòng thủ đất nước, còn có tác dụng quan trọng trong việc bảo vệ môi trường sống và hỗ trợ bảo vệ nhân dân trong những trường hợp đặc biệt, đó là các đơn vị quân đội đóng ở các đảo xa có thể hỗ trợ nhân dân ứng phó với bão biển, hoặc các đơn vị đóng quân ở khu vực miền núi có thể giữ đất, giữ rừng không bị xâm phạm.

(4) Đất quốc phòng được đưa vào hoạt động lao động sản xuất, xây dựng kinh tế đã góp phần rèn luyện thể lực bộ đội, cải thiện đời sống thông qua việc chăn nuôi, trồng trọt; liên doanh, liên kết, khai thác công trình đã đóng góp một phần ngân sách quốc phòng đảm bảo hoạt động cho quân đội.

Theo quy định của pháp luật hiện hành thì đất đai, trong đó có đất quốc phòng, thuộc sở hữu toàn dân, do Nhà nước thống nhất quản lý.

2. Một số quy định của pháp luật về đất quốc phòng qua các thời kỳ

Luật Đất đai năm 1987 đã có những quy định đối với đất quốc phòng. Điều 38 Luật Đất đai năm 1987 quy định: Việc sử dụng đất vào mục đích quốc phòng phải tuân theo đúng quy hoạch, kế hoạch đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền xét duyệt. Khi sử dụng đất phải triệt để tiết kiệm và hạn chế đến mức thấp nhất những trở ngại cho việc sử dụng đất đai của vùng lân cận.

Luật Đất đai năm 1993 (khoản 1 Điều 65) quy định đất quốc phòng sử dụng để: (1) Đơn vị đóng quân; (2) Làm các căn cứ không quân, hải quân và căn cứ quân sự khác; (3) Làm các công trình phòng thủ quốc gia, trận địa và các công trình đặc biệt; (4) Làm các ga, cảng quân sự; (5) Làm các công trình công nghiệp, khoa học, kỹ thuật phục vụ quốc phòng, quốc phòng kết hợp làm kinh tế; (6) Làm kho tàng của lực lượng vũ trang; (7) Làm trường bắn, thao trường, bãi thử vũ khí; (8) Xây dựng nhà trường, bệnh viện, nhà an dưỡng của lực lượng vũ trang; (9) Xây dựng các công trình quốc phòng khác do Chính phủ quy định.

Khoản 1 Điều 2 và Điều 3 Nghị định số 09/CP ngày 12-02-1996 của Chính phủ về chế độ quản lý, sử dụng đất quốc phòng, an ninh nhấn mạnh: Đất quốc phòng sử dụng vào mục đích quốc phòng quy định tại khoản 1 Điều 65 của Luật Đất đai. Bộ trưởng Bộ Quốc phòng trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình chịu trách nhiệm trước Chính phủ về việc quản lý, sử dụng đất quốc phòng được Nhà nước giao.

Thông tư liên tịch số 2708/TT-LT ngày 14-10-1997 của Bộ Nội vụ, Bộ Quốc phòng, Tổng cục Địa chính hướng dẫn thi hành Nghị định số 09/CP ngày 12-02-1996 của Chính phủ về chế độ quản lý, sử dụng đất quốc phòng, an ninh (điểm 3 Phần thứ nhất) khẳng định đất quốc phòng sử dụng để: *Làm các công trình công nghiệp, khoa học, kỹ thuật phục vụ quốc phòng như sản xuất, sửa chữa vũ khí, khí tài, trang thiết bị và đồ dùng*

chuyên dụng cho quốc phòng hoặc đất thuộc các công trình này có kết hợp một phần phục vụ kinh tế xã hội do các đơn vị, xí nghiệp quốc phòng sử dụng là đất quốc phòng.

Luật Đất đai năm 2003 (khoản 1 Điều 89) quy định đất quốc phòng sử dụng để: (1) Đơn vị đóng quân; (2) làm căn cứ quân sự; (3) làm các công trình phòng thủ quốc gia, trận địa và các công trình đặc biệt về quốc phòng; (4) làm ga, cảng quân sự; (5) làm các công trình công nghiệp, khoa học và công nghệ phục vụ trực tiếp cho quốc phòng; (6) làm kho tàng của lực lượng vũ trang nhân dân; (7) làm trường bắn, thao trường, bãi thử vũ khí, bãi huỷ vũ khí; (8) xây dựng nhà trường, bệnh viện, nhà an dưỡng của lực lượng vũ trang nhân dân; (9) làm nhà công vụ của lực lượng vũ trang nhân dân; (10) làm trại giam giữ, cơ sở giáo dục, trường giáo dưỡng do Bộ Quốc phòng quản lý; (11) xây dựng các công trình quốc phòng khác do Chính phủ quy định.

Nghị định số 181/2004/NĐ-CP ngày 29-10-2004 của Chính phủ về thi hành Luật Đất đai năm 2003 tại khoản 4, 5, 6 Điều 83 quy định như sau:

- Đất sử dụng vào mục đích quốc phòng phải được sử dụng đúng mục đích đã được xác định.

- Đối với diện tích đất không sử dụng hoặc sử dụng không đúng mục đích thì Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương thông báo cho đơn vị sử dụng đất để đưa đất vào sử dụng đúng mục đích; sau 12 tháng kể từ ngày được thông báo, nếu đơn vị sử dụng đất không khắc phục để đưa đất vào sử dụng đúng mục đích thì Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương thu hồi để giao cho người khác sử dụng. Trường hợp chuyển mục đích sử dụng đất trong nội bộ đất quốc phòng theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất vào mục đích quốc phòng đã được xét duyệt thì đơn vị sử dụng đất phải xin chuyển mục đích sử dụng đất tại Sở Tài nguyên và Môi trường kèm

theo ý kiến bằng văn bản của Bộ Quốc phòng. Đất do các đơn vị vũ trang nhân dân đang sử dụng nhưng không thuộc quy hoạch sử dụng đất vào mục đích quốc phòng đã được xét duyệt thì phải bàn giao cho địa phương quản lý.

- Đối với diện tích đất do hộ gia đình cán bộ, chiến sỹ thuộc đơn vị vũ trang nhân dân sử dụng làm nhà ở phù hợp với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được xét duyệt thì người sử dụng đất ở được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và phải thực hiện nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật.

- Đối với đất sử dụng vào mục đích sản xuất kinh doanh phi nông nghiệp thì phải do các doanh nghiệp quốc phòng sử dụng và phải chuyển sang hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất theo phương án sản xuất, kinh doanh đã được Bộ Quốc phòng xét duyệt; mục đích sử dụng đất và thời hạn sử dụng đất phải được xác định trong phương án sản xuất, kinh doanh; doanh nghiệp quốc phòng được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

So với Luật Đất đai năm 1993, Luật Đất đai năm 2003 đã bổ sung mục đích sử dụng đất quốc phòng để làm nhà công vụ của lực lượng vũ trang nhân dân và đất quốc phòng làm trại giam giữ, cơ sở giáo dục do Bộ Quốc phòng quản lý. Tuy nhiên, Luật Đất đai năm 2003 đã bỏ cụm từ “quốc phòng kết hợp làm kinh tế” trong mục đích sử dụng “đất làm các công trình công nghiệp, khoa học và công nghệ phục vụ trực tiếp cho quốc phòng”. Đặc biệt, Luật Đất đai năm 2003 lại không có quy định chuyển tiếp đối với đất quốc phòng đã sử dụng làm các công trình công nghiệp, khoa học, kỹ thuật phục vụ quốc phòng, quốc phòng kết hợp làm kinh tế theo quy định của Luật Đất đai năm 1993 thì được xử lý như thế nào và cũng không quy định trách nhiệm của Bộ Quốc phòng trong quản lý đất quốc phòng. Vì vậy, thiếu cơ sở pháp lý để tiếp tục sử dụng đất quốc phòng

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

kết hợp với kinh tế và xử lý đất quốc phòng đã sử dụng vào nhiệm vụ quốc phòng kết hợp với kinh tế.

Để tháo gỡ những vướng mắc pháp lý nêu trên và bảo đảm cho Quân đội nhân dân thực hiện tốt chức năng, nhiệm vụ của mình, ngày 12/9/2003, Chính phủ đã ban hành Công văn số 1231/CP-ĐMDN về việc xử lý đất quốc phòng ở các doanh nghiệp quân đội thực hiện cổ phần hóa. Theo đó, các doanh nghiệp quân đội thực hiện cổ phần hóa chuyển thành công ty cổ phần, đang sử dụng diện tích đất đã được quy hoạch cho Bộ Quốc phòng, vẫn được tiếp tục sử dụng nhưng phải ký hợp đồng với Bộ Quốc phòng. Giao Bộ trưởng Bộ Quốc phòng quyết định việc thực hiện theo quy định hiện hành; trường hợp đặc biệt Bộ Quốc phòng báo cáo Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định.

Ngày 04/11/2008, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Công văn số 1869/TTg-KTN về cơ chế sử dụng đất quốc phòng. Theo đó, Bộ Quốc phòng và các cơ quan liên quan thực hiện theo chỉ đạo của Thủ tướng Chính phủ tại Công văn số 1231/CP-ĐMDN ngày 12/9/2003; đối với đất do các đơn vị thuộc Bộ Quốc phòng đang sử dụng, không có tranh chấp nhưng chưa sử dụng ngay cho mục đích quốc phòng thì Bộ Quốc phòng có phương án giao cho các đơn vị và doanh nghiệp quân đội sử dụng vào mục đích kinh tế phù hợp với quy hoạch tổng thể phát triển kinh tế - xã hội của địa phương.

Luật Đất đai năm 2013 (Điều 61, khoản 1 Điều 148) quy định Nhà nước thu hồi đất để làm đất quốc phòng trong các trường hợp: (1) Làm nơi đóng quân, trụ sở làm việc; (2) Xây dựng căn cứ quân sự; (3) Xây dựng công trình phòng thủ quốc gia, trận địa và công trình đặc biệt về quốc phòng; (4) Xây dựng ga, cảng quân sự; (5) Xây dựng công trình công nghiệp, khoa học và công nghệ, văn hóa, thể thao phục vụ trực tiếp cho quốc phòng; (6) Xây dựng kho tàng của lực lượng vũ trang nhân dân; (7) Làm trường bắn, thao

trường, bãi thử vũ khí, bãi hủy vũ khí; (8) Xây dựng cơ sở đào tạo, trung tâm huấn luyện, bệnh viện, nhà an dưỡng của lực lượng vũ trang nhân dân; (9) Xây dựng nhà công vụ của lực lượng vũ trang nhân dân; (10) Xây dựng cơ sở giam giữ, cơ sở giáo dục do Bộ Quốc phòng quản lý.

Luật Đất đai năm 2013 (khoản 2 Điều 10, Điều 61) quy định đất quốc phòng thuộc nhóm đất phi nông nghiệp; cơ chế quản lý, sử dụng đất quốc phòng cơ bản được áp dụng như các loại đất khác trong nhóm đất này. Ngoài mười mục đích sử dụng nêu trên, đất quốc phòng không được phép sử dụng vào mục đích khác.

Theo tác giả, việc quy định đất quốc phòng chỉ được sử dụng vào các mục đích nêu trên là chưa phù hợp, chưa thống nhất, đồng bộ với nguyên tắc hoạt động quốc phòng kết hợp quốc phòng với kinh tế - xã hội và kinh tế - xã hội với quốc phòng, đảm bảo nguồn lực đất đai cho quốc phòng để Quân đội nhân dân thực hiện và hoàn thành chức năng, nhiệm vụ được giao theo quy định tại khoản 4 Điều 3, khoản 1 Điều 15, khoản 2 Điều 25, Điều 31 và Điều 32 Luật Quốc phòng năm 2018.

Trên thực tế, căn cứ vào Luật Đất đai năm 1993 và chỉ đạo của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ tại các văn bản nêu trên, Bộ Quốc phòng đã đưa một phần đất quốc phòng sử dụng vào hoạt động lao động sản xuất, xây dựng kinh tế góp phần rèn luyện thể lực bộ đội, cải thiện đời sống cán bộ, chiến sĩ thông qua chăn nuôi, trồng trọt; liên doanh, liên kết, khai thác công trình, đóng góp một phần ngân sách quốc phòng đảm bảo hoạt động cho quân đội. Việc đưa đất quốc phòng vào hoạt động lao động sản xuất, xây dựng kinh tế trước khi Luật Đất đai năm 2003 có hiệu lực là tuân thủ đúng quy định của Luật Đất đai năm 1993. Mặc dù việc đưa đất quốc phòng vào hoạt động lao động sản xuất, xây dựng kinh tế sau khi Luật Đất đai năm 2003 và Luật Đất đai năm 2013 có hiệu lực là phù hợp với chức năng, nhiệm

vụ của Quân đội, thực tiễn khách quan và cơ chế sử dụng đất quốc phòng theo chỉ đạo của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, nhưng lại không phù hợp với quy định của Luật Đất đai năm 2003 và Luật Đất đai năm 2013. Đây là thực trạng khách quan trong xây dựng và thi hành pháp luật về đất đai, cơ chế chính sách quản lý, sử dụng đất quốc phòng; là những khó khăn, vướng mắc về mặt pháp lý mà trong những năm qua chưa giải quyết được, cần phải tập trung nghiên cứu, tham mưu, đề xuất cấp có thẩm quyền lãnh đạo, chỉ đạo để xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật về đất đai, trong đó điều chỉnh về cơ chế chính sách quản lý, sử dụng đất quốc phòng trong thời gian tới khi sửa đổi Luật Đất đai năm 2013 cho phù hợp, sát thực tiễn, đảm bảo tính khả thi.

3. Quản lý nhà nước đối với đất quốc phòng qua các thời kỳ và một số kiến nghị

Luật Đất đai năm 1987 (Điều 6) và Nghị định số 30-HĐBT ngày 23/3/1989 của Hội đồng bộ trưởng về việc thi hành Luật Đất đai (Điều 18) quy định, Quốc hội thực hiện quyền quyết định, quyền giám sát tối cao đối với việc quản lý và sử dụng đất đai trong cả nước. Hội đồng bộ trưởng thực hiện quyền quản lý nhà nước đối với việc sử dụng, bảo vệ và cải tạo đất đai. Hội đồng nhân dân, Ủy ban nhân dân các cấp thực hiện việc quản lý Nhà nước đối với đất đai trong địa phương mình theo thẩm quyền được quy định trong Luật này. Thủ trưởng các ngành trong phạm vi quyền hạn và trách nhiệm của mình tổ chức và quản lý việc sử dụng đất đai do Nhà nước giao cho các tổ chức thuộc ngành mình sử dụng. Cơ quan quản lý đất đai ở Trung ương và địa phương có nhiệm vụ giúp Hội đồng bộ trưởng và Ủy ban nhân dân các cấp thực hiện việc thống nhất quản lý nhà nước đối với đất đai. Bộ trưởng các Bộ, Chủ nhiệm các Ủy ban Nhà nước, Thủ trưởng các cơ quan khác thuộc Hội đồng Bộ trưởng có trách nhiệm tổ chức và quản lý việc sử dụng đất đai do Nhà nước giao cho các tổ chức thuộc ngành mình sử dụng theo những nội

dung sau đây: (1) Lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đai của ngành; (2) Xét duyệt các luận chứng kinh tế - kỹ thuật, thiết kế chuyên ngành có liên quan đến đất đai theo phân cấp; (3) Quy định các chế độ, thể lệ sử dụng đất đai có liên quan đến hoạt động chuyên ngành theo thẩm quyền; (4) Thanh tra việc sử dụng đất đai trong ngành.

Luật Đất đai năm 1993 (Điều 7, Điều 8, Điều 9) và Nghị định số 09/CP ngày 12-02-1996 của Chính phủ quy định về chế độ quản lý, sử dụng đất quốc phòng, an ninh (Điều 3): Quốc hội thực hiện quyền quyết định, quyền giám sát tối cao đối với việc quản lý và sử dụng đất đai trong cả nước. Hội đồng nhân dân các cấp thực hiện quyền quyết định, quyền giám sát việc quản lý và sử dụng đất đai trong địa phương mình. Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về đất đai trong cả nước. Ủy ban Nhân dân các cấp thực hiện quản lý nhà nước về đất đai trong địa phương mình theo thẩm quyền được quy định tại Luật này. Thủ trưởng cơ quan quản lý đất đai ở Trung ương chịu trách nhiệm trước Chính phủ, Thủ trưởng cơ quan quản lý đất đai ở địa phương chịu trách nhiệm trước Ủy ban nhân dân cùng cấp trong việc quản lý nhà nước về đất đai. Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm bảo đảm việc sử dụng đúng mục đích, có hiệu quả đất do Nhà nước giao cho các tổ chức trực thuộc Bộ, ngành mình. Bộ trưởng Bộ Quốc phòng trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình chịu trách nhiệm trước Chính phủ về việc quản lý, sử dụng đất quốc phòng được Nhà nước giao.

Luật Đất đai năm 2003 (Điều 6, Điều 7) và Nghị định số 181/2004/NĐ-CP (Điều 8) quy định: Nhà nước thống nhất quản lý về đất đai. Quốc hội ban hành pháp luật về đất đai, quyết định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cả nước; thực hiện quyền giám sát tối cao đối với việc quản lý và sử dụng đất đai trong phạm vi cả nước. Chính phủ quyết định quy

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

hoạch, kế hoạch sử dụng đất của tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất vào mục đích quốc phòng; thống nhất quản lý về đất đai trong cả nước. Bộ Tài nguyên và Môi trường chịu trách nhiệm trước Chính phủ trong việc quản lý nhà nước về đất đai. Hội đồng nhân dân các cấp thực hiện quyền giám sát việc thi hành pháp luật về đất đai tại địa phương. Ủy ban nhân dân các cấp thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu về đất đai và quản lý nhà nước về đất đai tại địa phương. Hệ thống tổ chức cơ quan quản lý đất đai được thành lập thống nhất từ trung ương đến cơ sở gắn với quản lý tài nguyên và môi trường, có bộ máy tổ chức, cụ thể: (1) Cơ quan quản lý nhà nước về đất đai ở trung ương là Bộ Tài nguyên và Môi trường; (2) Cơ quan quản lý đất đai ở tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương là Sở Tài nguyên và Môi trường; (3) Cơ quan quản lý đất đai ở huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh là Phòng Tài nguyên và Môi trường; (4) Xã, phường, thị trấn có cán bộ địa chính; (5) Bộ Tài nguyên và Môi trường chủ trì, phối hợp với Bộ Nội vụ hướng dẫn cụ thể về tổ chức bộ máy của Sở Tài nguyên và Môi trường, Phòng Tài nguyên và Môi trường; hướng dẫn việc bổ nhiệm và miễn nhiệm cán bộ địa chính xã, phường, thị trấn; quy định nhiệm vụ và tiêu chuẩn của cán bộ địa chính xã, phường, thị trấn; (6) Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, Ủy ban nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh có trách nhiệm xây dựng tổ chức bộ máy quản lý đất đai tại địa phương và bố trí cán bộ địa chính xã, phường, thị trấn bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ.

Luật Đất đai năm 2013 (Điều 23, Điều 24) quy định: Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về đất đai trong phạm vi cả nước. Bộ Tài nguyên và Môi trường chịu trách nhiệm trước Chính phủ trong việc thống nhất quản lý nhà nước về đất đai. Bộ, cơ quan ngang bộ có liên quan trong phạm vi

nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm giúp Chính phủ trong quản lý nhà nước về đất đai. Ủy ban nhân dân các cấp có trách nhiệm quản lý nhà nước về đất đai tại địa phương theo thẩm quyền quy định tại Luật này.

Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về đất đai trong phạm vi cả nước phù hợp với vị trí, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ được quy định trong Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức chính phủ, Luật Đất đai, các Luật khác có liên quan.

Bộ, cơ quan ngang Bộ không có chức năng thống nhất quản lý nhà nước, chỉ thực hiện chức năng tham mưu, giúp Chính phủ quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực được quy định trong các luật, nghị định của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của từng Bộ, cơ quan ngang Bộ và phân công, phân cấp, giao quyền của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, Phó Thủ tướng Chính phủ cho các Bộ, cơ quan ngang Bộ. Về nguyên tắc, từng Bộ, cơ quan ngang Bộ sẽ chủ trì tham mưu, giúp Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ quản lý nhà nước một ngành, một lĩnh vực hoặc đa ngành, đa lĩnh vực hoặc một ngành nhưng đa lĩnh vực.

Theo tác giả, việc khoản 2 Điều 23 Luật Đất đai năm 2013 quy định giao cho Bộ Tài nguyên và Môi trường chịu trách nhiệm trước Chính phủ trong việc thống nhất quản lý nhà nước về đất đai là chưa đảm bảo rõ ràng, minh bạch, sát với chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của Bộ. Luật Đất đai năm 2013 quy định *hệ thống tổ chức cơ quan quản lý đất đai được tổ chức thống nhất từ trung ương đến địa phương, nhưng đồng thời lại quy định cơ quan quản lý nhà nước về đất đai ở trung ương là Bộ Tài nguyên và Môi trường*. Bộ Quốc phòng phải là chủ thể có trách nhiệm giúp Chính phủ quản lý nhà nước đối với đất quốc phòng, nhưng Điều 24 Luật Đất đai năm 2013 không xác định Bộ Quốc phòng là cơ quan quản lý đất quốc

phòng. Điều này là chưa phù hợp, logic với Điều 23 Luật Đất đai năm 2013. Mặt khác, các Nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai chưa có điều khoản nào quy định thẩm quyền và trách nhiệm của Bộ Quốc phòng trong quản lý đất quốc phòng.

Tuy nhiên, theo quy định của Nghị định số 164/2017/NĐ-CP ngày 30/12/2017 của Chính phủ thì *Bộ Quốc phòng quản lý, bảo vệ công trình quốc phòng, khu quân sự, đất quốc phòng; quản lý việc bảo vệ bí mật nhà nước và quốc phòng theo quy định của pháp luật*. Như vậy, tại Nghị định này, Chính phủ đã giao cho Bộ Quốc phòng chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn quản lý đất quốc phòng. Tác giả cho rằng, quy định này phù hợp với nội dung của khoản 2 Điều 23 Luật Đất đai năm 2013. Cho đến nay, phạm vi, nội dung, phương thức quản lý nhà nước đối với đất quốc phòng của Bộ Quốc phòng chưa được quy định rõ ràng, chưa thể hiện tính đặc thù trong phân công, phân cấp, giao quyền quản lý nhà nước, mục đích, tính chất sử dụng đất quốc phòng và vị trí, vai trò, trách nhiệm của Bộ Quốc phòng trong quản lý các nguồn lực vật chất, trong đó có nguồn lực đất đai đảm bảo sẵn sàng chiến đấu, nâng cao tiềm lực quốc phòng, bảo vệ Tổ quốc.

Nhìn chung, trách nhiệm, quyền hạn quản lý nhà nước về đất quốc phòng hiện nay chưa được rõ ràng, không rõ trách nhiệm quản lý của Bộ Quốc phòng đến đâu và trách nhiệm của Bộ Tài nguyên và Môi trường, của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đến đâu, chưa sát thực tiễn, thiếu tính khả thi trong thi hành pháp luật. Đây là một trong những nguyên nhân làm hạn chế hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước đối với đất quốc phòng trong thời gian qua.

Thực tiễn hiện nay, Bộ Quốc phòng đang làm nhiệm vụ giúp và chịu trách nhiệm trước Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ thực hiện chức năng quản lý nhà nước về đất quốc phòng và tài sản nhà nước gắn liền với quyền sử dụng đất quốc phòng, nhưng chưa được pháp luật về đất đai quy định cụ thể.

Do đó, Bộ Quốc phòng thiếu cơ sở pháp lý để hoàn thành trách nhiệm giúp Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ thực hiện quản lý nhà nước về đất quốc phòng. Tại cuộc họp với Ban thường vụ Quân ủy Trung ương ngày 12/9/2020, đồng chí Tổng Bí thư, Chủ tịch nước Nguyễn Phú Trọng đã chỉ đạo: Quân ủy Trung ương, Bộ Quốc phòng lãnh đạo, chỉ đạo, làm tốt công tác quản lý đất đai (đất quốc phòng); Bộ Chính trị cũng đã có chủ trương về quản lý đất quốc phòng trong một số kết luận gần đây.

Trước tình hình đó, Bộ Quốc phòng cần tăng cường, chủ động tham mưu cho Đảng, Nhà nước trong việc xây dựng, hoàn thiện hệ thống chính sách pháp luật điều chỉnh cơ chế quản lý, sử dụng đất quốc phòng để tạo cơ sở pháp lý vững chắc, đảm bảo nguồn lực đất đai cho Quân đội nhân dân, tăng cường tiềm lực quốc phòng, bảo vệ Tổ quốc một cách tốt nhất trong mọi tình huống; đồng thời đây cũng là trách nhiệm chung của các ban, bộ, ngành, ủy ban ở trung ương trong phối hợp thực hiện tham mưu, xây dựng, hoàn thiện cơ chế chính sách pháp luật về quản lý, sử dụng đất quốc phòng. Theo tác giả, cần tham mưu để quy định rõ những vấn đề, nội dung: (1) Đưa ra khái niệm chính xác, khoa học, rõ ràng về đất quốc phòng; (2) Phân loại đất quốc phòng phù hợp với chủ thể quản lý, sử dụng, tính chất bảo mật về loại đất, vị trí, diện tích, công trình, dự án, vật kiến trúc dưới lòng đất và trên mặt đất quốc phòng; (3) Đất quốc phòng được sử dụng vào mục đích quân sự, quốc phòng và hoạt động lao động sản xuất, xây dựng kinh tế của Quân đội để Nhà nước đảm bảo nguồn lực vật chất cho Quân đội nhân dân và các đơn vị vũ trang nhân dân thực hiện và hoàn thành tốt các chức năng, nhiệm vụ của mình; (4) Bộ Quốc phòng là cơ quan quản lý nhà nước ở trung ương đối với đất quốc phòng có thẩm quyền, trách nhiệm giúp Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ quản lý nhà nước về đất quốc phòng; (5) Phân cấp cho Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng Bộ Quốc phòng có

thẩm quyền giao đất, thu hồi đất quốc phòng và một số chính sách khác về đất quốc phòng.

Việc hoàn thiện quy định của pháp luật về quản lý nhà nước đối với đất quốc phòng cần phải tuân thủ các yêu cầu sau:

- Dưới góc độ bảo vệ bí mật nhà nước, bí mật quân sự, vị trí, diện tích, công trình, dự án, vật kiến trúc dưới lòng đất, trên mặt đất gắn liền với đất quốc phòng thuộc diện bí mật nhà nước và cần phải có cơ chế quản lý đặc thù, khác với cơ chế mang tính phổ quát chung, nhằm đảm bảo cho Quân đội nhân dân thực hiện và hoàn thành tốt các chức năng, nhiệm vụ được giao.

- Nội dung và phạm vi quản lý nhà nước về lĩnh vực quốc phòng rất rộng, gắn liền với nhiệm vụ bảo vệ Tổ quốc (giữ nước) và đồng thời với nhiệm vụ xây dựng đất nước. Vì vậy, đất quốc phòng được Nhà nước giao theo quy hoạch, kế hoạch phải được sử dụng vào mục đích khác nhau, không liệt kê, bó hẹp theo Điều 61 Luật Đất đai năm 2013 để phù hợp với yêu cầu Nhà nước đảm bảo nguồn lực đất đai cho Quân đội nhân dân thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình và được quản lý tập trung, thống nhất từ Trung ương đến cơ sở theo hệ thống ngành quốc phòng.

- Phạm vi, nội dung và phương thức quản lý đất quốc phòng cần được nghiên cứu để phục vụ việc sửa đổi Luật Đất đai năm 2013 và phân cấp cho Chính phủ quy định chi tiết để hoàn thiện cơ chế chính sách pháp luật, phân công, phân cấp, giao quyền quản lý nhà nước kết hợp giữa quản lý ngành, lĩnh vực với quản lý địa bàn lãnh thổ đảm bảo rõ ràng, minh bạch, thông suốt, không để khoảng trống, phát huy hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước.

Trên cơ sở các yêu cầu trên, chúng tôi cho rằng việc hoàn thiện quy định của pháp luật về quản lý nhà nước đối với đất quốc phòng cần được thực hiện theo hướng: Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về đất quốc phòng; Bộ Quốc phòng chủ trì, phối hợp với các Bộ, ngành liên quan và

chính quyền địa phương giúp Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ quản lý nhà nước đối với đất quốc phòng. Phạm vi nội dung quản lý nhà nước về đất quốc phòng bao gồm: (1) *Trình cấp có thẩm quyền ban hành hoặc ban hành theo thẩm quyền văn bản quy phạm pháp luật về quản lý, sử dụng đất quốc phòng và tổ chức thực hiện văn bản đó;* (2) *Khảo sát, đo đạc, xác định ranh giới, lập và quản lý hồ sơ, thống kê, kiểm kê, xây dựng hệ thống thông tin bản đồ đất quốc phòng;* (3) *Quản lý quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất quốc phòng;* (4) *Quản lý việc giao đất, thu hồi đất, chuyển mục đích sử dụng đất, bàn giao đất quốc phòng;* (5) *Quản lý tài chính về đất quốc phòng sử dụng vào hoạt động lao động sản xuất, xây dựng kinh tế của Quân đội;* (6) *Quản lý, giám sát việc thực hiện quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất quốc phòng;* (7) *Thanh tra, kiểm tra, giám sát, theo dõi, đánh giá việc chấp hành quy định của pháp luật và xử lý vi phạm pháp luật về đất quốc phòng;* (8) *Giải quyết khiếu nại, tố cáo trong quản lý và sử dụng đất quốc phòng.*

Trong tình hình mới, với sự biến đổi của xã hội dẫn đến các chính sách pháp luật về đất quốc phòng cũng cần có những thay đổi cho phù hợp để Nhà nước đảm bảo nguồn lực đất đai cho Quân đội nhân dân hoàn thành chức năng, nhiệm vụ được giao. Để giải quyết những vấn đề trước mắt khi chưa sửa đổi Luật Đất đai năm 2013, cần rà soát, đánh giá một cách nghiêm túc, khách quan, toàn diện về các yếu tố vật chất của nền quốc phòng, gắn kết chặt chẽ nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội với quốc phòng, an ninh và quốc phòng, an ninh với kinh tế - xã hội, đầu tư xây dựng công trình có tính lưỡng dụng, đáp ứng yêu cầu tăng cường tiềm lực quốc phòng, bảo vệ Tổ quốc thời bình và thời chiến, báo cáo cấp có thẩm quyền ban hành chính sách mới về đất quốc phòng để đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ trong thực thi pháp luật ■

CHÍNH SÁCH VỀ VIỆC LÀM TẠI CÁC KHU CÔNG NGHIỆP¹

Nguyễn Đức Bách*

Nguyễn Trung Thành**

*PGS.TS. Viện trưởng Viện Khoa học Môi trường và Xã hội.

**ThS. Phó Viện trưởng Viện Khoa học Môi trường và Xã hội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chính sách về việc làm, khu công nghiệp.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 31/7/2020

Biên tập : 12/8/2020

Duyệt bài : 22/8/2020

Article Infomation:

Key words: Employment policies, employment policies

Article History:

Received : 31 Jul. 2020

Edited : 12 Aug. 2020

Approved : 22 Aug. 2020

Tóm tắt:

Xét về mặt xã hội, tất cả những người có sức lao động đều có quyền có việc làm. Tuy nhiên, việc đảm bảo quyền có việc làm cho người lao động luôn là thách thức không nhỏ. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả phân tích chính sách cũng như việc thực hiện chính sách, pháp luật về việc làm; nhận diện những tồn tại, khó khăn từ đó đưa ra các giải pháp, kiến nghị nhằm hoàn thiện chính sách về việc làm nói chung, chính sách về việc làm tại các khu công nghiệp nói riêng.

Abstract:

In terms of society, the people with the working capacity all have the right to work. However, that assurance of the right to have jobs for capable workers is always facing big challenges. In the scope of this article, the authors provide policy analysis of as well as the implementation of policies and legal regulations on employment; give out the shortcomings and difficulties, then also propose solutions and recommendations for further improvement of the employment policies in general and employment policies in industrial zones in particular.

1. Chính sách về việc làm ở Việt Nam

Trong bối cảnh hiện nay, vấn đề giải quyết việc làm của mỗi quốc gia sẽ phải chịu áp lực của tiến trình tự do hóa thương mại, mở cửa thị trường, phải đối mặt với các vấn đề lao động không có việc làm, trình độ tay nghề của người lao động (NLĐ), chuyển dịch lao động quốc tế, các tiêu chuẩn quốc tế về việc làm,... Do đó, nếu làm tốt công tác quản lý về việc làm sẽ giúp nâng cao vị thế,

giá trị của quốc gia; khai thác được các tiềm lực sẵn có của mình để tạo cơ hội phát triển.

Tính đến nay, hệ thống pháp luật về việc làm ở Việt Nam đã tương đối hoàn chỉnh, bao hàm các chính sách liên quan về giải quyết việc làm, chính sách việc làm với thanh niên, phụ nữ,... phát triển thị trường lao động (TTLĐ), thông tin TTLĐ, dự báo TTLĐ, dự báo cung cầu lao động; hoạt động của các tổ chức dịch vụ việc làm; đề án quản

1 Bài viết là sản phẩm của đề tài “Quản lý các vấn đề xã hội tại các khu công nghiệp ở Việt Nam”, Mã số KX.01.45/16-20, do Phó Viện trưởng Viện Khoa học Môi trường và Xã hội làm chủ nhiệm đề tài; thuộc Chương trình KX.01/16-20: Nghiên cứu những vấn đề trọng yếu về khoa học xã hội và nhân văn phục vụ phát triển kinh tế xã hội.

lý lao động, sử dụng lực lượng lao động, lao động nước ngoài tại Việt Nam; chính sách bảo hiểm thất nghiệp,... Luật Việc làm năm 2013 đã quy định, về mặt nguyên tắc (Điều 4): Nhà nước đảm bảo quyền làm việc, tự do lựa chọn việc làm và nơi làm việc của công dân. Công dân được hưởng sự bình đẳng về cơ hội việc làm và thu nhập. NLD được bảo đảm làm việc trong điều kiện an toàn lao động, vệ sinh lao động. Trong đó, các chính sách về việc làm tập trung vào: (i) phát triển kinh tế - xã hội nhằm tạo việc làm cho NLD, xác định mục tiêu giải quyết việc làm trong chiến lược, kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội; bố trí nguồn lực để thực hiện chính sách về việc làm; (ii) khuyến khích tổ chức, cá nhân tham gia tạo việc làm và tự tạo việc làm có thu nhập từ mức lương tối thiểu trở lên nhằm góp phần phát triển kinh tế - xã hội, phát triển TTLĐ; (iii) hỗ trợ tạo việc làm, phát triển TTLĐ và bảo hiểm thất nghiệp; (iv) chính sách đánh giá, cấp chứng chỉ kỹ năng nghề quốc gia gắn với việc nâng cao trình độ kỹ năng nghề; (v) chính sách ưu đãi đối với ngành, nghề sử dụng lao động có trình độ chuyên môn kỹ thuật cao hoặc sử dụng nhiều lao động phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội; (vi) Chính sách hỗ trợ người sử dụng lao động sử dụng nhiều lao động là người khuyết tật, lao động nữ, lao động là người dân tộc thiểu số (Điều 5).

Trên cơ sở các quy định của Luật Việc làm năm 2013 và Bộ luật Lao động năm 2012, Chính phủ và Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội đã ban hành các văn bản hướng dẫn quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành các chính sách về hỗ trợ tạo và tự tạo việc làm cho NLD nói chung và lao động trong các khu công nghiệp (KCN) nói riêng; các chính sách bảo hiểm xã hội, an toàn vệ sinh lao động, bệnh nghề nghiệp,... Cụ thể: Nghị định số 61/2015/NĐ-CP quy định về chính sách hỗ trợ tạo việc làm và Quỹ quốc

gia về việc làm và các Thông tư hướng dẫn: Thông tư số 45/2015/TT-BLĐTBXH; Thông tư số 43/2016/TT-BLĐTBXH; Thông tư số 11/2017/TT-BLĐTBXH; Thông tư số 24/2017/TT-BLĐTBXH;... Nghị định số 85/2015/NĐ-CP ngày 1/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Bộ luật Lao động về chính sách đối với lao động nữ;...

Các văn bản pháp luật nêu trên đã tạo cơ sở đầy mạnh giải quyết việc làm, hỗ trợ các doanh nghiệp sử dụng nhiều lao động nữ, hỗ trợ thanh niên lập nghiệp, khởi sự doanh nghiệp; nâng cao hiệu quả công tác đào tạo nghề gắn với tạo việc làm, khuyến khích các doanh nghiệp tham gia đào tạo nghề cho NLD; tăng cường thông tin và tuyên truyền về các chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà nước về đào tạo nghề nghiệp, hỗ trợ tạo việc làm,...

Ngoài những chính sách chung được quy định trong Bộ luật Lao động, Nhà nước ta cũng ban hành thêm nhiều chính sách về lao động đối với KCN thông qua các văn bản luật và nghị định, ví dụ như: Nghị định số 82/2018/NĐ-CP ngày 22/5/2018 quy định về quản lý KCN và khu kinh tế (KKT);... Việc ban hành các nghị định, quyết định quy định việc quản lý của Nhà nước với các KCN nói chung và quản lý về việc làm đối với NLD nói riêng là hết sức cần thiết. Bởi lẽ, đây là “địa bàn” có những đặc thù riêng, thu hút lượng lớn NLD, quan hệ lao động phức tạp, tiềm ẩn nhiều xung đột về lợi ích... Do đó, nếu không có các chính sách pháp luật phù hợp dễ dẫn đến bất ổn, tranh chấp lao động, mâu thuẫn lợi ích...

2. Thực hiện chính sách về việc làm tại các khu công nghiệp ở Việt Nam

Trong những năm qua, việc thực hiện chính sách về việc làm dành cho NLD nói chung và NLD trong các KCN nói riêng đã mang lại những kết quả nhất định. Tính đến

hết Quý IV năm 2019, lực lượng lao động từ 15 tuổi trở lên là 56,12 triệu người, nữ chiếm 47,8 % (26,82 triệu người), trong đó số lao động trong độ tuổi lao động là 49,37 triệu người. Riêng tại các KCN, theo Báo cáo của Vụ Quản lý khu kinh tế, Bộ Kế hoạch và Đầu tư, tính đến năm 2019 có 335 KCN đi vào hoạt động tạo việc làm cho gần 3,85 triệu lao động trực tiếp².

Theo số liệu Điều tra nhu cầu sử dụng lao động trong các loại hình doanh nghiệp

năm 2018, đến 30/6/2018 cả nước có 48.769 doanh nghiệp trong KCN, khu chế xuất, khu công nghệ cao, chiếm 7,7 % số doanh nghiệp trên cả nước và thu hút khoảng 4.369.932 lao động (chiếm 29,86% tổng số lao động làm việc trong các doanh nghiệp cả nước). Như vậy, có thể thấy, so với doanh nghiệp chung trong cả nước, tỷ lệ doanh nghiệp KCN, khu chế xuất, khu công nghệ cao chỉ chiếm 7,7% tổng số doanh nghiệp mà tỷ lệ lao động chiếm hơn 29,86% tổng số³.

Bảng 1: Số lượng lao động làm việc chung và trong khu CN chia theo loại hình doanh nghiệp

Đơn vị: Doanh nghiệp, Người

STT	Loại hình doanh nghiệp	DN Khu công nghiệp, Khu Chế xuất CNC		DN Chung	
		Doanh nghiệp	Lao động (Người)	Doanh nghiệp	Lao động (Người)
A	B	1	2	3	4
1	Doanh nghiệp Nhà nước	3,415	276,111	36,549	2,457,986
2	Doanh nghiệp ngoài NN	22,165	917,696	523,803	6,851,875
3	Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài	23,189	3,176,125	70,418	5,322,580
	Tổng số	48,769	4,369,932	630,770	14,632,441

Nguồn: Điều tra nhu cầu sử dụng lao động trong các loại hình doanh nghiệp năm 2018, Cục Việc làm

Để đạt được kết quả như trên, các cơ quan quản lý nhà nước đã triển khai thực hiện đồng bộ các giải pháp tạo việc làm, giải quyết việc làm cho NLĐ tại các KCN, tổ chức nhiều lớp tập huấn cho cán bộ quản lý lao động - việc làm; tổ chức tuyên truyền về chính sách trong từng KCN; tổ chức các phiên giao dịch về việc làm, xây dựng website Sàn giao dịch việc làm trực tuyến

nhằm tư vấn, giới thiệu việc làm cho NLĐ...

Đồng thời, các cơ quan quản lý nhà nước cũng triển khai các giải pháp hỗ trợ, thu hút đầu tư, tạo điều kiện cho các doanh nghiệp trong KCN duy trì sản xuất, kinh doanh, mở rộng sản xuất, đa dạng hóa ngành nghề nhằm tạo thêm việc làm mới cho lao động tại các KCN, cụ thể như sau:

Thứ nhất, việc tiếp cận chính sách về

2 Các KCN, KKT Việt Nam: Phát triển vững mạnh năm 2019, idico.com.vn.

3 Cục Việc làm (2018), số liệu “Điều tra nhu cầu sử dụng lao động trong các loại hình doanh nghiệp năm 2018”, Hà Nội.

CHÍNH SÁCH

việc làm: Để bảo đảm cho người lao động tại các KCN tiếp cận pháp luật được dễ dàng, Công đoàn các KCN đã tiến hành tuyên truyền trực tiếp cho công nhân lao

động về quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Đây là hoạt động thiết thực, giúp công nhân nắm được những thông tin mới về chế độ chính sách.

Bảng 2: Số lao động tiếp cận được với chính sách việc làm

Biết đến các chính sách việc làm		Tiếp cận được với các chính sách	
Có	Không	Có	Không
81%	19%	77,7%	22,3%

Nguồn: Số liệu điều tra Viện Khoa học Môi trường và Xã hội năm 2019

Theo số liệu điều tra của Viện Khoa học Môi trường và Xã hội, trong tổng số 1.880 lao động tại 5 tỉnh/thành phố (Vĩnh Phúc, Bắc Ninh, Đà Nẵng, Đồng Nai, Bình Dương) tham gia trả lời bảng hỏi, số lao động biết đến chính sách (81%) và tiếp cận được với các chính sách về việc làm (77,7%) tại các KCN là tương đối cao. Điều này không chỉ giúp NLD bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của mình đồng thời cũng giám sát quá trình thực hiện pháp luật của doanh nghiệp, công tác tổ chức quản lý của Nhà nước.

Thứ hai, về thiết lập thông tin TTLĐ: Để phục vụ cho công tác hoạch định chính sách, quản lý về lao động, việc làm, Nhà nước đã thực hiện nhiều giải pháp nhằm hoàn thiện công tác thông tin TTLĐ như hoàn thiện hệ thống thông tin TTLĐ; thu thập, cập nhật, phổ biến thông tin TTLĐ; tổ chức điều tra nhu cầu sử dụng lao động trong các loại hình doanh nghiệp; thu thập, cập nhật cơ sở dữ

liệu cung - cầu lao động hàng năm; thành lập bộ phận phân tích, dự báo TTLĐ; định kỳ hàng quý công bố Bản tin cập nhật TTLĐ để NLD có định hướng trong lựa chọn ngành nghề học tập, đào tạo, tìm kiếm việc làm.

Thứ ba, về quản lý đào tạo nghề: Hệ thống chính sách, hoạt động, mục tiêu cụ thể về giáo dục, đào tạo nghề những năm qua đã được Nhà nước ta chú trọng đầu tư, phát triển, giúp từng bước nâng cao hiệu quả đào tạo nghề cho NLD nói chung và đào tạo nghề cho lao động tại các KCN nói riêng. Số lượng NLD biết, tiếp cận và hưởng thụ các chính sách về đào tạo nghề ngày càng nâng cao.

Qua số liệu điều tra cho thấy, NLD phần đông đã biết đến (69%) và tiếp cận được với các quy định, chính sách đào tạo nghề (65%) cũng như đánh giá khá cao tính thuận tiện (64,3%) trong quy trình thủ tục hưởng thụ chính sách về đào tạo nghề. Đây là kết quả cho nỗ lực của các hoạt động tuyên truyền

Bảng 3: Đánh giá về chính sách đào tạo nghề của NLD tại KCN

Biết đến các chính sách		Tiếp cận được với chính sách		Quy trình hưởng thụ chính sách	
Có	Không	Có	Không	Thuận tiện	Phức tạp
69%	31%	65%	35%	64,3%	35,7%

Nguồn: Số liệu điều tra Viện Khoa học Môi trường và Xã hội năm 2019

chính sách pháp luật, công tác tổ chức thực hiện chính sách.

Hiện nay, theo thống kê của Viện Khoa học Môi trường và Xã hội, nhiều ngành nghề trong các doanh nghiệp ở KCN như dệt - may, chế biến lương thực - thực phẩm, lắp ráp linh kiện điện tử... thường có xu hướng sử dụng lao động giản đơn, tay nghề thấp, chưa qua đào tạo. Vì vậy, những dịch vụ đào tạo nâng cao trình độ tay nghề cho NLD chưa xuất hiện trong các doanh nghiệp trong KCN thường đầu tư công nghệ trung bình nên không đòi hỏi tay nghề cao, không có sự phân biệt lớn về kỹ năng giữa công nhân lâu năm và công nhân mới vào nghề.

Mặt khác, công tác thu thập thông tin về lao động, việc làm còn chưa hiệu quả, kịp thời do những hạn chế về nhân lực, tài chính, phương tiện điều tra cũng như sự chông chéo, chưa rõ ràng trong phân công trách nhiệm quản lý. Cơ sở hạ tầng kỹ thuật thông tin chưa hoàn thiện, dẫn đến chưa có sự kết nối, chia sẻ thông tin giữa các cơ quan, các vùng miền để xây dựng hệ thống thông tin chung của quốc gia. Hoạt động phân tích và dự báo TTLĐ còn yếu kém, chưa hiệu quả, chưa sát với thực tế cụ thể là chức năng dự báo nhu cầu lao động tại các KCN của Ban quản lý các KCN. Trong khi đó, biên chế của Ban quản lý chưa đáp ứng được cả về số lượng cũng như chất lượng chuyên môn dẫn tới gây khó khăn cho việc hoạch định các chính sách phát triển TTLĐ nói chung, chính sách phát triển nguồn nhân lực và giải quyết việc làm nói riêng tại các KCN. Số lượng trung tâm dịch vụ việc làm tại các KCN chưa nhiều, chưa đáp ứng được việc hỗ trợ kết nối giữa doanh nghiệp, nhà tuyển dụng với NLD.

Đồng thời, công tác tổ chức thực hiện chính sách đào tạo nghề trên thực tiễn đang gặp phải một số vướng mắc về quy định trách nhiệm hoàn trả chi phí đào tạo nghề của NLD với người sử dụng lao động, các

tiêu chuẩn về sử dụng cán bộ doanh nghiệp làm cán bộ đào tạo nghề... Ngoài ra, các cơ sở đào tạo nghề còn đang yếu, thiếu về trang thiết bị đào tạo, phương thức và giáo trình đào tạo lạc hậu, cơ cấu ngành nghề đào tạo chưa bám sát yêu cầu của thị trường lao động; chưa có cơ chế, mô hình gắn kết giữa các cơ sở đào tạo nghề với các doanh nghiệp. Những bất cập này khiến lao động khó tìm kiếm việc làm; ngược lại, sau khi tuyển dụng lao động, các doanh nghiệp phải tổ chức đào tạo lại.

3. Khó khăn, thách thức, giải pháp hoàn thiện chính sách về việc làm tại các khu công nghiệp

Hiện nay, chính sách về việc làm tại các KCN ở nước ta đang đối mặt với những khó khăn, thách thức sau:

Một là, hệ thống chính sách pháp luật về việc làm còn tồn tại nhiều điểm bất hợp lý, dẫn đến tình trạng NLD không tiếp cận được với các chính sách hỗ trợ của Nhà nước; các cơ quan nhà nước khó triển khai đồng bộ các giải pháp do tính chất đặc thù của các KCN và chưa tạo được sự bình đẳng giữa các loại hình doanh nghiệp. Phạm vi bao phủ của các chính sách việc làm còn hạn chế; các chính sách kinh tế thường thiếu định hướng chuyển dịch cơ cấu ngành gắn với nhu cầu lao động và đào tạo lao động tương ứng,... dẫn đến tình trạng mất cân đối cung - cầu lao động cục bộ diễn biến phức tạp.

Hai là, các chính sách về việc làm còn thiếu tính thực tiễn, chưa bảo đảm tính bền vững, chưa đáp ứng được yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội... Đặc biệt, còn thiếu các chính sách riêng nhằm đẩy mạnh tạo việc làm cho lao động nữ, lao động thanh niên, các nguồn lực hỗ trợ thanh niên lập nghiệp,... dẫn đến chất lượng lao động hạn chế, năng suất lao động thấp, chất lượng việc làm chưa cao và hiệu quả tạo việc làm còn thấp, nhất là đối với lao động nữ.

Ba là, tổ chức bộ máy và việc phân quyền, cấp quyền cho các cơ quan quản lý về việc làm còn chưa hiệu quả, hợp lý; chưa chú trọng đến việc phân quyền quản lý cho các cơ quan quản lý trực tiếp như Ban quản lý các KCN. Ban Quản lý (BQL) có vai trò vô cùng quan trọng; phối hợp hướng dẫn, theo dõi thực hiện các chính sách, pháp luật và những vấn đề liên quan về lao động của doanh nghiệp trong KCN; phối hợp với Trung tâm giới thiệu việc làm KCN xây dựng và thực hiện kế hoạch, chương trình về nguồn nhân lực đáp ứng nhu cầu lao động của các KCN; hướng dẫn xây dựng, tiếp nhận nội quy lao động, thỏa ước lao động tập thể của doanh nghiệp trong KCN; tiếp nhận khai trình việc sử dụng lao động, báo cáo tình hình thay đổi về lao động trong các doanh nghiệp trong KCN theo ủy quyền. Ngoài ra, BQL còn có trách nhiệm trong việc giải quyết một số thủ tục liên quan đến người lao động nước ngoài như tiếp nhận giải quyết báo cáo giải trình nhu cầu sử dụng người lao động nước ngoài đối với từng vị trí công việc; cấp, cấp lại, thu hồi Giấy phép lao động cho người lao động nước ngoài làm việc KCN; xác nhận người lao động nước ngoài làm việc trong KCN không thuộc diện cấp giấy phép lao động;... Tuy nhiên, Nghị định số 82/2018/NĐ-CP chưa quy định rõ trách nhiệm của UBND cấp tỉnh và cơ quan có thẩm quyền trong việc ủy quyền cho các Ban Quản lý Khu công nghiệp, Khu kinh tế thực hiện một số nhiệm vụ, dẫn tới cùng một nhiệm vụ nhưng có nơi Ban Quản lý Khu công nghiệp, Khu kinh tế được ủy quyền, có nơi chưa được ủy quyền, tùy thuộc vào quan điểm của từng địa phương. Bên cạnh, các Ban Quản lý Khu công nghiệp, Khu kinh tế vẫn không có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính dẫn tới hiệu quả quản lý nhà nước Khu công nghiệp, Khu kinh tế chưa cao.

Bốn là, chưa có cơ chế phối hợp hoạt

động giữa các cơ quan nhà nước, các địa phương trong xây dựng hệ thống cơ sở dữ liệu thông tin về việc làm, trong việc phối kết hợp giữa doanh nghiệp với Nhà nước về đào tạo nghề. Các số liệu thống kê chưa thực sự đầy đủ, độ tin cậy chưa cao. Các dữ liệu được lưu giữ thủ công, thô sơ và chủ yếu trên sổ sách dẫn đến sự khó khăn trong việc tìm kiếm thông tin việc làm của người lao động. Hệ thống cơ sở vật chất kỹ thuật phục vụ cho việc thu thập, cung cấp thông tin về việc làm còn lạc hậu. Thiếu khả năng kết hợp thông tin từ nhiều nguồn khác nhau.

Năm là, các trung tâm dịch vụ việc làm chưa phát huy được vai trò kết nối cung cầu lao động; ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động dịch vụ việc làm còn hạn chế; chưa có sự gắn kết để trở thành một hệ thống kết nối trên phạm vi toàn quốc. Tàn suất, phạm vi các hoạt động giao dịch việc làm chủ yếu ở khu vực thành phố và các khu vực có đông người lao động, do vậy năng lực của hệ thống các trung tâm dịch vụ việc làm không phát huy được tối đa năng lực của mình.

Sáu là, chế tài xử lý cũng như hoạt động thanh tra, kiểm tra các sai phạm về việc làm còn thiếu tính hợp lý, chặt chẽ, tính triệt để dẫn tới các doanh nghiệp chưa chấp hành nghiêm. Nhiều doanh nghiệp không có quy chế tuyển dụng, thông báo tuyển dụng, không ký hợp đồng lao động, thử việc người lao động không đúng quy định, hợp đồng lao động đã ký chỉ ghi chung chung, không thể hiện quyền lợi, nghĩa vụ của người sử dụng lao động và người lao động,... Do vậy, người lao động nói chung và người lao động trong các khu công nghiệp nói riêng khó tiếp cận được các chính sách ưu đãi.

Hiện nay, công tác quản lý việc làm nói chung và việc làm tại các KCN đang chịu sự tác động rất lớn từ sự phát triển nhanh chóng của cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư; từ các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới;

từ xu hướng hội nhập quốc tế,... Để thích ứng, đối phó với những thách thức mới đó, chúng tôi đề xuất một số giải pháp sau đây:

Thứ nhất, cần xây dựng các chính sách phát triển kinh tế; quy hoạch phát triển các KCN theo hướng bền vững, ưu tiên phát triển các ngành kinh tế có trình độ kỹ thuật, công nghệ cao; hạn chế các ngành kinh tế đơn giản, thủ công, thông dụng lao động để giải quyết vấn đề việc làm một cách bền vững. Mặt khác, Chính phủ cần hoàn thiện chính sách thu hút đầu tư vào các KCN để có thể nâng cao được chất lượng người lao động và chất lượng việc làm cho người lao động trong các KCN, với các nội dung chủ yếu sau:

(i) Xây dựng và hoàn thiện quy hoạch phát triển kinh tế, xã hội nói chung, và công nghiệp nói riêng của các địa phương để các địa phương lấy đó làm căn cứ khoa học và định hướng để quy hoạch phát triển các KCN. Các quy hoạch này cần phù hợp với Chiến lược và quy hoạch phát triển kinh tế, xã hội và công nghiệp chung, chuyển đổi cơ cấu kinh tế và công nghiệp chung của cả nước cũng như cần bám sát điều kiện và nhu cầu cụ thể của từng địa phương;

(ii) Phê duyệt quy hoạch phát triển các KCN trên phạm vi cả nước trên cơ sở lấy hiệu quả kinh tế, xã hội làm thước đo. Các KCN đó cần gắn chặt và cần được đặt trong chiến lược và quy hoạch phát triển kinh tế, xã hội của vùng và địa phương, để KCN có thể phát huy được sức lan tỏa và vai trò của một cực tăng trưởng;

(iii) Cần kiên quyết ưu tiên cho các DN đầu tư vào các ngành và lĩnh vực thâm dụng chất xám, sử dụng công nghệ cao, các dây chuyền và công đoạn sản xuất có giá trị gia tăng cao, tiêu hao ít nguyên nhiên liệu và phát thải thấp.

Thứ hai, sử dụng hợp lý nguồn vốn từ ngân sách nhà nước, các nguồn tài trợ nước

ngoài, nguồn vốn xã hội hóa cho các hoạt động đào tạo nghề; hỗ trợ giải quyết việc làm; lồng ghép chính sách việc làm công trong các chương trình, dự án phát triển kinh tế - xã hội, ...

Việc tạo điều kiện, cơ chế chính sách cho huy động, phát triển nguồn lực tài chính cho đào tạo nghề, hỗ trợ giải quyết việc làm giúp khuyến khích các thành phần kinh tế tham gia nhằm thu hút nguồn lực tài chính hỗ trợ cho công tác đào tạo nghề và tìm kiếm đầu ra cho người học nghề. Để thu hút được các nguồn xã hội hóa, bản thân các cơ sở đào tạo phải đổi mới chương trình đào tạo, đổi mới cách tiếp cận trong việc tổ chức đào tạo, đào tạo gắn với doanh nghiệp, gắn với thị trường lao động. Nhờ đó mới thu hút được nguồn vốn ngoài ngân sách, từ các doanh nghiệp, đặc biệt là các nguồn đầu tư vào đa dạng hóa các nguồn lực tài chính cho đào tạo nghề, hỗ trợ giải quyết việc làm trong bối cảnh ngân sách nhà nước ngày càng khó khăn.

Thứ ba, sửa đổi, hoàn thiện hệ thống pháp luật về việc làm, khắc phục những tồn tại trong các quy định đã ban hành, đặc biệt là các quy định thanh kiểm tra, xử lý; đảm bảo NLĐ tiếp cận được với các quy định, hỗ trợ của Nhà nước; là yếu tố pháp lý hiệu quả để các cơ quan nhà nước thực hiện chức năng quản lý về việc làm. Mặt khác, cần tạo cơ chế giám sát, điều chỉnh, xử lý để các doanh nghiệp trong khu công nghiệp luôn tuân thủ pháp luật, đồng thời tạo cơ chế để doanh nghiệp chủ động tham gia hợp tác với các cơ sở dạy nghề trong đào tạo nhân lực và cung cấp nhân lực theo yêu cầu của chính doanh nghiệp. Hướng dẫn các doanh nghiệp trong các khu công nghiệp, khu kinh tế trên địa bàn thực hiện tốt các chính sách về tiền lương, bảo hiểm xã hội, đào tạo nghề cho người lao động.

Thứ tư, nâng cao chất lượng đào tạo nghề; chất lượng hệ thống thông tin TTLĐ; của các

CHÍNH SÁCH

trung tâm dịch vụ việc làm bằng việc đầu tư cơ sở vật chất, trang thiết bị; hạ tầng công nghệ thông tin; đầu tư nguồn nhân lực, cán bộ quản lý được đào tạo chuyên sâu, có trình độ; cải thiện công tác dự báo nhu cầu lao động theo hướng bám sát vào thực tiễn, dễ tiếp cận, có tính liên kết vùng miền, quốc gia...

Thứ năm, cải cách quy trình, thủ tục hành chính liên quan đến vấn đề việc làm theo hướng rút gọn, đơn giản hóa, cơ chế một đầu mối, một cơ quan quản lý... tạo điều kiện thuận lợi cho NLĐ, doanh nghiệp... Nghiên cứu, xây dựng phần mềm công nghệ thông tin để các doanh nghiệp thuận tiện trong việc thực hiện chế độ báo cáo đối với Ban quản lý khu công nghiệp và Sở Lao động - Thương binh và Xã hội các tỉnh, thành phố.

Thứ sáu, đẩy mạnh phân cấp, phân quyền quản lý cho chính quyền địa phương,

Ban quản lý các KCN để đảm bảo hiệu quả quản lý cũng như giá trị thực tiễn, phù hợp với từng địa phương, từng KCN. Tại các địa phương, thống nhất một đầu mối theo dõi, quản lý nhà nước về hoạt động của KCN. Cơ quan này phải được tăng cường chức năng, nhiệm vụ toàn diện, ổn định, bảo đảm đủ thẩm quyền và nguồn lực để quản lý các KCN theo hướng “một cửa, một đầu mối”, tương xứng với vai trò, vị trí ngày càng quan trọng của các KCN trong quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Ngoài ra, cần quy định thêm chức năng, vai trò giám sát, thanh tra, kiểm tra xử phạt của Ban Quản lý với các sai phạm của các doanh nghiệp, các cá nhân, các tổ chức. Đồng thời, cần phối hợp chặt chẽ hơn nữa giữa hoạt động của Ban quản lý với các ban ngành, chức năng của địa phương, nâng cao hiệu quả hoạt động của Ban Quản lý ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bùi Anh Tuấn, *Tạo việc làm cho người lao động qua vốn đầu tư nước ngoài trực tiếp vào Việt Nam*, Luận án tiến sĩ, Đại học Kinh tế quốc dân, 1999.
2. Cục Việc làm (2018), số liệu “*Điều tra nhu cầu sử dụng lao động trong các loại hình doanh nghiệp năm 2018*”, Hà Nội.
3. Tổng cục Thống kê, *Bản tin cập nhật thị trường lao động Việt Nam*, số 24, Quý IV/2019.
4. Các KCN, KKT Việt Nam: *Phát triển vững mạnh năm 2019*, idico.com.vn.

PHÁP LUẬT VỀ TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA CHÍNH QUYỀN ĐÔ THỊ - THỰC TRẠNG VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

Hoàng Minh Hội

TS. Học viện chính trị quốc gia Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chính quyền đô thị, pháp luật về chính quyền đô thị.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/8/2020
Biên tập : 15/8/2020
Duyệt bài : 25/8/2020

Article Information:

Key words: Urban administration, legal regulations on urban administrations.

Article History:

Received : 05 Aug. 2020
Edited : 15 Aug. 2020
Approved : 25 Aug. 2020

Tóm tắt:

Việc thể chế hóa chủ trương, đường lối của Đảng về chính quyền đô thị đã tạo cơ sở pháp lý và môi trường thuận lợi để chính quyền đô thị có thể chủ động, tích cực thực các biện pháp phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội nhằm nâng cao đời sống của nhân dân. Trong quá trình đó, pháp luật về tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị ở nước ta đã từng bước được hình thành, phát triển và là một bộ phận của hệ thống pháp luật Việt Nam. Bài viết phân tích một số vấn đề lý luận, thực trạng và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị ở Việt Nam hiện nay.

Abstract:

The institutionalization of the Party's guidelines and orientation on the urban administration has created a legal ground and a favorable environment for the urban administration to proactively and actively implement the measures of economic and social-cultural developments with aims to improve people's living activities. The legal regulations on the organization and performance of the urban administrations in our country have been gradually formed and developed as a part of the Vietnamese legal system. This article provides an analysis of a number of theoretical issues and current situations and a number of proposed solutions to improve the current legal regulations on the organization and performance of the urban administration in Vietnam.

1. Pháp luật về tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị

Ở nước ta hiện nay, quá trình đô thị hóa đang diễn ra mạnh mẽ. Hệ thống đô thị quốc gia phát triển nhanh. Các đô thị ngày càng được mở rộng, đóng vai trò là trung tâm phát triển kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội ở các cấp độ khác nhau. Quá trình này đã và đang ảnh hưởng trực tiếp đến hoạt động quản lý nhà nước trên địa bàn đô thị cũng như đặt ra yêu cầu cần phải xây dựng mô hình tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị (CQĐT) khác với nông thôn. Tổ chức CQĐT phải có tính tập trung cao, ít khâu

trung gian, bảo đảm tính thông suốt. Hoạt động của CQĐT phải hiệu lực, hiệu quả, nhanh chóng, kịp thời xử lý các tình huống phát sinh đáp ứng nhu cầu và nguyện vọng của người dân.

Bối cảnh trên đây đòi hỏi phải đổi mới sự điều chỉnh của pháp luật đối với tổ chức và hoạt động của CQĐT. Pháp luật về tổ chức và hoạt động của CQĐT phải bảo đảm nguyên tắc tập trung, thống nhất, vận hành thông suốt và hiệu lực, hiệu quả; đồng thời, phải bảo đảm phân công, phân cấp rõ ràng, rành mạch giữa trung ương với địa phương; kiến tạo môi trường thuận lợi để chính quyền

đô thị có thể chủ động, tích cực thực hiện các biện pháp phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội nhằm nâng cao đời sống của nhân dân. Có thể khẳng định, *pháp luật về tổ chức và hoạt động của CQĐT là một bộ phận của hệ thống pháp luật Việt Nam, bao gồm tổng thể các quy phạm pháp luật do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành, được thể hiện bằng hệ thống các văn bản quy phạm pháp luật, có mối liên hệ chặt chẽ, thống nhất nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong tổ chức và hoạt động của chính quyền ở đô thị.*

Cách tiếp cận trên cho thấy, pháp luật về CQĐT điều chỉnh những vấn đề liên quan đến tổ chức đơn vị hành chính ở đô thị; cơ cấu, tổ chức của CQĐT; chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền; phân công, phân cấp, ủy quyền giữa chính quyền trung ương và CQĐT; mối quan hệ giữa các cấp chính quyền ở đô thị và hoạt động kiểm tra, giám sát của chính quyền trung ương đối với tổ chức và hoạt động của CQĐT... Về hình thức, pháp luật về tổ chức và hoạt động của CQĐT được biểu hiện dưới dạng văn bản quy phạm pháp luật do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định với các cấp độ hiệu lực pháp lý khác nhau như Hiến pháp, luật, các văn bản dưới luật như pháp lệnh đến các văn bản pháp quy.

Pháp luật về tổ chức và hoạt động của CQĐT góp phần thể chế hóa đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng về đổi mới tổ chức và hoạt động của CQĐT nói chung và CQĐT ở đô thị nói riêng. Pháp luật về tổ chức và hoạt động của CQĐT góp phần bảo đảm nguyên tắc phân cấp, phân quyền mạnh giữa trung ương với địa phương (đô thị) nhằm tạo môi trường thuận lợi để chính quyền địa phương ở đô thị có thể chủ động, tích cực thực hiện biện pháp phát triển kinh tế, xã hội, văn hóa nâng cao đời sống của nhân dân. Đồng thời, pháp luật xác định thẩm quyền cho CQĐT tự chủ động thực hiện các biện pháp nhằm khai thác tối đa các nguồn lực, đáp ứng tốt hơn nhu cầu ngày

càng cao, đa dạng của người dân, góp phần thúc đẩy phát triển kinh tế- xã hội.

2. Thực trạng pháp luật về tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị

Sau khi Hiến pháp năm 2013 có hiệu lực, nhiều đạo luật được ban hành đã cụ thể hóa các quy định về Chính quyền địa phương (CQDP) như: Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, Luật Tổ chức CQDP năm 2015, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Tổ chức Chính phủ và Luật Tổ chức CQDP năm 2019... Các văn bản pháp luật đó đã tạo cơ sở pháp luật cho tổ chức và hoạt động của CQDP trong đó có CQĐT.

So với Hiến pháp năm 1992, điểm mới của Hiến pháp năm 2013 khi quy định về CQDP xác định “đơn vị hành chính tương đương” là đơn vị thuộc thành phố trực thuộc trung ương. Đặc biệt, cấp CQDP gồm có Hội đồng nhân dân và UBND được tổ chức phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt do luật định (khoản 2 Điều 111). Trên tinh thần của Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức CQDP năm 2015 đã xác định rõ “đơn vị hành chính tương đương” là “thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương”. Luật Tổ chức CQDP năm 2015 quy định CQDP ở đô thị gồm CQDP ở thành phố trực thuộc trung ương, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh, thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương, phường, thị trấn. Luật này cũng dành cả Chương 3 với 35 Điều (từ Điều 37 đến Điều 71) quy định về tổ chức CQDP ở đô thị với nhiều nội dung mới về cơ cấu tổ chức, thẩm quyền. Luật Tổ chức CQDP năm 2015 bổ sung Ban đô thị đối với Hội đồng nhân dân (HĐND) thành phố trực thuộc trung ương nhằm đáp ứng nhu cầu về quản lý nhà nước đối với quá trình đô thị hóa.

Có thể nói, những quy định trên đây là “bước chuyển mình” của pháp luật trong lĩnh vực này. Theo đó, trước đây, pháp luật chỉ quy định về nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của CQDP chung cho cấp tỉnh,

cấp huyện và cấp xã. Như vậy, Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 đã mở ra khung khổ pháp lý để CQĐP được tổ chức linh hoạt, đáp ứng yêu cầu quản lý, phù hợp với đặc điểm về tự nhiên, kinh tế - xã hội ở các đơn vị hành chính. Từ đó, pháp luật kiến tạo mô hình tổ chức CQĐP phù hợp hơn, có sự phân định rõ ràng giữa CQĐT và chính quyền ở nông thôn, cũng như phân định rõ chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền, đặc trưng của các đơn vị hành chính này.

Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Tổ chức Chính phủ và Luật Tổ chức CQĐP năm 2019 (sửa đổi, bổ sung Điều 4 của Luật Tổ chức CQĐP năm 2015) khẳng định: “CQĐP được tổ chức ở các đơn vị hành chính của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam quy định tại Điều 2 của Luật này phù hợp với đặc điểm nông thôn, đô thị, hải đảo, đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt” (khoản 1 Điều 2); Luật đã sửa đổi, bổ sung Điều 44: “CQĐP ở quận là cấp CQĐP, trừ trường hợp cụ thể Quốc hội quy định không phải là cấp CQĐP” (khoản 14 Điều 2); sửa đổi, bổ sung Điều 58: “CQĐP ở phường là cấp CQĐP, trừ trường hợp cụ thể Quốc hội quy định không phải là cấp CQĐP” (khoản 17 Điều 2). Những sửa đổi, bổ sung trên đây nhằm tạo cơ sở để Quốc hội quyết định một số đề án về thí điểm CQĐT ở một số địa phương phù hợp với đặc điểm và yêu cầu quản lý của từng đô thị.

Điều 9 Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 quy định: Chính phủ quy định cụ thể tổ chức và hoạt động của cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh, cấp huyện. Trước đó, Nghị định số 24/2014/NĐ-CP của Chính phủ quy định tổ chức các cơ quan chuyên môn thuộc UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, ngoài một số sở đặc thù như Sở Ngoại vụ, Ban Dân tộc, Sở Quy hoạch - Kiến trúc, có thể tổ chức cơ quan chuyên môn đặc thù khác khi thật cần

thiết, phù hợp với đặc điểm, tình hình phát triển kinh tế - xã hội và đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước ở địa phương. Nghị định số 37/2014/NĐ-CP ngày 05/5/2014 của Chính phủ quy định tổ chức các cơ quan chuyên môn thuộc UBND cấp huyện. Ngoài 10 cơ quan chuyên môn được tổ chức thống nhất ở tất cả các quận, huyện, thị xã, thành phố thuộc tỉnh quy định tại Điều 7 của Nghị định này, tổ chức một số cơ quan chuyên môn để phù hợp với từng loại hình đơn vị hành chính cấp huyện trong đó ở quận, thành phố thuộc tỉnh có phòng quản lý đô thị.

3. Một số bất cập trong quy định của pháp luật về tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị

- Quy định liên quan đến xác định vị trí, vai trò của đơn vị hành chính

Pháp luật hiện hành quy định các đơn vị hành chính ở nước ta gồm ba cấp: cấp tỉnh, cấp huyện, cấp xã. Như vậy, tổ chức đơn vị hành chính lãnh thổ không có sự phân biệt giữa đô thị và nông thôn, miền núi, miền xuôi và hải đảo. Hiến pháp năm 2013 quy định “cấp chính quyền” bao gồm hai thiết chế HĐND và UBND. Theo đó, ở đâu không coi là “cấp chính quyền” thì không nhất thiết có đủ hai thiết chế trên¹. Tuy nhiên, Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 lại đồng nhất cấp chính quyền với cấp hành chính (tại các Điều 30, Điều 44, Điều 58). Do vậy, CQĐP cả ba cấp trong đó cả các đô thị (đô thị cấp tỉnh, cấp huyện, cấp xã) cũng có đủ hai thiết chế HĐND và UBND. Điều này cản trở việc xây dựng và thực thi CQĐT.

- Quy định về cơ cấu, tổ chức bộ máy của CQĐT

Pháp luật hiện hành chưa tạo ra những thay đổi lớn trong tổ chức CQĐP ở mỗi cấp. Cơ cấu, tổ chức chính quyền cấp dưới vẫn giống cơ cấu, tổ chức chính quyền cấp trên. Pháp luật cũng chưa xây dựng được hệ thống

1 Xem Trương Đắc Linh (2014), bài Nội dung chương IX “Chính quyền địa phương của Hiến pháp năm 2013” và Đinh Xuân Thảo (2014), bài Chế định Chính quyền địa phương in trong sách: Bình luận khoa học Hiến pháp Nước CHXHCN Việt Nam năm 2013, Nxb. Lao động xã hội, các tr. 587,603.

các tiêu chí để làm căn cứ phân định cũng như đánh giá hoạt động của CQĐT cũng như chính quyền địa phương ở nông thôn. Quy định của pháp luật về mô hình tổ chức bộ máy của CQĐT chưa phù hợp với yêu cầu, nhiệm vụ của thời kỳ mới, chưa đáp ứng điều kiện ứng dụng những thành tựu công nghệ hiện đại của cuộc cách mạng lần thứ tư vào quản lý nền hành chính nhà nước. Vì vậy, tổ chức bộ máy CQĐT “đã qua nhiều lần sắp xếp nhưng chưa thực sự tinh gọn, chưa tương ứng với nhiệm vụ, thẩm quyền được giao; chưa phân biệt rõ mô hình tổ chức bộ máy của CQĐT với chính quyền nông thôn... bộ máy CQĐT của hai thành phố lớn là Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh (đô thị loại đặc biệt) song về cơ bản tổ chức bộ máy không có nhiều điểm khác biệt so với các thành phố trực thuộc trung ương và các tỉnh”².

Pháp luật hiện hành chưa có nhiều quy định phân biệt sự khác nhau trong cơ cấu tổ chức của UBND, các cơ quan chuyên môn của UBND cấp tỉnh, cấp huyện và các chức danh cán bộ chuyên trách ở cấp xã của đơn vị hành chính đô thị với đơn vị hành chính ở nông thôn. Mặc dù có những quy định đặc thù nhưng pháp luật quy định chung cho các cơ quan chuyên môn cấp tỉnh (sở, ban), cấp huyện (phòng) của CQĐT ở đô thị, nông thôn, hải đảo, giữa các vùng, miền nên đã tạo ra sự “cứng nhắc” trong tổ chức bộ máy của CQĐT; mô hình chung được áp dụng cho tất cả các đơn vị hành chính: Cơ quan đại diện (HĐND) bên cạnh cơ quan hành chính

(UBND)³; cơ cấu, tổ chức các cơ quan chuyên môn của UBND cũng không có sự thay đổi lớn.

Vi có sự rập khuôn tương ứng với các cơ quan bộ, ngành ở trung ương đối với CQĐT cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nên hoạt động các sở, phòng, ban chuyên môn của chính quyền các cấp nói chung và CQĐT nói riêng bị chòng chéo và không bảo đảm tính thống nhất, liên thông về quy hoạch phát triển kinh tế - xã hội, không gian và hạ tầng kỹ thuật đô thị.

Các quy định về chức năng, nhiệm vụ và thẩm quyền của CQĐT còn bất cập, nhiều quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của HĐND, UBND các cấp trên các lĩnh vực “nán giống nhau, trùng lặp nhiệm vụ, quyền hạn của từng cấp CQĐT trong các lĩnh vực kinh tế; văn hoá; khoa học; quốc phòng, an ninh trật tự, an toàn xã hội; trong lĩnh vực thi hành pháp luật; trong lĩnh vực xây dựng CQĐT”⁴. HĐND là cơ quan đại diện cho ý chí và nguyện vọng của nhân dân địa phương nhưng với những quy định về nhiệm vụ và thẩm quyền tương tự nhau ở các cấp không bảo đảm cho thiết chế thực sự là cơ quan đại diện trong quyết định những vấn đề quan trọng của địa phương. Đây là một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng, ở đô thị, hoạt động của HĐND còn mang tính hình thức. Việc thực hiện đề án thí điểm không tổ chức HĐND quận, huyện, phường như trước đây và thí điểm không tổ chức HĐND phường ở Hà Nội và CQĐT ở Đà Nẵng là nhằm khắc phục những bất cập nêu trên⁵.

- Phan Trung Tuấn (2018), Một số vấn đề về tiếp tục đổi mới cơ cấu tổ chức, hoạt động của chính quyền đô thị. Nguồn https://tcnn.vn/news/detail/40637/Mot_so_van_de_ve_tiep_tuc_doi_moi_co_cau_to_chuc_hoat_dong_cua_chinh_quyen_do_thi.html.
- Nguyễn Hoàng Anh (2018), Một số vấn đề về thực tiễn triển khai chế định Chính quyền địa phương theo Hiến pháp năm 2013, Kỷ yếu Hội thảo khoa học: Đánh giá 5 năm thi hành Hiến pháp nước CHXHCN Việt Nam năm 2013, Khoa Luật, ĐHQG HN, tr.143.
- Nguyễn Thị Hạnh (2017), Hoàn thiện pháp luật về quyền tự chủ, tự chịu trách nhiệm của chính quyền địa phương ở Việt Nam, Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện CTQG Hồ Chí Minh, Hà Nội, tr.87.
- Xem: Nghị quyết số 26/2008/QH12 về thực hiện thí điểm không tổ chức Hội đồng nhân dân huyện, quận, phường. Nghị quyết về thực hiện thí điểm việc không tổ chức Hội đồng nhân dân phường tại thành phố Hà Nội nhiệm kỳ 2021 – 2026 của Quốc hội tháng 11/2019. Nghị quyết về thí điểm tổ chức mô hình chính quyền đô thị và một số cơ chế, chính sách đặc thù phát triển thành phố Đà Nẵng của Quốc hội tháng 6/2020.

Quy định về mối quan hệ chính quyền trung ương với CQĐT mang tính thứ bậc, chính quyền cấp dưới phụ tùng chính quyền cấp trên, CQĐP phục tùng chính quyền trung ương. Chẳng hạn các quy định về việc cấp phê chuẩn kết quả bầu cử, miễn nhiệm, điều động, cách chức các chức danh của CQĐP cũng áp dụng chung cho CQĐT. Chính quyền cấp dưới có nhiệm vụ tuân thủ Hiến pháp, pháp luật và các quyết định, chỉ thị, mệnh lệnh của chính quyền trung ương, của cấp trên. Pháp luật hiện hành “dường như muốn khẳng định CQĐP là cơ quan cấp dưới, phục tùng cơ quan trung ương chứ không có quyền tự chủ nhất định”⁶. Điều này dẫn đến tình trạng chính quyền cấp dưới “không được quyền chủ động, phát huy sự sáng tạo, năng động của mình trong việc giải quyết những vấn đề bức xúc của địa phương nên phải “xé rào” như một số địa phương đã làm trong thời gian qua”⁷.

- Quy định liên quan đến phân định thẩm quyền, phân quyền, ủy quyền đối với CQĐT

Hiến pháp năm 2013 xây dựng cơ sở pháp lý để “phân định thẩm quyền giữa chính quyền trung ương và CQĐP địa phương; giữa các cấp CQĐP với nhau để tăng cường tính chịu trách nhiệm của các cấp chính quyền... Tuy nhiên, về cơ bản, Luật Tổ chức CQĐP năm 2015 vẫn chưa thể hiện tinh thần của Hiến pháp năm 2013⁸. Như vậy, một số đạo luật được ban hành để cụ thể hóa nội dung về CQĐP trong Hiến pháp năm 2013 vẫn chưa chú trọng đến yêu cầu cũng như nguyên tắc bảo đảm tính tự chủ, tự chịu trách

nhiệm của CQĐP. Bên cạnh đó, pháp luật về CQĐP chưa phân định rõ những tính đặc thù của CQĐT với chính quyền nông thôn. Do vậy, quá trình thực hiện sự phân cấp cho các cấp chính quyền địa phương vẫn còn mang tính chất “bao cấp”, một chiều, trên xuống dưới. Việc phân cấp chưa chú ý đến năng lực thực tế của mỗi cấp chính quyền, mỗi địa phương. Trên thực tiễn, việc phân cấp giữa chính quyền trung ương và chính quyền địa phương chỉ nặng về chuyển giao công việc (nhiệm vụ) từ cấp trên xuống chứ chưa tương xứng với thẩm quyền và nguồn lực cần thiết (tổ chức, nhân sự, tài chính). Do vậy, việc phân cấp chưa cụ thể và triệt để. Trong quá trình phân cấp chính quyền trung ương còn quyết định những vụ việc cụ thể, những chính sách tầm vi mô. Việc phân cấp còn mang tính đồng loạt và chưa rõ ràng, chưa xác định cụ thể mỗi cấp CQĐT có những nhiệm vụ và thẩm quyền gì.

Các quy định về kiểm tra, thanh tra và giám sát đối với CQĐT chưa đầy đủ, toàn diện. Trong khi đó, công tác kiểm tra, thanh tra, giám sát “chưa xử lý nghiêm đối với những tập thể, cá nhân, nhất là người đứng đầu không hoàn thành nhiệm vụ sắp xếp tổ chức, tinh gọn bộ máy, tinh giản biên chế; chưa có cơ chế đánh giá phù hợp và thay thế kịp thời những cán bộ, công chức, viên chức không đáp ứng được yêu cầu, nhiệm vụ”⁹. Pháp luật chưa trao quyền chủ động, tự chịu trách nhiệm cho CQĐT về vấn đề tuyển dụng và quản lý cán bộ, công chức cho bộ máy CQĐT dẫn đến cơ chế “xin - cho”. Bộ máy CQĐP ngày càng phình to, trong khi đó mục tiêu tinh giản biên chế khó đạt được

6 Nguyễn Văn Cương (2015), Về phân định thẩm quyền giữa chính quyền Trung ương và chính quyền địa phương tại Việt Nam hiện nay, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.13.
 7 Báo cáo Tổng hợp kết quả nghiên cứu Đề tài khoa học cấp Bộ “ Hoàn thiện các quy định của pháp luật về tổ chức bộ máy nhà nước phù hợp với Hiến pháp” do PGS,TS. Lê Minh Thông làm Chủ nhiệm, Viện Nghiên cứu lập pháp thuộc Ủy Ban thường vụ Quốc hội Chủ trì, nghiệm thu năm 2017, tr. 251.
 8 Nguyễn Đăng Dung (2016), Về Luật Tổ chức Chính quyền địa phương, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học, Tập 32, Số 3, tr.8.
 9 Ban Chấp hành Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam (2017), Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 25 tháng 10 năm 2017 của Ban Chấp hành Trung ương Đảng Khóa XII về một số vấn đề tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả. Nguồn: phapluat.vn.

mục tiêu hằng năm. Pháp luật cũng chưa giao nhiều quyền cho CQĐT trong công tác tổ chức, nhân sự.

Thực trạng trên đây xuất phát từ những nguyên nhân sau: Quan điểm, chủ trương của Đảng về đổi mới tổ chức CQĐT trong đó có CQĐT chưa được tuyên truyền, phổ biến kịp thời; quá trình thể chế hóa quan điểm, chủ trương chính sách của Đảng về đổi mới tổ chức và hoạt động của CQĐT diễn ra chậm và thiếu đồng bộ; nhận thức của cán bộ, công chức về tổ chức CQĐT nói chung, CQĐT nói riêng chưa thống nhất; hoạt động nghiên cứu lý luận, pháp luật về CQĐT ở nước ta chưa được quan tâm đúng mức.

3. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về tổ chức và hoạt động của chính quyền đô thị ở nước ta hiện nay

Để khắc phục những hạn chế trên, chúng tôi kiến nghị một số giải pháp sau:

Thứ nhất, tiếp tục thể chế hóa quan điểm, chủ trương của Đảng về tổ chức và hoạt động của CQĐT; tiếp tục triển khai thực hiện thí điểm các đề án về tổ chức CQĐT và tổng kết, rút kinh nghiệm, xây dựng cơ sở lý luận và thực tiễn; hoàn thiện khung khổ pháp lý tiếp tục đổi mới mô hình tổ chức và hoạt động của CQĐT trong tình hình mới.

Thứ hai, sửa đổi, bổ sung quy định của pháp luật về tổ chức đơn vị hành chính trong Luật Tổ chức CQĐT năm 2015 và các văn bản pháp luật liên quan nhằm xác định rõ vị trí, vai trò của từng cấp đơn vị hành chính ở đô thị; cần có quy định phù hợp hơn về việc tổ chức đơn vị hành chính ở đô thị. Pháp luật phải phân biệt “cấp chính quyền” với “cấp của đơn vị hành chính”; xác định rõ những đơn vị hành chính nào được tổ chức “cấp chính quyền” và những đơn vị hành chính nào không được coi là cấp chính quyền; cần đa dạng hóa mô hình tổ chức CQĐT, xác

định rõ đơn vị hành chính nào được tổ chức đủ hai thiết chế HĐND và UBND và đơn vị hành chính nào chỉ tổ chức UBND hoặc cơ quan quản lý hành chính.

Thứ ba, hoàn thiện quy định về mô hình tổ chức bộ máy của CQĐT. Cụ thể hóa các tiêu chí đối với mỗi cấp chính quyền phù hợp với đặc điểm, tính chất của chính quyền ở đô thị. Điều chỉnh lại chức năng, thẩm quyền của HĐND và UBND bảo đảm tính tập trung, thống nhất của chính quyền đô thị. Cơ cấu của CQĐT phải gọn nhẹ, giảm bớt đầu mối trung gian như HĐND ở quận, phường. UBND cũng có ít các sở, phòng chuyên môn. Về lý thuyết, mô hình tổ chức CQĐT phải bảo đảm các nguyên tắc: (i) Đề cao thẩm quyền, trách nhiệm của Chủ tịch UBND với tư cách là người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương; (ii) Đề cao trách nhiệm cá nhân trên cơ sở phân định rõ ràng trách nhiệm cá nhân và tập thể trong tổ chức và hoạt động của CQĐT; (iii) Bảo đảm tính chủ động, độc lập của CQĐT trong việc thực hiện các chức năng, nhiệm vụ và thẩm quyền được giao; (iv) Bảo đảm sự thông suốt nhanh và hiệu quả, giảm bớt tổ chức trung gian, hướng tới CQĐT một cấp thống nhất.

Thứ tư, hoàn thiện quy định về phân định thẩm quyền, phân quyền, ủy quyền đối với CQĐT. Trước mắt, cần nhanh chóng ban hành văn bản hướng dẫn thực hiện một số nội dung liên quan đến phân công, phân cấp được quy định trong Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Tổ chức Chính phủ và Luật Tổ chức CQĐT năm 2019 để khắc phục tình trạng “chủ thể thực hiện ủy quyền gây khó khăn trong việc áp dụng và hạn chế hoạt động của CQĐT các cấp”¹⁰ hoặc một số nhiệm vụ, quyền hạn không được phân cấp, ủy quyền nhưng lại phân cấp, ủy quyền tràn lan, làm giảm hiệu quả quản lý nhà nước ở địa phương ■

10 Bộ Nội vụ (2019), Báo cáo số: 2707/BC-BNV về Đánh giá tác động của Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Tổ chức Chính phủ và Luật Tổ chức chính quyền địa phương, tr2. Nguồn <http://duthaoonline.quochoi.vn>

THỎA THUẬN GÂY HẠN CHẾ CẠNH TRANH ĐỐI VỚI HOẠT ĐỘNG NHƯỢNG QUYỀN THƯƠNG MẠI TRONG LĨNH VỰC KINH DOANH DỊCH VỤ ĂN UỐNG

Trần Thăng Long*

Nguyễn Trần Vũ Tuân**

* TS. Phó Trưởng Khoa (phụ trách), Khoa Ngoại ngữ Pháp lý, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

** Sở Giao thông vận tải TP. Cần Thơ.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Nhượng quyền thương mại, thỏa thuận, hạn chế cạnh tranh, dịch vụ ăn uống, luật cạnh tranh.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/8/2020
Biên tập : 16/8/2020
Duyệt bài : 21/8/2020

Article Infomation:

Key words: Franchising, agreement, restraint of competition, food and drink services, competition law.

Article History:

Received : 06 Aug. 2020
Edited : 16 Aug. 2020
Approved : 21 Aug. 2020

Tóm tắt:

Bên nhượng quyền thương mại có thể thực hiện quyền kiểm soát, giám sát¹ quá trình kinh doanh đối với bên nhận quyền thông qua một số thỏa thuận bắt buộc trong hợp đồng nhượng quyền với mục đích bảo đảm “quyền thương mại” của bên nhượng quyền, tạo ra và duy trì tính đồng bộ trong kinh doanh nhượng quyền thương mại (NQTM). Tuy nhiên, dưới góc độ pháp luật cạnh tranh, các thỏa thuận này lại tiềm ẩn là các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm². Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích một số thỏa thuận gây hạn chế cạnh tranh trong hoạt động nhượng quyền thương mại phổ biến và đối chiếu với quy định của pháp luật về điều chỉnh hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong hoạt động nhượng quyền thương mại đối với kinh doanh dịch vụ ăn uống, và rút ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về cạnh tranh.

Abstract:

With the characteristics of the franchising model, the franchisor holds the right to control and supervise business process of the franchisee through a number of compulsory agreements in the franchise contract aiming at ensuring “commercial right” of “franchisors”, establishing and maintaining the integrity in the franchising business. However, from the perspective of competition law, these agreements are potentially agreements in restraint of competition which are prohibited by the Competition Law of 2018. Under the scope of this article, the authors present and analyze some competition restriction agreements in common commercial franchising and make comparisons with the law on agreement of competition restriction in franchising activities for food and drink services and also provide recommendations for further improvements of the legal regulations on competition.

1 Khoản 3 Điều 289 Luật Thương mại năm 2005.

2 Khoản 4 Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định: Thỏa thuận hạn chế cạnh tranh là hành vi thỏa thuận giữa các bên dưới mọi hình thức gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh. Điều 11 Luật Cạnh tranh năm 2018 liệt kê 11 dạng thức thỏa thuận hạn chế cạnh tranh; Điều 12 quy định thỏa thuận hạn chế cạnh tranh nào sẽ bị cấm tùy thuộc vào thị trường liên quan.

1. Một số thỏa thuận có khả năng gây hạn chế cạnh tranh phổ biến trong hoạt động nhượng quyền thương mại đối với lĩnh vực kinh doanh dịch vụ ăn uống

Bên nhượng quyền thương mại trong lĩnh vực kinh doanh dịch vụ ăn uống phải luôn đảm bảo, duy trì tính đồng bộ, thống nhất trong chuỗi hệ thống NQTM. Sự đồng bộ về giá thành của từng sản phẩm cụ thể, sự thống nhất về danh sách số lượng các loại sản phẩm cung ứng ra thị trường, sự giống nhau trong mô hình vận hành, quản lý, và quan trọng phải đồng nhất về chất lượng sản phẩm. Nhằm thực hiện được việc đồng bộ nêu trên, các bên trong quan hệ NQTM phải thống nhất các thỏa thuận buộc phải có khi tham gia vào lĩnh vực kinh doanh NQTM và một số thỏa thuận trong hoạt động NQTM³ lại được điều chỉnh bởi pháp luật cạnh tranh. Một số thỏa thuận phổ biến trong hoạt động NQTM đối với lĩnh vực kinh doanh dịch vụ ăn uống nhưng có dấu hiệu là các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh như sau:

1.1. Thỏa thuận về giá bán cho sản phẩm kinh doanh

Hình thức kinh doanh NQTM trong phạm vi dịch vụ ăn uống với đặc điểm riêng biệt là toàn bộ sản phẩm kinh doanh phải thống nhất một giá bán, người tiêu dùng nhận biết sản phẩm yêu thích thông qua mức giá bán ra bên cạnh các yếu tố khác, như khẩu vị sản phẩm, cách thức bày trí sản phẩm và cả về lượng sản phẩm phục vụ cho người tiêu dùng. Do vậy, bên nhượng quyền luôn đề ra “thỏa thuận” yêu cầu bên nhận quyền chỉ cung ứng sản phẩm theo đúng mức giá đã được ấn định.

Hành vi thỏa thuận giá bán trong NQTM được thực hiện dưới các hình thức sau:

Một là, bên nhượng quyền thỏa thuận với các bên nhận quyền giá bán cố định của sản phẩm. Nghĩa là bên nhượng quyền đưa ra giá bán sản phẩm và yêu cầu bắt buộc các bên nhận quyền bán cho người tiêu dùng với mức giá cố định đó.

Hai là, bên nhượng quyền thỏa thuận cho bên nhận quyền mức giá bán lại tối đa cho sản phẩm. Nghĩa là bên nhận quyền được quyền bán sản phẩm với mức giá không cao hơn mức giá mà bên nhượng quyền cho phép.

Ba là, bên nhượng quyền thỏa thuận cho các bên nhận quyền về giá bán lại tối thiểu cho sản phẩm. Nghĩa là bên nhận quyền được quyền bán sản phẩm với mức giá không được thấp hơn mức giá mà bên nhượng quyền cho phép trong thỏa thuận.

Trong lĩnh vực kinh doanh dịch vụ ăn uống, bên nhượng quyền thỏa thuận với các bên nhận quyền về giá bán lại cố định cho sản phẩm khi bán ra cho người tiêu dùng. Giá bán lúc này sẽ thống nhất, đồng bộ trong toàn hệ thống nhượng quyền, không phân biệt sự khác nhau về vị trí địa lý.

Hành vi thỏa thuận giá bán xuất phát từ các doanh nghiệp trong cùng thị trường kinh doanh dịch vụ ăn uống và do đó, thỏa thuận này có thể bị cấm theo quy định tại khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh năm 2018 (Luật Cạnh tranh). Nhưng hành vi thỏa thuận ấn định giá bán lại được xem là thỏa thuận hợp lý trong NQTM và sự thỏa thuận này có gây ra hạn chế cạnh tranh về giá bán đối với bên thứ hai⁴ mới là yếu tố cần xem xét.

3 Hoạt động NQTM được quy định chi tiết từ Điều 284 đến Điều 291 Luật Thương mại năm 2005.

4 Mọi quan hệ NQTM giữa các bên trong cùng hệ thống NQTM là cùng một bên, khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh sẽ diễn ra giữa các bên nhận quyền trong cùng hệ thống và với bên thứ hai ngoài hệ thống NQTM.

1.2. Thỏa thuận vị trí kinh doanh của các bên trong cùng hệ thống nhượng quyền thương mại kinh doanh dịch vụ ăn uống

Thỏa thuận về vị trí kinh doanh là thỏa thuận thống nhất giữa bên nhượng quyền và các bên nhận quyền về khoảng cách địa lý tối thiểu, khu vực kinh doanh do bên nhượng quyền chuyển giao. Trong khoảng cách địa lý theo thỏa thuận, bên nhượng quyền có nghĩa vụ không được hợp tác nhượng quyền (bên nhận quyền mới phát sinh) để kinh doanh sản phẩm, dịch vụ ăn uống, đồng nghĩa với việc các bên nhận quyền cũng không được thay đổi vị trí kinh doanh trong khu vực địa lý tối thiểu. Thỏa thuận góp phần tối đa hóa lợi nhuận, hạn chế cạnh tranh giữa các bên trong cùng hệ thống NQTM, thu hút được lượng khách hàng cố định tại khu vực kinh doanh – do đó, hành vi thỏa thuận vị trí kinh doanh là một dạng thức thỏa thuận phân chia khách hàng. Các doanh nghiệp tham gia thị trường NQTM trong lĩnh vực dịch vụ ăn uống có thể xem thỏa thuận này là cần thiết, phù hợp nhưng do các bên trong cùng thị trường liên quan tham gia vào thỏa thuận; điều này có thể bị coi là vi phạm luật cạnh tranh.

1.3. Thỏa thuận cung ứng nguồn nguyên liệu, sản phẩm, dịch vụ kèm theo

Lĩnh vực NQTM trong kinh doanh dịch vụ ăn uống với đặc trưng riêng biệt về chất lượng sản phẩm phải đồng nhất trong toàn bộ hệ thống. Do đó, một trong các nghĩa vụ bắt buộc⁵ là bên nhượng quyền phải có nghĩa vụ đào tạo, chuyển giao toàn bộ bí quyết

trong kinh doanh – cách thức tạo ra sản phẩm cùng chất lượng cho các bên nhận quyền. Từ nghĩa vụ này, bên nhượng quyền đưa ra “thỏa thuận” với các bên nhận quyền trong việc phải sử dụng nguồn cung nguyên liệu theo yêu cầu của bên nhượng quyền. Sự thỏa thuận của các bên trong quan hệ NQTM về nguồn cung ứng nguyên liệu⁶ để tạo thành sản phẩm được xem là hợp lý trong phạm vi NQTM. Người tiêu dùng yêu thích hương vị của thương hiệu NQTM nên dễ dàng nhận biết chất lượng sản phẩm và khi ở khu vực địa lý khác cũng vẫn chỉ lựa chọn thương hiệu đã tin dùng. Bên cạnh sự đồng bộ về chất lượng sản phẩm trong cùng hệ thống NQTM, bên nhượng quyền còn tạo dựng thương hiệu thông qua nét đặc trưng riêng của hệ thống bằng hình thức bài trí không gian kinh doanh⁷, sản phẩm, dịch vụ phụ khác trong kinh doanh bán kèm theo. Các sản phẩm, dịch vụ bán kèm theo cũng góp phần hình thành nét đặc sắc riêng của thương hiệu NQTM. Chẳng hạn, người tiêu dùng sử dụng dịch vụ thức uống tại cửa hàng NQTM bởi đơn vị này còn cung ứng loại bánh ngọt đặc trưng riêng.

Thỏa thuận cung ứng nguồn nguyên liệu, sản phẩm, dịch vụ kèm theo trong cùng hệ thống NQTM giữa các bên khi kinh doanh dịch vụ ăn uống là phù hợp với đặc điểm loại hình kinh doanh này. Tuy nhiên, dưới góc độ pháp luật cạnh tranh, thỏa thuận này sẽ ngăn cản doanh nghiệp khác tham gia vào thị trường⁸, sự thỏa thuận các bên trong hệ thống NQTM gây ra tác động làm hạn chế cạnh tranh trong cùng thị trường liên quan.

5 Khoản 2 Điều 287 Luật Thương mại năm 2005.

6 Khoản 3 Điều 289 Luật Thương mại năm 2005 quy định nghĩa vụ thương nhân nhận quyền “Chấp nhận sự kiểm soát, giám sát và hướng dẫn của bên nhượng quyền; tuân thủ các yêu cầu về thiết kế, sắp xếp địa điểm bán hàng, cung ứng dịch vụ của thương nhân nhượng quyền”.

7 Một trong các nghĩa vụ của thương nhân nhượng quyền theo quy định tại khoản 3 Điều 287 Luật Thương mại năm 2005.

8 Trong sự đa dạng của thị trường, nhiều doanh nghiệp có thể cung ứng nguồn nguyên liệu, sản phẩm, dịch vụ với chất lượng tương đồng.

1.4. Thỏa thuận hạn chế quảng cáo từ bên nhượng quyền trong kinh doanh dịch vụ ăn uống đối với các bên nhận quyền trong cùng hệ thống nhượng quyền thương mại

Quảng bá sản phẩm, dịch vụ thông qua các hình thức quảng cáo là một trong các biện pháp thu hút khách hàng, góp phần nâng cao giá trị thương hiệu kinh doanh. Khi mối quan hệ NQTM hình thành, bên nhượng quyền có nghĩa vụ chuyển giao quyền thương mại⁹ cho các bên nhận quyền. Trong mối quan hệ pháp lý thì bên nhượng quyền và nhận quyền có mối quan hệ độc lập¹⁰, không bị ràng buộc, chi phối về hoạt động kinh doanh. Để đạt hiệu quả kinh doanh, thu hút khách hàng, ngoài các yếu tố về chất lượng sản phẩm, dịch vụ, giá thành, để mở rộng thị trường, đưa sản phẩm, dịch vụ đến nhanh với người tiêu dùng thì việc quảng bá cho sản phẩm, dịch vụ là nội dung cần thiết. Tuy nhiên, trong hoạt động NQTM, hoạt động quảng cáo, khuyến mại cho sản phẩm, dịch vụ hầu hết cũng do bên nhượng quyền áp đặt, chi phối, đưa ra nội dung nào cần trong việc quảng cáo, khuyến mại hay mật độ, hình thức quảng cáo, khuyến mại cho sản phẩm, dịch vụ. Trong khi đó, nội dung này rõ ràng không liên quan đến đối tượng chính của hợp đồng nhượng quyền thương mại giữa các bên.

Trường hợp, bên nhượng quyền yêu cầu, áp đặt các nghĩa vụ như tuân thủ chương trình quảng cáo, khuyến mại chung của toàn hệ thống để cùng thúc đẩy thương hiệu cho sản phẩm, dịch vụ, việc tuân thủ pháp luật về quảng cáo, khuyến mại hoặc việc quảng cáo, khuyến mại phải gắn liền với nhãn hiệu

kinh doanh nhượng quyền không được lồng ghép cho sản phẩm, dịch vụ khác là điều hợp lý, có tác dụng thúc đẩy cạnh tranh, tăng hiệu quả kinh doanh. Thế nhưng vẫn còn một số trường hợp, bên nhượng quyền áp đặt nghĩa vụ đối với bên nhận quyền như không được thực hiện các chương trình quảng cáo, khuyến mại riêng biệt bởi có khả năng dẫn tới tính cạnh tranh với các bên nhận quyền trong cùng hệ thống, trong cùng khu vực địa lý. Như vậy, sự áp đặt nghĩa vụ hạn chế quảng cáo, khuyến mại làm hạn chế một phần quyền tự do kinh doanh của bên nhận quyền, gây ra sự bất lợi trong việc thu hút khách hàng, mở rộng kinh doanh. Khoản 2 Điều 286 Luật Thương mại năm 2005 (Luật Thương mại) quy định về quyền của thương nhân nhượng quyền trong việc “Tổ chức quảng cáo cho hệ thống nhượng quyền thương mại và mạng lưới NQTM” nhưng không có nghĩa đồng thời cấm hay hạn chế quyền tự quảng cáo của thương nhân nhận quyền cho các sản phẩm, dịch vụ được chuyển quyền thương mại. Trong trường hợp bên nhượng quyền mở chiến dịch quảng cáo quy mô để quảng bá thương hiệu với chi phí tốn kém thì việc một số bên nhận quyền mới tham gia vào hệ thống phải chịu khoản kinh phí tự bỏ ra để cùng tham gia sẽ có nguy cơ thiệt hại về kinh tế cho chính bên nhận quyền (hay thời gian thu hồi vốn do bỏ chi phí tham gia quảng cáo quá lớn).

2. Điều chỉnh hành vi thỏa thuận cạnh tranh trong hoạt động nhượng quyền thương mại trong lĩnh vực kinh doanh dịch vụ ăn uống theo pháp luật cạnh tranh

Điều 11 Luật Cạnh tranh liệt kê cụ thể các hành vi thỏa thuận hạn chế cạnh tranh;

9 Theo điểm a khoản 6 Nghị định số 35/2006/NĐ-CP thì “Quyền thương mại” bao gồm một, một số hoặc toàn bộ các quyền sau đây: Quyền được Bên nhượng quyền cho phép và yêu cầu Bên nhận quyền tự mình tiến hành công việc kinh doanh cung cấp hàng hoá hoặc dịch vụ theo một hệ thống do Bên nhượng quyền quy định và được gắn với nhãn hiệu hàng hoá, tên thương mại, khẩu hiệu kinh doanh, biểu tượng kinh doanh, quảng cáo của Bên nhượng quyền.

10 Khoản 1, 2 Điều 3 Nghị định số 35/2006/NĐ-CP.

từ các dạng thỏa thuận này, Điều 12 Luật Cạnh tranh quy định: cấm các thỏa thuận được phân chia theo mối quan hệ trên thị trường liên quan. Do đó, khi bên nhượng quyền và nhận quyền cùng thống nhất nội dung dẫn đến thực hiện thỏa thuận và nếu đó là một trong các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh thì sẽ thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh.

Thứ nhất, hành vi thỏa thuận thống nhất giá bán cố định hay được xem là “thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp” giữa bên nhượng quyền và các bên nhận quyền trong kinh doanh dịch vụ ăn uống sẽ bị điều chỉnh bởi quy định tại khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh, là một trong các thỏa thuận bị cấm giữa các doanh nghiệp trên cùng thị trường liên quan¹¹. Tuy nhiên, pháp luật cạnh tranh lại xem hình thức thỏa thuận giá bán là hành vi ấn định giá do bên nhượng quyền đưa ra. Ấn định giá trực tiếp cho hàng hóa, dịch vụ là đưa ra mức giá cụ thể cho hàng hóa, dịch vụ, còn việc ấn định giá gián tiếp có thể là các thỏa thuận ấn định các thành phần cấu thành nên giá sản phẩm, nguyên liệu thô, cùng thỏa thuận mức giảm giá, chiết khấu giá. Trường hợp doanh nghiệp kinh doanh nhượng quyền thương mại được xác định đã vi phạm “Thỏa thuận ấn định giá hàng hóa, dịch vụ một cách trực tiếp hoặc gián tiếp”, pháp luật cạnh tranh quy định mức chế tài là phạt tiền từ 01% đến 10% tổng doanh thu trên thị trường liên quan trong năm tài chính liền kề trước năm thực hiện hành vi vi phạm của từng doanh nghiệp là các bên tham gia thỏa thuận¹² và phải chịu các chế tài bổ sung như việc tịch thu khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm đối với hành vi vi phạm và phải khắc phục hậu quả bằng cách loại bỏ những điều khoản vi phạm pháp

luật ra khỏi hợp đồng, thỏa thuận hoặc giao dịch kinh doanh¹³.

Pháp luật cạnh tranh đã đưa ra các quy định cho việc điều chỉnh hành vi thỏa thuận ấn định giá đối với hoạt động thương mại. Tuy nhiên, việc điều chỉnh pháp luật cạnh tranh đối với hoạt động NQTM liên quan đến hành vi thỏa thuận ấn định giá cần xem xét, đánh giá mang tính cân trọng vì suy cho cùng, hành vi thỏa thuận ấn định giá là bản chất vốn có của hoạt động NQTM. Đây là một trong các thỏa thuận đảm bảo cho bên nhượng quyền điều tiết, kiểm soát được mối quan hệ trong kinh doanh nhượng quyền góp phần cho hoạt động này phát triển, và có thể xem là sự mong muốn từ đa số các bên nhận quyền với mục đích duy trì, giúp cho người tiêu dùng dễ dàng nhận biết “tên thương mại” của lĩnh vực đang kinh doanh nhượng quyền.

Thứ hai, hành vi thỏa thuận vị trí kinh doanh giữa các doanh nghiệp NQTM trong kinh doanh dịch vụ ăn uống.

Khi bên nhượng quyền đề ra thỏa thuận vị trí kinh doanh sẽ nhận được sự đồng thuận cao từ các bên nhận quyền. Hành vi thỏa thuận này đã tối ưu lợi thế trong kinh doanh dịch vụ ăn uống, hạn chế tính cạnh tranh giữa các bên nhận quyền trong cùng hệ thống do việc phân chia rõ các khu vực địa lý. Đây chính là hành vi phân chia khách hàng, phân chia thị trường kinh doanh.

“Thỏa thuận phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ, nguồn cung cấp hàng hóa, cung ứng dịch vụ” là một trong các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được liệt kê tại Điều 11 Luật Cạnh tranh. Hành vi thỏa thuận này cũng bị cấm đối với các doanh nghiệp NQTM trong kinh doanh dịch vụ ăn uống. Thỏa thuận vị trí kinh doanh trong hoạt động NQTM nhằm mục đích phân chia

11 Khoản 1 Điều 12 Luật Cạnh tranh năm 2018.

12 Khoản 1 Điều 6 Nghị định số 75/2019/NĐ-CP.

13 Khoản 2, 3 Điều 6 Nghị định số 75/2019/NĐ-CP.

khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ sản phẩm, dịch vụ đã làm hạn chế tính cạnh tranh trên thị trường. Xét trên đặc điểm nhượng quyền thương mại trong kinh doanh dịch vụ ăn uống, thì thỏa thuận vị trí kinh doanh góp phần đảm bảo hiệu quả trong kinh doanh, thỏa thuận mong muốn đạt được từ cả bên nhượng quyền và nhận quyền, hình thành dạng thỏa thuận buộc phải có trong hợp đồng NQTM. Trong khi đó, dạng thỏa thuận này không đáp ứng được các điều kiện cho phép miễn trừ và như vậy, hoạt động thương mại trong lĩnh vực nhượng quyền kinh doanh đã vi phạm quy định thỏa thuận hạn chế cạnh tranh theo pháp luật cạnh tranh.

Nghị định số 75/2019/NĐ-CP quy định, hành vi thỏa thuận phân chia khách hàng, phân chia thị trường tiêu thụ sẽ bị phạt tiền từ 01% đến 10% tổng doanh thu trên thị trường liên quan trong năm tài chính liền kề trước năm thực hiện hành vi vi phạm của từng doanh nghiệp là các bên tham gia thỏa thuận; các hình thức xử phạt bổ sung¹⁴ là tịch thu khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm cùng với biện pháp khắc phục hậu quả như buộc loại bỏ những điều khoản vi phạm pháp luật ra khỏi hợp đồng, thỏa thuận hoặc giao dịch kinh doanh.

Thứ ba, hành vi thỏa thuận cung ứng nguồn nguyên liệu, sản phẩm, dịch vụ kèm theo trong NQTM của các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ ăn uống.

Thỏa thuận cung ứng nguồn nguyên liệu, sản phẩm, dịch vụ kèm theo là sự thống nhất của bên nhượng quyền và bên nhận quyền, theo đó bên nhận quyền chỉ cung ứng các sản phẩm, dịch vụ trong quá trình hoạt động NQTM từ sự chỉ định của bên nhượng quyền. Sự thỏa thuận thống nhất trong việc cung ứng sản phẩm, dịch vụ kèm theo trong

hoạt động NQTM là thỏa thuận quan trọng để tạo ra sự kết nối, thống nhất trong hệ thống NQTM, góp phần duy trì tính đồng bộ trong hoạt động NQTM, trong đó bao gồm cả sự đồng bộ về chất lượng sản phẩm và hình thức bên ngoài của sản phẩm; giúp cho bên nhượng quyền thuận tiện trong việc kiểm soát, kiểm tra hoạt động kinh doanh của bên nhận quyền – đây là một trong các quyền của bên nhượng quyền được pháp luật quy định¹⁵; đảm bảo đồng bộ về chất lượng của sản phẩm, dịch vụ tạo ra từ bên nhận quyền do sử dụng đúng nguồn nguyên liệu. Ngoài ra, người tiêu dùng có thể dễ dàng, thuận tiện nhận biết sản phẩm, dịch vụ mang thương hiệu mình mong muốn lựa chọn thông qua danh sách các sản phẩm, dịch vụ được cung ứng, hạn chế được sự giả mạo thương hiệu.

Khoản 5 Điều 11 Luật Cạnh tranh liệt kê thỏa thuận với nội dung trên là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và thỏa thuận này bị cấm mà không phân biệt có cùng thị trường liên quan hay không¹⁶. Dưới góc độ pháp luật cạnh tranh, hành vi thỏa thuận nguồn nguyên liệu, sản phẩm, dịch vụ từ các bên trong hoạt động NQTM đã làm hạn chế cạnh tranh trong thương mại, cụ thể:

Một là, bên nhận quyền xuyên suốt quá trình hoạt động kinh doanh nhượng quyền phải có nghĩa vụ cung ứng đúng loại sản phẩm, dịch vụ theo yêu cầu của bên nhượng quyền, khi đó đã làm hạn chế việc tiếp cận thị trường sản phẩm, dịch vụ của các đối thủ cạnh tranh, hạn chế cả sự lựa chọn sản phẩm, dịch vụ từ nguồn cung ứng của doanh nghiệp khác.

Hai là, người tiêu dùng khi đã sử dụng sản phẩm, dịch vụ từ một bên nhận quyền sẽ bị hạn chế tiếp cận sản phẩm, dịch vụ khác nếu có nhu cầu vì bên nhận quyền chỉ cung

14 Điểm b khoản 1 Điều 6 Nghị định số 75/2019/NĐ-CP; khoản 2 Điều 6 Nghị định số 75/2019/NĐ-CP.

15 Khoản 3 Điều 289 Luật Thương mại năm 2005.

16 Khoản 2 Điều 12 Luật Cạnh tranh năm 2018.

ứng đúng số lượng sản phẩm, dịch vụ được chỉ định từ bên nhượng quyền.

Ba là, gây hạn chế cạnh tranh trong cùng hệ thống nhượng quyền, cụ thể là hạn chế sự cạnh tranh lẫn nhau giữa các bên nhận quyền do không tạo ra được sự khác biệt trong sản phẩm, dịch vụ cung ứng trong quá trình kinh doanh.

Từ đó, hành vi thống nhất thỏa thuận giữa bên nhượng quyền và bên nhận quyền trong việc chỉ sử dụng nguồn nguyên liệu, sản phẩm, dịch vụ được cung ứng từ một doanh nghiệp cụ thể - bên có mối quan hệ với bên nhượng quyền mà không được sử dụng sản phẩm, dịch vụ ngoài bên được chỉ định đã hình thành nên thỏa thuận “ngăn cản, kìm hãm, không cho doanh nghiệp khác tham gia thị trường...”¹⁷. Đây là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm giữa các doanh nghiệp mà không cần phân biệt có cùng thị trường liên quan hay không theo quy định tại Điều 12 Luật Cạnh tranh. Mức xử phạt đối với hành vi thỏa thuận cung ứng sản phẩm, dịch vụ kèm theo nếu bị chứng minh để ngăn cản, kìm hãm không cho doanh nghiệp khác tham gia vào thị trường sẽ phải đối diện mức phạt tiền từ 01% đến 10% tổng doanh thu trên thị trường liên quan trong năm tài chính liền kề trước năm thực hiện hành vi vi phạm của từng doanh nghiệp. Song song với việc bị áp dụng hình thức xử phạt bổ sung, sẽ là tịch thu khoản lợi nhuận thu được từ việc thực hiện hành vi vi phạm và biện pháp khắc phục hậu quả là buộc loại bỏ những điều khoản vi phạm pháp luật ra khỏi hợp đồng, thỏa thuận hoặc giao dịch kinh doanh¹⁸.

Thứ tư, Điều 11 Luật Cạnh tranh liệt kê các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh; hành vi thỏa thuận nằm ngoài nội dung này sẽ không vi phạm thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm. Do đó, khi bên nhượng quyền đề ra thỏa thuận phải tuân thủ các chương trình quảng cáo, nội dung hoặc hạn chế quyền quảng cáo riêng lẻ thì không bị cấm. Luật Cạnh tranh không quy định thỏa thuận hạn chế quảng cáo vào danh sách các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh, và do đó, khả năng bên nhượng quyền áp đặt nghĩa vụ “hạn chế quảng cáo” đối với bên nhận quyền hay việc tham gia bắt buộc vào các chương trình quảng cáo tốn kém đều gây thiệt hại cho bên nhận quyền. Khoản 8 Điều 11 Luật Cạnh tranh¹⁹ quy định, thỏa thuận nhằm buộc doanh nghiệp khác chấp nhận nghĩa vụ không phải là đối tượng của hợp đồng sẽ là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh. Tuy nhiên, “đối tượng” trong hợp đồng NQTM ngoài đối tượng chính là “quyền thương mại” mà các bên nhận quyền được sử dụng thì bên nhượng quyền có thể bổ sung các nội dung khác trong hợp đồng NQTM là “đối tượng” chính khác bên cạnh quyền thương mại, khi đó sẽ không vi phạm về thỏa thuận cạnh tranh.

Trường hợp các bên nhận quyền không chấp nhận thêm “đối tượng” khác trong hợp đồng ngoài quyền thương mại là rất khó. Bởi lẽ, bên nhượng quyền sẽ luôn nắm ưu thế về lập luận và áp đặt nghĩa vụ bất lợi cho bên nhận quyền, vì nếu không chấp nhận thỏa thuận thì bên nhận quyền sẽ không được tham gia vào hệ thống kinh doanh nhượng quyền, bị từ chối chuyển giao quyền thương

17 Khoản 5 Điều 11 Luật Cạnh tranh năm 2018.

18 Khoản 1, 2, 3 Điều 6 Nghị định số 75/2019/NĐ-CP.

19 Khoản 8 Điều 11 Luật Cạnh tranh năm 2018 quy định: Thỏa thuận áp đặt hoặc ấn định điều kiện ký kết hợp đồng mua, bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ cho doanh nghiệp khác hoặc thỏa thuận buộc doanh nghiệp khác chấp nhận các nghĩa vụ không liên quan trực tiếp đến đối tượng của hợp đồng.

mại do “việc chuyển giao quyền thương mại sẽ có ảnh hưởng bất lợi lớn đối với hệ thống nhượng quyền thương mại hiện tại”²⁰.

3. Một số giải pháp hoàn thiện pháp luật điều chỉnh thỏa thuận hạn chế cạnh tranh nhượng quyền thương mại trong kinh doanh dịch vụ ăn uống

Một là, dựa trên đặc điểm NQTM với các thỏa thuận của các bên trong quan hệ NQTM, pháp luật cạnh tranh cần xem xét mở rộng điều kiện miễn trừ như sau:

(i) Các thỏa thuận được xem xét miễn trừ phải được ghi nhận bằng điều khoản cụ thể trong Hợp đồng NQTM²¹,

(ii) Các thỏa thuận này phải đảm bảo tính “hợp lý” dựa trên đặc điểm của hoạt động NQTM. Việc xem xét tính “hợp lý” của các thỏa thuận chính là sự thể hiện cách tiếp cận áp dụng phân tích kinh tế, pháp luật nhằm đánh giá tính chất hạn chế cạnh tranh của hành vi hay không.

(iii) Hợp đồng NQTM của các doanh nghiệp kinh doanh NQTM trong lĩnh vực ăn uống phải đăng ký Cơ quan cạnh tranh quốc gia.

Đối với điều kiện (iii), pháp luật cạnh tranh bổ sung quy định hợp đồng NQTM là loại hợp đồng mẫu. Khi đó, các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh được ghi nhận trong hợp đồng không phù hợp hoạt động NQTM hoặc vượt quá phạm vi NQTM có khả năng gây hạn chế cạnh tranh sẽ không được ghi nhận. Các doanh nghiệp trong kinh doanh NQTM có thể tham khảo các điều khoản thỏa thuận này để nhận biết nhằm loại bỏ các điều khoản “bất hợp lý” khi đăng ký Hợp đồng mẫu với cơ quan cạnh tranh quốc gia.

Hai là, nhằm đảm bảo tính hợp lý đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh trong hoạt động NQTM đối với kinh doanh dịch vụ ăn uống, Cơ quan cạnh tranh cần ban hành Bộ tiêu chí đối với các thỏa thuận cơ bản trong NQTM khi kinh doanh dịch vụ ăn uống, như thỏa thuận thống nhất giá, thỏa thuận chấp nhận cung ứng nguồn nguyên liệu chính để tạo ra sản phẩm cùng chất lượng, thỏa thuận khu vực kinh doanh. Các bên khi tham gia vào thị trường NQTM trong lĩnh vực kinh doanh dịch vụ ăn uống có thể đưa ra các thỏa thuận phù hợp mà không vi phạm pháp luật cạnh tranh.

Ba là, sửa đổi khoản 8 Điều 11 Luật Cạnh tranh theo hướng bổ sung giải thích thuật ngữ “đối tượng của hợp đồng”. Bởi lẽ, khi doanh nghiệp nhượng quyền ngoài việc chuyển giao “quyền thương mại” cho các bên nhận quyền là một trong các đối tượng hợp đồng thì có thể thỏa thuận thêm các “đối tượng” khác như việc tuân thủ các nghĩa vụ quảng cáo theo yêu cầu của bên nhượng quyền. Nội dung thỏa thuận quảng cáo không được liệt kê là thỏa thuận hạn chế cạnh tranh và do đó, khi thỏa thuận dạng này được ghi nhận thêm trong hợp đồng NQTM sẽ không vi phạm pháp luật cạnh tranh. Hình thức tuân thủ nghĩa vụ quảng cáo chung với hệ thống NQTM là dạng thỏa thuận phổ biến trong thực tế hiện nay; việc hạn chế quyền quảng cáo sẽ làm hạn chế tính cạnh tranh theo nguyên tắc bình đẳng của các doanh nghiệp. Việc bổ sung nội dung này sẽ giúp cho sự điều chỉnh của Luật Cạnh tranh đối với các hoạt động NQTM được hiệu quả hơn ■

20 Điểm c khoản 2 Điều 15 Nghị định số 35/2006/NĐ-CP.

21 Để hình thành mối quan hệ NQTM thì các bên phải ký kết hợp đồng NQTM. Điều 285 Luật Thương mại năm 2005 quy định: Hợp đồng NQTM phải lập thành văn bản hoặc hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương.

XÂY DỰNG KHUNG PHÁP LÝ VỀ CHỨNG CHỈ LƯU KÝ KHÔNG CÓ QUYỀN BIỂU QUYẾT - KINH NGHIỆM CỦA THÁI LAN

Lưu Minh Sang*

Lê Thị Thùy Dương**

*ThS. GV. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp. HCM.

**Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật, ĐHQG Tp. HCM.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết, Luật Chứng khoán, nhà đầu tư nước ngoài, Thái Lan.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/04/2020

Biên tập : 02/05/2020

Duyệt bài : 16/05/2020

Article Information:

Key words: Non-voting depositary receipt, Law on Securities, foreign investors, Thailand.

Article History:

Received : 02 Apr. 2020

Edited : 02 May. 2020

Approved : 16 May. 2020

Tóm tắt:

Luật Chứng khoán năm 2019 đã ghi nhận chứng chỉ lưu ký như là một loại chứng khoán hợp pháp tại Việt Nam. Luật Doanh nghiệp năm 2020 cũng đã bổ sung quy định về chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết. Việc lần lượt ghi nhận loại chứng khoán này vào các đạo luật như là một bước chuẩn bị khung pháp lý cho việc triển khai tại Việt Nam. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam hiện hành chỉ mới dừng ở việc định danh, chưa có một khung pháp lý cho loại chứng khoán này. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả tập trung phân tích sự cần thiết của việc xây dựng khung pháp lý về chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết từ kinh nghiệm của Thái Lan.

Abstract:

The Law on Securities of 2019 recognizes the depositary receipt as a new form of securities in Vietnam. The Law on Enterprises of 2020 also adds a number of provisions on non-voting depositary receipts. The recognition of this type of securities in some statutes is a step in preparing the legal framework for implementation in Vietnam. However, the existing legal regulations of Vietnam only make an identification, there is no legal framework for this type of securities. Under this article, the authors focus on the analysis of the need for the development of a legal framework for the depositary receipt with non-voting rights from experience of Thailand.

1. Sự cần thiết xây dựng khung pháp lý về chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết tại Việt Nam

Thị trường chứng khoán (TTCK) Việt Nam, trải qua 20 năm hoạt động, đã đạt được những thành tựu đáng ghi nhận. Từ con số vốn hóa 986 tỷ đồng năm 2000, chiếm 0,28% GDP¹ thì đến ngày 31/01/2020, tổng giá trị vốn hóa đã chạm mốc 5.572.666 tỷ đồng, chiếm 100.55% GDP². Tuy nhiên, thị trường dù có bước phát triển nhưng vẫn chưa tương xứng với tiềm năng vì nhiều lý do, trong đó có những bất cập liên quan đến khung pháp lý đối với nhà đầu tư nước ngoài (NĐTNN).

Nhận thức được tầm quan trọng của việc thu hút nguồn vốn từ NĐTNN, thời gian qua Nhà nước đã cố gắng để khơi thông dòng vốn ngoại bằng nhiều cơ chế. Nếu trước đó, áp dụng hạn mức tỷ lệ sở hữu nước ngoài ở 49% đối với công ty đại chúng và 30% cho các ngân hàng³ thì đến năm tháng 9/2015 giới hạn này đã được nâng lên. Cụ thể, theo Nghị định số 60/2015/NĐ-CP, tỷ lệ sở hữu nước ngoài (SHNN) tại các công ty đại chúng được nâng lên 100%, nếu như điều lệ công ty không có quy định khác và không thuộc vào các trường hợp bị hạn chế tỷ lệ sở hữu nước ngoài. Những trường hợp bị hạn chế, bao gồm: (1) Công ty hoạt động trong những ngành nghề kinh doanh có cam kết giới hạn tỷ lệ SHNN tại các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên sẽ tuân theo tỷ

lệ SHNN đã cam kết; (2) công ty hoạt động trong ngành nghề đầu tư kinh doanh mà pháp luật về đầu tư, pháp luật liên quan có quy định về tỷ lệ SHNN thì thực hiện theo quy định tại pháp luật đó; (3) công ty hoạt động trong ngành nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện áp dụng đối với NĐTNN mà chưa có quy định cụ thể về tỷ lệ SHNN, thì tỷ lệ tối đa là 49%.

Mặc dù Nghị định số 60/2015/NĐ-CP đã mở rộng phạm vi sở hữu của NĐTNN tại các công ty đại chúng, nhưng hiệu quả triển khai trên thực tế lại không được như mong đợi. Đến cuối năm 2019, trên hai Sở giao dịch chứng khoán chỉ ghi nhận khoảng 40 công ty niêm yết nâng hạn mức tỷ lệ SHNN. Phần còn lại vẫn giữ nguyên mức tỷ lệ 49%; trong đó, đa số là các doanh nghiệp đầu ngành có tiềm năng tăng trưởng và luôn thu hút sự quan tâm của NĐTNN. Rõ ràng đang tồn tại những rào cản không nhỏ đối với sự tham gia đầu tư của NĐTNN trên TTCK Việt Nam. Mặt khác, tình trạng này cũng là một chướng ngại vật cho việc nâng hạng của TTCK, từ TTCK cận biên lên TTCK mới nổi. Bởi lẽ, một trong các điều kiện cần thiết để nâng hạng là môi trường đầu tư thông thoáng và cơ chế thuận tiện cho NĐTNN trong giao dịch cổ phiếu có tỷ lệ SHNN đã chạm mức trần⁴.

Một trong những nguyên nhân dẫn đến

- 1 Xem: Duy Thái (2018), “Chứng khoán Việt với diện mạo mới ở tuổi 18”, Thời báo Tài chính Việt Nam, <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/ky-niem-ngay-thanh-lap-tbtcvn/2018-08-29/chung-khoan-viet-voi-dien-mao-moi-o-tuoi-18-61408.aspx>, truy cập ngày 19/03/2020.
- 2 Xem: Ủy ban chứng khoán Nhà nước (2020), Bảng thống kê: “Vốn hóa TTCK”, Nguồn: https://www.ssc.gov.vn/ubck/faces/vi/vimenu/vipages_vithongtinthitruong/thongkettck/quymothitruong?_af.ctrl-state=y8s8vt9zy_87&_afLoop=265728162340000, truy cập ngày 24/02/2020.
- 3 Điều 2 Quyết Định số 55/2009/QĐ-TTg ngày 15 tháng 4 năm 2009 của Thủ Tướng về tỷ lệ tham gia của nhà đầu tư nước ngoài trên thị trường chứng khoán Việt Nam.
- 4 Xem <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/chung-khoan/2019-10-20/nang-hang-chung-khoan-viet-se-tot-hon-khi-cac-dieu-kien-duoc-chuan-bi-ky-77887.aspx>, truy cập ngày 13/03/2020.

thực trạng này đó là tâm lý e ngại tình trạng doanh nghiệp bị thâm tóm bởi NĐTNN của lãnh đạo các doanh nghiệp. Hiện tại, khung pháp lý điều chỉnh hoạt động của NĐTNN trên TTCK Việt Nam vẫn thiếu vắng những cơ chế cần thiết để cân bằng được hai mục tiêu: (1) thu hút nguồn vốn của NĐTNN; (2) tránh được tình trạng bị thâm tóm của NĐTNN với các ngành nghề kinh doanh trọng yếu hoặc ngành nghề mà doanh nghiệp Việt Nam chưa đủ sức cạnh tranh.

Trước thách thức đó, Nghị quyết số 39-NQ/TW ngày 15/1/2019 của Bộ Chính trị đã đề ra nhiệm vụ nâng cao vai trò của TTCK trở thành kênh huy động vốn trung và dài hạn của nền kinh tế nhằm thực hiện mục tiêu phát triển kinh tế toàn diện, trong đó có mục tiêu thu hút vốn của NĐTNN⁵. Trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm của các nước về giải pháp thu hút vốn của NĐTNN trên TTCK, vừa qua, Quốc hội đã thông qua Luật Chứng khoán năm 2019 với việc luật hóa và định danh chính thức chứng chỉ lưu ký như là một loại chứng khoán tại Việt Nam. Tiếp theo đó, Luật Doanh nghiệp 2020 cũng đã đưa những nội dung cơ bản về chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết (non-voting depositary receipt – NVDR) trong chế định công ty cổ phần. Đây được xem như viên gạch đầu tiên cho việc xây dựng khung pháp lý điều chỉnh loại chứng khoán này tại Việt Nam. Chính vì vậy, để NVDR vận hành hiệu quả tại Việt Nam như là một giải pháp thu hút vốn của NĐTNN, việc nghiên cứu xây dựng một

khung pháp lý điều chỉnh là một yêu cầu mang tính cấp thiết.

2. Kinh nghiệm của Thái Lan

Khảo sát kinh nghiệm ở một số nước có TTCK gần tương đồng với Việt Nam, chúng tôi nhận thấy, từ những năm 2000, Thái Lan có một giải pháp sáng tạo và hiệu quả trong việc thu hút vốn của NĐTNN mà không tác động đến vấn đề tỷ lệ SHNN. Đó là việc vận hành chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết. Theo một nghiên cứu thực nghiệm của nhóm nghiên cứu của Đại học Chulalongkorn (Thái Lan) và Đại học Southern Mississippi (Hoa Kỳ) công bố năm 2016 cũng kết luận rằng mô hình vận hành NVDR tại Thái Lan được đánh giá là một giải pháp phù hợp với các quốc gia đang phát triển để đạt được sự cân bằng giữa việc duy trì sự kiểm soát của nhà đầu tư trong nước đối với các ngành nghề kinh doanh trọng yếu và thu hút được nguồn vốn của NĐTNN vào TTCK⁶.

- *Bối cảnh triển khai NVDR*

Cũng như Việt Nam, để đảm bảo quyền kiểm soát của nhà đầu tư trong nước, Thái Lan cũng đặt ra giới hạn SHNN tại trên TTCK. Thái Lan đặt ra 03 danh mục ngành nghề giới hạn sự tham gia của NĐTNN: (1) Nhóm ngành NĐTNN bị cấm tham gia vì lý do đặc biệt; (2) Nhóm ngành giới hạn tỷ lệ SHNN liên quan an toàn quốc gia, an ninh hoặc có ảnh hưởng đến nghệ thuật, văn hóa, truyền thống,...⁷; (3) Nhóm ngành công dân Thái Lan chưa sẵn sàng cạnh tranh với người

5 Xem thêm: Mục III.2.3 Nghị quyết 39-NQ/TW ban hành ngày 15/01/2019 Nghị quyết của Bộ Chính trị về nâng cao hiệu quả quản lý, khai thác, sử dụng và phát huy các nguồn lực của nền kinh tế

6 Xem thêm: Tanakorn Likitapwat và William F. Johnson (2016), “Market Segmentation in Developing Markets Evidence from Thai Non-Voting Depository Receipts”, Journal of Applied Economic Sciences, 11, p.241 – 256.

7 Xem thêm: Section 8, Section 15, The Foreign Business Act, B.E. 2542, 1999.

nước ngoài⁸. Tuy nhiên, mặt trái của chính sách hạn chế SHNN này là làm giảm sức hút của TTCK đối với NĐTNN – một trong những nguồn lực cấp vốn và tạo tính thanh khoản quan trọng cho TTCK.

Từ năm 1998, phân khúc đầu tư nước ngoài trên TTCK Thái Lan lại càng trở ngại hơn do phải đối mặt với khó khăn kéo dài từ cú sốc khủng hoảng tài chính châu Á năm 1997. Trước tình hình suy giảm của nền kinh tế, đặc biệt là sự thoái vốn mạnh của các nhà đầu tư lớn, vào ngày 18/7/2000, Ủy ban Chứng khoán và giao dịch chứng khoán Thái Lan (SEC) đã công bố các biện pháp quan trọng khẩn cấp, trong đó phát hành NVDR được xem là biện pháp ưu tiên để thu hút nguồn vốn của NĐTNN⁹.

Từ năm 2000 đến nay, NVDR đã làm tăng tính thanh khoản đáng kể cho TTCK Thái Lan mà không làm mất đi quyền kiểm soát doanh nghiệp của nhà đầu tư trong nước trong những ngành nghề kinh doanh trọng yếu. Theo báo cáo của Sở giao dịch chứng khoán Thái Lan (SET), những trở ngại cho các NĐTNN giao dịch trên sàn đã được giảm thiểu đáng kể nhờ vào việc vận hành NVDR¹⁰. NVDR trở thành một trong những giải pháp ấn tượng của Thái Lan trong việc thu hút vốn của NĐTNN vào TTCK và được cộng đồng nhà đầu tư đánh giá rất cao.

- Khung pháp lý dành NVDR tại Thái Lan

Về mặt định danh, theo quy định tại Luật Giao dịch chứng khoán Thái Lan số 2535, chứng khoán được định nghĩa bao gồm những công cụ đầu tư được công nhận bởi Ủy ban Chứng khoán và Giao dịch chứng khoán Thái Lan¹¹. Ngày 07/09/2000 của Ủy ban Chứng khoán và Giao dịch chứng khoán Thái Lan đã ra thông báo số 35/43 công nhận NVDR là một loại chứng khoán giao dịch trên thị trường¹². Theo đó, việc vận hành NVDR sẽ tuân thủ các quy định pháp luật về chứng khoán tại nước này. Cơ chế vận hành cũng như mối quan hệ giữa các chủ thể trong giao dịch NVDR cũng được quy định cụ thể trong Bản Cáo bạch phát hành NVDR của tổ chức phát hành. Ngoài ra, NVDR cũng chịu sự điều chỉnh của những quy định chuyên ngành liên quan đến cổ phiếu cơ sở cho việc phát hành NVDR.

- Bản chất pháp lý của NVDR

NVDR là một loại chứng khoán được phát hành bởi Công ty TNHH Thai NVDR (sau đây gọi là “Tổ chức phát hành”). Đây là công ty con của Sở Giao dịch chứng khoán Thái Lan với chức năng phát hành NVDR bán cho nhà đầu tư dựa trên việc sở

8 Xem thêm: Section 8, The Foreign Business Act, B.E. 2542 1999.

9 Xem thêm: Bank of Thailand (2000), Annual Economic Report 2000, ISBN 974-8036-84-7, p.69-70; https://www.bot.or.th/English/ResearchAndPublications/Report/DocLib_AnnualEconReport/Annual-00.pdf?fbclid=IwAR2_DoN4LRqMCu0jXd7PbVfct5B8-P-VgXYRaaipKzRxxg48WV1VUywnBjKjg; truy cập ngày 10/03/2020.

10 Xem https://www.set.or.th/en/news/econ_mkt_dev/files/Foreigners_Participation.pdf, truy cập ngày 23/02/2020.

11 Xem thêm: Part 4 Securities and Exchange Act No. B.E 2535 (as amended) of Thailand; <https://www.sec.or.th/EN/Documents/ActandRoyalEnactment/Act/act-sea1992-amended.pdf>.

12 The Capital Market Supervisory Board (2009), “No. TorJor. 31/2552 Re: Offering for Sale of Certificates Representing Interest from Underlying Securities by the Subsidiary of the Stock Exchange of Thailand”, Section 14; http://capital.sec.or.th/webapp/nrs/data/4769se.pdf?fbclid=IwAR2hkeGdILAfm-ZnYtADNkoauIatAIquLKiwRiQFIUQ9xCz9X4m5fS_i220; truy cập ngày 20/02/2020.

hữu chứng khoán cơ sở của các công ty niêm yết trên SET (sau đây gọi là “Công ty mục tiêu”)¹³. Chứng khoán làm cơ sở để phát hành NVDR có thể là: (i) cổ phiếu; (ii) chứng quyền; (iii) quyền đăng ký mua cổ phần có thể chuyển đổi¹⁴. Trong phạm vi bài nghiên cứu này, chúng tôi chỉ đề cập đến NVDR được phát hành dựa trên chứng khoán cơ sở là cổ phiếu vì đây là loại NVDR phổ biến nhất tại Thái Lan.

Bất kỳ nhà đầu tư nào cũng có quyền nắm giữ NVDR bao gồm cả nhà đầu tư trong nước và nước ngoài. Người nắm giữ NVDR sẽ hưởng được các lợi ích tài chính tương đương với lợi ích của một cổ đông và không có quyền biểu quyết tại công ty mục tiêu. Quyền sở hữu NVDR được ghi nhận khi tên nhà đầu tư xuất hiện trong Sổ đăng ký NVDR do Công ty TNHH Lưu ký Chứng khoán Thái Lan quản lý¹⁵. NVDR được phát hành dưới dạng bút toán ghi sổ ghi nhận quyền sở hữu NVDR của nhà đầu tư. Chứng chỉ chứng nhận quyền sở hữu chỉ được cấp khi nhà đầu tư yêu cầu đến công ty lưu ký chứng khoán Thái Lan¹⁶.

NVDR được phát hành sẽ tạo nên mối quan hệ ba bên giữa ba chủ thể: (i) Công ty mục tiêu – chủ thể phát hành chứng khoán cơ sở; (ii) Tổ chức phát hành NVDR và (iii) nhà đầu tư nắm giữ NVDR như sau:

Mối quan hệ giữa nhà đầu tư nắm giữ NVDR và Tổ chức phát hành NVDR: sau khi đăng ký thông tin vào Sổ đăng ký NVDR, nhà đầu tư được công nhận là chủ sở hữu

tuyệt đối của NVDR cho tất cả các mục đích (trừ khi có quy định khác của pháp luật)¹⁷. NVDR là căn cứ cấu thành nghĩa vụ trực tiếp, chung, vô điều kiện và nhưng không bảo đảm của Tổ chức phát hành đối với nhà đầu tư. Nhà đầu tư và Tổ chức phát hành được hưởng quyền và tuân theo nghĩa vụ theo thỏa thuận về việc phát hành NVDR giữa hai bên. Khi tổ chức phát hành nhận được các lợi ích tài chính từ Công ty mục tiêu, tổ chức phát hành sẽ chuyển cho người nắm giữ NVDR theo tỷ lệ tương ứng.

Mối quan hệ giữa Tổ chức phát hành NVDR và công ty mục tiêu: Tổ chức phát hành là cổ đông tại Công ty mục tiêu, nhưng vì việc nắm giữ cổ phiếu tại Công ty mục tiêu với mục đích phát hành NVDR nên quyền của tổ chức phát hành sẽ bị giới hạn. Theo đó, Tổ chức phát hành có đầy đủ các quyền và lợi ích hợp pháp về tài chính như một cổ đông tại Công ty mục tiêu. Đối với quyền biểu quyết, Tổ chức phát hành sẽ không được trực tiếp thực hiện quyền này, trừ một số trường hợp ngoại lệ có ảnh hưởng đến quyền của người nắm giữ NVDR như việc hủy niêm yết cổ phiếu của công ty mục tiêu. Thay vào đó, Tổ chức phát hành có thể thực hiện việc phân bổ quyền biểu quyết tương ứng với số cổ phần mà tổ chức này nắm giữ cho các cổ đông là nhà đầu tư trong nước. Đồng thời, Tổ chức phát hành cũng không được dùng chứng khoán cơ sở để cam kết cho bất kỳ nghĩa vụ nào không liên quan đến vận hành NVDR¹⁸.

-
- 13 Thai NVDR Company Limited (2020), Prospectus about issuance of non-voting depositary receipts, Part 1, p.2; https://www.set.or.th/nvdr/en/info/files/Full_Prospectus_30012020.pdf, truy cập ngày 20/20/2020.
- 14 Thai NVDR Company Limited (2020), tlđđ, Part 1, Part 2, pp.1-3.
- 15 Thai NVDR Company Limited (2020), tlđđ, Part 2, p.4.
- 16 Thai NVDR Company Limited (2020), tlđđ, Part 5, p.10.
- 17 Thai NVDR Company Limited (2020), tlđđ, Part 5.2.2, p.10.
- 18 Thai NVDR Company Limited (2020), tlđđ, Part 3, p.7.

Mối quan hệ giữa nhà đầu tư và Công ty mục tiêu: không tồn tại mối quan hệ trực tiếp giữa Công ty mục tiêu và nhà đầu tư nắm giữ NVDR vì bản chất NVDR được phát hành độc lập với Công ty mục tiêu. Do đó, NVDR không là căn cứ để nhà đầu tư được hưởng quyền và thực hiện nghĩa vụ bất kỳ của chứng khoán cơ sở trong công ty mục tiêu. Việc nhà đầu tư nhận được các lợi ích tài chính từ chứng khoán cơ sở chỉ là do Tổ chức phát hành nhận các lợi ích đó từ quyền cổ đông của mình và chuyển sang cho nhà đầu tư theo thỏa thuận phát hành NVDR.

- Cơ chế giao dịch và chuyển đổi NVDR

Nhà đầu tư có thể thực hiện giao dịch NVDR như các loại chứng khoán khác trên thị trường. Các giao dịch phổ biến như: mua hoặc bán NVDR, chuyển nhượng NVDR cho người khác, chuyển đổi chứng khoán cơ sở thành NVDR hoặc ngược lại¹⁹. Đối với giao dịch mua hoặc bán NVDR, sẽ có một bên trung gian hỗ trợ nhà đầu tư là Đại lý (hoặc Tổ chức bảo lãnh phát hành với chứng khoán cơ sở là cổ phần mới phát hành hoặc chứng quyền)²⁰. Quy trình mua NVDR thông qua Đại lý có thể được hình dung như sau: Bước 1, nhà đầu tư đặt lệnh mua NVDR thông qua Đại lý với mức giá cụ thể; Bước 2: Đại lý với tư cách là bên đại diện của Tổ chức phát hành sẽ đứng ra mua chứng khoán cơ sở trên sở giao dịch tương ứng mức giá nhà đầu tư đã đưa ra. Vào ngày thanh toán và bù trừ chứng khoán cơ sở diễn ra, Tổ chức phát hành sẽ (i) thông qua Đại lý để bán NVDR cho nhà đầu tư; (ii) thông báo cho nhà đầu tư về việc đã mua chứng khoán

cơ sở của mình và (iii) theo các thông báo được cập nhật từ giao dịch, Công ty TNHH Lưu ký Chứng khoán Thái Lan ghi nhận thông tin nhà đầu tư vào Sổ đăng ký NVDR²¹.

Nhà đầu tư có quyền tiến hành mua bán NVDR trên thị trường thứ cấp để tạo tính thanh khoản cho NVDR. Việc chuyển nhượng và ghi nhận quyền sở hữu NVDR sẽ phải tuân theo các điều kiện và thủ tục của Công ty TNHH Lưu ký Chứng khoán Thái Lan. Bên cạnh đó, bất kỳ lúc nào nhà đầu tư cũng có thể chuyển đổi NVDR mà mình đang nắm giữ thành cổ phiếu của công ty mục tiêu nếu như tỷ lệ SHNN thực tế tại công ty mục tiêu thấp hơn hạn mức tỷ lệ SHNN đối công ty mục tiêu đó. Tỷ lệ chuyển đổi giữa chứng khoán cơ sở và NVDR là 1-1²².

- Cơ chế vận hành NVDR

Số lượng NVDR được phát hành cho nhà đầu tư phải tương ứng với số lượng chứng khoán cơ sở mà Tổ chức phát hành nắm giữ tại công ty mục tiêu. Do đó, Công ty Thai NVDR có quyền điều chỉnh số lượng NVDR bằng việc phát hành thêm hoặc mua lại NVDR nhằm đảm bảo tương quan số lượng chứng khoán cơ sở mà tổ chức này nắm giữ trong một số trường hợp như: Tổ chức phát hành nhận cổ tức dưới dạng cổ phiếu mới; nhận được quyền mua cổ phần mới; khi có sự thay đổi mệnh giá của cổ phiếu dẫn đến việc tăng hoặc giảm số lượng cổ phần, khi giảm vốn thực góp của công ty mục tiêu bằng cách giảm số lượng cổ phần,...²³

19 Thai NVDR Company Limited, (footnote 13), Part 5.4 p.12.

20 Thai NVDR Company Limited (2020), tlđđ, Part 2, p.3.

21 Thai NVDR Company Limited (2020), tlđđ, Part 5.4.1, p.13.

22 Thai NVDR Company Limited (2020), tlđđ, Part 5.4, p.12-17.

23 Thai NVDR Company Limited (2020), tlđđ, Part 7, part 11 và part 13, pp.18-24.

Về mặt phân phối lợi ích của NVDR, những lợi ích mà nhà đầu tư nhận được sẽ bắt nguồn từ lợi ích tài chính của chứng khoán cơ sở. Với tư cách là chủ sở hữu hợp pháp của chứng khoán cơ sở, Công ty Thái NVDR sẽ đứng ra nhận toàn bộ các lợi ích tài chính như: cổ tức bằng tiền mặt, cổ tức dưới dạng cổ phiếu mới, quyền mua thêm cổ phần mới và các lợi ích tài chính khác. Sau đó nó sẽ phân phối lại cho nhà đầu tư tương ứng tỷ lệ NVDR đang nắm giữ. Mặt khác, Tổ chức phát hành được lập ra chỉ với mục đích vận hành NVDR hỗ trợ nhà đầu tư nên để bù đắp chi phí hoạt động, Tổ chức này sẽ được nhà đầu tư hoàn trả cho các chi phí phát sinh liên quan đến NVDR²⁴.

- Quyền biểu quyết và cơ chế phân bổ quyền biểu quyết

Số NVDR được phát hành sẽ tương ứng với số chứng khoán cơ sở mà tổ chức phát hành nắm giữ tại công ty mục tiêu. Theo đó, Tổ chức phát hành có tư cách cổ đông/chủ sở hữu các chứng khoán cơ sở tại công ty mục tiêu. Vì thế, tổ chức phát hành có quyền tham dự tất cả cuộc họp Đại hội đồng cổ đông của công ty mục tiêu. Tuy nhiên, cách thực hiện quyền biểu quyết thì được quy định tương đối đặc biệt.

Về cơ bản, Tổ chức phát hành NVDR sẽ không được thực hiện quyền biểu quyết trực tiếp tại Đại hội đồng cổ đông của công ty mục tiêu, trừ trường hợp xem xét việc hủy niêm yết chứng khoán cơ sở tại Sở giao dịch chứng khoán²⁵. Đối với các quyết định khác

nằm trong thẩm quyền của Đại hội đồng cổ đông của Công ty mục tiêu, tổ chức phát hành sẽ không biểu quyết. Điều này được lý giải bởi mục đích duy nhất của Công ty Thái NVDR nắm giữ cổ phần tại công ty mục tiêu là để phát hành NVDR nhằm giúp nhà đầu tư nhận được các lợi ích tài chính mà không can thiệp vào hoạt động kinh doanh của Công ty mục tiêu²⁶. Mặc dù vậy, về bản chất, Tổ chức phát hành vẫn là cổ đông của Công ty mục tiêu, nắm giữ một tỷ lệ cổ phần có quyền biểu quyết nhất định và chiếm một phần trong nhóm tỷ lệ cổ phần của nhà đầu tư trong nước. Do đó, để đảm bảo quyền kiểm soát của nhà đầu tư trong nước không bị giảm xuống, quyền biểu quyết tương ứng với tỷ lệ cổ phần mà Tổ chức phát hành nắm giữ có thể sẽ được phân bổ lại cho những nhà đầu tư trong nước. Quan sát thực tiễn tại Thái Lan, chúng tôi nhận thấy có hai cơ chế phân bổ quyền biểu quyết như sau:

Thứ nhất, trường hợp quyền biểu quyết của NĐTNN chiếm tỷ lệ không đủ lớn để kiểm soát và chi phối việc quyết định so với tỷ lệ sở hữu của nhà đầu tư trong nước, quyền biểu quyết của Thái NVDR sẽ không được tính vào tỷ lệ bỏ phiếu. Khi đó, Sở giao dịch chứng khoán Thái Lan sẽ phát hành một thông báo cụ thể đến Công ty mục tiêu về việc loại bỏ tỷ lệ cổ phần do Công ty Thái NVDR nắm giữ ra khỏi tổng số cổ phần tham gia biểu quyết²⁷.

Thứ hai, trường hợp quyền biểu quyết của NĐTNN chiếm tỷ lệ chi phối quyết định

24 Thai NVDR Company Limited (2020), tldd, part 7, tr.18-19.

25 Xem thêm: Thai NVDR Company Limited (2020), tldd, part 5.8 pp.18-19.

26 Xem thêm: Bangkok International Associates (2016), “Chapter 5: Duties of Directors and Right of Shareholders”; <http://www.bia.co.th/thailand-legal-guide-2016-update/chapter-5-duties-of-directors-and-rights-of-shareholders/>, truy cập ngày 23/02/2020.

27 Xem thêm: Thoresen Thai Agencies Public Company Limited (2006), “Notice Calling the 1/2006 Annual General Meeting Of the Shareholders of the Company”, p.11.

của Công ty mục tiêu và sẽ ảnh hưởng đến quyền kiểm soát của nhà đầu tư trong nước, quyền biểu quyết tương ứng với tỷ lệ cổ phần mà tổ chức phát hành đang nắm giữ sẽ được phân bổ cho nhà đầu tư trong nước tương ứng tỷ lệ nắm giữ cổ phần của các nhà đầu tư đó theo cơ chế ủy quyền từ Tổ chức phát hành²⁸.

Trong trường hợp quyết định về việc hủy niêm yết cổ phiếu của Công ty mục tiêu, Tổ chức phát hành NVDR sẽ trực tiếp thực hiện quyền biểu quyết. Tuy nhiên, việc hủy niêm yết cổ phiếu sẽ dẫn đến hệ quả NVDR tương ứng cũng bị hủy bỏ và ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của nhà đầu tư nên trước khi thực hiện quyền biểu quyết, Tổ chức phát hành thu thập và tiếp nhận ý kiến của nhà đầu tư đang nắm giữ NVDR²⁹. Như vậy, với cơ chế phân bổ quyền biểu quyết hợp lý của NVDR đã giúp NĐTNN vừa tiếp cận được công ty mục tiêu vừa đáp ứng được các giới hạn tỷ lệ SHNN trên TTCK Thái Lan³⁰.

3. Kiến nghị

Tại Việt Nam, Luật Chứng khoán 2019 đã ghi nhận chứng chỉ lưu ký như một loại chứng khoán trên TTCK Việt Nam nhưng chỉ mới dừng ở việc định danh. NVDR chỉ là một loại chứng chỉ lưu ký. Do vậy, cho đến thời điểm hiện tại, NVDR vẫn chưa được ghi nhận chính thức tại Việt Nam. Vì lẽ đó, muốn triển khai NVDR tại Việt Nam, chúng tôi cho rằng, cần phải xây dựng khung pháp lý cho hoạt động này. Chúng tôi đề xuất một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, về cơ sở pháp lý, Luật Chứng khoán năm 2019 và Luật Doanh nghiệp năm 2020 đã có những điều chỉnh bước đầu về cơ chế vận hành của NVDR trong công ty cổ phần. Theo đó, khoản 6 Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2020 đã quy định: “*Cổ phần phổ thông được dùng làm tài sản cơ sở để phát hành chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết được gọi là cổ phần phổ thông cơ sở. Chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết có lợi ích kinh tế và nghĩa vụ tương ứng với cổ phần phổ thông cơ sở, trừ quyền biểu quyết.*” Luật Doanh nghiệp 2020 đã định danh về chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết (NVDR) trên cơ sở khái niệm “chứng chỉ lưu ký” của Luật Chứng khoán năm 2019. Chúng tôi ủng hộ việc đưa quy định về chứng chỉ lưu ký vào Luật Doanh nghiệp. Vì dựa trên quy định mang tính định danh của Luật Chứng khoán năm 2019 và Luật Doanh nghiệp năm 2020, Chính phủ và Bộ Tài chính mới có đủ căn cứ pháp lý để tiếp tục ban hành các văn bản hướng dẫn về NVDR.

Tuy nhiên, cách quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2020 còn chung chung và chưa bộc lộ được đầy đủ bản chất pháp lý của NVDR trong việc phân tách rõ ràng mối quan hệ giữa ba chủ thể: công ty mục tiêu, tổ chức phát hành NVDR và nhà đầu tư nắm giữ NVDR. Vì vậy, văn bản hướng dẫn về NVDR cần bổ sung quy định về NVDR như sau: “*Chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết do cổ đông là tổ chức phát hành Chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết*

28 Xem thêm: Lanna Resources Public Company Limited; http://www.lannar.com/main/?page_id=954&lang=en, truy cập ngày 23/02/2020, ghi nhận Công ty Thai NVDR có quyền biểu quyết đối với cổ phần nắm giữ như các cổ đông khác.

29 Xem https://www.set.or.th/nvdr/en/news/files/others/change_prospectus_eng.pdf; https://www.set.or.th/nvdr/en/news/files/delisting_2007/SCBL.pdf.

30 Thai NVDR Company Limited (2020), tldr, part 5.1 p.10.

phát hành. Người nắm giữ chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết có quyền hưởng các lợi ích tài chính như một cổ đông từ Tổ chức phát hành chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết, trừ quyền biểu quyết”.

Thứ hai, khung pháp lý về NVDR cần tập trung vào bốn vấn đề sau: (i) Cơ chế phát hành NVDR; (ii) Cơ chế giao dịch NVDR; (iii) Cơ chế vận hành NVDR; (iv) cơ chế phân bổ quyền biểu quyết.

Về chứng khoán cơ sở, với gần 20 năm triển khai NVDR, Thái Lan đã vận hành tương đối thành công loại chứng khoán này và cho phép NVDR phát hành trên nhiều loại chứng khoán cơ sở khác nhau. Tuy nhiên, trong giai đoạn đầu vận hành NVDR tại Việt Nam, chúng tôi cho rằng chứng khoán cơ sở để phát hành NVDR là cổ phiếu phổ thông của các công ty niêm yết. Điều này giúp việc vận hành đơn giản hơn, đồng thời cũng giải quyết được bài toán cấp bách trước mắt về việc thu hút NĐTNN đầu tư vào các công ty niêm yết tại Việt Nam.

Về tổ chức phát hành, Luật Chứng khoán năm 2019 vừa được thông qua với định hướng hợp nhất 02 sàn giao dịch chứng khoán hiện nay thành Sở giao dịch chứng khoán Việt Nam. Luật Chứng khoán năm 2019 cũng có quy định bổ sung quyền của sở giao dịch chứng khoán trong việc lập các công ty con để thực hiện chức năng tổ chức và vận hành thị trường giao dịch chứng khoán³¹. Đây là một điểm thuận lợi để triển khai NVDR vì Sở giao dịch này có thể thành lập 01 công ty con nhằm vận hành NVDR tương tự như vai trò của Sở giao dịch chứng khoán Thái Lan (SET) và Công ty Thai NVDR. Công ty con của sở sẽ là tổ chức

phát hành NVDR thống nhất trên toàn bộ lãnh thổ mà không bị phân tán trong việc vận hành loại chứng khoán này. Khi nhà đầu tư muốn mua NVDR đại diện cho cổ phần của bất kỳ công ty mục tiêu nào thì tổ chức phát hành chỉ việc mua cổ phần phổ thông của công ty đó và phát hành NVDR cho nhà đầu tư. NVDR ràng buộc trách nhiệm phân phối lợi ích phát sinh từ cổ phần cơ sở cho nhà đầu tư. Ngược lại nhà đầu tư sẽ phải thanh toán các khoản phí cho tổ chức phát hành để bù đắp chi phí hoạt động. Về các quyền và nghĩa vụ cụ thể cũng như từng quy trình chi tiết sẽ được quy định trong Điều lệ của tổ chức phát hành cũng như Bản cáo bạch NVDR một cách phù hợp với pháp luật về chứng khoán. Do đó, việc triển khai NVDR mang bản chất là một loại chứng khoán trên thị trường cũng sẽ không dẫn đến làm thay đổi lớn trong hệ thống pháp luật.

Về quyền biểu quyết và cơ chế phân bổ quyền biểu quyết, văn bản hướng dẫn về NVDR cần bổ sung quy định sau: “*Cổ đông là tổ chức phát hành chứng chỉ lưu ký không có quyền biểu quyết có quyền phân bổ quyền biểu quyết của mình cho các cổ đông hiện hữu là nhà đầu tư trong nước tương ứng tỷ lệ sở hữu cổ phần phổ thông của các cổ đông đó theo cơ chế ủy quyền*”. Quy định này sẽ đảm bảo được bản chất pháp lý của NVDR cũng như các quyền cổ đông trong công ty cổ phần. Tổ chức phát hành NVDR có tư cách là một cổ đông tại công ty mục tiêu nên phải có quyền và nghĩa vụ của một cổ đông phổ thông. Tuy vậy, do mục tiêu nắm giữ cổ phần chỉ để làm cơ sở cho việc phát hành NVDR nên quyền cổ đông của tổ chức phát hành trong trường hợp này được

31 Điều 42 Luật Chứng khoán năm 2019.

thực hiện theo cơ chế đặc biệt hơn. Quyền biểu quyết sẽ không được thực hiện trực tiếp mà sẽ được phân bổ lại theo cơ chế ủy quyền cho các cổ đông hiện hữu là nhà đầu tư trong nước. Sở dĩ phải phân bổ cho các nhà đầu tư trong nước là nhằm đảm bảo sự tương quan về tỷ lệ sở hữu giữa nhà đầu tư trong nước và NĐTNN sẽ không bị ảnh hưởng bởi tỷ lệ cổ phần phổ thông đã được dùng làm tài sản cơ sở cho việc phát hành NVDR. Đối với NĐTNN, việc phân bổ quyền biểu quyết như trên cũng không tạo nên sự bất bình đẳng.

Bởi lẽ, ngay từ đầu họ đã không được mua thêm cổ phiếu khi tỷ lệ sở hữu nước ngoài đã đạt đến mức trần. Nhờ có NVDR mà họ được hưởng được các lợi ích tài chính từ cổ phần nằm ngoài giới hạn tỷ lệ SHNN. Dĩ nhiên, nếu công ty mục tiêu còn hạn mức tỷ lệ SHNN thì họ hoàn toàn có quyền trở thành cổ đông bằng cách mua cổ phần mới hoặc chuyển đổi NVDR đang sở hữu thành cổ phần phổ thông (điều này sẽ được giải quyết theo cơ chế vận hành NVDR của Tổ chức phát hành) ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bank of Thailand (2000), *Annual Economic Report 2000*, ISBN 974-8036-84-7.
2. Bangkok International Associates (2016), “Chapter 5: Duties of Directors and Right of Shareholders”; <http://www.bia.co.th/thailand-legal-guide-2016-update/chapter-5-duties-of-directors-and-rights-of-shareholders/>.
3. Bộ Chính Trị (2019), Nghị quyết 39-NQ/TW ban hành ngày 15/01/2019 Nghị quyết của Bộ Chính trị về nâng cao hiệu quả quản lý, khai thác, sử dụng và phát huy các nguồn lực của nền kinh tế.
4. Securities and Exchange Act No. B.E 2535 (as amended) of Thailand.
5. Tanakorn Likitapwat và William F. Johnson (2016), “Market Segmentation in Developing Markets Evidence from Thai Non-Voting Depository Receipts”, *Journal of Applied Economic Sciences*, 11, p.241 – 256.
6. Thai NVDR Company Limited (2020), Prospectus about issuance of non-voting depository receipts; https://www.set.or.th/nvdr/en/info/files/Full_Prospectus_30012020.pdf.
7. The Capital Market Supervisory Board (2009), “No. TorJor. 31/2552 Re: Offering for Sale of Certificates Representing Interest from Underlying Securities by the Subsidiary of the Stock Exchange of Thailand”, Section 14.
8. The Foreign Business Act, B.E. 2542 1999 of Thailand.
9. Thoresen Thai Agencies Public Company Limited (2006), “Notice Calling the 1/2006 Annual General Meeting Of the Shareholders of the Company”.
10. Duy Thái (2018), “Chúng khoán Việt với diện mạo mới ở tuổi 18”, Thời báo Tài chính Việt Nam; <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/ky-niem-ngay-thanh-lap-tbtcvn/2018-08-29/chung-khoan-viet-voi-dien-mao-moi-o-tuoi-18-61408.aspx>.
11. Ủy ban chứng khoán Nhà nước (2020), Bảng thống kê: “Vốn hóa TTCK”; https://www.ssc.gov.vn/ubck/faces/vi/vimenu/vipages_vithongtinthitruong/thongkettck/quymothitruong?_adf.ctrl-state=y8s8vt9zy_87&_afrLoop=265728162340000.