

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



Số 12 (412)

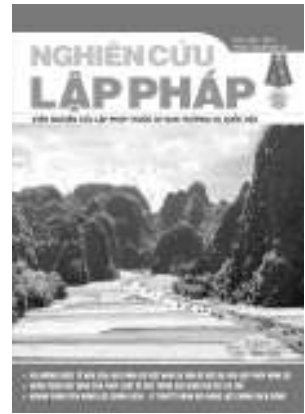
Kỳ 2 - Tháng 6/2020

- ❖ XU HƯỚNG QUỐC TẾ HÓA CỦA LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM VÀ VẤN ĐỀ ĐẶT RA CHO LẬP PHÁP HÌNH SỰ
- ❖ HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ QUY TRÌNH XÁC ĐỊNH GIÁ ĐẤT CỤ THỂ
- ❖ KHUNG PHÂN TÍCH NĂNG LỰC CHÍNH SÁCH - LÝ THUYẾT ĐÁNH GIÁ NĂNG LỰC CHÍNH SÁCH CÔNG

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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



Mục lục Số 12/2020

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Xu hướng quốc tế hóa của luật hình sự Việt Nam và vấn đề đặt ra cho lập pháp hình sự

TS. Đào Lệ Thu

- 14** Biện pháp tự vệ trong phòng vệ thương mại

TS. Phan Phương Nam - ThS. Kim Thị Hạnh

- 19** Phản biện xã hội và vai trò của phản biện xã hội ở Việt Nam hiện nay

ThS. Lê Thị Thiệu Hoa

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 28** Hoàn thiện quy định của pháp luật về quy trình xác định giá đất cụ thể

ThS. Châu Hoàng Thân

CHÍNH SÁCH

- 36** Khung phân tích năng lực chính sách - lý thuyết đánh giá năng lực chính sách công

Nguyễn Đức Lam

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 43** Án phí dân sự và vướng mắc trong thực tiễn

Dương Tấn Thanh

- 52** Khó khăn, vướng mắc qua việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tố tụng dân sự và kiến nghị hoàn thiện

ThS. Thái Chí Bình

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 59** Quy định của pháp luật Nhật Bản về tình trạng khẩn cấp và những gợi mở cho Việt Nam

Cầm Vũ Thảo Nguyên

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

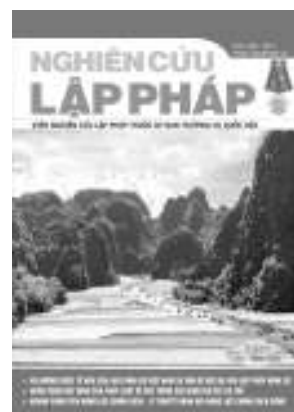
GIÁ: **25.000 ĐỒNG**

Ảnh bìa: Ninh Bình - Mùa lúa chín
Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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



Legis No 12/2020

STATE AND LAW

- 3** Internationalization Trend of Criminal Law of Vietnam and Identified Issues for Criminal Law

Dr. Dao Le Thu

- 14** Safeguard Measures in Trade Remedies

Dr. Phan Phuong Nam - LLM. Kim Thi Hanh

- 19** Social Criticism and Role of Social Criticism in Vietnam

LLM. Le Thi Thieu Hoa

DISCUSSION OF BILLS

- 28** Improvements of Legal Regulations on Procedure for Pricing of Particular Land

LLM. Chau Hoang Than

POLICIES

- 36** Framework of Policy Capacity Analysis - the Theory for Assessment of Public Policy Capacity

Nguyen Duc Lam

LEGAL PRACTICE

- 43** Fees for Civil Court and Problems in Practices

Duong Tan Thanh

- 52** Difficulties and Obstacles through the Application of Temporary Emergency Measures in Civil Procedures and Recommendations for Improvements

LLM. Thai Chi Binh

FOREIGN EXPERIENCE

- 59** The Provisions of Japanese Laws on Emergencies and Suggestions for Vietnam

Cam Vu Thao Nguyen

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 PUBLISMENT:

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**

XU HƯỚNG QUỐC TẾ HÓA CỦA LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM VÀ VẤN ĐỀ ĐẶT RA CHO LẬP PHÁP HÌNH SỰ

Đào Lệ Thu*

*TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bộ luật hình sự, xu hướng quốc tế hóa.

Lịch sử bài viết:

Ngày nhận bài : 03/5/2020

Biên tập : 03/6/2020

Duyệt bài : 09/6/2020

Article Information:

Keywords: The Criminal Code; international trend.

Article History:

Received : 03 May. 2020

Edited : 05 Jun. 2020

Approved : 09 Jun. 2020

Tóm tắt:

Bài viết này luận giải xu hướng quốc tế hóa của luật hình sự Việt Nam, đưa ra phân tích và bình luận về những biểu hiện rõ nét của xu hướng quốc tế hóa trong Bộ luật Hình sự năm 2015, và xác định một số vấn đề đặt ra cho việc hoàn thiện luật hình sự Việt Nam theo xu hướng quốc tế hóa.

Abstract:

This article firstly provides discussions on the internationalization trend of criminal law of Vietnam, provides an analysis and comments on the clear manifestations of the internationalization trend in Vietnam's Criminal Code of 2015 and also identifications of a number of issues for improvements of Vietnam's criminal law in the internationalization context.

1. Lý giải cho xu hướng quốc tế hóa của luật hình sự Việt Nam

Luật hình sự Việt Nam đã trải qua những dấu mốc phát triển vào thời điểm ban hành các Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 1985, năm 1999 và năm 2015. Mỗi BLHS (cùng với các luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS) đều chịu ảnh hưởng và mang dấu ấn của những xu hướng lập pháp hình sự nhất định. Ở giai đoạn ban đầu của quá trình pháp điển hóa luật hình sự, khía cạnh quốc tế trong luật hình sự Việt Nam mới chỉ thể hiện ở mức độ rất khiêm tốn. Đầu tiên, BLHS năm 1985 ghi nhận hiệu lực của BLHS theo một số nguyên tắc của luật hình sự quốc tế và quy định một số tội phạm nhằm bảo vệ lợi ích của cộng

đồng quốc tế. Sau đó, BLHS năm 1999 đã tiếp tục có một số sửa đổi, bổ sung nhằm bảo đảm trách nhiệm của Việt Nam với tư cách là thành viên của một số điều ước quốc tế về hình sự. Tuy nhiên, hai văn bản luật này vẫn chưa thực sự tạo nên xu hướng quốc tế hóa của luật hình sự Việt Nam. Luật sửa đổi, bổ sung BLHS năm 2009 và đặc biệt là BLHS năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) trở thành những biểu hiện rõ nét cho xu hướng lập pháp hình sự này. BLHS năm 2015 thể hiện những xu hướng cải cách luật hình sự như: hiện đại hóa, hướng thiện, hội nhập quốc tế, cải cách tư pháp, tôn trọng quyền con người, v.v... Vậy xuất phát từ những lý do nào mà luật

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

hình sự Việt Nam lại chịu ảnh hưởng và thể hiện ngày càng rõ nét xu hướng quốc tế hóa?

Thứ nhất, yêu cầu của các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. BLHS năm 1985 được ban hành trong bối cảnh Việt Nam chưa có nhiều quan hệ hợp tác quốc tế; BLHS năm 1999 ra đời trong hoàn cảnh Việt Nam cũng chưa hội nhập kinh tế quốc tế sâu rộng. Vì vậy, ở thời điểm đó, luật hình sự Việt Nam chưa phản ánh được nhiều đặc điểm và yêu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm trong điều kiện hội nhập quốc tế, cũng chưa tạo cơ sở pháp lý đầy đủ và thuận lợi cho việc hợp tác quốc tế trong đấu tranh phòng, chống tội phạm.

Trong những năm gần đây, Việt Nam đã chủ động hội nhập quốc tế bằng việc tích cực tham gia nhiều tổ chức quốc tế, tổ chức khu vực và đã trở thành thành viên của nhiều điều ước quốc tế đa phương và khu vực có liên quan đến việc phòng, chống tội phạm quốc tế và tội phạm xuyên quốc gia. Đáng chú ý, Việt Nam đã tham gia vào các công ước về phòng, chống tội phạm như: Công ước Chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và Nghị định thư về Phòng, chống buôn bán người, đặc biệt là phụ nữ và trẻ em năm 2000; Công ước Chống tham nhũng năm 2003; Công ước Chống tra tấn năm 1987; các điều ước quốc tế liên quan đến chống khủng bố, tài trợ khủng bố, rửa tiền, cướp biển, bắt cóc con tin, v.v. Các điều ước quốc tế trong lĩnh vực hình sự này đòi hỏi các quốc gia thành viên phải nội luật hóa những quy định có tính bắt buộc như việc xác lập quyền tài phán của luật hình sự quốc gia làm cơ sở để truy cứu trách nhiệm hình sự, việc tội phạm hóa những dạng hành vi nguy hiểm cho xã hội nhất định, việc xây dựng những chế định luật hình sự làm cơ sở để xác định tội phạm, v.v. Việc sửa đổi, bổ sung BLHS

năm 2015 là một cơ hội để Việt Nam tiếp tục nội luật hóa những quy định về hình sự trong các điều ước quốc tế mà chúng ta tham gia nhằm thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ của quốc gia thành viên.

Thứ hai, yêu cầu của cuộc đấu tranh chống tội phạm trong bối cảnh hội nhập và toàn cầu hóa. Có thể thấy rằng, cùng với quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, Việt Nam đang phải đối mặt với sự gia tăng của các loại tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, các tội phạm do người nước ngoài thực hiện. Cùng lúc đó, các tội phạm quốc tế và tội phạm xuyên quốc gia như tội phạm chiến tranh, chống loài người, tội phạm về ma túy, mua bán người, rửa tiền, khủng bố và tài trợ khủng bố, tội phạm sử dụng công nghệ cao... ngày càng diễn biến phức tạp, nghiêm trọng, gây ảnh hưởng và gây quan ngại cho cộng đồng quốc tế nói chung và các quốc gia nói riêng. Việc hoàn thiện các cơ chế pháp luật để tạo cơ sở pháp lý thuận lợi cho việc chủ động và tăng cường hợp tác quốc tế trong phòng, chống tội phạm, đặc biệt là các tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, là một xu thế tất yếu trong bối cảnh hiện nay¹.

Thứ ba, một hiện tượng đang tạo ra xu hướng quốc tế hóa trong pháp luật hình sự của nhiều quốc gia trên thế giới, trong đó có Việt Nam, là hài hòa hóa và nhất thể hóa pháp luật. Pháp luật hình sự ở nhiều khu vực trên thế giới đang được cải cách theo xu hướng này để tạo ra sự hài hòa và cao hơn nữa là sự thống nhất. Những khái niệm “luật hình sự quốc tế”, “luật hình sự xuyên quốc gia”, “luật hình sự khu vực”, “luật hình sự so sánh”, v.v. đã được hình thành và đang được phát triển ngày càng mạnh mẽ, với sự nỗ lực của các quốc gia trong việc đưa pháp luật hình sự của mình ngày càng tiệm cận với các chuẩn mực pháp luật quốc tế về bảo

1 Xem thêm: Tờ trình về Dự án Bộ luật hình sự (sửa đổi) số 186/TTr-CP ngày 27/04/2015 của Chính phủ trình Quốc hội, tr.4-5.

vệ quyền con người, chống những loại tội phạm gây nguy hiểm cho cả cộng đồng cũng như ngày càng đáp ứng được tính hiện đại của khoa học luật hình sự trên thế giới².

2. Xu hướng quốc tế hóa trong Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015

- Xu hướng quốc tế hóa thể hiện trong chính sách hình sự của Việt Nam

BLHS năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung quan trọng, thể hiện những chuyển biến căn bản trong chính sách xử lý hình sự. Trong đó, những thay đổi rõ rệt nhất là việc ghi nhận trách nhiệm hình sự (TNHS) đối với pháp nhân thương mại, chính sách nhân đạo trong quy định về hình phạt và chính sách xử lý thân thiện đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Đây đều là những biểu hiện của xu hướng quốc tế hóa của luật hình sự Việt Nam.

Trước hết, việc quy định TNHS của pháp nhân thương mại trong BLHS năm 2015 nhằm đáp ứng những khuyến nghị của các điều ước quốc tế về chống tham nhũng, rửa tiền, buôn bán người, khủng bố, tài trợ khủng bố... mà Việt Nam là thành viên. Bên cạnh đó, với tư cách là quốc gia thành viên của Nhóm châu Á-Thái Bình Dương về chống rửa tiền (APG), Việt Nam có trách nhiệm thực hiện đầy đủ các Khuyến nghị của Lực lượng đặc nhiệm tài chính về chống rửa tiền (FATF), trong đó Khuyến nghị 2 liên quan đến việc quy định TNHS đối với pháp nhân. Hơn nữa, trong điều kiện hội nhập kinh tế quốc tế ngày nay, cơ hội đầu tư kinh doanh của các doanh nghiệp Việt Nam ở nước ngoài cũng như doanh nghiệp nước ngoài vào Việt Nam đều gia tăng. Nếu Việt

Nam không quy định TNHS sự đối với pháp nhân như pháp luật của đa số quốc gia ASEAN khác thì sẽ thiếu công bằng cho các doanh nghiệp trong và ngoài nước khi cùng vi phạm pháp luật như nhau.

Vấn đề TNHS của pháp nhân đã được ghi nhận trong pháp luật hình sự ở nhiều nước. Qua nghiên cứu và rà soát, cơ quan soạn thảo BLHS năm 2015 xác định trên thế giới có 119 nước quy định TNHS đối với pháp nhân, trong đó điển hình là các quốc gia theo truyền thống Common Law như Anh, Mỹ, Canada, Australia hoặc nhiều nước châu Âu theo truyền thống Civil Law như Pháp, Hà Lan, Bồ Đào Nha, Phần Lan, Vương quốc Bỉ, Thụy Sĩ, Tây Ban Nha, Slovakia, Hungari, Lavia, Estonia, Croatia hoặc điển hình cho khu vực Bắc Á như Nhật Bản, Trung Quốc. Trong số đó, khu vực ASEAN có sáu nước đã quy định TNHS của pháp nhân là Singapore, Malaysia, Thailand, Phillippines, Indonesia và Cambodia³. Chế định TNHS của pháp nhân được đưa vào BLHS năm 2015 trên cơ sở nghiên cứu các quan điểm lý luận, học thuyết có liên quan về căn cứ phát sinh và đặc điểm trách nhiệm hình sự của pháp nhân, loại pháp nhân phải chịu TNHS, loại tội mà pháp nhân phải chịu TNHS, các hình phạt áp dụng đối với pháp nhân,... cũng như kinh nghiệm lập pháp ở một số nước về vấn đề này.

Bên cạnh đổi mới căn bản về chính sách hình sự khi ghi nhận TNHS của pháp nhân thương mại, luật hình sự Việt Nam còn thể hiện tinh thần nhân đạo và hướng thiện bằng việc sửa đổi mạnh mẽ chính sách xử lý hình sự đối với người chưa thành niên phạm tội trên tinh thần đáp ứng các nguyên tắc của

2 Ví dụ xem: Antonio Cassese et al., Cassese’s International Criminal Law, Oxford University Press, Oxford 2013; Neil Boister, An Introduction to Transnational Criminal Law, Oxford University Press, Oxford 2012; Markus Dirk Dubber, “Comparative Criminal Law” in The Oxford Handbook of Comparative Law, M. Reimann & R. Zimmermann (eds), Oxford University Press, Oxford 2006, pp.1287-1325.
3 Xem: Tờ trình về Dự án Bộ luật Hình sự (sửa đổi) số 186/TTr-CP ngày 27/04/2015 của Chính phủ trình Quốc hội, tr.28.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Công ước của Liên hợp quốc (LHQ) về quyền trẻ em⁴. Sự đổi mới đó thể hiện ở việc sửa đổi, bổ sung nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội (Điều 91) bao gồm: (i) bổ sung nguyên tắc bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi trên tinh thần Công ước về quyền trẻ em; (ii) bổ sung nguyên tắc ưu tiên xem xét áp dụng các biện pháp thay thế xử lý hình sự trước khi quyết định việc truy cứu TNHS đối với người dưới 18 tuổi phạm tội; (iii) khẳng định nguyên tắc chỉ áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, nhất là hình phạt tù, sau khi đã xem xét, cân nhắc khả năng áp dụng các biện pháp tư pháp nhằm thể hiện tinh thần nhân đạo tại Điều 37 Công ước về quyền trẻ em là việc bắt, giam giữ hay bỏ tù trẻ em chỉ được dùng đến như một biện pháp cuối cùng và trong thời hạn thích hợp ngắn nhất.

Xu hướng quốc tế của luật hình sự Việt Nam thể hiện rõ nét nhất ở việc bổ sung quy định về áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục thay thế xử lý hình sự⁵. Theo đó, khi xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội, cơ quan tiến hành tố tụng quyết định miễn TNHS và áp dụng biện pháp này khi có các điều kiện như: (i) thuộc trường hợp phạm tội lần đầu (thường là tội phạm ít nghiêm trọng hoặc nghiêm trọng), có nhiều tình tiết giảm nhẹ, tự nguyện khắc phục phần lớn hậu quả; (ii)

người chưa thành niên và người đại diện hợp pháp của họ đồng ý với việc áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục này. Biện pháp thay thế xử lý hình sự gồm có: khiển trách; hòa giải tại cộng đồng và giáo dục tại xã, phường, thị trấn. Đây là quy định nhằm đưa người chưa thành niên ra khỏi quy trình tố tụng hình sự và áp dụng các biện pháp xử lý khác mang tính giáo dục - phòng ngừa với ý nghĩa giúp các em nhận rõ được lỗi lầm, có thái độ ăn năn hối cải, khắc phục sai phạm⁶.

Những cải cách đối với chính sách xử lý người chưa thành niên phạm tội nêu trên được thực hiện trên cơ sở những khuyến nghị trong các văn kiện quốc tế về bảo vệ trẻ em như: Quy tắc chuẩn tối thiểu của Liên hợp quốc về quản lý tư pháp đối với người chưa thành niên, Quy tắc của Liên hợp quốc về bảo vệ người chưa thành niên bị tước quyền tự do, Hướng dẫn của Liên hợp quốc về phòng ngừa phạm pháp ở người chưa thành niên.⁷ Các nguyên tắc như tư pháp thân thiện, tư pháp phục hồi, những biện pháp xử lý chuyển hướng theo tinh thần của những khuyến nghị này cùng việc nghiên cứu kinh nghiệm của các quốc gia như New Zealand, Australia⁸... đã trở thành cơ sở cho những sửa đổi, bổ sung tích cực trong BLHS năm 2015.

- 4 The United Nations Convention on the Rights of the Child, ban hành theo Nghị quyết số 44/25 ngày 20/11/1989 của Đại hội đồng Liên hợp quốc.
- 5 Mục 2. Các biện pháp giám sát, giáo dục áp dụng trong trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự - Chương XII (Những quy định đối với người dưới 18 tuổi phạm tội) BLHS năm 2015.
- 6 Cụ thể xem từ Điều 93 đến Điều 95 BLHS năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017.
- 7 Tìm đọc các văn bản này cũng như các thông tin có liên quan đến tư pháp người chưa thành niên tại: <https://www.un.org/development/desa/youth/world-programme-of-action-for-youth/juvenile-justice.html>
- 8 Đây là những quốc gia đi đầu trong việc xây dựng và phát triển mô hình tư pháp thân thiện, tư pháp phục hồi trong đó chú trọng hệ thống biện pháp xử lý chuyển hướng đối với người chưa thành niên phạm tội. Trong thời gian soạn thảo BLHS năm 2015, một số hội thảo quốc tế trong đó có sự góp mặt của các chuyên gia về tư pháp người chưa thành niên của các quốc gia này đã được tổ chức tại Việt Nam với mục tiêu là phát triển hệ thống tư pháp người chưa thành niên chuyên biệt trong đó có việc cải cách pháp luật hình sự liên quan đến người chưa thành niên phạm tội. Ví dụ: Hội thảo tham vấn “Tăng cường tư pháp đối với người chưa thành niên trong Dự thảo Bộ luật hình sự và Bộ luật tố tụng hình sự” do Bộ Tư pháp phối hợp với UNICEF Việt Nam đồng tổ chức tại Hà Nội vào ngày 01-02/10/2015.

- Xu hướng quốc tế hóa thể hiện trong quy định tại Phần chung của BLHS năm 2015.

Thứ nhất, xu hướng này thể hiện ở việc ghi nhận hiệu lực của BLHS theo nguyên tắc quốc tịch bị động (Principle of Passive Personality) và nguyên tắc bảo vệ chủ quyền, an ninh quốc gia (Protective Principle). khoản 2 Điều 6 BLHS năm 2015 quy định: “Người nước ngoài, pháp nhân thương mại nước ngoài phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam có thể bị truy cứu TNHS theo quy định của Bộ luật này trong trường hợp hành vi phạm tội xâm hại quyền, lợi ích hợp pháp của công dân Việt Nam hoặc xâm hại lợi ích của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam...” Quy định này khẳng định hiệu lực của luật hình sự Việt Nam đối với những hành vi phạm tội xảy ra ở ngoài lãnh thổ Việt Nam do người không có quốc tịch Việt Nam thực hiện nhưng nạn nhân của tội phạm là công dân Việt Nam hoặc xâm hại những lợi ích về an ninh quốc gia của Việt Nam. Đây là sự ghi nhận hiệu lực của luật hình sự trên cơ sở những nguyên tắc chung của pháp luật quốc tế và theo kinh nghiệm ở nhiều quốc gia trên thế giới⁹.

Thứ hai, để tạo cơ sở pháp lý chủ động ngăn chặn sớm tội phạm xảy ra, góp phần nâng cao hiệu quả phòng ngừa tội phạm, đồng thời phù hợp với tinh thần của Công ước của LHQ về chống tội phạm có tổ chức

xuyên quốc gia (Công ước Palermo)¹⁰ mà Việt Nam là thành viên, BLHS năm 2015 bổ sung thêm hành vi thành lập, tham gia nhóm tội phạm để thực hiện một tội phạm cụ thể bên cạnh các hành vi chuẩn bị phạm tội đã được quy định trong BLHS năm 1999 như tìm kiếm, sửa soạn công cụ, phương tiện hoặc tạo ra những điều kiện khác để thực hiện tội phạm (Điều 14). Đây cũng là một biểu hiện của xu hướng quốc tế hóa trong luật hình sự Việt Nam, khi việc xây dựng chế định tổ chức tội phạm (hoặc nhóm tội phạm có tổ chức) và việc tội phạm hóa hành vi tham gia vào nhóm tội phạm có tổ chức trên cơ sở Công ước Palermo đang trở nên ngày càng phổ biến trong luật hình sự ở các quốc gia trên thế giới¹¹.

Thứ ba, BLHS năm 2015 đã bổ sung quy định tại khoản 3 Điều 28 về không áp dụng thời hiệu truy cứu TNHS và Điều 61 về không áp dụng thời hiệu thi hành bản án đối với tội tham ô tài sản và tội nhận hối lộ khi thuộc loại tội đặc biệt nghiêm trọng. Với quy định này, những người phạm tội tham những đặc biệt nghiêm trọng nêu trên có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc bị thi hành bản án về các tội này bất cứ lúc nào, nếu cơ quan chức năng phát hiện được hành vi phạm tội của họ hoặc phát hiện bản án chưa được thi hành. Đây là một nỗ lực của Việt Nam với tư cách là quốc gia thành viên Công ước của LHQ về chống tham nhũng (UNCAC)¹².

9 Về nội dung và những biểu hiện của các nguyên tắc này trong luật hình sự quốc tế và luật hình sự một số quốc gia, xem thêm: Neil Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, tr.144-147; hoặc: Christoffer Wong, *Criminal Act, Criminal Jurisdiction and Criminal Justice*, Polpress Publisher, Kraków 2004, pp.94-103.

10 The United Nations Convention against Transnational Organized Crime, ban hành theo Nghị quyết số 55/25 ngày 15/11/2000 của Đại hội đồng Liên hợp quốc.

11 Xem ví dụ như thông tin cụ thể về tội phạm hóa hành vi này ở hàng loạt quốc gia châu Âu tại: Francesco Calderoni (2010), *Organized Crime Legislation in the European Union: Harmonization and Approximation of Criminal Law, National Legislations and the EU Framework Decision on the Fight against Organized Crime*, Nxb. Springer; hoặc ở nhiều quốc gia châu Á tại: https://www.unafei.or.jp/publications/pdf/RS_No59/No59_45RC_Group2_Phase2.pdf.

12 Điều 29 Công ước LHQ về chống tham nhũng quy định một thời hiệu dài hơn hoặc xóa bỏ thời hiệu đối với các tội phạm tham nhũng sẽ giúp cho việc thực thi công lý đối với người phạm tội một cách thích đáng.

Thứ tư, BLHS Việt Nam năm 2015 đã bổ sung một chế định về những trường hợp loại trừ TNHS (Chương IV), trong đó, tiếp tục duy trì và cụ thể hóa 04 trường hợp như BLHS năm 1999 (sự kiện bất ngờ, phòng vệ chính đáng, tình thế cấp thiết và tình trạng không có năng lực trách nhiệm hình sự), đồng thời, bổ sung thêm 03 trường hợp loại trừ TNHS là: gây thiệt hại trong khi bắt giữ người phạm tội (Điều 24); rủi ro trong nghiên cứu, thử nghiệm, áp dụng tiến bộ khoa học, kỹ thuật và công nghệ (Điều 25); thi hành mệnh lệnh của người chỉ huy hoặc của cấp trên (Điều 26).

Thứ năm, BLHS năm 2015 thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tử hình, tăng cường quy định các hình phạt không giam giữ cùng với thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tù, quy định biện pháp tha tù trước thời hạn có điều kiện. Cụ thể như sau: BLHS năm 2015 đã xóa bỏ hình phạt tử hình đối với 07 tội danh; mở rộng phạm vi áp dụng phạt tiền là hình phạt chính đối với các tội phạm ít nghiêm trọng (Điều 35), riêng các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế và tội phạm về môi trường thì phạt tiền còn được quy định là hình phạt chính có thể áp dụng đối với cả tội rất nghiêm trọng, phạm vi áp dụng hình phạt cải tạo không giam giữ cũng được mở rộng tới cả tội rất nghiêm trọng do vô ý (Điều 36), không áp dụng hình phạt tù đối với người lần đầu phạm tội ít nghiêm trọng do vô ý (khoản 2 Điều 37). Đầu tiên, để thể hiện sự

tôn trọng tinh thần của các điều ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là thành viên, đồng thời phù hợp với xu hướng chung của thế giới, BLHS Việt Nam năm 2015 đã xác định rõ chính sách hạn chế phạm vi áp dụng hình phạt tử hình. Nhà làm luật Việt Nam đã cân nhắc các khuyến nghị của cộng đồng quốc tế về vấn đề này, nhận thấy rằng các khuyến nghị đều xuất phát từ lý do tử hình là hình phạt tước đi quyền sống - quyền cơ bản, quan trọng nhất của con người và như vậy đã tước bỏ cơ hội phục thiện, tái hòa nhập cộng đồng của người bị kết án cũng như loại trừ khả năng khắc phục án oan, điều có thể xảy ra trên thực tế. Trên cơ sở tham khảo có chọn lọc kinh nghiệm của một số nước còn quy định hình phạt tử hình như Hoa Kỳ, Liên bang Nga, Trung Quốc, Nhật Bản, Thái Lan, Indonesia, Malaysia,¹³ trong đó hình phạt tử hình chỉ áp dụng đối với một số tội đặc biệt nghiêm trọng thuộc loại tội chống Nhà nước, xâm phạm tính mạng con người, tội phạm về ma túy. Trên tinh thần này, BLHS năm 2015 đã xóa bỏ hình phạt tử hình đối với 07 tội danh.

Bên cạnh đó, BLHS năm 2015 còn mở rộng phạm vi áp dụng phạt tiền là hình phạt chính đối với các tội phạm ít nghiêm trọng (Điều 35). Chính vì vậy, số khoản có quy định phạt tiền là hình phạt chính đối với tội ít nghiêm trọng trong Phần các tội phạm tăng đáng kể so với quy định của BLHS năm 1999. Phạm vi áp dụng phạt tiền là hình phạt

13 Tờ trình về Dự án Bộ luật hình sự (sửa đổi) số 186/TTr-CP ngày 27/04/2015 của Chính phủ trình Quốc hội đã dẫn số liệu do Cơ quan phòng chống tội phạm và ma túy của Liên hợp quốc (UNODC) tại Hà Nội cung cấp, theo đó tính đến thời điểm 30/6/2014 đã có 162 quốc gia và vùng lãnh thổ đã bãi bỏ án tử hình theo luật hoặc trên thực tế, trong đó:

- Có 100 nước đã bãi bỏ hoàn toàn hình phạt tử hình.
- Có 55 nước có quy định hình phạt tử hình nhưng không áp dụng trên thực tế.
- Có 7 nước đã bãi bỏ hình phạt tử hình đối với “các tội thông thường”, duy trì hình phạt tử hình đối với các tội ngoại lệ như một số tội theo luật quân sự trong hoàn cảnh đặc biệt.
- Có 37 nước và vùng lãnh thổ vẫn còn duy trì hình phạt tử hình đối với các tội phạm thông thường.
- Trong 10 nước thành viên ASEAN, có 2 nước đã bãi bỏ hình phạt tử hình (Căm-pu-chia và Phi-lip-pin); có 03 nước vẫn còn duy trì hình phạt tử hình hoặc có quy định hình phạt tử hình nhưng không áp dụng trên thực tế.

chính đối với các tội phạm nghiêm trọng cũng được mở rộng. Riêng các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế và tội phạm về môi trường thì phạt tiền còn được quy định là hình phạt chính có thể áp dụng đối với cả tội rất nghiêm trọng. Phạm vi áp dụng hình phạt cải tạo không giam giữ cũng được mở rộng tới cả tội rất nghiêm trọng do vô ý (Điều 36). BLHS cũng quy định không áp dụng hình phạt tù đối với người lần đầu phạm tội ít nghiêm trọng do vô ý (khoản 2 Điều 37). Đồng thời, tại Phần các tội phạm, số lượng các khoản không quy định hình phạt tù tăng lên khá nhiều so với quy định của BLHS năm 1999. Những sửa đổi, bổ sung này đều thể hiện xu hướng quốc tế trong việc quy định hình phạt, đó là trên cơ sở của “thuyết ngăn ngừa” thay vì chịu ảnh hưởng của “thuyết trừng phạt” như giai đoạn trước đây¹⁴.

Cũng theo xu hướng quốc tế, BLHS năm 2015 đã bổ sung quy định về tha tù trước hạn có điều kiện; theo đó, phạm nhân có thể được miễn chấp hành phần hình phạt tù còn lại khi có đủ các điều kiện quy định tại Điều 66. Tha tù trước thời hạn có điều kiện là một giải pháp cho phép đưa người phạm tội bị xử phạt tù quay trở về với cộng đồng sớm hơn để giáo dục, cải tạo với sự giúp đỡ và giám sát của gia đình, các cơ quan, đoàn thể xã hội. Đây là một biện pháp được áp dụng tại nhiều nước trên thế giới dưới các tên gọi như phóng thích có điều kiện hay trả tự do có điều kiện¹⁵.

- Tội phạm hóa một số hành vi nguy hiểm cho xã hội trên cơ sở yêu cầu của

những điều ước quốc tế có liên quan mà Việt Nam là thành viên

Tội phạm hóa một số hành vi nguy hiểm cho xã hội trên cơ sở yêu cầu của những điều ước quốc tế có liên quan mà Việt Nam là thành viên cũng là biểu hiện khá rõ nét của xu hướng quốc tế hóa trong cải cách pháp luật hình sự. Một số kết quả cụ thể của tội phạm hóa được ghi nhận trong BLHS năm 2015 là:

Thứ nhất, quy định tội phạm đối với hành vi sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm (Điều 147), hành vi mua bán, chiếm đoạt mô hoặc bộ phận cơ thể người (Điều 154). Việc tội phạm hóa hành vi sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm là biểu hiện của việc thực thi trách nhiệm quốc gia thành viên của các điều ước quốc tế có liên quan. Cụ thể Điều 34 Công ước của LHQ về quyền trẻ em và Điều 3 Công ước Nghiêm cấm và hành động khẩn cấp xóa bỏ các hình thức lao động trẻ em tồi tệ nhất đều kêu gọi các quốc gia thành viên hình sự hóa hành vi phạm tội khiêu dâm trẻ em.

Pháp luật hình sự của nhiều quốc gia trên thế giới cũng đã quy định một hoặc một số tội phạm liên quan đến khiêu dâm trẻ em, như Điều 176 BLHS Đức, Điều 8 Chương 6 BLHS Thụy Điển hay Điều 176 BLHS Nhật Bản. Đối với hành vi mua bán, chiếm đoạt mô hoặc bộ phận cơ thể người, tính chất nghiêm trọng và diễn biến phức tạp của nó đã khiến Liên Hợp quốc quan ngại và Đại hội đồng đã ban hành Nghị quyết số 59/156 về Phòng, chống và xử phạt buôn bán cơ thể

14 Về nội dung và các bình luận về những thuyết này, xem ví dụ như: Nils Jareborg, “What Kind of Criminal Law Do We Want?” in *Scraps of Penal Theory*, Iustus Förlag, Uppsala 2002; hoặc David A. Starkweather, “The Retributive Theory of “Just Deserts” and Victim Participation in Plea Bargaining”, 1992, *Indiana Law Journal*, Vol. 67, Issue 3; hoặc Abhishek Mohanty, “Retributive Theory of Punishment: A Critical Analysis”, bài đăng ngày 15 tháng 1 năm 2015 tại <https://www.lawctopus.com/academike/retributive-theory-of-punishment-a-critical-analysis/>, truy cập ngày 15/8/2018; xem thêm: Đào Lệ Thu (2018), “Đối tượng nghiên cứu của luật hình sự so sánh”, *Tạp chí Luật học*, 2018, số 7, tr.95-98.

15 Ví dụ như quy định về conditional release trong luật hình sự của Hoa Kỳ, Anh, Úc, Thụy Điển, v.v..

người tại kì họp thứ 96 ngày 03/02/2005,¹⁶ đồng thời tổ chức Sáng kiến toàn cầu của Liên Hợp quốc về chống buôn bán người cũng đã tổ chức một diễn đàn quốc tế lớn trong đó khuyến nghị việc tội phạm hóa hành vi này, xác định đây là một loại tội phạm có tổ chức theo Công ước Palermo và phân biệt tội phạm này với tội buôn bán người.¹⁷ Như vậy việc luật hình sự Việt Nam tội phạm hóa hành vi này là thực sự cần thiết, phản ánh đúng xu thế lập pháp hình sự quốc tế và đáp ứng tinh thần toàn cầu về chống buôn bán cơ thể người. *Thứ hai*, bổ sung quy định tội bắt cóc con tin (Điều 301), tội cướp biển (Điều 302) trên tinh thần các quy định của Công ước Chống bắt cóc con tin năm 1979 và Công ước quốc tế về Luật Biển năm 1982 mà Việt Nam là thành viên.

Thứ ba, phạm vi các tội tham ô tài sản (Điều 353), nhận hối lộ (Điều 354), tội đưa hối lộ (Điều 364) và tội môi giới hối lộ (Điều 365) đã được mở rộng sang khu vực ngoài Nhà nước. Bổ sung này có ý nghĩa thiết thực trước những thay đổi của nền kinh tế và xu thế hội nhập quốc tế. Việc sửa đổi, bổ sung theo hướng mở rộng phạm vi các tội phạm về chức vụ này được luận giải bởi một số lý do: *một là*, hiện tượng tư nhân hóa mạnh mẽ

các hoạt động trước đây vốn thuộc chức năng công như: giáo dục, y tế, phúc lợi xã hội... đã phát sinh một loại hệ quả mang tính tiêu cực là tham nhũng trong khu vực tư với tính chất ngày càng nghiêm trọng và mức độ ảnh hưởng ngày càng lan rộng; *hai là*, hình sự hóa những hành vi xâm hại hoạt động thực hiện nhiệm vụ trong khu vực tư là cần thiết để duy trì sự cạnh tranh lành mạnh trong khu vực kinh tế ngoài Nhà nước; *ba là*, việc mở rộng khái niệm tham nhũng sang khu vực tư giúp bảo vệ cộng đồng khỏi những hậu quả nguy hiểm mà hành vi tham nhũng trong khu vực tư gây ra cho lĩnh vực kinh tế, đặc biệt là cho những lợi ích về tài chính và một số lợi ích khác của đời sống xã hội¹⁸. Bên cạnh đó, Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng (UNCAC) đã khuyến nghị các quốc gia thành viên tăng cường các biện pháp đấu tranh chống tham nhũng không chỉ trong khu vực công mà cả trong khu vực tư¹⁹ và điều này cũng trở thành một yếu tố quan trọng thúc đẩy việc mở rộng khái niệm tham nhũng trong luật hình sự Việt Nam.

Ngoài ra, BLHS năm 2015 cũng tội phạm hóa hành vi hối lộ công chức nước ngoài trên cơ sở thực tiễn và theo yêu cầu

16 Nghị quyết đăng tải tại: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/Crime_Resolutions/2000-2009/2005/General_Assembly/A-RES-59-156.pdf, truy cập ngày 8/7/2018.

17 Xem: United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking, The Vienna Forum to fight Human Trafficking 13-15 February 2008, Austria Center Vienna, 011 Workshop: Human Trafficking for the Removal of Organs and Body Parts, truy cập ngày 8/7/2018 tại: <file:///C:/Users/Admin/Documents/BP011HumanTraffickingfortheRemovalofOrgans.pdf>

18 Những luận giải chi tiết cho việc hình sự hóa tham nhũng trong khu vực tư có thể được tìm hiểu thêm tại: Đào Lê Thu (2010), Các tội phạm về hối lộ trong luật hình sự Việt Nam - So sánh với Luật hình sự Thụy Điển và Australia, Luận án tiến sĩ; hoặc Gunter Heine, Barbara Huber, Thomas O. Rose (chủ biên), Private Commercial Bribery – A Comparison of National and Supranational Legal Structures, xuất bản bởi International Chamber of Commerce, Freiburg in Breisgau 2003.

19 Theo quy định tại Điều 21 Công ước chống tham nhũng, các quốc gia nên áp dụng các biện pháp lập pháp và các biện pháp cần thiết khác để hình sự hóa hối lộ trong khu vực tư, gồm hai dạng hành vi là đưa hối lộ và nhận hối lộ. Bên cạnh đó, Điều 22 Công ước yêu cầu các quốc gia thành viên xem xét tội phạm hóa hành vi của người điều hành hay làm việc, ở bất kỳ cương vị nào, cho tổ chức thuộc khu vực tư biển thủ tài sản, quỹ tư hoặc chứng khoán hoặc bất kỳ thứ gì khác có giá trị mà người này được giao quản lý do vị trí của mình, nếu hành vi biển thủ đó được thực hiện một cách cố ý trong quá trình hoạt động kinh tế, tài chính hoặc thương mại.

của UNCAC. Hành vi hối lộ công chức nước ngoài đã chính thức được ghi nhận là một trường hợp của tội đưa hối lộ theo khoản 6 Điều 364. UNCAC yêu cầu các quốc gia thành viên hình sự hóa hành vi đưa hối lộ cho công chức nước ngoài và công chức của các tổ chức quốc tế công (Điều 16).

- Bổ sung nội dung cấu thành của một số tội phạm

Trên cơ sở rà soát yêu cầu của các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên cũng như tham khảo kinh nghiệm của pháp luật hình sự một số nước trên thế giới, BLHS năm 2015 đã thực hiện những sửa đổi, bổ sung sau:

Thứ nhất, sửa đổi, bổ sung quy định về tội mua bán người (Điều 150) và tội mua bán người dưới 16 tuổi (Điều 151) phù hợp với Nghị định thư về phòng, chống buôn bán người, đặc biệt là phụ nữ và trẻ em (ban hành kèm theo Công ước của LHQ về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia); sửa đổi, quy định rõ các dấu hiệu pháp lý về hành vi, thủ đoạn và mục đích của tội phạm.

Thứ hai, sửa đổi, bổ sung quy định về tội rửa tiền theo Điều 324 (trong đó quy định rõ ràng các dạng hành vi rửa tiền, vấn đề chủ thể của tội phạm và hành vi tự rửa tiền, lỗi của người phạm tội) và bổ sung quy định về trách nhiệm hình sự của pháp nhân đối với tội rửa tiền nhằm đáp ứng đầy đủ yêu cầu của các khuyến nghị của Lực lượng đặc nhiệm tài chính về chống rửa tiền (FATF) mà Việt Nam cần tuân thủ với tư cách là thành viên Nhóm châu Á – Thái Bình Dương về chống rửa tiền.

Thứ ba, sửa đổi, bổ sung quy định về tội dùng nhục hình (Điều 373) và tội bức cung (Điều 374) trên tinh thần đáp ứng những yêu cầu, khuyến nghị của Công ước Chống tra tấn mà Việt Nam đã chính thức là thành viên.

Thứ tư, sửa đổi, bổ sung quy định tại Chương XXVI BLHS năm 2015 về các tội phá hoại hòa bình, gây chiến tranh xâm lược và tội phạm chiến tranh, trong đó nội dung cấu thành phù hợp hơn với chuẩn mực pháp lý quốc tế và đáp ứng được yêu cầu của quan hệ ngoại giao trong tình hình mới.

3. Một số vấn đề đặt ra cho lập pháp hình sự Việt Nam trong xu hướng quốc tế hóa

Phát triển luật hình sự theo xu hướng quốc tế hóa đã giúp luật hình sự Việt Nam bắt kịp với những xu thế phát triển luật hình sự hiện đại và đáp ứng tương đối đầy đủ những yêu cầu của các điều ước quốc tế có liên quan mà Việt Nam là thành viên. Tuy nhiên, việc phân tích những đổi mới của luật hình sự qua BLHS năm 2015 lại đặt ra một số vấn đề sau:

Thứ nhất, quy định của BLHS năm 2015 về TNHS của pháp nhân thương mại, các biện pháp thay thế xử lý hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội hay tội phạm hóa một số hành vi tham nhũng ở khu vực ngoài nhà nước chưa thể hiện đúng hoàn toàn bản chất của các chế định này trong pháp luật hình sự quốc tế hoặc còn thiếu tính cụ thể²⁰.

- Việc quy định TNHS của pháp nhân thương mại trong BLHS năm 2015 (Chương XI và các điều luật khác có liên quan) đang cho thấy sự chưa nhất quán giữa bản chất

20 Xem ví dụ như bình luận về những quy định này tại: Đào Lê Thu (2017), “Những điểm mới trong quy định về các tội phạm về chức vụ của Bộ luật hình sự 2015”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 8; Đào Lê Thu (2018), “Hối lộ trong khu vực tư theo luật hình sự một số nước và đề xuất đổi mới với việc áp dụng quy định về hối lộ ở khu vực ngoài Nhà nước trong luật hình sự Việt Nam”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 16; Đào Lê Thu (2020), “Trách nhiệm hình sự của tổ chức trong luật hình sự Anh – so sánh và đề xuất với luật hình sự Việt Nam”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 2+3.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

của TNHS với hình thức quy định về loại hình TNHS này, thể hiện ở chỗ TNHS của pháp nhân lúc thì giống với TNHS của một chủ thể hoàn toàn tách biệt khỏi cá nhân người phạm tội, lúc lại là hệ quả của hành vi phạm tội của cá nhân.

- Quy định các biện pháp giám sát, giáo dục người dưới 18 tuổi phạm tội được miễn TNHS tại Chương XII Mục 2 BLHS năm 2015 cũng chưa hoàn toàn đúng với bản chất của các biện pháp xử lý chuyên hướng trong pháp luật quốc tế và của các quốc gia đi đầu trong xu thế lập pháp hình sự về vấn đề này. Bởi lẽ, theo quy định của BLHS Việt Nam, các biện pháp này chỉ là hệ quả của việc miễn TNHS đối với người phạm tội dưới 18 tuổi và chỉ có thể được áp dụng từ giai đoạn truy tố. Bản chất của các biện pháp này trong BLHS Việt Nam vẫn là biện pháp xử lý hình sự (phi hình phạt). Trong khi đó, chuẩn mực quốc tế về nội dung này cho thấy, đây phải là các biện pháp thay thế cho xử lý hình sự bằng cách đưa việc xử lý người chưa thành niên phạm tội ra khỏi tiến trình tư pháp chính thống càng sớm càng tốt, với các biện pháp xử lý dựa vào cộng đồng và/hoặc theo tiếp cận tư pháp phục hồi, trong đó có vai trò đáng kể của cảnh sát với tư cách là lực lượng có tiếp xúc ban đầu với các em²¹. Kinh nghiệm một số quốc gia đi đầu trong vấn đề này như New Zealand, Canada đã cho thấy bản chất của các biện pháp xử lý thay thế đó và cần được nghiên cứu kỹ lưỡng cho những hoạt động lập pháp hình sự tiếp theo của Việt Nam²².

- Quy định tội phạm tham nhũng ở khu vực ngoài nhà nước cũng như đưa hồi lộ cho

công chức nước ngoài trong BLHS Việt Nam (khoản 6 Điều 353, khoản 6 Điều 354, khoản 6 Điều 364, khoản 7 Điều 365) đang vượt quá so với quy định của UNCAC, vì đã không giới hạn phạm vi đối với các hoạt động thương mại, kinh tế, tài chính. Bên cạnh đó, các quy định này không mô tả rõ một số dấu hiệu khác biệt của tham nhũng tư so với tham nhũng công, của đưa hối lộ cho công chức nước ngoài so với đưa hối lộ cho công chức quốc gia, điều được thể hiện rõ trong luật hình sự nhiều nước khác²³. Quy định này cũng cho thấy sự đánh đồng về tính nguy hiểm của tham nhũng ở khu vực ngoài Nhà nước so với tham nhũng ở khu vực công.

Thứ hai, quy định bổ sung TNHS ở giai đoạn chuẩn bị phạm tội đối với hành vi thành lập hoặc tham gia nhóm tội phạm cho thấy sự không tương thích đầy đủ với yêu cầu về hình sự hóa hành vi tham gia vào nhóm tội phạm có tổ chức của Công ước Palermo. Theo đúng nội dung của Công ước này, hành vi thành lập hoặc tham gia nhóm tội phạm (có tổ chức) đã cấu thành tội phạm đầy đủ, không phải chỉ là giai đoạn chuẩn bị phạm tội. Điểm mấu chốt là luật hình sự Việt Nam chưa có quy định về nhóm tội phạm có tổ chức cũng như chưa tội phạm hóa hành vi tham gia vào nhóm tội phạm có tổ chức theo tinh thần của Công ước Palermo. Đây cũng là một nội dung cần được nghiên cứu thêm với sự kết hợp giữa một bên là yêu cầu của thực tiễn đấu tranh chống tội phạm trong nước và một bên là tìm hiểu những kinh nghiệm lập pháp hình sự có liên quan của các nước trên thế giới.

21 Xem ví dụ như: The United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules) - ban hành theo Nghị quyết của Đại hội đồng LHQ số 40/33 ngày 29/11/1985.

22 Xem tài liệu đã dẫn tại Chú thích 8; xem thêm: Luật tư pháp hình sự thanh thiếu niên (the Youth Criminal Justice Act) của Canada năm 2002 (sửa đổi, bổ sung năm 2012), đặc biệt là Phần 1 về các biện pháp hỗ trợ tư pháp.

23 Xem ví dụ như: Luật về hối lộ (Bribery Act) của Anh Quốc; Luật về các hành vi tham nhũng có yếu tố nước ngoài (Foreign Corrupt Practices Act) của Mỹ; BLHS Cộng hòa Pháp tại các điều 435-1, 435-2, 435-3 và 435-4.

Tất cả những điểm chưa triệt để về bản chất của chế định hoặc còn thiếu cụ thể hoặc còn ít nhiều mâu thuẫn nêu trên dẫn đến những quy định mang tính quốc tế hóa của BLHS năm 2015 chưa thực sự thể hiện được giá trị đầy đủ và cũng sẽ gây ra những khó khăn nhất định cho việc áp dụng trong thực tiễn.

Như vậy, việc thực thi trách nhiệm của quốc gia thành viên của những điều ước quốc tế về hình sự hay việc bắt kịp những xu thế cải cách luật hình sự của các nước trên thế giới là một xu hướng phát triển tất yếu của pháp luật hình sự Việt Nam. Tuy nhiên, xu hướng này cũng đặt ra thách thức cho các nhà lập pháp, nhà áp dụng pháp luật và các nhà nghiên cứu luật hình sự. Thách thức trước hết và cũng hiện hữu, thực tế nhất ở thời điểm thi hành BLHS năm 2015 là việc làm thế nào để áp dụng các quy định mới được đưa vào BLHS theo xu hướng quốc tế hóa đó. Vấn đề đặt ra lúc này là cần tìm hiểu cách thức và thực tiễn áp dụng những chế định, quy định này ở các quốc gia khác, đặc biệt là các nước có quy định gần giống với quy định của luật hình sự Việt Nam. Thực tiễn áp dụng, bao gồm cả việc áp dụng án lệ tại một số quốc gia theo truyền thống Common Law sẽ là nguồn tư liệu cần thiết và quý giá đối với việc giải thích và hướng dẫn áp dụng các quy định mới của BLHS Việt Nam năm 2015.

Thách thức lớn nhất là việc phát hiện những điểm còn thiếu tương thích, thiếu cụ thể hay chưa đúng với bản chất của chế định hoặc khái niệm trong luật hình sự trên cơ sở đối chiếu với các chuẩn mực luật hình sự quốc tế cũng như so sánh có chọn lọc với luật hình sự của các quốc gia trên thế giới. Đây sẽ là quá trình tìm hiểu và lựa chọn cả về mặt nội dung quy định và kỹ thuật lập pháp cho

việc cải cách luật hình sự theo xu hướng quốc tế hóa trong tương lai. Thách thức này đòi hỏi việc nghiên cứu một cách kỹ lưỡng từng chế định hoặc quy định cụ thể trong luật hình sự nước ngoài và nghiên cứu toàn diện trong mối liên hệ với các chế định/quy định có liên quan khác của họ, trong đó có cả các quy định về thủ tục tố tụng, về phương thức thực thi. Đặc biệt là việc học theo xu hướng quốc tế nhưng phải nhìn thấy tính phù hợp với bối cảnh phòng, chống tội phạm của Việt Nam; phải bảo đảm sự thống nhất với các chế định/quy định có liên quan khác của Việt Nam; phải bảo đảm những nguyên tắc cơ bản và không phá vỡ những khái niệm nền tảng của luật hình sự. Mỗi quy định theo hướng nội luật hóa công ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc theo hướng học tập kinh nghiệm lập pháp của nước ngoài cần được xây dựng trên cơ sở tìm hiểu rõ và đúng bản chất của quy định đó²⁴.

Tóm lại, qua những dẫn chứng và phân tích nêu trên, có thể thấy một trong những xu hướng có ảnh hưởng mạnh mẽ và toàn diện đến việc cải cách luật hình sự Việt Nam trong thời gian gần đây chính là xu hướng quốc tế hóa. Xu hướng này được tiếp cận và phát triển trong luật hình sự Việt Nam bởi yêu cầu thực hiện nghĩa vụ quốc gia thành viên của các điều ước quốc tế, bởi nhu cầu của hội nhập quốc tế và của việc hài hòa hóa pháp luật. Những dấu ấn của xu hướng quốc tế hóa thể hiện một cách rõ nét từ Luật sửa đổi, bổ sung BLHS năm 2009 và đặc biệt là trong một loạt sửa đổi, bổ sung quan trọng của BLHS năm 2015. Ảnh hưởng của xu hướng này đang đem đến những kết quả tích cực cho sự phát triển của luật hình sự Việt Nam, nhưng cũng đặt ra những thách thức, đòi hỏi tiếp theo đối với việc hoàn thiện luật hình sự quốc gia ■

24 Xem thêm: Đào Lệ Thu (2008), “Vai trò của so sánh luật trong hoạt động lập pháp hình sự của Việt Nam”, Tạp chí Luật học, số tháng 1.

BIỆN PHÁP TỰ VỆ TRONG PHÒNG VỆ THƯƠNG MẠI

Phan Phương Nam*

Kim Thị Hạnh**

*TS. Phó Trưởng Khoa Luật Thương mại, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

**ThS. Phó trưởng ban thường trực Ban Văn hóa – Xã hội HĐND tỉnh Tây Ninh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Biện pháp tự vệ, thuế tự vệ, phòng vệ thương mại.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 31/3/2020
Biên tập : 16/4/2020
Duyệt bài : 18/4/2020

Article Information:

Keywords: Safeguard measures, safeguard duties; trade remedies.

Article History:

Received : 31 Mar. 2020
Edited : 16 Apr. 2020
Approved : 18 Apr. 2020

Tóm tắt:

Bài viết này phân tích, chỉ ra những hạn chế, bất cập của pháp luật Việt Nam trong các quy định về biện pháp tự vệ và đề xuất kiến nghị hoàn thiện các quy định này nhằm bảo vệ có hiệu quả sản xuất trong nước trong quá trình hội nhập kinh tế thế giới.

Abstract:

This article provides an analysis of and points out the shortcomings in the legal regulations on safeguard measures of Vietnam and also provides recommendations for further improvements of these regulations to effectively protect domestic production in the process of economic integration in the world.

1. Dẫn nhập

Biện pháp tự vệ là một trong các biện pháp phòng vệ thương mại (tự vệ, chống bán phá giá, chống trợ cấp) được các quốc gia áp dụng nhằm bảo vệ nền sản xuất trong nước trước quá trình toàn cầu hóa nền kinh tế. Trong đó, nếu như biện pháp chống bán phá giá (BPCBPG) và biện pháp chống trợ cấp (BPCTC) được áp dụng đối với những hành vi cạnh tranh không lành mạnh nhằm mục đích chiếm lĩnh thị phần của nước nhập

khẩu, thì biện pháp tự vệ (BPTV) được sử dụng để áp dụng cho trường hợp hàng hóa được trợ cấp khi nhập khẩu gây ra thiệt hại đáng kể hoặc đe dọa gây ra thiệt hại đáng kể của ngành sản xuất trong nước hoặc ngăn cản sự hình thành của ngành sản xuất trong nước.

Theo con số thống kê của Bộ Công thương, từ năm 2001 đến năm 2019¹, có 32 vụ hàng hóa Việt Nam khi xuất khẩu ra ngoài nước đã bị khởi xướng điều tra liên

1 Xem Hội đồng tư vấn về phòng vệ thương mại – VCCI, <http://chongbanphagia.vn/thong-ke-cac-vu-dieu-tra-tu-ve-doi-voi-hang-hoa-viet-nam-tai-thi-truong-nuoc-ngoai-tinh-den-31122019-n20380.html>, truy cập ngày 31/3/2020.

quan đến BPTV, trong đó riêng năm 2018 có 7 vụ². Việt Nam đã tiến hành điều tra 06 vụ tự vệ đối với các sản phẩm hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam³. Điều này cho thấy, BPTV đang được Việt Nam và các nước tăng cường sử dụng để bảo vệ nền sản xuất trong nước.

2. Thực trạng pháp luật về biện pháp tự vệ

Văn bản pháp luật đầu tiên quy định về BPTV đối với hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam là Pháp lệnh số 42/2002/PL-UBTVQH của Ủy ban thường vụ Quốc hội về tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa nước ngoài vào Việt Nam (Pháp lệnh về tự vệ). Năm 2016, Quốc hội ban hành Luật thuế xuất khẩu, nhập khẩu. Luật thuế xuất khẩu, nhập khẩu đã kế thừa nhiều nội dung trong Pháp lệnh về tự vệ. Trong điều kiện hội nhập thế giới, để đáp ứng yêu cầu bảo vệ nền sản xuất hàng hóa trong nước, ngày 12/06/2017, Quốc hội đã ban hành Luật Quản lý ngoại thương (Luật QLNT 2017); ngày 15/01/2018, Chính Phủ ban hành Nghị định số 10/2018/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Luật Quản lý ngoại thương về các biện pháp phòng vệ thương mại (Nghị định số 10/2018); ngày 29/11/2019, Bộ Công thương ban hành Thông tư số 37/2019/TT-BCT quy định chi tiết một số nội dung về các biện pháp phòng vệ thương mại (Thông tư số 37/2019). Nhìn chung, các văn bản pháp luật hiện hành về biện pháp tự vệ đã quy định khá đầy đủ về nội dung, điều kiện áp dụng biện pháp tự vệ, căn cứ điều tra, nội dung điều tra áp dụng biện pháp tự vệ... Về cơ bản, những quy định này đã đáp ứng được yêu cầu bảo vệ thị

trường sản xuất và tiêu dùng trong nước. Bên cạnh đó, các văn bản pháp luật về biện pháp tự vệ còn một số hạn chế sau:

Thứ nhất, về biện pháp tự vệ tạm thời

Khoản 1 Điều 95 Luật QLNT 2017 quy định, Bộ trưởng Bộ Công thương (BCT) có thể quyết định BPTV tạm thời dựa vào kết luận sơ bộ của cơ quan điều tra (CQĐT) “trước khi kết thúc điều tra, nếu xét thấy việc chậm thi hành BPTV gây ra thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng của ngành sản xuất trong nước và thiệt hại đó khó có thể khắc phục về sau. Thời hạn áp dụng BPTV tạm thời là không quá 200 ngày kể từ ngày bắt đầu áp dụng BPTV tạm thời”. Về cơ bản, nội dung này đã tuân thủ và kế thừa các quy định tại Điều 6 của Hiệp định về tự vệ (Agreement on Safeguards, - Hiệp định SG). Tuy nhiên, Hiệp định SG của WTO cũng như pháp luật Việt Nam chưa xác định rõ là BPTV tạm thời có thể được gia hạn hay không? Điều này sẽ dẫn đến cách hiểu và áp dụng pháp luật không thống nhất trên thực tế.

Mặc dù Điều 96 Luật QLNT 2017 có đề cập đến việc gia hạn BPTV, nhưng không thể khẳng định rằng, việc gia hạn sẽ áp dụng cho toàn bộ các BPTV bao gồm cả BPTV tạm thời vì những lý do sau:

Khoản 1 và 2 Điều 96 Luật QLNT 2017 có quy định về rà soát giữa kỳ và rà soát cuối kỳ nên những quy định này chỉ áp dụng khi đã có kết luận và cơ quan có thẩm quyền đã tiến hành áp dụng BPTV chính thức. Do vậy, các quy định này không thể áp dụng cho các quy định về BPTV tạm thời.

2 Bộ Công thương (2019), Báo cáo xuất khẩu, nhập khẩu năm 2018, Nxb. Công thương, Hà Nội 2019, tr.143.

3 Xem Hội đồng tư vấn về phòng vệ thương mại – VCCI, <http://chongbanphagia.vn/tong-hop-so-lieu-cac-vu-dieu-tra-tu-ve-doi-voi-hang-nhap-khau-vao-viet-nam-tinh-den-31122019-n20377.html>, truy cập ngày 31/3/2020.

Khoản 3 Điều 96 Luật QLNT 2017 quy định về việc rà soát phạm vi hàng hóa bị áp dụng BPTV được thực hiện khi các nhà nhập khẩu hàng hóa bị áp dụng BPTV yêu cầu Cơ quan điều tra thực hiện rà soát phạm vi hàng hóa bị áp dụng BPTV. Trong khi nội dung quy định đang bàn đến là việc chủ động gia hạn thời gian áp dụng BPTV tạm thời từ cơ quan có thẩm quyền trong quá trình thực hiện hoạt động của mình nhằm thực hiện tốt các nhiệm vụ được giao. Vì vậy, trường hợp không có yêu cầu rà soát từ các nhà nhập khẩu hàng hóa bị áp dụng BPTV nhưng nếu cơ quan có thẩm quyền thấy cần thiết phải gia hạn thì không thể nào áp dụng quy định tại khoản 3 Điều 96 Luật QLNT 2017.

Từ phân tích trên, chúng tôi cho rằng, nội dung Điều 96 Luật QLNT 2017 chưa thể giải quyết và cũng không thể giải quyết được sự bất cập trong việc không có quy định rõ ràng về việc có hay không có gia hạn thời gian áp dụng BPTV tạm thời của Luật QLNT 2017.

Thứ hai, về các biện pháp tự vệ khác

Điều 91 Luật QLNT 2017 quy định các biện pháp tự vệ bao gồm:

- a) Áp dụng thuế tự vệ;
- b) Áp dụng hạn ngạch nhập khẩu;
- c) Áp dụng hạn ngạch thuế quan;
- d) Cấp giấy phép nhập khẩu;
- đ) Các biện pháp tự vệ khác.

Quy định của điểm đ là chưa phù hợp với quy định của WTO và các Hiệp định thương mại mà Việt Nam tham gia. Cụ thể là:

Theo WTO, “*nguyên tắc minh bạch hoá yêu cầu các nước phải công khai, minh bạch*

các loại thủ tục, chính sách và quy định để các nước thành viên biết rõ ràng và cụ thể loại bỏ tình trạng mập mờ về quy định và thủ tục”⁴. Việc điểm đ quy định “các biện pháp tự vệ khác” mà không rõ đó là biện pháp gì là không đúng với yêu cầu của nguyên tắc minh bạch hóa. Điều này trái với những mục tiêu cốt lõi của WTO.

Trong các Hiệp định thương mại mà Việt Nam tham gia, không có bất kỳ Hiệp định nào để ngỏ các BPTV có thể áp dụng là “các biện pháp khác”.

Thứ ba, về việc bồi thường khi áp dụng biện pháp tự vệ

Quốc gia nhập khẩu áp dụng BPTV nhằm tạo điều kiện cho ngành sản xuất trong nước có thời gian tự điều chỉnh để đủ sức cạnh tranh với hàng hóa nhập khẩu. Vì vậy, việc áp dụng BPTV gây ảnh hưởng nhất định đối với các bên liên quan. Trong một số trường hợp, nước nhập khẩu phải tiến hành việc bồi thường khi áp dụng biện pháp này.

Điều 98 Luật QLNT 2017 quy định: “1. Việc bồi thường và mức độ bồi thường thiệt hại do áp dụng BPTV được thực hiện theo quy định của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên.

2. Việc bồi thường và mức độ bồi thường thiệt hại được xác định trên cơ sở kết quả tham vấn giữa các bên liên quan.

3. Bộ Công Thương chủ trì, phối hợp với Bộ, cơ quan ngang Bộ có liên quan xây dựng phương án bồi thường trình Thủ tướng Chính phủ phê duyệt trước khi tiến hành tham vấn với bên bị thiệt hại do áp dụng BPTV”.

4 Nguyễn Thường Lạng, Các nguyên tắc WTO với việc định dạng các tiêu chuẩn mới trong kinh doanh ở Việt Nam trên <http://www.trungtamwto.vn/chuyen-de/2120-cac-nguyen-tac-wto-voi-viec-dinh-dang-cac-tieu-chuan-moi-trong-kinh-doanh-o-viet-nam>, truy cập ngày 21/12/2019.

Quy định trên mang tính định hướng cho việc bồi thường khi áp dụng BPTV của Việt Nam. Để thực hiện quy định này trên thực tế cần phải có văn bản hướng dẫn thi hành. Tuy nhiên, cho đến nay, cơ quan có thẩm quyền vẫn chưa ban hành văn bản hướng dẫn quy định này. Đây là một trong những hạn chế của pháp luật Việt Nam về BPTV cần sớm được khắc phục.

3. Kiến nghị

Để bảo đảm phát huy hiệu quả của các BPTV trong việc bảo vệ ngành sản xuất trong nước ở nước ta hiện nay, chúng tôi có một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, sửa đổi đoạn 2 khoản 1 Điều 95 Luật QLNT 2017 theo hướng xác định rõ cơ quan có thẩm quyền được gia hạn thời gian áp dụng BPTV tạm thời nhưng vẫn đảm bảo thời gian áp dụng biện pháp này là không quá 200 ngày kể từ ngày quyết định áp dụng BPTV tạm thời có hiệu lực. Theo đó, đoạn 2 khoản 1 Điều 95 Luật QLNT 2017 được viết lại như sau: “*Thời hạn áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời là không quá 200 ngày kể từ ngày quyết định áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời có hiệu lực. Bộ trưởng Bộ Công thương có thể gia hạn áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời nhưng không quá 60 ngày*”.

Thứ hai, sửa đổi đoạn 1 khoản 1 Điều 95 Luật QLNT 2017 theo hướng bảo đảm sự thống nhất trong các quy định của Luật QLNT 2017 cũng như giữa quy định của Luật QLNT 2017 với quy định của các văn bản luật chuyên ngành khác. Theo đó, có hai

phương án thể hiện khoản 1 Điều 95 Luật QLNT 2017:

Phương án 1: đoạn 1 khoản 1 Điều 95 Luật QLNT 2017 được viết lại như sau: “Việc áp dụng *thuế tự vệ tạm thời dưới hình thức thuế nhập khẩu bổ sung* do Bộ trưởng Bộ Công thương quyết định căn cứ vào kết luận sơ bộ của cơ quan điều tra trước khi kết thúc điều tra, nếu xét thấy việc chậm thi hành biện pháp tự vệ gây ra thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng của ngành sản xuất trong nước và thiệt hại đó khó có thể khắc phục về sau”. Việc thay cụm từ “*thuế tự vệ tạm thời dưới hình thức thuế nhập khẩu bổ sung*” cho cụm từ “*biện pháp tự vệ tạm thời*” nhằm:

Đảm bảo sự thống nhất với quy định của khoản 1 Điều 81, khoản 1 Điều 89 Luật QLNT 2017 khi quy định về biện pháp chống phá giá, chống trợ cấp tạm thời bằng công cụ thuế. Quy định này cũng phù hợp với quy định của Điều 6 Hiệp định SG của WTO⁵.

Đảm bảo sự thống nhất giữa Luật QLNT 2017 với Luật Thuế xuất khẩu, nhập khẩu năm 2016 và các văn bản pháp luật khác. Khoản 7 Điều 4 Luật thuế Xuất khẩu, nhập khẩu năm 2016 quy định: “*Thuế tự vệ là thuế nhập khẩu bổ sung được áp dụng trong trường hợp nhập khẩu hàng hóa quá mức vào Việt Nam gây thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước hoặc ngăn cản sự hình thành của ngành sản xuất trong nước*”; khoản 2 Điều 52 Nghị định số

5 Điều 6 của SG quy định: “Trong trường hợp nghiêm trọng mà sự chậm trễ có thể gây ra thiệt hại khó có thể khắc phục được, một Thành viên có thể áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời dựa trên xác định sơ bộ rằng có chứng cứ rõ ràng chứng tỏ gia tăng nhập khẩu đã gây ra hoặc đe dọa gây ra tổn hại nghiêm trọng. Thời hạn áp dụng biện pháp tạm thời không được quá 200 ngày và trong suốt thời hạn đó các yêu cầu từ Điều 2 đến 7 và Điều 12 phải được tuân thủ. Các biện pháp này được áp dụng dưới hình thức tăng thuế và sẽ được hoàn trả ngay nếu điều tra sau đó...”.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

10/2018/NĐ-CP quy định: “Biện pháp tự vệ tạm thời chỉ được áp dụng dưới hình thức thuế nhập khẩu bổ sung”. Như vậy, có thể thấy rằng, bản chất của “biện pháp tự vệ tạm thời” chính là “thuế tự vệ tạm thời”.

Phương án 2: Đoạn 1 khoản 1 Điều 95 Luật QLNT 2017 được viết lại như sau: “Việc áp dụng biện pháp tự vệ tạm thời dưới hình thức thuế nhập khẩu bổ sung do Bộ trưởng Bộ Công thương quyết định căn cứ vào kết luận sơ bộ của cơ quan điều tra trước khi kết thúc điều tra, nếu xét thấy việc chậm thi hành biện pháp tự vệ gây ra thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng của ngành sản xuất trong nước và thiệt hại đó khó có thể khắc phục về sau. Chính Phủ quy định chi tiết hình thức áp dụng của biện pháp tự vệ tạm thời”; theo đó, việc Chính phủ quy định chi tiết hình thức áp dụng BPTV tạm thời sẽ hợp lý và phù hợp với quy định của Điều 11 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

Chúng tôi cho rằng, mặc dù phương án thứ 2 là phương án mang tính an toàn và đảm bảo sự ổn định lâu dài trong các quy định của văn bản luật nhưng phương án 1 là hợp lý hơn vì nó đảm bảo tính rõ ràng, minh bạch trong các quy định của pháp luật cũng như

phù hợp với quy định của nhiều quốc gia trên thế giới.

Thứ ba, mặc dù khoản 3 Điều 6 Luật QLNT 2017 quy định nguyên tắc quản lý nhà nước về ngoại thương là: “*Bảo đảm thực hiện đầy đủ các nguyên tắc đối xử tối huệ quốc, đối xử quốc gia trong hoạt động ngoại thương theo pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên*”, nhưng quy định này chưa thể hiện rõ việc áp dụng các BPTV phải phù hợp với các Hiệp định thương mại mà Việt Nam đã ký kết. Vì vậy, điểm đ khoản 2 Điều 91 Luật QLNT 2017 nên được viết lại như sau: đ) *Các biện pháp tự vệ khác phù hợp với quy định của các Hiệp định thương mại mà Việt Nam đã ký kết.*

Thứ tư, sửa đổi khoản 4 Điều 98 Luật QLNT 2017 về bồi thường do áp dụng BPTV theo hướng quy định rõ cơ quan “*xác định việc bồi thường và mức độ bồi thường*”; xác định thời gian cụ thể để các cơ quan có liên quan trình phương án bồi thường và mức độ bồi thường cho Thủ tướng Chính phủ, để Chính phủ xem xét, quyết định nhằm tạo điều kiện cho quá trình tham vấn giữa các bên liên quan trong hoạt động này và giao cho Chính phủ quy định chi tiết điều này ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Hiệp định về việc thực thi Điều XIX của Hiệp định chung về thuế quan và thương mại 1994.
2. Hiệp định Thương mại tự do ASEAN-Ấn Độ (AIFTA) năm 2009.
3. Hiệp định Thương mại hàng hóa ASEAN – Hàn Quốc (AKFTA) năm 2005.
4. Hiệp định Đối tác kinh tế Việt Nam – Nhật Bản (VJEPA) năm 2008.
5. Hiệp định Thương mại hàng hóa ASEAN- Australia-New Zealand (AANZFTA) năm 2009.
6. Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam – Chi lê (VCFTA) năm 2011.

PHẢN BIỆN XÃ HỘI VÀ VAI TRÒ CỦA PHẢN BIỆN XÃ HỘI Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Lê Thị Thiều Hoa*

*ThS. Trưởng ban, Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Phản biện xã hội; thực hành dân chủ; nhà nước pháp quyền; kiểm soát quyền lực nhà nước từ bên ngoài.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/6/2020
Biên tập : 12/6/2020
Duyệt bài : 15/6/2020

Article Information:

Keywords: Social criticism; practice of democracy; rule of law; external control of state power.

Article History:

Received : 02 Jun. 2020
Edited : 12 Jun. 2020
Approved : 15 Jun. 2020

Tóm tắt:

Phản biện xã hội là một chủ đề được quan tâm nghiên cứu dưới nhiều góc độ khác nhau (chính trị, pháp lý, báo chí, truyền thông, xã hội học...). Phản biện xã hội có vai trò quan trọng trong thực hành dân chủ và xây dựng Nhà nước pháp quyền. Vì vậy, trong thời gian tới, nhà nước cần tạo môi trường và các điều kiện cần thiết để phản biện xã hội phát huy được vai trò tích cực của mình.

Abstract:

Social criticism is a topic in concerns from various perspectives (politics, law, journalism, media, sociology ...). Social criticism plays an important role in the practice of democracy and the development of the rule of law. Therefore, it is necessary to create a comfortable environment and conditions for social criticism to promote its strengths in the coming time.

1. Khái niệm, đặc điểm phản biện xã hội

Trên thế giới, phản biện xã hội (PBXH) là một vấn đề hoàn toàn không mới. Được xem là hình thức thể hiện quyền tự do ngôn luận của con người, của công dân, PBXH luôn hiện hữu trong đời sống chính trị - xã hội của các thể chế dân chủ, được nhà nước

thừa nhận trên cơ sở các nguyên tắc, tiêu chuẩn quốc tế và khu vực¹. Ở Việt Nam, PBXH được xem là “sản phẩm” của sự phát triển nền kinh tế thị trường, sự thúc đẩy của việc xây dựng nhà nước pháp quyền cũng như quá trình dân chủ hóa trong đời sống chính trị - xã hội. Khi đề cập đến PBXH thì

1 Điều 19 của Tuyên ngôn quốc tế về nhân quyền năm 1948 (UDHR) quy định rằng “ai cũng có quyền giữ quan điểm mà không can thiệp” và “ai cũng có quyền tự do biểu đạt; quyền này bao gồm quyền tự do tìm kiếm, tiếp in ấn, dưới hình thức nghệ thuật, hoặc thông qua bất kỳ phương tiện truyền thông nào khác tùy theo sự lựa chọn của họ”. Quyền này cũng nhận và phổ biến thông tin và ý kiến các loại, không kể biên giới quốc gia, bất kể bằng lời nói, bằng văn bản hay được quy định tại Điều 19 của Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966, Điều 10 của Công ước châu Âu về nhân quyền năm 1950, Điều 13 của Công ước châu Mỹ về nhân quyền năm 1969 và Điều 9 của Hiến chương châu Phi về quyền con người và quyền các dân tộc năm 1981.

cũng đã có rất nhiều cách giải thích nội hàm khái niệm này. PBXH là việc phân tích, đánh giá, lập luận, tranh luận có tính chất độc lập, khoa học của các lực lượng xã hội (bao gồm cá nhân hoặc tổ chức trong xã hội) nhằm khẳng định hoặc bác bỏ, hay đề xuất sửa đổi chính sách, từ đó giúp cho cơ quan có thẩm quyền xem xét, điều chỉnh chính sách phù hợp hơn với lợi ích chung của cộng đồng.

Như vậy, về bản chất, PBXH là một hình thức thể hiện quyền tự do được xây dựng trên cơ sở quyền tự do ngôn luận. Theo đó, PBXH chính là quyền bày tỏ ý kiến một cách có hệ thống và có cơ sở khoa học nhằm thực hiện quyền dân chủ của cá nhân đã được ghi nhận trong các điều ước quốc tế về quyền con người. Đó là: “1. Mọi người đều có quyền giữ quan điểm của mình mà không bị ai can thiệp; 2. Mọi người có quyền tự do ngôn luận. Quyền này bao gồm tự do tìm kiếm, tiếp nhận và truyền đạt mọi thông tin, ý kiến, không phân biệt lĩnh vực, hình thức tuyên truyền bằng miệng, bằng bản viết, in, hoặc dưới hình thức nghệ thuật, thông qua bất kỳ phương tiện thông tin đại chúng nào tùy theo sự lựa chọn của họ”²; “Mọi công dân đều có quyền và cơ hội để tham gia vào việc điều hành các công việc xã hội một cách trực tiếp hoặc thông qua các đại diện được họ tự do lựa chọn”³. Như vậy, quyền tự do ngôn luận được hiểu chính là tiền đề, là điều kiện cơ bản cần thiết để người dân thực hiện PBXH và PBXH cũng chính là một trong những hình thức để người dân phát huy vai trò của mình trong việc tham gia quản lý nhà nước và xã hội.

PBXH có các đặc điểm sau:

Thứ nhất, PBXH phải luôn luôn hướng tới việc xem xét, lập luận, phân tích để từ đó lựa chọn hoặc đề xuất phương án thay đổi một cách chính xác và hợp lý nhất.

PBXH không chỉ cung cấp thông tin, tư liệu cùng với các ý kiến phân tích, đánh giá tính khả thi và các kiến nghị liên quan đến đối tượng phản biện, mà quan trọng hơn, PBXH phải chỉ ra được những hạn chế, những sai sót nếu có, nêu lên những cách nhìn và giải quyết vấn đề theo các phương án khác nhau mà chủ thể phản biện đưa ra⁴. Với ý nghĩa như vậy thì trong PBXH sẽ có thể bao gồm cả “khen” và “chê”, nhưng chủ yếu là dành cho “lời chê”. Sự phản ứng mang tính phủ định này là trên tinh thần xây dựng, góp ý của xã hội đối với chính sách, pháp luật của Nhà nước để cơ quan nhà nước có thể xem xét, nghiên cứu, tiếp thu có chọn lọc những hạt nhân hợp lý rồi sửa đổi hay bổ sung cho hợp lý.

Thứ hai, PBXH là hoạt động mang tính xã hội rõ nét.

PBXH được thực hiện bởi các chủ thể không mang tính quyền lực nhà nước. Chủ thể PBXH, hoặc là các thành viên của xã hội, hoặc là các tổ chức xã hội được vận hành theo nguyên tắc dân sự mà không mang tính quyền lực nhà nước. Đặc trưng này thể hiện rõ sự khác biệt giữa PBXH với phản biện trong các cơ quan nhà nước. Nếu như sự phản biện trong hệ thống các cơ quan nhà nước thể hiện mối quan hệ kiểm soát nội bộ bên trong của hệ thống quyền lực nhà nước thì PBXH thể hiện sự kiểm soát của xã hội - kiểm soát bên ngoài đối với hệ thống quyền lực đó. “Bất kỳ ai chịu sự tác động của đối tượng phản biện đều có thể trở thành chủ thể phản biện, đều có quyền phản biện và quyền được tôn trọng sự phản biện của mình. Tính dân chủ, tính quân chúng rộng rãi là điều kiện để hoàn thiện đối tượng phản biện và cũng là điều kiện để hoạt động phản biện phát triển”⁵. Tất nhiên, cũng vì có tính xã hội sâu sắc mà không tránh được trong PBXH

2 Điều 19 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966.

3 Điều 25 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966.

4 Xem: Nguyễn Quang Hiền (2010), “Tính tất yếu của phản biện xã hội trong nhà nước dân chủ”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 20(181), tr.9-16.

5 Xem: Hồ Bá Thâm (2009), Phản biện xã hội và phát huy dân chủ pháp quyền, Nxb. Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội, tr.27 và 28.

có phản ánh nhận thức, quan điểm, lợi ích của các giai tầng khác nhau, thậm chí là mâu thuẫn nhau. Chính vì vậy, để đạt được sự thống nhất (dễ chấp nhận) và đồng thuận xã hội, từ đó mà có thể ra được các quyết sách phù hợp để phát triển kinh tế - xã hội, đòi hỏi chủ thể PBXH và chủ thể chịu sự phản biện phải luôn luôn xuất phát từ mục tiêu cao nhất là vì lợi ích chung của cộng đồng và tạo ổn định xã hội.

Thứ ba, PBXH là hoạt động thể hiện tính độc lập, khách quan, trung thực.

Tính độc lập gắn với vị trí, vị thế độc lập (tương đối) của chủ thể PBXH. Đây là một yếu tố rất quan trọng bảo đảm tính khách quan và chính kiến của chủ thể PBXH, liên quan trực tiếp đến hiệu quả, giá trị của nội dung phản biện. Nếu mất đi đặc điểm này thì tính chất phản biện sẽ giảm hoặc không còn tính giá trị. Nhờ tính độc lập mà mỗi nhận xét, đánh giá, lập luận trong PBXH mới thực sự là tiếng nói của chủ thể phản biện mà không chịu sự chi phối của bất cứ sức ép nào. Muốn thể hiện được tính độc lập trong phản biện, chủ thể phản biện phải có sự tự chủ, vị thế độc lập nhất định (về mục tiêu, tôn chỉ hoạt động, tài chính, nhân sự độc lập...) so với chủ thể chịu sự phản biện. Mặt khác, tính độc lập có thể có tính chủ quan nhưng cũng phải đảm bảo được những yếu tố khách quan nhất định. Tính khách quan, trung thực thể hiện ở chỗ nó không phụ thuộc vào ý muốn của nhà quản lý, dù nhà quản lý có tiếp thu hay không và tiếp thu ở mức độ nào thì ý kiến phản biện vẫn phải được lập luận trên một cơ sở khoa học nhất định và các yếu tố quyền lợi chính trị - kinh tế - xã hội nêu có cũng phải phù hợp với xu hướng chung, lợi ích chung của cộng đồng, xã hội.

Thứ tư, PBXH là hoạt động có tính lan tỏa, tạo hiệu ứng.

Quá trình phản biện là quá trình ứng xử tích cực, mang tính chuyên nghiệp cao, được tạo nên từ tâm huyết của chủ thể phản biện. Xét trên góc độ hiệu quả, một khi PBXH đi đúng hướng, và chạm tới “chân lý”⁶ của sự việc, sẽ nhận được sự ủng hộ, đồng tình của dư luận, được khuếch tán tự nhiên trong đời sống xã hội. Mức độ ảnh hưởng của PBXH đến đâu trong đời sống xã hội cũng chính là một trong những thước đo cho hiệu quả và chất lượng của hoạt động PBXH. PBXH có sức lay động, lan tỏa nhanh đối với xã hội chỉ khi nó được thực hiện trên cơ sở bảo đảm khách quan, khoa học, có sức thuyết phục, đề cập đến các vấn đề mà cộng đồng xã hội đang quan tâm. Ngược lại, PBXH sẽ thất bại khi không tạo được tiếng nói chung của cộng đồng, không hướng tới lợi ích chung của cộng đồng xã hội.

2. Chủ thể, đối tượng, nội dung và hình thức phản biện xã hội

2.1. Chủ thể phản biện xã hội

Nếu hiểu PBXH là một trong các hoạt động thể hiện quyền tự do ngôn luận của con người, quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội của công dân thì chủ thể PBXH trước hết chính là cá nhân, là công dân, hay bất cứ một thành viên nào trong xã hội. Chủ thể PBXH có thể là người dân bình thường, hay là chuyên gia, nhà khoa học - những người có trình độ lý luận, kinh nghiệm thực tiễn nhất định, có quan tâm đến nội dung cũng như tác động của các chính sách khi được ban hành. Họ tham gia phản biện do xuất phát từ ý thức về trách nhiệm cũng như mong muốn đóng góp vào quá trình hoạch định chính sách, thúc đẩy sự phát triển xã hội. Dĩ nhiên, chủ thể PBXH phải có tính

6 Chủ tịch Hồ Chí Minh đã từng nhận định: “Đối với mọi vấn đề, mọi người tự do bày tỏ ý kiến của mình, góp phần tìm ra chân lý. Khi mọi người đã phát biểu ý kiến, đã tìm thấy chân lý, lúc đó quyền tự do tư tưởng hóa ra quyền tự do phục tùng chân lý. Chân lý là cái gì có lợi cho Tổ quốc, cho nhân dân. Cái gì trái với lợi ích của Tổ quốc, của nhân dân tức là không phải chân lý. Ra sức phụng sự Tổ quốc, phục vụ nhân dân tức là phục tùng chân lý”. Xem: Phạm Thị Chúc Liên (2018), Phản biện xã hội, đâu là giới hạn?, <https://giaoducthoidai.vn/goc-nhin/phan-bien-xa-hoi-dau-la-gioi-han-3951148-c.html>, ngày 18/9/2018.

độc lập và không thuộc “lực lượng Nhà nước” - được xem là chủ thể chịu sự PBXH. Chủ thể PBXH phải có tiếng nói độc lập trong quan hệ với chủ thể chịu sự phản biện, để phản biện không rơi vào trạng thái “vừa đá bóng vừa thổi còi”. Đây là điều kiện cần để PBXH bảo đảm tính khách quan và đa diện nhất.

Bên cạnh cá nhân công dân, tổ chức với tư cách là đại diện quyền lợi cho các cá nhân, nhóm lợi ích khác nhau trong xã hội cũng được xem là một chủ thể của PBXH. Ở các quốc gia, tổ chức xã hội là một thiết chế xã hội quan trọng đóng vai trò bổ sung cho vai trò của Nhà nước trong quản lý xã hội. Tổ chức xã hội tồn tại bên cạnh Nhà nước và luôn có sự độc lập tương đối của nó. Hoạt động PBXH của tổ chức xã hội được xem là một nhu cầu tự nhiên của các nhóm lợi ích trong xã hội.

Ở Việt Nam hiện nay, các tổ chức xã hội tồn tại dưới nhiều hình thức khác nhau và cũng có những nét đặc thù nhất định. Nếu hiểu theo nghĩa rộng, tổ chức xã hội ở Việt Nam sẽ bao gồm: tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị - xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội - nghề nghiệp và tổ chức xã hội. Các tổ chức này có thể có nhiều tên gọi khác nhau như hội, liên hiệp hội, tổng hội, liên đoàn, hiệp hội... Đặc biệt, không thể không nhắc đến Mặt trận Tổ quốc Việt Nam - một tổ chức chính trị - xã hội có tính chất rộng rãi và bao trùm lên hoạt động của các tổ chức xã hội khác.

Nằm trong hệ thống chính trị, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức chính trị - xã hội khác ra đời từ yêu cầu thực hiện chủ trương của Đảng đoàn kết, tập hợp lực lượng đấu tranh giải phóng dân tộc. Khi giành được chính quyền, các tổ chức này trở thành thành tố của hệ thống chính trị, là cầu nối giữa Đảng, Nhà nước với Nhân dân. Chính

vì vậy, có quan điểm cho rằng, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam là tổ chức chính trị - xã hội, nằm trong hệ thống chính trị, tham gia hình thành nên quyền lực chính trị, vì vậy rất khó có vị thế khách quan trong việc thực hiện PBXH⁷. Tuy nhiên, với đặc thù của xã hội Việt Nam, khi nói đến các thiết chế xã hội thì cần thấy rõ vai trò tích cực của tổ chức này trong tiến trình lịch sử và tiếp tục có vai trò tích cực trong đời sống đương đại. Mặt khác, trong điều kiện hiện nay, với tính chất của một tổ chức quần chúng rộng rãi, có vai trò đại diện, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của Nhân dân, có hệ thống tổ chức từ Trung ương xuống cơ sở thì Mặt trận Tổ quốc Việt Nam vẫn là tổ chức có nhiều lợi thế để thực hiện PBXH.

Bên cạnh đó, báo chí - truyền thông cũng có thể được xem là một chủ thể có đủ điều kiện và đủ khả năng để thực hiện PBXH nhờ quyền tự do tìm kiếm thông tin và phản ánh hiện thực đời sống xã hội. C. Mác đã nhận xét về vai trò phản biện của báo chí: *“Trong hy vọng và lo lắng, có điều gì báo chí nghe được ở cuộc sống, báo chí sẽ lớn tiếng loan tin cho mọi người đều biết, báo chí tuyên bố sự phán xét của mình đối với những tin tức đó một cách gay gắt, hăng say, phiến diện như những tình cảm và tư tưởng bị xúc động thắm báo nó vào lúc đó”*⁸. Học giả Nguyễn Trần Bạt cũng nhận xét: *“PBXH là trạng thái chuyên nghiệp của quá trình thảo luận cho nên nó cần có sự tham gia của hai lực lượng, lực lượng thứ nhất là để nói một cách chuyên nghiệp và lực lượng thứ hai là để nghĩ một cách chuyên nghiệp. Trước khi nói phải nghĩ, nghĩ chuyên nghiệp là giới trí thức và nói chuyên nghiệp là giới báo chí”*⁹. Người dân, do các điều kiện khách quan và sự giới hạn thông tin mà không phải lúc nào cũng có thể quan sát và phản biện được các công việc của Nhà nước. Chính vì vậy, báo

7 Xem: Nguyễn Trần Bạt (2014), Phản biện xã hội, https://www.chungta.com/nd/tu-lieu-tra-cuu/phan_bien_xa_hoi.html, ngày 12/7/2014.

8 Xem: C. Mác - Ph. Ăngghen: Toàn tập, Nxb. Chính trị quốc gia, tr.237.

9 Xem: Nguyễn Trần Bạt, Phản biện xã hội, tldd.

chí còn là kênh để kết nối thông tin giúp người dân khắc phục những rào cản đó. Báo chí vừa được xem là chủ thể phản biện vừa là phương tiện có thể chuyển tải những thông tin phản hồi từ xã hội đến cơ quan nhà nước để có thể ban hành và điều hành chính sách phù hợp hơn.

2.2. Đối tượng phản biện xã hội

PBXH thường hướng tới một công đoạn cụ thể trong toàn bộ quy trình hoạt động của các thiết chế quyền lực và nhằm vào sản phẩm của hoạt động đó. Chính vì vậy, đối tượng PBXH được hiểu chung là các chính sách do cơ quan công quyền đề xuất ban hành trên tất cả các lĩnh vực kinh tế - xã hội, khoa học - công nghệ, giáo dục, y tế, môi trường, an ninh, quốc phòng... Như đã đề cập ở trên, phản biện chính sách chính là việc nhận diện, tìm ra điểm đúng, sai, bất hợp lý của chính sách được đưa ra để giải quyết vấn đề phát sinh, từ đó có thể kiến nghị điều chỉnh hay thậm chí là hủy bỏ chính sách đó, đề xuất chính sách mới, phù hợp hơn để giải quyết vấn đề.

Vấn đề được đặt ra là PBXH chỉ thực hiện đối với các chính sách trước khi được ban hành (cụ thể ở đây là các dự án, dự thảo văn bản pháp luật, chương trình, đề án...) hay là cả những chính sách đã được thông qua và đang tổ chức thực hiện?

Có thể thấy rằng, ở mỗi giai đoạn hoạch định và tổ chức thực hiện chính sách thì vai trò của PBXH lại thể hiện khác nhau. Ở khâu hoạch định chính sách thì PBXH được tiến hành đối với cả hình thức lẫn nội dung chính sách, trong đó trọng tâm là nội dung của chính sách. Lúc này, PBXH sẽ đóng vai trò nâng cao chất lượng của chính sách khi nó được ban hành. Còn đối với quá trình tổ chức thực thi chính sách, PBXH chủ yếu phát hiện những độ “vênh”, “khoảng trống” của chính sách khi tác động vào thực tế mà ở khâu hoạch định chưa dự liệu được. Vì vậy, sau quá trình theo dõi, giám sát việc thực thi chính sách, từ những thông tin, số liệu thu thập được, chủ thể PBXH có thể phân tích, đánh giá, đưa ra những lập luận,

kiến nghị để kịp thời điều chỉnh, bổ sung, thậm chí thay thế bằng chính sách mới. Do đó, PBXH trong khâu thực thi chính sách cũng có ý nghĩa vô cùng quan trọng đối với việc hoàn thiện chính sách pháp luật.

2.3. Nội dung phản biện xã hội

PBXH là nhằm tới việc đánh giá các nội dung của chính sách. Để đánh giá được một chính sách, chủ thể PBXH trước hết cần phải xem xét nội dung chính sách từ nhiều góc độ khác nhau để xác định vấn đề cần giải quyết của chính sách đó là gì, xác định giải pháp giải quyết vấn đề có phù hợp với mục tiêu đề ra hay không và hiệu quả tác động (tiêu cực/tích cực) tới toàn xã hội hay từng nhóm đối tượng cụ thể trong xã hội như thế nào... Nội dung cơ bản mà hoạt động PBXH cần hướng tới chính là đưa ra nhận xét, đánh giá về sự cần thiết ban hành chính sách (nếu đó là chính sách chưa được ban hành), tính hợp pháp, tính khả thi, tính dự báo... của chính sách (dù chưa hoặc đã được ban hành) và đề xuất giải pháp, kiến nghị cụ thể nếu không đồng tình với chính sách đã được đề xuất. Dĩ nhiên, mọi luồng ý kiến, dù ủng hộ hay phản bác, đều phải được lập luận và phải có tính thuyết phục.

Trên thực tế, một chính sách khi được ban hành sẽ có tác động lớn đến xã hội với nhiều mức độ khác nhau. Nếu nó không được tính toán kỹ càng sẽ có thể có tác động tiêu cực đến xã hội và kìm hãm sự phát triển của đất nước, lãng phí về thời gian, tiền bạc của Nhà nước và xã hội. Về cơ bản, sự cần thiết ban hành một chính sách phải dựa trên các căn cứ như: cơ sở chính trị, cơ sở pháp lý và cơ sở thực tiễn, yêu cầu của quản lý nhà nước, phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội, quốc phòng, an ninh, bảo đảm quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân và hội nhập quốc tế...

Đánh giá về tính hợp pháp của chính sách trước hết là đánh giá sự phù hợp của chính sách với các quy định của pháp luật hiện hành (bao gồm cả Hiến pháp), sự phù hợp với thể chế chính trị, các nguyên tắc của nền dân chủ, nguyên tắc pháp quyền. Việc

bảo đảm tính hợp pháp của chính sách chính là một trong những cơ sở bảo đảm tính thống nhất, đồng bộ của cả hệ thống pháp luật.

Bên cạnh việc đánh giá tính hợp pháp, đánh giá tính khả thi, tính dự báo của nội dung chính sách cũng được xem là một nội dung cần ưu tiên của PBXH. Một chính sách có tính khả thi là một chính sách có khả năng thực hiện trên thực tế. Nói cách khác, chính sách đó có khả năng đi vào cuộc sống mà không chỉ dừng lại trên lý thuyết. Để đánh giá tính khả thi của chính sách cần phải dựa vào các tiêu chí cụ thể như: điều kiện kinh tế - xã hội của đất nước; trình độ phát triển về dân trí, nguồn lực con người, tài chính, trình độ quản lý; cơ chế bảo đảm thực thi hiệu quả chính sách... Chủ thể phản biện luôn phải đứng ở góc nhìn của xã hội, của những nhóm đối tượng thiệt thòi, nắm bắt được tâm tư, nguyện vọng chính đáng của người dân với tâm thế khách quan thì mới có thể dễ dàng để phát hiện được mặt hạn chế, tính không hợp lý của chính sách (điều mà có thể bản thân người ban hành chính sách cũng có thể nhận ra, nhưng cố tình bị che lấp bởi tư duy áp đặt chủ quan hoặc vấn đề lợi ích nhóm). Ngoài ra, khi phản biện chính sách, chủ thể PBXH cũng cần quan tâm đến tính dự báo của chính sách. Đây chính là một trong những điều kiện để chính sách khi ban hành có thể đảm bảo được tính ổn định của chính sách.

2.4. Hình thức phản biện xã hội

Trong hoạt động PBXH, tùy thuộc vào chủ thể và đối tượng phản biện mà sẽ có những hình thức phản biện phù hợp. Nếu chủ thể phản biện là cá nhân, PBXH có thể được thực hiện một cách trực tiếp hoặc gián tiếp. Hình thức trực tiếp chính là việc phát biểu ý kiến phản biện có thể thông qua các buổi hội nghị được tổ chức chính thức để lấy ý kiến, các buổi tiếp xúc cử tri của đại biểu dân cử hoặc trực tiếp đăng tải công khai ý kiến thông qua diễn đàn báo chí, truyền thông, trang thông tin điện tử của cơ quan chức năng, mạng xã hội. Cá nhân cũng có thể sử dụng hình thức phản biện gián tiếp

thông qua các tổ chức xã hội, các hội nghề nghiệp mà mình tham gia là thành viên hoặc thông qua đại biểu dân cử.

Nếu chủ thể phản biện là tổ chức, hình thức PBXH phong phú và đa dạng hơn. Bên cạnh các hình thức phản biện gián tiếp, chủ thể này có thể thực hiện PBXH trực tiếp thông qua việc tự mình tổ chức các buổi hội nghị đóng góp ý kiến, nghiên cứu văn bản độc lập và gửi trực tiếp văn bản đóng góp ý kiến đến cơ quan, cá nhân có thẩm quyền hoặc tham gia các diễn đàn đối thoại với các chủ thể có văn bản được phản biện.

Như đã nêu trên, báo chí - truyền thông vừa là chủ thể thực hiện PBXH nhưng cũng được xem như là một phương tiện để chuyển tải các ý kiến PBXH. Thực tế cho thấy, xã hội càng phát triển, báo chí càng được phát huy quyền dân chủ cởi mở, thông thoáng, rộng rãi, phát huy càng hiệu quả hoạt động PBXH. Tổ chức báo chí - truyền thông có thể dễ dàng và thuận lợi hơn trong việc mở các diễn đàn tập hợp các nhà khoa học, các chuyên gia và các tầng lớp nhân dân đóng góp ý kiến cho chính sách, pháp luật của Nhà nước và đăng tải ý kiến một cách công khai. Đây có thể xem là một hình thức phản biện dễ thu hút và hiệu quả vì tính công khai, minh bạch, đại chúng, dễ tìm kiếm nhưng vẫn tập trung và có tính khoa học.

3. Vai trò của phản biện xã hội

Thứ nhất, PBXH là một hình thức thực hiện quyền dân chủ trong nhà nước pháp quyền.

Nói đến một hệ thống chính trị dân chủ, một thể chế dân chủ thì phải thấy rõ mối quan hệ giữa nhà nước pháp quyền với sự tham gia của người dân thông qua một cơ chế thực hiện quyền dân chủ là PBXH. Đây được xem là quyền căn bản nhất của bất kỳ thiết chế dân chủ nào, là thước đo mức độ dân chủ của một xã hội. Xét về bản chất chính trị - pháp lý thì PBXH là một hình thức thực hiện các quyền dân chủ của cá nhân đã được Việt Nam cam kết thực hiện trong Công ước quốc tế về các quyền dân sự

và chính trị năm 1966¹⁰. Với tư cách là thành viên tham gia Công ước, Việt Nam đã cam kết tôn trọng và bảo đảm cho mọi người trong phạm vi lãnh thổ và thẩm quyền pháp lý của mình các quyền đã được công nhận trong Công ước. Thực hiện cam kết đó, Hiến pháp năm 2013 đã quy định: “*Công dân có quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội, tham gia thảo luận và kiến nghị với cơ quan nhà nước về các vấn đề của cơ sở, địa phương và cả nước*” (Điều 28). Một trong những nội dung của việc “tham gia quản lý nhà nước” chính là việc công dân tham gia xây dựng và hoàn thiện chính sách, pháp luật. PBXH chính là bước phát triển cao của hình thức công dân chủ động tham gia góp ý trong quá trình hoạch định và thực thi chính sách mà Việt Nam đã và đang cam kết thực hiện.

Xét về mặt bản chất, Nhà nước ta là Nhà nước do Nhân dân lập ra và có trách nhiệm phải điều hoà, giải quyết các mâu thuẫn, bảo đảm cho hoạt động xã hội trong khuôn khổ pháp luật. Nhân dân - người chủ đích thực của quyền lực có quyền không thể bị xâm phạm là tác động và kiểm soát nhà nước thực thi quyền lực thông qua các chính sách công và các hành vi điều hành, quản lý xã hội. Từ đó, hình thành một nhu cầu tất yếu khách quan - Nhà nước của dân, do dân, vì dân thì phải lắng nghe dân nói còn người dân thì phải dõi theo Nhà nước làm¹¹. Một mặt, Nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước thông qua Quốc hội và Hội đồng nhân dân là những cơ quan đại diện cho ý chí và nguyện vọng của Nhân dân, do Nhân dân bầu ra và

chịu trách nhiệm trước Nhân dân. Mặt khác, Nhân dân cũng có thể sử dụng quyền lực của mình một cách trực tiếp thông qua bầu cử, giám sát hoạt động của các cơ quan nhà nước, hoặc kiến nghị, đóng góp ý kiến hoặc trực tiếp tham gia xây dựng chính sách, pháp luật và biểu quyết khi được trưng cầu ý dân.

Mặt khác, người dân còn tham gia vào quá trình PBXH với tư cách là đối tượng chịu sự quản lý của Nhà nước. Họ là chủ thể của các quan hệ pháp luật, chịu sự tác động trực tiếp hoặc gián tiếp của các quy phạm pháp luật, nên cảm nhận rõ ràng những tác động trực tiếp của chính sách, pháp luật đó. Vì vậy, họ có quyền bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của mình trước những chính sách, pháp luật chưa đáp ứng đầy đủ hoặc xâm phạm các quyền lợi đó.

Trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở nước ta hiện nay, việc phát huy quyền tham gia ý kiến, phản biện của người dân đối với việc thực thi quyền lực chính trị là sự khẳng định nguyên lý: Nhân dân đích thực là chủ thể của quyền lực nhà nước. PBXH chính là hình thức để Nhân dân thực hiện quyền làm chủ của mình, là cách biến nguyên lý “*Đảng lãnh đạo, Nhà nước quản lý, Nhân dân làm chủ*” từ câu chữ và khẩu hiệu chuyên thành hơi thở hàng ngày của cuộc sống xã hội¹².

Thứ hai, PBXH là một phương thức để Nhân dân kiểm soát quyền lực nhà nước.

Việc kiểm soát quyền lực là nhu cầu khách quan của bất kỳ hệ thống quyền lực nhà nước nào, đặc biệt trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa khi mọi quyền lực

10 Điều 19 Công ước viết rằng: “Mọi người đều có quyền giữ quan điểm của mình mà không bị ai can thiệp”; “Mọi người có quyền tự do ngôn luận. Quyền này bao gồm tự do tìm kiếm, tiếp nhận và truyền đạt mọi thông tin, ý kiến, không phân biệt lĩnh vực, hình thức tuyên truyền bằng miệng, bằng bản viết, in, hoặc dưới hình thức nghệ thuật, thông qua bất kỳ phương tiện thông tin đại chúng nào tùy theo sự lựa chọn của họ...”. Điều 25 Công ước này quy định mọi công dân đều có quyền và cơ hội để tham gia vào việc điều hành các công việc xã hội một cách trực tiếp hoặc thông qua các đại diện được họ tự do lựa chọn.

11 Xem: Nguyễn Chính Tâm (2007), Phản biện xã hội và sự phát triển của Việt Nam, Báo điện tử Vietnamnet, ngày 09/6/2007.

12 Xem: Trương Lai (2009), Đồng thuận xã hội và phản biện xã hội, https://www.chungta.com/nd/tu-lieu-tra-cuu/dong_thuan_xa_hoi_va_phan_bien_xa_hoi-f.html, ngày 05/02/2009.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

đều thuộc về Nhân dân và cơ chế để thực hiện quyền làm chủ đó chính là cơ chế ủy quyền. Nhân dân chỉ ủy quyền chứ không giao trọn quyền hành cho những người được lựa chọn để ủy quyền. Nhân dân không ủy toàn quyền mà giữ lại một số quyền như quyền PBXH để theo dõi và giám sát việc thực thi quyền được ủy nhiệm. Vì vậy, PBXH cũng có vai trò như là một công cụ kiểm soát quyền lực của Nhân dân sau khi ủy quyền.

Mặt khác, một trong những vấn đề có tính quy luật của đời sống chính trị ở mọi thời đại có giai cấp là khi một giai cấp đã nắm quyền thì giai cấp đó luôn có xu hướng mở rộng phạm vi quyền lực và dựa vào quyền lực để mưu cầu lợi ích riêng. Quan liêu và tham nhũng là một trong những biểu hiện tiêu cực của quy luật này. Do vậy, bất cứ một nền dân chủ nào cũng coi trọng việc kiểm soát quyền lực nhà nước nhằm ngăn ngừa sự lạm quyền vốn có khả năng hình thành đã được lý giải trong các học thuyết về tổ chức quyền lực nhà nước. Lúc này, tính chất của PBXH sẽ như những liều vắc xin có tác dụng phòng ngừa, hạn chế sự tha hóa quyền lực, hoặc sự độc đoán, chuyên quyền - xu thế mang tính tất yếu của người nắm giữ quyền lực. Đây chính là một phương thức nhằm tăng cường vai trò lãnh đạo của Đảng, quản lý của Nhà nước.

Thứ ba, PBXH phản ánh và điều hoà mâu thuẫn giữa các nhóm lợi ích trong xã hội, phòng ngừa xung đột xã hội, tạo sự đồng thuận xã hội.

Sự phát triển xã hội thực chất là một quá trình đấu tranh để tồn tại và phát triển, là quá trình giải quyết các mâu thuẫn đang phát sinh trong đời sống xã hội. Khi có mâu thuẫn, người dân hay cả cộng đồng xã hội theo lẽ tự nhiên, đều có nhu cầu chính đáng là lên tiếng để phản ánh quan điểm, thái độ của mình. Nếu giới cầm quyền không nắm

bắt được hoặc khước từ nguyện vọng, mong muốn chính đáng, cũng như không nhận diện được những mâu thuẫn trong Nhân dân thì rất dễ dẫn đến những phản ứng tiêu cực, và quá trình tiếp diễn của nó sẽ biểu hiện ra bằng các xung đột xã hội. PBXH chính là một cách thức để các mâu thuẫn xã hội được bộc lộ thành phản ứng ngôn luận, nhờ đó giúp thể chế cầm quyền nhận biết và tìm phương hướng điều chỉnh chính sách, phòng ngừa xung đột xã hội, tạo sự đồng thuận xã hội. Xét trên phương diện lập pháp thì PBXH còn có ý nghĩa lớn về mặt chính trị - pháp lý, đặc biệt là lập pháp trong một nhà nước dân chủ. *“Không có xã hội đồng nhất về lợi ích của tất cả các chủ thể, đặc biệt là trong xã hội mà các giao lưu dân sự, kinh tế, thương mại, hợp tác quốc tế phát triển, nền kinh tế thị trường sôi động. Trong khi đó, pháp luật phải là đại lượng mang tính chuẩn mực, ghi nhận những nguyên tắc chung, tạo ra một môi trường pháp lý chung mà ở đó tất cả các chủ thể trong xã hội đều có thể tìm được đáp án đúng hoặc gần đúng trong việc bảo vệ các lợi ích chính đáng của mình”*¹³. Do vậy, quá trình xây dựng pháp luật là một quá trình phức tạp, phải giải quyết những mâu thuẫn, xung đột lợi ích của nhiều nhóm lợi ích trong xã hội, phản ánh nhiều xu thế, quan điểm khác nhau, nhất là trong nền kinh tế thị trường đa sở hữu, đa quan hệ. Chính vì vậy, ngay trong quá trình lập pháp phải có sự “cân, đong, đo, đếm”, hài hoà giữa các nhóm lợi ích, các bộ phận trong xã hội phù hợp với định hướng phát triển của xã hội. Điều này chỉ có thể làm được nếu như các chủ thể trong xã hội được được biết, được tiếp cận, được tham gia ý kiến, được kiến nghị, được đối thoại, thể hiện thái độ, ý chí, lợi ích của họ ngay trong quá trình xây dựng chính sách, pháp luật. Nếu các cá nhân tin rằng, họ vừa tham gia một cách có ý nghĩa vào các quyết định ảnh hưởng đến bản thân

13 Xem: Bộ Tư pháp (2005), Chương trình 909, Đề án 5: Xây dựng cơ chế huy động có hiệu quả sự tham gia của các chuyên gia, nhà khoa học, các nhà hoạt động thực tiễn và nhân dân vào quá trình xây dựng và ban hành văn bản quy phạm pháp luật, Chủ nhiệm Dương Thị Thanh Mai.

mình thì họ sẽ sẵn sàng chấp nhận những thay đổi đó hơn. “*Quá trình tham gia mang lại cho cá nhân tiếng nói để định hình một đối thay, cho nên những thay đổi đó có khả năng dễ được chấp nhận hơn và ít bị đảo ngược hơn khi cơ hội đầu tiên xuất hiện*”¹⁴. Nói một cách khác, khi người dân trực tiếp tham gia và bỏ công sức vào phản biện một chính sách hay một quyết định quản lý thì họ sẽ đối xử với chính sách đó như một sản phẩm tự nguyện ràng buộc thi hành.

Thứ tư, PBXH là một nhân tố tích cực giúp cho người quản lý rèn luyện được kỹ năng, bản lĩnh lắng nghe, đối thoại và đối mặt với công luận cũng như rèn luyện cho người phản biện nâng cao nhận thức, trình độ hiểu biết, kỹ năng thực hành dân chủ.

PBXH đòi hỏi giới cầm quyền phải chấp nhận sự cọ xát, tranh luận, đối thoại với Nhân dân và nhờ đó rèn luyện thêm khả năng thích ứng cao trước mọi biến đổi của hoàn cảnh và tính năng động trong phương thức quản lý, điều hành, khắc phục tình trạng né tránh công luận, gây sự trì trệ của hệ thống. Thực tế cho thấy, ngay cả những việc hoàn toàn có lợi cho dân nếu được thực hiện bằng cách ép buộc, máy móc thì vẫn có thể gặp sự phản ứng, có khi cả sự chống đối từ phía Nhân dân. Do vậy, dù cho đường lối chính sách đề ra là vì lợi ích của Nhân dân vẫn phải thực hiện PBXH để tranh luận, đối thoại, để hiểu đúng, tìm ra cái đúng. Như vậy, phản biện sẽ đi tới thống nhất về tư duy, đồng thuận trong xã hội.

PBXH không chỉ góp phần nâng cao năng lực, kinh nghiệm của đội ngũ lãnh đạo, quản lý, mà thông qua đó, còn nâng cao nhận thức, trình độ hiểu biết của Nhân dân. Đối với cá nhân, khi tham gia PBXH, thì sự bàn luận, trao đổi ý kiến giữa các thành viên trong xã hội sẽ giúp họ đạt tới sự nhận thức chung, thống nhất trong các nhận xét, đánh giá. Ban đầu, “chuẩn mực” chung chỉ phối quá trình thảo luận, bàn bạc giữa họ là những

thông tin, kiến thức, hiểu biết về pháp luật mà mỗi thành viên có được từ những nguồn khác nhau. Các ý kiến bước đầu được đưa ra có thể khác nhau vì nhận thức pháp luật của mỗi thành viên xã hội cũng khác nhau. Dần dần, các cuộc thảo luận đi vào chiều sâu, nội dung PBXH thường tập trung vào những vấn đề trọng tâm, từ đó thể hiện trình độ nhận thức có tính hệ thống. Qua đó, hiểu biết về pháp luật của người dân sẽ được nâng lên, họ sẽ tự điều chỉnh hành vi của mình sao cho phù hợp với quy tắc, yêu cầu của các giá trị, quy phạm pháp luật chung.

Thông qua PBXH, cũng có thể đo lường được ý thức pháp luật và sự hiểu biết của người dân trên mọi lĩnh vực, đo lường được mức độ quan tâm và ý thức trách nhiệm của người dân tới hoạt động xây dựng, ban hành chủ trương, chính sách của cơ quan quản lý. Dưới góc độ xã hội, PBXH cũng có ý nghĩa quan trọng trong việc xây dựng và phát huy vai trò của đội ngũ trí thức. Bằng sự tham gia chủ động và tích cực này, các chuyên gia, nhà khoa học có cơ hội thể hiện, chứng minh sở trường của mình, khai thác vốn kiến thức đa dạng đã được tích lũy trong một quá trình nghiên cứu và cống hiến cho xã hội.

Tóm lại, PBXH có vai trò quan trọng trong thực hành dân chủ, góp phần tạo ra sự năng động và dân chủ trong hoạt động quản lý, nâng cao chất lượng thể chế, nâng cao ý thức và năng lực làm chủ của người dân. Bằng hoạt động PBXH, người dân thấy rõ hơn quyền và trách nhiệm công dân trong tham gia quản lý nhà nước, quản lý xã hội; Nhà nước thấy rõ hơn trách nhiệm của mình trong việc đối thoại, lắng nghe và phản hồi ý kiến của người dân. Nhận thức đó, thực chất sẽ góp phần gia tăng tính dân chủ trong việc quản lý xã hội. Chính vì vậy, PBXH đang là nhu cầu tất yếu của đời sống dân chủ, của quá trình xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam ■

14 Xem: Joseph Stiglitz (2002), Tham gia và Phát triển: Quan điểm từ mô hình phát triển toàn diện, World Bank xuất bản.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ QUY TRÌNH XÁC ĐỊNH GIÁ ĐẤT CỤ THỂ

Châu Hoàng Thân*

* ThS. Giảng viên, Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Giá đất, quy trình xác định giá đất cụ thể, Luật Đất đai.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 16/3/2020
Biên tập : 26/3/2020
Duyệt bài : 05/4/2020

Article Information:

Keywords: Land prices, procedure for pricing of particular land; Law on land.

Article History:

Received : 16 Mar. 2020
Edited : 26 Mar. 2020
Approved : 05 Apr. 2020

Tóm tắt:

Bài viết này phân tích những bất cập, hạn chế trong quy định hiện hành về quy trình xác định giá đất cụ thể và đề xuất giải pháp nhằm bảo đảm giá đất cụ thể phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường, cân bằng lợi ích các bên và phát huy hiệu quả trong quản lý, sử dụng đất đai ở Việt Nam.

Abstract:

This article provides an analysis of the shortcomings in applicable legal regulations in details on particular land pricing and also proposed measures so that the particular land prices are made compatible with the market ones, to equilibrate the interests of involved parties and to enhance the efficiency in land administration and land use in Vietnam.

1. Khái quát về giá đất trong pháp luật đất đai

Khoản 19, 20 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “*Giá đất là giá trị của quyền sử dụng đất tính trên một đơn vị diện tích đất. Giá trị quyền sử dụng đất là giá trị bằng tiền của quyền sử dụng đất đối với một diện tích đất xác định trong thời hạn sử dụng đất xác định*”. Về phương diện hành chính, giá đất do Nhà nước xác định (giá nhà nước) qua các cấp độ: khung giá đất (do Chính phủ ban hành định kỳ 05 năm), bảng giá đất (do Ủy ban nhân dân của 63 tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương ban hành định kỳ 05 năm dựa trên khung giá do Chính phủ ban hành và thông tin giá đất thị trường, các yếu tố tự

nhiên, kinh tế, xã hội của địa phương) và giá đất cụ thể (quyết định trong từng trường hợp, mang tính cá biệt). Bên cạnh đó, sự tồn tại của giá đất thị trường được hình thành từ các giao dịch của người sử dụng đất trên nguyên tắc tự do, bình đẳng, thỏa thuận. Do đất đai mang tính cụ thể cao nên giá giao dịch trên thị trường của mỗi thửa đất có sự khác biệt nhất định. Vậy, câu hỏi được đặt ra ở đây là giá đất nào sẽ là giá thị trường? Theo quy định của Điều 112 Luật Đất đai năm 2013, giá thị trường chính là giá đất phổ biến trên thị trường. Quy định này được cụ thể hóa trong Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày

6/1/2017 (Nghị định số 44). Theo quy định của khoản 3 Điều 3 Nghị định số 44, “*giá đất phổ biến trên thị trường là mức giá xuất hiện với tần suất nhiều nhất trong các giao dịch đã chuyển nhượng trên thị trường, trúng đấu giá quyền sử dụng đất, giá đất xác định từ chi phí, thu nhập của các thửa đất có cùng mục đích sử dụng tại một khu vực và trong một khoảng thời gian nhất định*”.

Như vậy, ở nước ta hiện nay tồn tại hai giá đất: giá nhà nước và giá thị trường. Việc tồn tại hai giá đất là một tất yếu khách quan và Nhà nước sẽ định hướng giá đất theo một trong các cơ chế sau: (i) bám sát giá đất thị trường theo hướng “nước nổi, bè nổi”; (ii) bám sát giá đất thị trường nhưng giá đất nhà nước quy định luôn giữ một khoảng cách nhất định với giá thị trường (cơ chế thị trường có định hướng của Nhà nước); (iii) phục vụ chính sách quản lý của Nhà nước và thoát ly giá đất thị trường¹. Có thể nhận thấy rằng, ngay từ khi bắt đầu quy định về giá đất đến nay, pháp luật đất đai luôn xác định quản lý theo cơ chế thị trường có định hướng của Nhà nước với nguyên tắc xuyên suốt trong định giá đất là giá đất phải sát/ phù hợp với giá đất thị trường. Nhưng thực tiễn vẫn tồn tại sự chênh lệch lớn giữa giá đất nhà nước so với giá đất thị trường².

Bên cạnh đó, để khắc phục sự bất cập giữa hai loại giá đất nêu trên, pháp luật về đất đai cũng đưa ra giải pháp xác định “*giá đất cụ thể*”. Theo quy định của Điều 18 Nghị định số 44, giá đất cụ thể được xác định như sau:

Thứ nhất, giá đất cụ thể được xác định theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá (Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định một hệ số

nhân với giá đất trong bảng giá đất) đối với các trường hợp tại khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44: (i) các trường hợp quy định tại các điểm a, b, c và d khoản 4 Điều 114, khoản 2 Điều 172 và khoản 3 Điều 189 của Luật Đất đai, xác định giá đất để làm giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê mà thửa đất hoặc khu đất của dự án có giá trị (tính theo giá đất trong bảng giá đất) dưới 30 tỷ đồng đối với các thành phố trực thuộc trung ương; dưới 10 tỷ đồng đối với các tỉnh miền núi, vùng cao; dưới 20 tỷ đồng đối với các tỉnh còn lại; xác định giá đất để làm căn cứ tính tiền thuê đất khi Nhà nước cho thuê đất thu tiền thuê đất hàng năm mà phải xác định lại đơn giá thuê đất để điều chỉnh cho chu kỳ tiếp theo; xác định giá đất để làm cơ sở xác định giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất khi Nhà nước cho thuê đất thu tiền thuê đất hàng năm; (ii) trường hợp quy định tại điểm đ khoản 4 Điều 114 của Luật Đất đai đối với dự án có các thửa đất liền kề nhau, có cùng mục đích sử dụng, khả năng sinh lợi và thu nhập từ việc sử dụng đất tương tự nhau hoặc trường hợp tại khu vực thu hồi đất không bảo đảm yêu cầu về thông tin để áp dụng các phương pháp định giá đất quy định tại các khoản 1, 2, 3 và 4 Điều 4 của Nghị định này để xác định giá đất cụ thể của từng thửa đất.

Thứ hai, giá đất cụ thể được xác định dựa vào thông tin thu thập trên thị trường thông tin thửa đất để áp dụng các phương pháp định giá đất tại khoản 1, 2, 3, 4 Điều 4 Nghị định số 44 (đó là các phương pháp định

1 Nguyễn Thế Chinh, “Báo cáo tổng hợp kết quả khoa học công nghệ đề tài: nghiên cứu ảnh hưởng của cơ chế hai giá đất đối với việc giao đất, cho thuê đất, thu hồi đất và đề xuất giải pháp để giá đất do Nhà nước quy định phù hợp với giá thị trường”, Viện Chiến lược, chính sách tài nguyên và môi trường - Bộ Tài nguyên và Môi trường, Hà Nội, năm 2014, tr.109, 121.
2 Phạm Văn Võ, Chế độ pháp lý về sở hữu và quyền tài sản đối với đất đai, Nxb. Lao động, Tp. Hồ Chí Minh, năm 2012, tr.150.

giá đất: so sánh trực tiếp, chiết trừ, thu nhập và thặng dư, việc áp dụng các phương pháp này hoàn toàn độc lập với bảng giá đất). Phương thức này được áp dụng đối với việc xác định giá đất cụ thể không thuộc các trường hợp tại khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44.

Chúng tôi cho rằng, trong bối cảnh hiện nay, giá đất cụ thể được xem là một giải pháp hữu hiệu để dung hòa quyền quyết định giá đất của Nhà nước và quy luật thị trường trong xác định giá đất. Việc quy định áp dụng rộng rãi giá đất cụ thể trong tài chính đất đai và tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất sẽ góp phần tích cực khắc phục những bất cập của cơ chế hai giá đất ở nước ta.

2. Quy trình xác định giá đất cụ thể trong pháp luật đất đai

Căn cứ quy định của Nghị định số 44 và Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT của Bộ Tài nguyên và Môi trường (Thông tư số 36), quy trình xác định giá đất cụ thể gồm những bước cụ thể sau:

Bước 1. Xây dựng kế hoạch và chuẩn bị định giá đất cụ thể

Căn cứ dự thảo kế hoạch sử dụng đất hàng năm cấp huyện và kế hoạch cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước, Sở Tài nguyên và Môi trường lập kế hoạch định giá đất cụ thể gồm những nội dung sau: dự kiến các trường hợp cần định giá đất cụ thể, dự kiến các trường hợp phải thuê tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất và số lượng tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất; dự kiến thời gian và kinh phí thực hiện định giá đất³. Kế hoạch này phải được trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đồng thời với kế hoạch sử dụng đất hàng năm cấp huyện. Việc lựa chọn tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất được thực hiện theo pháp luật

đấu thầu và hoàn tất trước ngày 31 tháng 3 hàng năm. Căn cứ vào khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai, Sở Tài nguyên và Môi trường “*được thuê*” tổ chức tư vấn xác định giá đất cụ thể. Theo quy định này, việc có thuê tổ chức tư vấn trong các trường hợp xác định giá đất cụ thể hay không là do Sở Tài nguyên và Môi trường quyết định đề xuất. Tuy nhiên, theo quy định của Nghị định số 44, trường hợp xác định giá đất cụ thể theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá tại khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44, *Sở Tài chính* chủ trì thực hiện việc xác định hệ số được công bố hàng năm trong xác định giá đất cụ thể để tính nghĩa vụ tài chính trong giao đất, cho thuê đất. *Sở Tài nguyên và Môi trường* chủ trì xây dựng hệ số để trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định đối với từng loại đất theo dự án hoặc theo khu vực để tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất. Như vậy, trong trường hợp này, việc xây dựng phương án hệ số điều chỉnh giá đất do cơ quan nhà nước tiến hành mà không được thuê tổ chức tư vấn.

Bước 2. Điều tra, tổng hợp, phân tích dữ liệu, áp dụng phương pháp định giá đất để xây dựng phương án giá đất cụ thể

Chủ thể được giao nhiệm vụ xây dựng dự thảo phương án giá đất/phương án hệ số điều chỉnh giá đất sẽ tiến hành điều tra, thu thập và tổng hợp thông tin giá đất trên thị trường thông qua khảo sát bằng các phiếu thu thập thông tin theo từng loại đất tại phụ lục 05 ban hành kèm theo Thông tư số 36. Trên cơ sở kết quả thông tin thu thập được sẽ xử lý theo hai trường hợp: *một là*, nếu việc xác định giá đất cụ thể để áp dụng cho các trường hợp tại khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44 thì căn cứ thông tin, áp dụng phương pháp hệ số điều chỉnh giá để xây dựng phương án hệ số điều chỉnh giá, kèm

3 Khoản 2 Điều 28 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT.

theo thuyết minh⁴; *hai là*, xác định giá đất cụ thể áp dụng cho các trường hợp quy định tại khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai nhưng không thuộc trường hợp tại khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44 thì căn cứ các thông tin thu thập áp dụng các phương pháp định giá đất tại khoản 1, 2, 3, 4 Nghị định số 44 để xây dựng phương án giá đất cụ thể. Quá trình thực hiện việc điều tra, tổng hợp giá đất trên thị trường được xem là khó khăn nhất và ảnh hưởng rất lớn đến kết quả định giá đất. Bởi giá giao dịch thật chỉ có người mua và người bán biết chính xác, vì giao dịch bất động sản không bắt buộc phải qua sàn và việc thanh toán cũng không nhất thiết qua ngân hàng⁵.

Sau khi hoàn tất dự thảo phương án giá đất/phương án hệ số điều chỉnh giá đất, Sở Tài nguyên và Môi trường kiểm tra, đánh giá, xây dựng Tờ trình về việc quyết định giá đất⁶.

Bước 3. Thẩm định và hoàn chỉnh dự thảo phương án giá đất cụ thể

Sau khi kiểm tra, đánh giá kết quả, Sở Tài nguyên và Môi trường trình phương án giá đất/ phương án hệ số điều chỉnh giá đất để thẩm định bởi Hội đồng thẩm định giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh thành lập với thành phần quy định tại khoản 3 Điều 16 Nghị định số 44. Theo quy định của

Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT ngày 22/6/2016 (Thông tư số 87) về hướng dẫn thẩm định dự thảo bảng giá đất, thẩm định phương án giá đất của Hội đồng thẩm định giá đất, Sở Tài chính chịu trách nhiệm giúp việc cho hoạt động thẩm định của Hội đồng⁷. Nội dung thẩm định phương án giá đất gồm 03 vấn đề: việc áp dụng các nguyên tắc định giá đất, việc áp dụng các phương pháp định giá đất; sự phù hợp của các thông tin thu thập được so với giá đất trên thị trường và thông tin về giá đất trong cơ sở dữ liệu đất đai. Trong bối cảnh dữ liệu giá đất thị trường không hoàn chỉnh như hiện nay thì việc thẩm định mức độ phù hợp của thông tin, phương án giá đất so với thông tin giá đất trên thị trường là rất chủ quan và cảm tính.

Bước 4. Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định phê duyệt giá đất cụ thể

Khoản 2 Điều 32 Thông tư số 36 quy định trong thời hạn không quá 05 ngày làm việc kể từ ngày nhận được văn bản đề xuất của Sở Tài nguyên và Môi trường, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh có trách nhiệm quyết định giá đất. Như vậy, quyền quyết định giá đất cụ thể thuộc về tập thể Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Tuy nhiên, trên thực tế người quyết định cuối cùng là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh⁸.

- 4 Theo khoản 3 Điều 33 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT thì thuyết minh gồm những nội dung sau: mục đích định giá đất và các thông tin về thửa đất cần định giá; đánh giá tình hình và kết quả điều tra, tổng hợp thông tin về giá đất thị trường; điều kiện kinh tế - xã hội ảnh hưởng đến giá đất ở địa phương; việc áp dụng phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất; kết quả xây dựng hệ số điều chỉnh giá đất và đề xuất các phương án hệ số điều chỉnh giá đất; đánh giá tác động về kinh tế - xã hội của các phương án hệ số điều chỉnh giá đất.
- 5 Minh Trung (2019), “Trao quyền quyết định giá đất cho Ủy ban nhân dân cấp tỉnh: những vấn đề phát sinh từ thực tế cần nghiên cứu lại”, <http://phaply.net.vn/gop-y-hoan-thien-chinh-sach-phap-luat-ve-tai-nguyen-moi-truong-ky-8-bai-13-trao-quyen-quyet-dinh-gia-dat-cho-ubnd-cap-tinh-nhung-van-de-phat-sinh-tu-thuc-te-can-nghien-cuu-lai/>, truy cập ngày 01/12/2019.
- 6 Khoản 4 Điều 30 và khoản 4 Điều 33 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT.
- 7 Quyết định số 89/QĐ-UBND ngày 13/01/2015 của Chủ tịch Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh về ủy quyền Chủ tịch hội đồng thẩm định giá đất thành phố.
- 8 Lưu Quốc Thái, Những vấn đề pháp lý về thị trường quyền sử dụng đất Việt Nam, Nxb. Hồng Đức, Tp. Hồ Chí Minh, năm 2016, tr.136.

3. Thực trạng và giải pháp hoàn thiện quy định về xác định giá đất cụ thể

Thực tiễn thực hiện quy định của pháp luật về xác định giá đất cho thấy việc xác định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi thu hồi đất của cơ quan nhà nước có xu hướng phổ biến là mức giá bồi thường thấp hơn giá thị trường⁹. Giá đất tính tiền bồi thường vẫn mang tính áp đặt và được phân cấp cho Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định với những tiêu chí định tính không rõ ràng, dẫn đến mức giá bồi thường trên thực tế không đảm bảo yêu cầu phù hợp giá thị trường, quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng đất. Bên cạnh đó, việc xác định giá đất cụ thể trong giao đất, cho thuê đất thực hiện dự án đầu tư cũng tồn tại những bất cập ở một số địa phương như sau: ở Phú Yên, dự án khu Resort Thuận Thảo, dự án Làng du lịch quốc tế ven biển thành phố Tuy Hòa còn tồn tại sai phạm trong xác định giá đất cụ thể tính tiền thuê đất: xác định sai vị trí, sai thời điểm gây thất thu ngân sách¹⁰; ở Đà Nẵng, khu đất A2, A3 thuộc dự án Khu tái định cư đầu tuyến Sơn Trà – Điện Ngọc được Ủy ban nhân dân thành phố Đà Nẵng quyết định đơn giá là 2.570.000 đồng/m² tương đương 88 tỷ đồng (lô A2: khoảng 25 tỷ, lô A3 khoảng 63 tỷ), nhưng ngay sau 32 ngày người được giao đất đã chuyển nhượng lại lô A2 với giá hơn 133 tỷ, chênh lệch hơn 107 tỷ¹¹. Qua đó cho thấy, việc

quyết định đơn giá của Ủy ban chưa sát với thị trường tạo khoảng chênh lệch lớn cho một nhóm các đối tượng hưởng lợi; ở Quảng Ngãi, tại dự án khu đô thị mới Phú Mỹ sau khi Ủy ban nhân dân tỉnh Quảng Ngãi ban hành Quyết định số 1116/QĐ-UBND ngày 18/8/2010 phê duyệt giá đất thu tiền sử dụng đất thì chủ đầu tư không nhất trí và sau đó được xác định lại giá đất. Tuy nhiên, cơ quan có thẩm quyền đã không ký hợp đồng với đơn vị tư vấn để thẩm định giá lại mà giao cho chủ đầu tư ký hợp đồng thuê đơn vị tư vấn. Kết quả, đơn vị tư vấn đã không thực hiện một cách khách quan, không so sánh tài sản định giá đúng quy định với số tiền sử dụng đất sau khi phê duyệt đơn giá từ đơn vị tư vấn đã giảm gần 290 tỷ so với giá đất phê duyệt tại Quyết định số 1116/QĐ-UBND¹².

Giá đất tính tiền bồi thường chưa hợp lý, thấp hơn nhiều so với giá đất trên thực tế là một trong những nguyên nhân chính tạo nên sự phức tạp của khiếu nại, đó là nội dung được nhận định tại Báo cáo tổng kết 04 năm thi hành Luật Khiếu nại, Luật Tố cáo¹³. Ngày 11/7/2019, Đoàn giám sát của Ủy ban thường vụ Quốc hội làm việc với Bộ Tài Nguyên và Môi trường về kết quả tiếp công dân, việc giải quyết đơn thư khiếu nại, tố cáo; theo báo cáo, khiếu nại về giá đất tính tiền bồi thường tăng vì người dân cho rằng giá đất bồi thường thấp so với thị trường¹⁴.

- 9 Lưu Quốc Thái, Những vấn đề pháp lý về thị trường quyền sử dụng đất Việt Nam, Nxb. Hồng Đức, Tp. Hồ Chí Minh, năm 2016, tr.135, 136.
- 10 Thông báo Kết luận thanh tra số 718/TB-TTCTP ngày 03/4/2014 của Thanh tra Chính phủ về việc chấp hành pháp luật về quản lý, sử dụng đất đai và đầu tư xây dựng đối với một số dự án đầu tư trên địa bàn tỉnh Phú Yên, tr.2, 3.
- 11 Thông báo Kết luận thanh tra số 160/TBKL-TTCTP ngày 17/01/2013 của Thanh tra Chính phủ về trách nhiệm của Chủ tịch Ủy ban nhân dân thành phố Đà Nẵng trong việc chấp hành pháp luật về thanh tra, khiếu nại, tố cáo và phòng, chống tham nhũng, thanh tra một số dự án đầu tư có liên quan đến việc quản lý sử dụng đất; công khai nội dung ý kiến chỉ đạo của Thủ tướng Chính phủ về xử lý sau thanh tra, tr. 5.
- 12 Thông báo kết luận thanh tra số 2585/TB-TTCTP của Thanh tra Chính phủ ngày 8/9/2015 việc chấp hành pháp luật trong quản lý, sử dụng đất đai và quản lý đầu tư xây dựng trên địa bàn tỉnh Quảng Ngãi.
- 13 Báo cáo số 3537/BC-TTCTP ngày 30/12/2016 của Thanh tra Chính phủ về tổng kết 04 năm thi hành Luật Khiếu nại, Luật Tố cáo, tr.6.
- 14 Công thông tin điện tử Bộ Tài Nguyên và Môi trường, “Đoàn giám sát của Ủy ban thường vụ Quốc hội đánh giá cao Bộ Tài nguyên và Môi trường trong tiếp công dân, việc giải quyết đơn thư khiếu nại, tố cáo”, <http://www.monre.gov.vn/Pages/doan-giam-sat-cua-uy-ban-thuong-vu-quooc-hoi-danh-gia-cao-bo-tn&mt-trong-tiep-cong-dan,-viec-giai-quyet-don-thu-khieu-nai,-to-cao.aspx>, truy cập ngày 20/8/2019.

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

Một là, chưa bảo đảm tính độc lập, khách quan trong quá trình xác định giá đất cụ thể. Trường hợp xác định giá đất cụ thể theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá quy định tại điểm b khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44 thì Sở Tài Nguyên và Môi trường thực hiện xây dựng phương án hệ số điều chỉnh giá. Sau đó, theo quy định tại khoản 4 Điều 33 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT thì Sở Tài nguyên và Môi trường sẽ kiểm tra, đánh giá dự thảo phương án để trình Hội đồng thẩm định. Đồng thời, khi thẩm định thì đại diện Sở Tài nguyên và Môi trường là thành viên Hội đồng thẩm định. Khi kết thúc thẩm định, theo quy định tại khoản 3 Điều 14 Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT thì Sở Tài nguyên và Môi trường có trách nhiệm hoàn thiện phương án giá đất trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định phê duyệt. Như vậy, trong trường hợp trên, quá trình xác định giá đất cụ thể bị chi phối rất lớn bởi Sở Tài nguyên và Môi trường. Hay trường hợp Sở Tài chính chủ trì xây dựng phương án hệ số điều chỉnh giá đất tại điểm a khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP thì khi thẩm định thành viên thường trực Hội đồng thẩm định là đại diện Sở Tài chính, thậm chí như phần trên đã nêu có địa phương đại diện lãnh đạo Sở Tài chính được Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ủy quyền để làm Chủ tịch Hội đồng thẩm định. Như vậy, các trường hợp xác định giá đất cụ thể theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá tại khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP đã sửa đổi, bổ sung chưa độc lập giữa chủ thể xây dựng phương án hệ

số điều chỉnh giá đất với chủ thể thẩm định; đồng thời, cũng không có sự tham gia của tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất. Trường hợp xác định giá đất cụ thể không thuộc khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP đã sửa đổi, bổ sung thì cơ quan nhà nước sẽ quyết định thuê hay không thuê tổ chức tư vấn định giá đất độc lập tham gia xây dựng phương án giá đất. Bên cạnh đó, quyền tùy nghi quyết định có hay không việc thuê các tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất thực hiện xây dựng phương án giá đất tại khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013 cũng gây những ảnh hưởng nhất định về tính công bằng và chính xác của giá đất cụ thể được quyết định.

Hai là, chưa quy định cụ thể việc lựa chọn, áp dụng các phương pháp định giá đất trong quá trình xác định giá đất cụ thể. Trước thực trạng: “các phương pháp khác nhau chênh lệch nhau hàng chục lần giá trị; quy định trong phương pháp định giá đất chứa đựng nhiều yếu tố chủ quan, giả định, không đủ cơ sở xác định giá đất”¹⁵ thì việc quy định chặt chẽ về lựa chọn, áp dụng phương pháp định giá đất rất ảnh hưởng đến kết quả của quá trình xác định giá đất cụ thể. Theo quy định hiện hành tại Nghị định số 44/2014/NĐ-CP và Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT thì dựa vào các thông tin đã thu thập được, chủ thể thẩm định giá đất sẽ lựa chọn, áp dụng phương pháp định giá đất phù hợp xây dựng phương án giá đất cụ thể. Vì thế, có thể nói khi muốn áp dụng phương pháp nào, chủ thể thẩm định giá sẽ định hướng ngay từ đầu để thu thập thông tin theo phương pháp họ mong muốn và khi giá đất chênh lệch nhau rất lớn¹⁶ giữa các

- 15 Anh Minh - Báo điện tử Chính phủ (2018), “Kiểm toán lấp lỗ hổng, chống thất thoát nguồn lực đất đai”, <http://baochinhphu.vn/Kinh-te/Kiem-toan-lap-lo-hong-chong-that-toat-nguon-luc-dat-dai/354006.vgp>, truy cập ngày 12/9/2019.
- 16 Ông Hồ Đức Phúc - Tổng kiểm toán nhà nước đã phát biểu: “...tùy tiện áp dụng các phương pháp định giá khác nhau dẫn đến kết quả khác nhau hàng chục lần giá trị”, Tạp chí Tài chính điện tử (2018), “Nhiều lỗ hổng khiến tham nhũng, lãng phí đất đai lớn”, <http://tapchitaichinh.vn/thi-truong-tai-chinh/nhieu-lo-hong-khien-tham-nhung-lang-phi-dat-dai-lon-300532.html>, truy cập ngày 17/11/2019.

phương pháp xác định giá khác nhau thì đây sẽ là một khoảng trống pháp lý dễ bị lợi dụng để trục lợi, tham nhũng trong quá trình xác định giá đất cụ thể.

Ba là, các mốc thời gian trong quá trình xác định giá đất cụ thể chưa được quy định đầy đủ, còn chồng chéo. Cụ thể, quy định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất tại khoản 2 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013 là giá đất cụ thể do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định tại thời điểm quyết định thu hồi đất. Nhưng đến nay, “thời điểm quyết định thu hồi đất” là thời điểm nào vẫn chưa được quy định rõ ràng. Ngoài ra, thời điểm quyết định giá đất được hiểu là thời điểm quyết định thu hồi đất vậy thời điểm bắt đầu tiến hành quá trình xác định giá cụ thể là khi nào?... Trong quy định về quy trình xác định giá đất cụ thể hiện chưa làm rõ mốc thời gian tiến hành xây dựng phương án giá đất và thời gian Sở Tài nguyên và Môi trường kiểm tra, đánh giá hoàn tất hồ sơ trình Hội đồng thẩm định. Ngoài ra, quy định về thời hạn hoàn thiện dự thảo phương án giá đất theo thông báo kết quả thẩm định của Hội đồng thẩm định chưa thống nhất. Cụ thể, khoản 1 Điều 32 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT thì thời gian là không quá 05 ngày làm việc; trong khi đó, khoản 3 Điều 14 Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT thì thời gian hoàn thiện là không quá 03 ngày làm việc.

Bốn là, quyền quyết định giá đất cụ thể của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh không chịu ràng buộc bởi dự thảo phương án, ý kiến Hội đồng thẩm định và rất hạn chế trong cơ chế giám sát, giải trình đối với quyết định phê duyệt giá đất. Việc quyết định giá đất của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh dựa trên các nguyên tắc định giá đất, kết quả tư vấn định giá đất và ý kiến Hội đồng thẩm định. Những căn cứ trên chỉ mang tính tham khảo để đưa ra quyết định cuối cùng về giá đất cụ thể. Nhất là khi pháp luật hiện hành cũng không quy định định lượng cụ thể thế nào là “phù hợp giá đất phổ biến trên thị trường”

nên quyết định giá đất cụ thể chịu ảnh hưởng nhiều từ các yếu tố khác chứ không hoàn toàn dựa trên đặc điểm thửa đất/ khu đất và giá đất phổ biến trên thị trường để quyết định. Điều này vô hình trung làm giảm hiệu quả của việc thuê tổ chức tư vấn độc lập tham gia tư vấn xác định giá đất cụ thể và kết quả của Hội đồng thẩm định giá đất. Bên cạnh đó, các quy định liên quan cũng chỉ yêu cầu trách nhiệm công khai quyết định phê duyệt giá đất cụ thể mà không đề cập đến việc công khai các thông tin, căn cứ của quá trình quyết định giá đất cụ thể.

Năm là, việc phân cấp thẩm quyền quyết định giá đất cụ thể chưa đúng quy định. Theo quy định tại Điều 114 Luật Đất đai năm 2013 và Nghị định số 44/2014/NĐ-CP thì thẩm quyền quyết định giá đất cụ thể thuộc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và không quy định về ủy quyền, phân cấp. Tuy nhiên, thực tiễn triển khai có địa phương đã phân cấp cho Ủy ban nhân dân cấp huyện quyết định giá đất cụ thể trong trường hợp xác định giá đất tính tiền bồi thường. Cụ thể, tại Quyết định số 31/2019/QĐ-UBND ngày 23/8/2019 của Ủy ban nhân dân tỉnh Phú Yên sửa đổi, bổ sung một số điều của quy định chi tiết trình tự, thủ tục thực hiện định giá đất cụ thể trên địa bàn tỉnh Phú Yên ban hành kèm theo Quyết định số 44/2016/QĐ-UBND ngày 29/8/2016, Ủy ban nhân dân tỉnh đã phân cấp cho Ủy ban nhân dân cấp huyện phê duyệt giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất và thành lập Hội đồng thẩm định giá đất cụ thể cấp huyện. Tại tỉnh Nghệ An, Ủy ban nhân dân tỉnh đã ban hành Quyết định số 54/2018/QĐ-UBND ngày 28/12/2018 về việc ủy quyền xây dựng, thẩm định và phê duyệt giá đất cụ thể để tính tiền bồi thường về đất khi Nhà nước thu hồi đất, giá đất cụ thể để giao đất tái định cư và giá đất cụ thể để xác định giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất ở trên địa bàn tỉnh.

4. Một số kiến nghị

Thứ nhất, nâng cao tính độc lập của các chủ thể trong quá trình xác định giá đất cụ thể, đặc biệt là phương thức xác định giá đất cụ thể theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá. Trường hợp xác định giá đất cụ thể theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá quy định tại khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP đã sửa đổi, bổ sung thì chủ thể đề xuất, xây dựng dự thảo phương án hệ số điều chỉnh là Ủy ban nhân dân cấp huyện. Bởi đây là chủ thể theo dõi sát nhất diễn biến của giá đất tại địa phương, nắm rõ các thông tin liên quan đến thửa đất/ khu đất cần định giá. Khi xây dựng phương án giá đất cụ thể không rơi vào các trường hợp tại khoản 2 Điều 18 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP đã sửa đổi, bổ sung thì Sở Tài nguyên và Môi trường phải thuê tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất thực hiện, việc lựa chọn các tổ chức tư vấn xác định giá đất trên cơ sở tham vấn ý kiến của các bên liên quan đến việc xác định giá đất.

Thứ hai, quy định cụ thể về áp dụng phương pháp định giá đất trong quá trình xác định giá đất cụ thể, thống nhất kết quả tư vấn xác định giá đất cụ thể từ tổ chức tư vấn độc lập. Để đảm bảo tính chính xác của giá đất được quyết định, khi tiến hành thẩm định giá đất, xây dựng phương án giá đất thì chủ thể thẩm định giá phải áp dụng ít nhất hai phương pháp định giá đất để kiểm tra, so sánh, đối chiếu. Trường hợp áp dụng phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất trong xác định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất chỉ nên được áp dụng khi thu hồi đất mà trong phạm vi dự án thu hồi chỉ gồm những thửa đất liền kề, có cùng mục đích sử dụng, cùng khả năng sinh lợi và thu nhập từ việc sử dụng đất tương tự nhau. Đồng thời, xây dựng cụ thể các tiêu chí để đánh giá thế nào là khả năng sinh lợi và thu nhập từ việc sử dụng đất tương tự nhau. Thống nhất quy định về kết quả tư vấn xác định giá đất khi thuê tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá

đất thực hiện xây dựng phương án giá đất. Cụ thể, khoản 2 Điều 30 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT sửa cụm từ *Chứng thư định giá đất* thành “*Chứng thư thẩm định giá*”, bãi bỏ mẫu số 21 phụ lục 05 ban hành kèm theo Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT, thay vào đó là sử dụng mẫu tại phụ lục 05 ban hành kèm theo Tiêu chuẩn định giá Việt Nam số 06 tại Thông tư số 28/2015/TT-BTC.

Thứ ba, hoàn thiện các mốc thời gian trong quá trình xác định giá đất cụ thể từ thời điểm bắt đầu tiến hành xây dựng phương án giá đất/ phương án hệ số điều chỉnh giá đất đến khi ban hành quyết định phê duyệt giá đất cụ thể. Đặc biệt thời điểm bắt đầu tiến hành xác định giá đất cần được quy định cụ thể trong các trường hợp giao đất, cho thuê đất, thu hồi đất trên cơ sở kế hoạch định giá đất cụ thể đã được Ủy ban nhân dân cấp tỉnh phê duyệt tránh tình trạng chậm thực hiện xác định giá đất ảnh hưởng đến quyền lợi các bên liên quan. Các mốc thời gian trong quá trình xác định giá đất cụ thể phải đảm bảo nguyên tắc “liền mốc” nghĩa là thời điểm kết thúc bước này sẽ là thời điểm bắt đầu bước kế tiếp nhằm đảm bảo quy trình liền mạch và nhanh chóng. Đồng thời, xác định rõ trách nhiệm các chủ thể tiến hành xác định giá đất khi xảy ra chậm trễ gây thất thoát, thiệt hại kinh tế.

Thứ tư, quy định bắt buộc công khai kết quả tư vấn xác định giá đất (chứng thư thẩm định giá) và ý kiến của Hội đồng thẩm định phương án giá đất cùng với việc công khai quyết định phê duyệt giá đất cụ thể. Bên cạnh đó, khi giá đất được quyết định có sự chênh lệch từ 20% trở lên so với Chứng thư thẩm định giá và ý kiến của Hội đồng thẩm định thì phải có thuyết minh giải trình về sự chênh lệch. Việc công khai các thông tin trên nhằm đảm bảo minh bạch các căn cứ trong xác định giá đất cụ thể, phát huy giá trị của việc mở rộng sự tham gia của tổ chức tư vấn định giá độc lập trong quá trình quyết định giá đất của Nhà nước ■

KHUNG PHÂN TÍCH NĂNG LỰC CHÍNH SÁCH - LÝ THUYẾT ĐÁNH GIÁ NĂNG LỰC CHÍNH SÁCH CÔNG¹

Nguyễn Đức Lam*

**Trung tâm Bồi dưỡng đại biểu dân cử, Văn phòng Quốc hội*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Năng lực chính sách, chính sách công, đại biểu Quốc hội.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/5/2020
Biên tập : 08/6/2020
Duyệt bài : 10/6/2020

Article Information:

Key words: Policy capacity; public policy; National Assembly deputy.

Article History:

Received : 18 May. 2020
Edited : 08 Jun. 2020
Approved : 10 Jun. 2020

Tóm tắt:

Năng lực chính sách là một trong những khái niệm cơ bản trong nghiên cứu và thực hành chính sách công. Trên thế giới, các nhà nghiên cứu chính sách công còn có ý kiến khác nhau về khái niệm này, và rất ít nghiên cứu có hệ thống định hình năng lực chính sách và đo lường nó². Nghiên cứu riêng biệt liên quan đến năng lực chính sách của nghị viện/Quốc hội, nghị sỹ/đại biểu Quốc hội (ĐBQH) càng hiếm hoi, nhất là ở Việt Nam. Trong phạm vi bài viết này, tác giả giới thiệu khái quát các định nghĩa khác nhau về năng lực chính sách và trình bày tổng quát về khung phân tích năng lực chính sách do một số nhà nghiên cứu thiết kế. Khung phân tích năng lực chính sách này có thể được tham khảo để phân tích, đánh giá năng lực chính sách của Quốc hội, ĐBQH.

Abstract:

Policy capacity is one of the basic concepts in research and implementation of public policy. Researchers of public policy in the world have different opinions on this concept, and very few systematical studies have shaped and measured the policy capacity. It is rare to find separate studies on policy capacity by Parliament/National Assembly, parliamentarian/National Assembly deputies, especially in Vietnam. Within this article, the author gives an overview of the different definitions of the policy capacity and provides an overview of the framework of the policy capacity analysis developed by a number of researchers. This framework of policy capacity analysis may be used as references for the National Assembly, National Assembly deputies to analyze and evaluate the policy capacity.

-
- 1 Bài viết này có sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài cấp bộ: “Nâng cao năng lực hoạch định chính sách của đại biểu Quốc hội trong hoạt động lập pháp: Thực trạng và giải pháp” do Nguyễn Anh Phương làm Chủ nhiệm, Viện Nghiên cứu lập pháp là cơ quan chủ trì.
 - 2 X. Wu, M. Ramesh & M. Howlett (2015) Policy capacity: A conceptual framework for understanding policy competences and capabilities, *Policy and Society*, 34: pp.3-4, 165-171. Link: <https://doi.org/10.1016/j.pol-soc.2015.09.001>.

1. Định nghĩa về năng lực chính sách

Năng lực chính sách, cải thiện năng lực chính sách ngày càng trở nên một trong những mối quan tâm hàng đầu của chính phủ (theo nghĩa rộng) ở bất kỳ quốc gia nào nhằm giải quyết các vấn đề chính sách ngày càng phức tạp. Bên cạnh đó, sự trông đợi của công chúng vào chính phủ trong việc ban hành và thực hiện những chính sách hiệu quả sẽ càng gia tăng sức ép, thách thức đối với năng lực chính sách của chính phủ. Chẳng hạn, cuộc khủng hoảng tài chính năm 2008 bộc lộ sự bất lực của chính phủ các nước, kể cả chính phủ các nước phát triển và đang phát triển trong việc vận hành hệ thống tài chính toàn cầu. Hoặc mới đây nhất, đại dịch Covid-19 một lần nữa cho thấy, năng lực chính sách của chính phủ có tầm quan trọng như thế nào trong việc ngăn ngừa, phản ứng trước những đại họa của nhân loại.

Trong bối cảnh đó, các nhà nghiên cứu cũng như nhà thực tiễn chính sách càng quan tâm đến khái niệm, tính chất của năng lực chính sách, các yếu tố tạo nên năng lực chính sách. Nhiều học giả định nghĩa, năng lực chính sách từ góc độ của chính phủ, là “khả năng của chính phủ đưa ra những lựa chọn (chính sách) thông minh; đánh giá môi trường thực tế và đưa ra các định hướng chiến lược; cân nhắc và đánh giá các phương án chính sách; sử dụng tri thức một cách phù hợp để hoạch định chính sách”³.

Một nhà nghiên cứu định nghĩa, năng lực chính sách là “khả năng huy động các nguồn lực cần thiết để đưa ra các lựa chọn tập thể thích hợp, trong đó có việc thiết lập các định hướng chiến lược, phân bổ các nguồn lực hạn hẹp cho các mục đích chung”⁴. Một nhà nghiên cứu khác có cách nhìn tương đối giới hạn này, mặc dù bổ sung một số yếu tố khác như thu thập, khai thác tri thức liên quan đến chính sách, định hình các phương án chính sách, áp dụng các phương pháp nghiên cứu định tính, định lượng đối với các vấn đề chính sách, sử dụng hiệu quả truyền thông, các chiến lược giao tiếp với các bên liên quan⁵.

Bên cạnh đó, có những học giả định nghĩa năng lực chính sách một cách rộng mở hơn, bao hàm khả năng của chính phủ thực hiện hiệu quả những phương án hành động đáng phải làm, cũng như khả năng quyết định về các lựa chọn đó⁶. Học giả khác lại cho rằng, năng lực chính sách là chức năng kết nối của chính phủ các tổ chức, các lợi ích khác nhau nhằm tạo dựng nên khối chính sách thống nhất⁷. Thậm chí, có những học giả còn nhấn mạnh một số điều kiện có tính hệ thống của nền quản trị tốt như là những yếu tố then chốt của năng lực chính sách như: sự liêm chính, thượng tôn pháp luật, tuyển dụng theo năng lực, lòng tin và sự chính danh về mặt xã hội⁸. Có người tiếp cận từ góc độ quản lý công và đề xuất tam giác “chiến lược” gồm giá trị công, tính chính

3 X. Wu, M. Ramesh & M. Howlett (2015), t.lđđ.

4 Painter, M., & Pierre, J. (Eds.). (2005). Challenges to state policy capacity: Global trends and comparative perspectives. London: Palgrave Macmillan.

5 Howlett, M. (2009), Government communication as a policy tool: A framework for analysis. The Canadian Political Science Review, 3(June), 2. Trích theo: X. Wu, M. Ramesh & M. Howlett (2015), t.lđđ.

6 Davis (2000), Trích theo: X. Wu, M. Ramesh & M. Howlett (2015), t.lđđ.

7 Parsons (2004), Trích theo: X. Wu, M. Ramesh & M. Howlett (2015), t.lđđ.

8 Holmberg and Rothstein (2012); Rotberg (2014). Trích theo: X. Wu, M. Ramesh & M. Howlett (2015), t.lđđ.

danh và sự ủng hộ của công chúng, năng lực về mặt tổ chức; coi đây là nền tảng quan trọng để các cơ quan công quyền vận hành hiệu quả⁹.

Những định nghĩa về năng lực chính sách nêu trên có một số hạn chế sau:

Thứ nhất, các định nghĩa trên đề cập nhiều khía cạnh khác nhau của năng lực chính sách, nhưng mỗi quan điểm chỉ nhìn nhận năng lực chính sách dưới một góc độ nhất định, không mang tính hệ thống, bao trùm được các yếu tố khác nhau và mối liên quan giữa chúng.

Thứ hai, các định nghĩa trên chưa giải đáp được câu hỏi liệu năng lực chính sách công chỉ liên quan đến năng lực của chính phủ, khối công, hay được mở rộng đến cả các chủ thể ngoài chính phủ, khối tư nhân?

2. Khung phân tích năng lực chính sách

Do những hạn chế nêu trên, mặc dù nhận được nhiều sự chú ý trong giới nghiên cứu, các định nghĩa lý thuyết về năng lực chính sách không được sử dụng nhiều trong thực tiễn. Nhận thấy khoảng trống đó trong việc định hình đầy đủ, đa diện, có tính thực tiễn về năng lực chính sách, một số nhà nghiên cứu đã coi năng lực chính sách là khả năng của các chủ thể khác nhau trong việc phân tích, vận hành, thu hút sự ủng hộ về mặt chính trị đối với chính sách trên các cấp độ cá nhân, tổ chức, hệ thống¹⁰.

Khả năng phân tích có tính kỹ thuật chính sách, hướng đến việc nhận biết vấn đề bất cập, tìm ra các phương án giải quyết, đánh giá chính sách. Khả năng vận hành có

tính quản lý, nhằm huy động, điều phối các phương tiện, nguồn lực về mặt tổ chức để xây dựng, thực hiện chính sách. Khả năng chính trị giúp cho những người tham gia làm chính sách huy động nguồn lực để thu hút và duy trì sự chính danh, ủng hộ đối với chính sách.

Như vậy, năng lực chính sách bao gồm các yếu tố sau đây:

- Ba bình diện: khả năng phân tích (analytical competence); khả năng vận hành (operational competence); khả năng thu hút sự ủng hộ về chính trị (political competence).

- Ba cấp độ: Cấp độ năng lực của cá nhân; cấp độ năng lực của tổ chức; cấp độ năng lực của toàn bộ hệ thống.

Khung phân tích năng lực chính sách tổng quát được thể hiện trong Bảng 1¹¹ trang sau.

Khung phân tích này được đánh giá cao, tạo nền tảng lý luận vững chắc, xuất phát điểm để phân tích năng lực chính sách của các chủ thể khác nhau, từ quốc gia, chính phủ, cơ quan, tổ chức, cho đến cá nhân tham gia vào chu trình chính sách như nghị sỹ, quan chức, chuyên gia về chính sách v.v... Khung năng lực chính sách nêu trên có một số ưu điểm như sau¹²:

- Bao quát được các khía cạnh của năng lực chính sách, không giới hạn trong một chức năng, giai đoạn hay nhiệm vụ nhất định nào trong chu trình chính sách, mà bao gồm toàn bộ các giai đoạn lên chương trình nghị sự, hình thành, ban hành, thực hiện, đánh giá chính sách.

9 Moore (1995), Trích theo: X. Wu, M. Ramesh & M. Howlett (2015), tldd.

10 X. Wu, M. Ramesh & M. Howlett (2015), tldd.

11 Tổng hợp thành bảng từ bài của Xun Wu, M. Ramesh and Michael Howlett, Policy Capacity: Conceptual Framework and Essential Components, trong sách: Wu, X., Howlett, M., & Ramesh, M. (Eds.) Policy Capacity and Governance: Assessing Governmental Competences and Capabilities in Theory and Practice. Palgrave, McMillan, 2018, tr.4-13.

12 X. Wu, M. Ramesh & M. Howlett (2015), tldd.

Bảng 1: Khung phân tích năng lực chính sách: Các cấp độ và năng lực¹¹

| Cấp độ | Năng lực | | |
|-----------------|---|--|---|
| | Phân tích | Vận hành | Chính trị |
| Cá nhân | Tri thức, hiểu biết về nội dung chính sách, các kỹ thuật phân tích, các kỹ năng truyền thông v.v... | Quản lý tầm chiến lược; vai trò lãnh đạo; truyền thông; thương lượng; giải quyết bất đồng; quản lý tài chính v.v... | Nhạy bén chính trị; Hiểu biết về nhu cầu, lợi ích và quan điểm của các bên liên quan; khả năng đánh giá tính khả thi về mặt chính trị; các kỹ năng giao tiếp. |
| Tổ chức | Thu thập, lưu giữ, phân bổ dữ liệu, thông tin theo nhu cầu; các dịch vụ điện tử v.v... | Khai thác hiệu quả các nguồn lực; quản lý ngân sách, nhân lực; trao đổi nội bộ và với bên ngoài; tham vấn và phối hợp v.v... | Thương lượng hiệu quả; ủng hộ của các nhà lãnh đạo chính trị đối với tổ chức; các cấp độ tin cậy lẫn nhau và giao tiếp giữa các tổ chức. |
| Hệ thống | Năng lực của hệ thống tri thức dành cho chính sách: Các cơ sở nghiên cứu, đào tạo về chính sách chất lượng cao; hệ thống lưu giữ, chia sẻ tri thức. | Đảm bảo tính trách nhiệm giải trình; thượng tôn pháp luật; hệ thống tuyển dụng minh bạch v.v... | Sự chính danh và ủng hộ của công chúng; hệ thống tài chính phù hợp để chi trả cho các chương trình, dự án; tiếp cận thông tin của nhà nước. |

- Vượt ra khỏi khuôn khổ năng lực của chính phủ, thừa nhận sự tham gia, tác động của các chủ thể khác trong chu trình chính sách đối với năng lực chính sách của chính phủ, gồm có: các chính đảng, NGOs, doanh nghiệp, các tổ chức quốc tế, các cơ sở nghiên cứu, đào tạo, hiệp hội, báo chí.

- Thừa nhận mối liên hệ tác động qua lại giữa 3 cấp độ năng lực. Theo đó, sự ủng hộ của cả hệ thống trong một quốc gia, xã hội, từ trên xuống dưới đối với chính sách là một thành tố quan trọng của năng lực chính sách, nhằm nhận được tính chính danh. Bên cạnh đó, năng lực chính sách của toàn thể chính phủ, hay toàn thể quốc gia không tồn tại riêng biệt trong một môi trường chân không, mà được tạo nên bởi năng lực chính sách của các cá nhân, tổ chức tham gia vào chu trình

chính sách. Ở cấp độ cá nhân, năng lực của các nhà hoạch định chính sách, quản lý, chuyên gia đóng vai trò then chốt trong việc hình thành, xây dựng, thực hiện chính sách của chính phủ, quốc gia. Mặt khác, năng lực chính sách cá nhân cao chưa chắc đã đảm bảo được chính sách tốt hay hiệu quả, mà còn phụ thuộc vào các nguồn lực, năng lực ở cấp độ tổ chức và cả hệ thống rộng hơn.

- Kết hợp được các khả năng, nguồn lực khác nhau ở mỗi cấp độ năng lực nêu trên. Khả năng phân tích sẽ đảm bảo để các chính sách được tốt, phù hợp về mặt kỹ thuật (technically sound), góp phần giúp đạt được các mục tiêu của chính sách. Khả năng vận hành giúp huy động được các nguồn lực để thực hiện chính sách trên thực tế. Khả năng chính trị giúp thu hút và duy trì được sự ủng

hộ về mặt chính trị của các chủ thể khác nhau đối với chính sách.

3. Các yếu tố của năng lực chính sách ở các cấp độ

3.1. Năng lực phân tích

Năng lực phân tích thuộc năng lực chính sách ở cấp độ cá nhân là khả năng tiếp cận, thu nhận, áp dụng tri thức kỹ thuật, có tính khoa học, các kỹ thuật phân tích để thiết kế và thực hiện chính sách một cách hiệu suất và hiệu quả về mặt chi phí¹³. Điều này càng quan trọng khi việc ra quyết sách dựa trên bằng chứng khoa học ngày càng được coi trọng, đòi hỏi các cá nhân tham gia vào chính sách phải có năng lực hấp thụ, xử lý thông tin trên mọi phương diện trong toàn bộ chu trình chính sách.

Ở cấp độ tổ chức, chính phủ và các cơ quan của chính phủ cũng phải có khả năng phân tích, bao gồm các cá nhân với những kỹ năng phân tích; bộ máy và quy trình thu thập, phân tích dữ liệu; chính sách dựa trên bằng chứng được tổ chức thành nếp một cách quy củ¹⁴. Cần có một hệ thống thu thập, chia sẻ thông tin hiệu quả trong một cơ quan công quyền và giữa các cơ quan với nhau, nhằm đảm bảo dữ liệu, thông tin được phân tích, được lưu giữ có hệ thống, luôn có sẵn khi cần thiết.

Ở cấp độ hệ thống, khả năng phân tích thuộc năng lực chính sách hàm ý thực trạng

nói chung của các cơ sở nghiên cứu khoa học, thống kê, giáo dục trong xã hội, tạo điều kiện cho các nhà hoạch định chính sách, người tham mưu chính sách tiếp cận thông tin chất lượng cao để thực hiện chức năng, nhiệm vụ¹⁵. Chẳng hạn, thực trạng của nền giáo dục nói chung và giáo dục, đào tạo chính sách công nói riêng, cùng với việc thu thập, chia sẻ rộng rãi thông tin về chính sách công có tác động mạnh mẽ đến năng lực chính sách của chính phủ.

3.2. Năng lực vận hành

Ở cấp độ cá nhân, năng lực vận hành hàm ý khả năng của các nhà quản lý thực hiện chức năng, nhiệm vụ quản lý, điều phối các hoạt động chính sách¹⁶.

Ở cấp độ tổ chức, kết quả công việc của các nhà quản lý, chuyên gia về chính sách ở các cơ quan công quyền phụ thuộc vào tổ chức nội tại của các cơ quan đó và môi trường chính trị - thể chế. Môi quan hệ công tác của các cơ quan với các cơ quan, tổ chức khác trong chu trình chính sách; quy trình vận hành, hiệu quả làm việc về chính sách, nâng cao năng lực của công chức là những yếu tố xác định năng lực vận hành chính sách của các cơ quan làm về chính sách¹⁷.

Ở cấp độ hệ thống, theo một số nhà nghiên cứu, năng lực vận hành thể hiện ở sự phối hợp các hoạt động của chính phủ và các tổ chức ngoài chính phủ nhằm giải quyết các

-
- 13 M. Howlett (2015) Policy analytical capacity: The supply and demand for policy analysis in government, *Policy and Society*, 34:3-4, 173-182, <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1016/j.polsoc.2015.09.002>.
 - 14 Valérie Pattyn & Marleen Brans (2015) Organisational analytical capacity: Policy evaluation in Belgium, *Policy and Society*, 34:3-4, 183-196, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.polsoc.2015.09.009?needAccess=true>.
 - 15 Hsu Angel (2015) Measuring policy analytical capacity for the environment: A case for engaging new actors, *Policy and Society*, 34:3-4, 197-208, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.polsoc.2015.09.003?needAccess=true>.
 - 16 Tiernan Anne (2015) The dilemmas of organisational capacity, *Policy and Society*, 34:3-4, 209-217, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.polsoc.2015.09.004?needAccess=true>.
 - 17 B. Guy Peters (2015) Policy capacity in public administration, *Policy and Society*, 34:3-4, 219-228, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.polsoc.2015.09.005>.

vấn đề chính sách chung¹⁸. Ở cấp độ này, vai trò lãnh đạo, tầm nhìn được chia sẻ, thu hút những nhóm người ủng hộ, nghiên cứu chính sách có ý nghĩa quan trọng trong việc phát triển năng lực chính sách.

3.3. Năng lực chính trị

Liên quan đến năng lực chính trị ở cấp độ cá nhân, tri thức chính trị và trải nghiệm chính trị, hay còn gọi là “nhạy bén chính trị” là phẩm chất then chốt của những người tham gia làm chính sách¹⁹. Để đóng vai trò hiệu quả trong chu trình chính sách, người tham gia làm chính sách cần phải có “cái mũi nhạy” về chính trị không chỉ trong nội bộ một cơ quan, tổ chức, mà mở rộng ra cả môi trường chính trị bên ngoài; biết xác định các chủ thể quan trọng khác tham gia vào chu trình chính sách với những lợi ích, quan điểm, mối quan hệ khác nhau; hiểu rõ về sự mặc cả chính trị để đi đến thỏa thuận giữa các bên.

Về năng lực chính trị ở cấp độ tổ chức, thách thức nằm ở chỗ làm sao để xây dựng, phát triển mối quan hệ với các đối tác cùng trong chính phủ và với công chúng bên ngoài²⁰. Để thành công trong chính sách, chính phủ cần thu hút sự quan tâm và đóng góp của công chúng để giải quyết các vấn đề chính sách. Trao đổi hai chiều giữa chính phủ và công chúng sẽ tạo điều kiện cho công

dân theo dõi, giám sát hoạt động của nhà nước, tác động đến kết quả đầu ra của chính sách.

Năng lực chính trị ở cấp độ hệ thống là dạng năng lực có phạm vi bao phủ rộng nhất, có thể tác động đến các yếu tố khác thuộc năng lực chính sách nói chung. Năng lực này gắn với khả năng thu hút sự ủng hộ, lòng tin của công chúng đối với hành động chính sách trong các lĩnh vực như chính trị, kinh tế, xã hội, an ninh v.v., tạo dựng tính chính danh của chính sách trong xã hội²¹.

4. Năng lực pháp lý và năng lực chính sách

Bên cạnh các nghiên cứu về năng lực chính sách thuần túy, mặc dù có những ưu điểm rõ rệt, nhưng khung phân tích năng lực chính sách vẫn còn thiếu bình diện pháp lý. Vì vậy, có ý kiến đề xuất khung năng lực chính sách với 4 bình diện: Phân tích, vận hành, chính trị và pháp lý; trong đó bình diện pháp lý có những yếu tố như: các kỹ năng lập pháp, tư vấn pháp lý, các quy trình tố tụng²² v.v... Theo ý kiến này, sở dĩ có thể đưa thêm năng lực pháp lý vào khung năng lực nêu trên, vì chính sách và pháp luật luôn đi đôi với nhau, tác động qua lại; chính sách là nội dung cốt lõi, pháp luật là hình thức thể hiện của chính sách. Mối liên hệ giữa năng lực pháp lý và chính sách thể hiện trong Bảng 2 dưới đây.

- 18 A. Hughes, D. Gleeson, D. Legge & V. Lin (2015) Governance and policy capacity in health development and implementation in Australia, *Policy and Society*, 34:3-4, 229-245, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.polsoc.2015.11.001?needAccess=true>.
- 19 Leslie A. Pal & Ian D. Clark (2015) Making reform stick: Political acumen as an element of political capacity for policy change and innovation, *Policy and Society*, 34:3-4, 247-257, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.polsoc.2015.09.006?needAccess=true>.
- 20 Claire A. Dunlop (2015) Organizational political capacity as learning, *Policy and Society*, 34:3-4, 259-270, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.polsoc.2015.09.007?needAccess=true>.
- 21 J.J. Woo, M. Ramesh & M. Howlett (2015) Legitimation capacity: System-level resources and political skills in public policy, *Policy and Society*, 34:3-4, 271-283, <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1016/j.polsoc.2015.09.008?needAccess=true>.
- 22 Marleen Brans, Frankie Schram, Stijn Smismans, Policy capacity and legal capacity: missing links at the individual, organizational and systemic level? Paper presented at the 1st IPPA International Workshops on Public Policy 26-28/6/2016 in Pittsburgh, United States,

Bảng 2: Năng lực pháp lý trong mối liên hệ với chính sách²³

| | Cấp độ cá nhân | Cấp độ tổ chức | Cấp độ hệ thống |
|--|---|--|--|
| Các yếu tố của năng lực pháp lý | Hiểu biết về các nguyên tắc pháp lý, hoạt động lập pháp, xét xử hiện hành; các kỹ năng mang tính kỹ thuật pháp lý và soạn thảo luật. | Có đủ nhân lực hiểu biết, thành thạo; có cơ chế tuyển dụng, đào tạo phù hợp; có các đơn vị hỗ trợ về mặt pháp lý, tư vấn pháp lý; lưu giữ thông tin, tiếp cận các nguồn lực pháp lý; các cơ chế thủ tục, quy định; thanh kiểm tra và thực thi pháp luật; cơ chế phản hồi về mặt pháp lý. | Thượng tôn pháp luật (tính hợp pháp, hệ thống thứ bậc các quy phạm, phân chia quyền lực chiều ngang và chiều dọc, bảo vệ các quyền cơ bản); tính nhất quán (chiều ngang và chiều dọc); phản hồi về mặt pháp lý từ xã hội qua các cơ chế tự do thông tin, trách nhiệm giải trình. |
| Chức năng chính sách có liên quan | Hình thành chính sách (chuyển ngữ các mục tiêu và công cụ chính sách thành văn bản pháp lý có tính bắt buộc; đánh giá chính sách trước khi ban hành với những tiêu chí pháp lý). Thực hiện chính sách (truyền thông các mục tiêu chính sách, vận dụng không gian chính sách để lại). Đánh giá chính sách sau khi ban hành với những tiêu chí pháp lý. | Hình thành chính sách (đánh giá chính sách trước khi ban hành) Thực hiện chính sách (phối hợp, chỉ đạo, kiểm tra) Đánh giá chính sách sau khi ban hành | Hình thành chính sách Thực hiện chính sách Đánh giá chính sách và nhận phản hồi; học hỏi từ chính sách |
| Nhiều lợi ích về mặt chính sách | Sự phù hợp Sự tiếp cận Sự đánh giá | Phản ánh được nhu cầu, thực tiễn Phản hồi liên tục Hỗ trợ hiệu quả | Tính hiệu lực Tính hiệu quả Trách nhiệm giải trình Minh bạch |
| Rủi ro thấp về mặt chính sách | Mâu thuẫn trong cách hiểu chính sách Quy trình mất thời gian Bị từ chối Khác nhau về học thuật | Làm con tin cho các chủ thể quyền lực bên ngoài Bị cản trở bởi các bên thứ ba Mâu thuẫn trong phối hợp Chậm trễ về thời gian Thiếu các nguồn lực thực thi | Lạm phát quy định Chậm trễ trong thực thi công lý Xung đột trong ủy quyền theo chiều dọc và theo chiều ngang (dung hòa giữa khu vực công và tư) Trì hoãn chính sách Tham nhũng, lạm dụng quyền lực. |

(Xem tiếp trang 51)

23 Marleen Brans, Frankie Schram, Stijn Smismans, tldd.

ÁN PHÍ DÂN SỰ VÀ VƯỚNG MẮC TRONG THỰC TIỄN

Dương Tấn Thanh*

*Thẩm phán TAND thị xã Duyên Hải, tỉnh Trà Vinh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Án phí dân sự; Bộ luật Tố tụng dân sự;

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 28/03/2020

Biên tập : 18/04/2020

Duyệt bài : 21/04/2020

Tóm tắt:

Án phí dân sự là khoản tiền mà đương sự trong vụ án có nghĩa vụ phải nộp vào ngân sách nhà nước theo quyết định của Tòa án. Án phí dân sự hiện nay được quy định trong Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 và Nghị quyết số 326/2016/UBTVQH14 ngày 30 tháng 12 năm 2016 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội quy định về mức thu, miễn, giảm, thu, nộp, quản lý và sử dụng án phí và lệ phí Tòa án (Nghị quyết số 326). Trong phạm vi bài viết này, tác giả đề cập đến một số quy định về án phí dân sự cần lưu ý và một số vướng mắc trong thực tiễn hiện nay.

Article Information:

Key words: Fees for the civil court; the Civil Procedure Code;

Article History:

Received : 28 Mar. 2020

Edited : 18 Apr. 2020

Approved : 21 Apr. 2020

Abstract:

Fees for the civil court is the amount of money paid by the involving parties in the law case to the state budget under a court's decision. The current fees for the civil court are prescribed in the Civil Procedure Code of 2015 and the Resolution No. 326/2016/UBTVQH14 of December 30, 2016 of the National Assembly Standing Committee on the norms of fees and charges for civil courts, exemption, reduction, receipt, management and utilization (Resolution No. 326). Within the scope of this article, the author mentions a number of provisions on fees for civil courts and issues arising in the current practices.

1. Một số quy định cần lưu ý về án phí dân sự

1.1. Phân loại án phí dân sự

Căn cứ vào từng loại vụ án

Theo quy định của điểm b khoản 1 Điều 3 Nghị quyết số 326, án phí dân sự gồm có các loại án phí giải quyết tranh chấp về dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, lao động. Ngoài ra, án phí dân sự còn được tính trong trường hợp Tòa án giải quyết cả phần dân sự trong vụ án hình sự (khoản 1 Điều 21 Nghị quyết số 326). Mức án phí Tòa án được quy định tại Danh mục án phí, lệ phí Tòa án ban hành kèm theo Nghị quyết số 326.

Căn cứ vào giá ngạch

Án phí dân sự chia thành án phí dân sự có giá ngạch và án phí dân sự không giá ngạch. Khoản 2 và 3 Điều 24 Nghị quyết số 326 quy định như sau:

- Vụ án dân sự không có giá ngạch là vụ án mà trong đó yêu cầu của đương sự không phải là một số tiền hoặc không thể xác định được giá trị bằng một số tiền cụ thể.

Ví dụ như: Tranh chấp về ly hôn, tranh chấp về cấp dưỡng nuôi con, tranh chấp về đòi tài sản cho mượn, cho ở nhờ; tranh chấp về quyền sở hữu tài sản và tranh chấp về quyền sử dụng đất mà Tòa án không xem xét giá trị, chỉ xem xét quyền sở hữu tài sản và tranh chấp

về quyền sử dụng đất; trường hợp một bên yêu cầu công nhận hợp đồng mua bán tài sản, chuyển nhượng quyền sử dụng đất và một bên yêu cầu tuyên bố hợp đồng mua bán tài sản, chuyển nhượng quyền sử dụng đất vô hiệu và đều không có yêu cầu gì khác...

- Vụ án dân sự có giá ngạch là vụ án mà trong đó yêu cầu của đương sự là một số tiền hoặc là tài sản có thể xác định được bằng một số tiền cụ thể.

Ví dụ, tranh chấp về các loại hợp đồng, tranh chấp về chia tài sản chung, tranh chấp về chia thừa kế, tranh chấp về bồi thường thiệt hại tài sản, tranh chấp về quyền sở hữu tài sản và tranh chấp về quyền sử dụng đất mà Tòa án phải xác định giá trị của tài sản hoặc xác định quyền sở hữu quyền sử dụng đất theo phần, tranh chấp hợp đồng mua bán tài sản, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, một bên yêu cầu trả lại tiền, đặt cọc và phạt cọc, một bên chấp nhận trả số tiền cọc đã nhận và không chấp nhận phạt cọc...

Như vậy, điểm khác biệt giữa vụ án dân sự có giá ngạch và vụ án dân sự không có giá ngạch là trong vụ án dân sự có giá ngạch thì yêu cầu của đương sự là tiền, còn trong vụ án dân sự không có giá ngạch thì đương sự không có yêu cầu là tiền.

Theo trình tự giải quyết vụ án

Án phí dân sự gồm án phí dân sự sơ thẩm và án phí dân sự phúc thẩm theo quy định tại các điểm a, b, c khoản 1 Điều 24 Nghị quyết số 326.

1.2. Một số quy định ngoại lệ về nghĩa vụ chịu án phí dân sự

Về nguyên tắc, nghĩa vụ chịu án phí dân sự sơ thẩm, phúc thẩm được thực hiện theo quy định của Điều 147 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 (BLTTDS năm 2015) và các Điều 26 và 29 Nghị quyết số 326. Tuy nhiên, nghĩa vụ dân sự sơ thẩm vẫn có một số trường hợp được xem như là ngoại lệ cần phải lưu ý như sau:

- *Trường hợp thứ nhất*: trước khi mở

phiên tòa, đương sự, bị cáo thỏa thuận được với nhau về việc bồi thường thiệt hại và đề nghị Tòa án ghi nhận việc bồi thường thiệt hại thì họ không phải chịu án phí dân sự sơ thẩm (điểm f khoản 1 Điều 23 Nghị quyết số 326).

- *Trường hợp thứ hai*: đương sự tự thỏa thuận phân chia tài sản chung của vợ chồng và yêu cầu Tòa án ghi nhận trong bản án, quyết định trước khi Tòa án tiến hành hòa giải thì đương sự không phải chịu án phí dân sự sơ thẩm đối với việc phân chia tài sản chung (điểm d khoản 5 Điều 27 Nghị quyết 326).

- *Trường hợp thứ ba*: Tòa án đã tiến hành hòa giải; tại phiên hòa giải, đương sự không thỏa thuận việc phân chia tài sản chung của vợ chồng nhưng đến trước khi mở phiên tòa các bên đương sự tự thỏa thuận phân chia tài sản chung của vợ, chồng và yêu cầu Tòa án ghi nhận trong bản án, quyết định thì được xem là các bên đương sự thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết vụ án trong trường hợp Tòa án hòa giải trước khi mở phiên tòa và phải chịu 50% mức án phí dân sự sơ thẩm tương ứng với giá trị phần tài sản mà họ được chia (điểm đ khoản 5 Điều 27 Nghị quyết số 326).

- *Trường hợp thứ tư*: các đương sự thỏa thuận được với nhau về mức cấp dưỡng và phương thức cấp dưỡng trước khi mở phiên tòa nhưng có yêu cầu Tòa án ghi nhận trong bản án, quyết định thì người có nghĩa vụ cấp dưỡng phải chịu 50% mức án phí dân sự sơ thẩm như đối với trường hợp vụ án dân sự không có giá ngạch (điểm b khoản 6 Điều 27 Nghị quyết số 326).

1.3. Về miễn, giảm án phí dân sự

Về trường hợp được miễn án phí dân sự sơ thẩm

Theo quy định của Điều 12 Nghị quyết số 326, những trường hợp sau đây được miễn nộp tiền án phí:

- Nguyên đơn là người lao động khởi

kiện đòi tiền lương, trợ cấp mất việc làm, trợ cấp thôi việc, bảo hiểm xã hội, tiền bồi thường về tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp; giải quyết những vấn đề bồi thường thiệt hại hoặc vì bị sa thải, chấm dứt hợp đồng lao động trái pháp luật;

- Nguyên đơn là người yêu cầu bồi thường về tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín;

- Đương sự là trẻ em; cá nhân thuộc hộ nghèo, cận nghèo; người cao tuổi; người khuyết tật; người có công với cách mạng; đồng bào dân tộc thiểu số ở các xã có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn; thân nhân liệt sĩ được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận gia đình liệt sĩ;

- Trẻ em theo Luật Trẻ em năm 2016 là người dưới 16 tuổi;

- Người cao tuổi theo Luật Người cao tuổi năm 2009 là người từ đủ 60 tuổi trở lên;

- Theo quy định của khoản 1 Điều 2 Luật Người khuyết tật năm 2010, “Người khuyết tật là người bị khiếm khuyết một hoặc nhiều bộ phận cơ thể hoặc bị suy giảm chức năng được biểu hiện dưới dạng tật khiến cho lao động, sinh hoạt, học tập gặp khó khăn”. Điều 2 Nghị định 28/2012/NĐ-CP hướng dẫn Luật người khuyết tật, chia khuyết tật thành loại sau:

(1) Khuyết tật vận động là tình trạng giảm hoặc mất chức năng cử động đầu, cổ, chân, tay, thân mình dẫn đến hạn chế trong vận động, di chuyển.

(2) Khuyết tật nghe, nói là tình trạng giảm hoặc mất chức năng nghe, nói hoặc cả nghe và nói, phát âm thành tiếng và câu rõ ràng dẫn đến hạn chế trong giao tiếp, trao đổi thông tin bằng lời nói.

(3) Khuyết tật nhìn là tình trạng giảm hoặc mất khả năng nhìn và cảm nhận ánh sáng, màu sắc, hình ảnh, sự vật trong điều kiện ánh sáng và môi trường bình thường.

(4) Khuyết tật thần kinh, tâm thần là tình trạng rối loạn tri giác, trí nhớ, cảm xúc, kiểm

soát hành vi, suy nghĩ và có biểu hiện với những lời nói, hành động bất thường.

(5) Khuyết tật trí tuệ là tình trạng giảm hoặc mất khả năng nhận thức, tư duy biểu hiện bằng việc chậm hoặc không thể suy nghĩ, phân tích về sự vật, hiện tượng, giải quyết sự việc.

(6) Khuyết tật khác là tình trạng giảm hoặc mất những chức năng cơ thể khiến cho hoạt động lao động, sinh hoạt, học tập gặp khó khăn mà không thuộc 05 trường hợp khuyết tật nêu trên.

- Xã đặc biệt khó khăn theo Quyết định của Thủ tướng Chính phủ. Hiện nay, Danh sách xã đặc biệt khó khăn được quy định tại Quyết định số 900/QĐ-TTg ngày 20/6/2017 của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt Danh sách thôn đặc biệt khó khăn, xã biên giới, xã an toàn khu vào diện đầu tư của Chương trình 135 giai đoạn 2017 – 2020.

- Thân nhân Liệt sĩ theo quy định tại Điều 14 Pháp lệnh Ưu đãi Người có công với cách mạng năm 2005 gồm: Cha đẻ, mẹ đẻ; Vợ hoặc chồng; Con; Người có công nuôi dưỡng khi liệt sĩ còn nhỏ.

Về trường hợp được giảm án phí dân sự

Theo quy định của Điều 13 Nghị quyết số 326, trường hợp sau đây được giảm nộp án phí: Người gặp sự kiện bất khả kháng dẫn đến không có đủ tài sản để nộp án phí có xác nhận của Ủy ban nhân dân cấp xã nơi người đó cư trú. Mức án phí được Tòa án giảm là 50% mức tạm án phí mà người đó phải nộp.

Trình tự, thủ tục miễn, giảm án phí dân sự

Theo các quy định của Điều 14, 15 Nghị quyết số 326, người đề nghị được miễn, giảm án phí phải có đơn đề nghị nộp cho Tòa án có thẩm quyền kèm theo các tài liệu, chứng cứ chứng minh thuộc trường hợp được miễn, giảm. Đơn đề nghị miễn, giảm án phí phải có các nội dung sau đây: Ngày, tháng, năm làm đơn; Họ, tên, địa chỉ của người làm đơn; Lý do và căn cứ đề nghị miễn, giảm.

Thẩm quyền miễn, giảm án phí được quy định như sau: Thẩm phán được Chánh án Tòa án cấp sơ thẩm phân công có thẩm quyền xét đơn đề nghị miễn, giảm tạm ứng án phí phúc thẩm. Trước khi mở phiên tòa sơ thẩm hoặc phúc thẩm, Thẩm phán được Chánh án Tòa án phân công giải quyết vụ án có thẩm quyền xét miễn, giảm án phí cho đương sự có yêu cầu. Tại phiên tòa, Hội đồng xét xử sơ thẩm hoặc phúc thẩm có thẩm quyền xét miễn, giảm án phí cho đương sự có yêu cầu khi ra bản án, quyết định giải quyết nội dung vụ án. Quy định về việc người xin miễn, giảm án phí phải làm đơn yêu cầu là một điểm mới của Nghị quyết số 326 so với các văn bản quy định về án phí, lệ phí Tòa án trước đây.

2. Một số bất cập trong thực tiễn

Trong quá trình giải quyết các vụ án dân sự, vẫn còn những vướng mắc liên quan đến vấn đề án phí dân sự cần được tháo gỡ như sau:

2.1. Vướng mắc về tính án phí chia tài sản chung của vợ chồng trong trường hợp vợ chồng có nghĩa vụ tài sản đối với người khác

Điểm e khoản 5 Điều 27 Nghị quyết số 326 quy định: “5. Đối với vụ án hôn nhân và gia đình thì nghĩa vụ chịu án phí dân sự sơ thẩm được xác định như sau:.... e) Trường hợp các đương sự có tranh chấp về việc chia tài sản chung và nghĩa vụ về tài sản chung của vợ chồng, Tòa án tiến hành hòa giải, các đương sự thống nhất thỏa thuận được về việc phân chia một số tài sản chung và nghĩa vụ về tài sản chung, còn một số tài sản chung và nghĩa vụ về tài sản chung không thỏa thuận được thì các đương sự vẫn phải chịu án phí đối với việc chia toàn bộ tài sản chung và nghĩa vụ về tài sản chung của vợ chồng”.

Quy định này có thể hiểu như sau: Trường hợp vợ chồng có tranh chấp về việc chia tài sản chung và nghĩa vụ về tài sản chung của vợ chồng đối với người khác mà nếu vợ chồng không thỏa thuận được hết

việc phân chia toàn bộ số tài sản chung và nghĩa vụ về tài sản chung đối với người khác thì họ phải chịu án phí đối với việc chia toàn bộ tài sản chung và nghĩa vụ về tài sản chung của vợ chồng. Đối với án phí nghĩa vụ tài sản chung của vợ chồng đối với người khác thì đã có quy định rõ ràng. Tuy nhiên, đối với án phí chia toàn bộ tài sản chung của vợ chồng thì hiện có hai cách tính khác nhau.

Cách thứ nhất: Vợ chồng chỉ chịu án phí dân sự sơ thẩm có giá ngạch tương ứng giá trị phần tài sản mà họ thực tế được hưởng sau khi trừ đi nghĩa vụ tài sản của họ đối với người khác. Bởi vì, khoản 2 Điều 147 của BLTTDS năm 2015 quy định: “Trường hợp các đương sự không tự xác định được phần tài sản của mình trong khối tài sản chung và có yêu cầu Tòa án giải quyết chia tài sản chung đó thì mỗi đương sự phải chịu án phí sơ thẩm tương ứng với giá trị phần tài sản mà họ được hưởng”. Cách tính này cũng tương tự như hướng dẫn trước đây của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) tại điểm c khoản 3 Điều 13 Nghị quyết số 01/2012/NQ-HĐTP ngày 13/6/2012 hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật về án phí, lệ phí tòa án, cụ thể như sau: “3. Trường hợp vợ chồng có nghĩa vụ về tài sản đối với người khác và người này có yêu cầu độc lập, yêu cầu vợ chồng phải thực hiện nghĩa vụ về tài sản mà Tòa án chấp nhận yêu cầu độc lập đó thì nghĩa vụ chịu án phí dân sự sơ thẩm như sau: c) Vợ chồng phải chịu án phí dân sự sơ thẩm đối với phần tài sản họ được chia sau khi trừ đi giá trị phần tài sản mà họ có nghĩa vụ đối với người có yêu cầu độc lập”.

Cách tính thứ hai: Vợ chồng phải chịu án phí dân sự sơ thẩm có giá ngạch tương ứng giá trị phần tài sản mà họ được chia nhưng không trừ đi nghĩa vụ tài sản của họ đối với người khác. Bởi lẽ, tranh chấp chia tài sản chung của vợ chồng và tranh chấp nghĩa vụ tài sản của vợ chồng đối với người

khác là hai quan hệ pháp luật khác nhau, bản chất sự việc khác nhau. Không phải lúc nào vợ chồng cũng được chia tài sản như nhau và có nghĩa vụ tài sản đối với người khác như nhau. Nếu tính án phí chia tài sản chung của vợ chồng sau khi trừ đi nghĩa vụ tài sản thì có trường hợp nghĩa vụ tài sản nhiều hơn giá trị tài sản mà vợ chồng được chia nên vợ chồng không phải chịu án phí chia tài sản chung của vợ chồng mặc dù họ được Tòa án chia tài sản chung.

Một vướng mắc khác về tính án phí chia tài sản chung của vợ chồng trong trường hợp vợ chồng có nghĩa vụ tài sản đối với người khác, đó là trong trường hợp vợ chồng có tranh chấp về việc chia tài sản chung và nghĩa vụ về tài sản chung của vợ chồng đối với người khác nhưng vợ chồng tự thỏa thuận được việc phân chia toàn bộ số tài sản chung và nghĩa vụ về tài sản chung đối với người khác thì họ phải chịu án phí được tính như thế nào. Tòa án có thể áp dụng quy định tại điểm e khoản 1 Điều 27 Nghị quyết số 326 hay không và áp dụng cách tính nào.

2.2 Vướng mắc về tính án phí trong trường hợp đương sự chỉ thỏa thuận được một số yêu cầu của vụ án

Thực tiễn hiện nay cho thấy, có những vụ án đương sự chỉ thỏa thuận được một hoặc một số yêu cầu mà không thỏa thuận được việc giải quyết toàn bộ vụ án. Nếu đưa vụ án ra xét xử thì án phí cho yêu cầu đương sự đã thỏa thuận được trước khi đưa vụ án ra xét xử được tính như thế nào.

Ví dụ, trong vụ án ly hôn, nguyên đơn và bị đơn thỏa thuận được việc ly hôn, trả nợ chung cho người có yêu cầu độc lập nhưng không thỏa thuận được việc chia tài sản chung của vợ chồng. Trường hợp này, án phí ly hôn và án phí đối với nghĩa vụ trả nợ được tính như thế nào? Căn cứ quy định của pháp luật hiện hành, có thể hiểu theo hai hướng sau:

Thứ nhất, do các đương sự không thỏa thuận được việc giải quyết toàn bộ vụ án nên

Tòa án đã đưa vụ án ra xét xử. Vì vậy, các đương sự phải chịu toàn bộ án phí theo quy định chung như các vụ án thông thường khác. Cụ thể là, nguyên đơn phải chịu án phí dân sự đối với yêu cầu ly hôn; nguyên đơn và bị đơn mỗi người phải chịu 50% án phí theo quy định đối với số tiền phải trả nợ.

Thứ hai, việc Tòa án đưa vụ án ra xét xử là do nguyên đơn và bị đơn không thỏa thuận được yêu cầu chia tài sản chung. Tuy nhiên, đây là vụ án hôn nhân và gia đình nên trong vụ án có nhiều yêu cầu hoàn toàn độc lập với nhau. Trong đó, có những yêu cầu các đương sự đã thỏa thuận được trước khi mở phiên tòa như yêu cầu ly hôn, yêu cầu thực hiện nghĩa vụ trả nợ chung. Do đó, nguyên đơn và bị đơn chỉ phải chịu 50% án phí dân sự đối với yêu cầu ly hôn và 50% án phí đối với số tiền phải trả nợ như trong trường hợp hòa giải thành.

Về yêu cầu ly hôn thì tại Điều 55 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định về thuận tình ly hôn như sau: “Trong trường hợp vợ chồng cùng yêu cầu ly hôn, nếu xét thấy hai bên thật sự tự nguyện ly hôn và đã thỏa thuận về việc chia tài sản, việc trông nom, nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục con trên cơ sở bảo đảm quyền lợi chính đáng của vợ và con thì Tòa án công nhận thuận tình ly hôn; nếu không thỏa thuận được hoặc có thỏa thuận nhưng không bảo đảm quyền lợi chính đáng của vợ và con thì Tòa án giải quyết việc ly hôn”. Công văn số 72/TANDTC-PC ngày 11/4/2017 của TANDTC có nội dung hướng dẫn như sau: Theo quy định của khoản 4 Điều 147 BLTTDS năm 2015, “trong vụ án ly hôn thì nguyên đơn phải chịu án phí sơ thẩm, không phụ thuộc vào việc Tòa án chấp nhận hay không chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn. Trường hợp cả hai thuận tình ly hôn thì mỗi bên đương sự phải chịu một nửa án phí sơ thẩm”; điểm a khoản 5 Điều 27 Nghị quyết số 326 quy định: “Nguyên đơn phải chịu án

phí dân sự sơ thẩm trong vụ án ly hôn không phụ thuộc vào việc Tòa án chấp nhận hay không chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn. Trường hợp thuận tình ly hôn thì mỗi bên đương sự phải chịu 50% mức án phí”. Quy định của khoản 4 Điều 147 BLTTDS năm 2015 và điểm a khoản 5 Điều 27 Nghị quyết số 326 kế thừa, giữ nguyên quy định của khoản 4 Điều 131 BLTTDS năm 2004. Do không có sự thay đổi về nội dung của luật, Hội đồng Thẩm phán TANDTC chưa có hướng dẫn khác nên đối với vụ án ly hôn mà các bên đương sự thuận tình ly hôn thì áp dụng tương tự hướng dẫn tại khoản 2 Điều 16 Nghị quyết số 01/2012/NQ-HĐTP ngày 13-6-2012 của Hội đồng Thẩm phán TANDTC hướng dẫn áp dụng một số quy định của pháp luật về án phí, lệ phí Tòa án. Cụ thể, trong vụ án ly hôn mà các bên đương sự thuận tình ly hôn theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình thì được xem là các bên đương sự thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết vụ án trong trường hợp Tòa án tiến hành hòa giải trước khi mở phiên tòa và các bên đương sự phải chịu 50% mức án phí quy định (mỗi bên phải chịu 25% mức án phí quy định)”. Như vậy, mặc dù bị đơn đồng ý ly hôn theo yêu cầu của nguyên đơn; nguyên đơn và bị đơn thỏa thuận được việc trả nợ chung nhưng nguyên đơn và bị đơn chưa thỏa thuận được việc chia tài sản chung nên không coi là thuận tình ly hôn. Trong trường hợp này, nguyên đơn phải chịu án phí dân sự (đối với yêu cầu ly hôn). Đối với yêu cầu trả nợ của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan thì các đương sự đã thỏa thuận giải quyết được tại phiên họp giải. Vì vậy, nghĩa vụ chịu án phí của nguyên đơn và bị đơn đối với số tiền phải trả nợ chỉ tính là 50% án phí như trường hợp hòa giải thành.

2.3 Vương mắc về tính án phí trong trường hợp bị đơn trong vụ án ly hôn có yêu cầu chia tài sản

Thực tiễn giải quyết vụ án hôn nhân và gia đình hiện nay cho thấy, có trường hợp

nguyên đơn không yêu cầu chia tài sản nhưng bị đơn có yêu cầu chia tài sản. Nếu yêu cầu của bị đơn không được Tòa án chấp nhận thì bị đơn có phải chịu án phí không. Nếu bị đơn phải chịu án phí thì án phí là bao nhiêu. Vấn đề này hiện nay vẫn còn các cách hiểu khác nhau.

Cách hiểu thứ nhất, khoản 5 Điều 26 Nghị quyết số 326 quy định: “Bị đơn có yêu cầu phản tố phải chịu án phí dân sự sơ thẩm đối với phần yêu cầu phản tố không được Tòa án chấp nhận”; điểm b khoản 5 Điều 27 Nghị quyết số 326 cũng quy định: “Các đương sự trong vụ án hôn nhân và gia đình có tranh chấp về việc chia tài sản chung của vợ chồng thì ngoài việc chịu án phí dân sự sơ thẩm quy định tại điểm a khoản 1 Điều 24 của Nghị quyết này, còn phải chịu án phí đối với phần tài sản có tranh chấp như đối với vụ án dân sự có giá ngạch tương ứng với giá trị phần tài sản mà họ được chia”. Như vậy, nếu yêu cầu chia tài sản chung của bị đơn được Tòa án chấp nhận thì bị đơn phải chịu án phí có giá ngạch tương ứng với giá trị phần tài sản mà bị đơn được chia và nếu yêu cầu chia tài sản của bị đơn không được Tòa án chấp nhận thì bị đơn phải chịu án phí dân sự sơ thẩm có giá ngạch, trừ trường hợp bị đơn được miễn hoặc không phải chịu án phí sơ thẩm. Việc buộc bị đơn phải chịu án phí là thực hiện đúng quy định về nghĩa vụ chịu án phí dân sự sơ thẩm được quy định tại khoản 1 Điều 147 của BLTTDS; đó là: “Đương sự phải chịu án phí sơ thẩm nếu yêu cầu của họ không được Tòa án chấp nhận, trừ trường hợp được miễn hoặc không phải chịu án phí sơ thẩm.”

Cách hiểu thứ hai, theo quy định của điểm b khoản 5 Điều 26 Nghị quyết số 326, đương sự trong vụ án hôn nhân và gia đình có tranh chấp về việc chia tài sản chung của vợ chồng phải chịu án phí đối với phần tài sản có tranh chấp như đối với vụ án dân sự có giá ngạch tương ứng với giá trị phần tài sản mà họ được chia. Do đó, trường hợp bị

đơn có yêu cầu chia tài sản chung nhưng không được Tòa án chấp nhận thì bị đơn không phải chịu án phí.

2.4. Vương mắc về tính án phí khi Tòa án công nhận sự thỏa thuận của đương sự

Đối với một vụ án dân sự, tại phiên hòa giải nếu bị đơn đồng ý thực hiện nghĩa vụ đối với nguyên đơn (ví dụ bị đơn đồng ý trả nợ cho nguyên đơn) thì nguyên đơn có nghĩa vụ phải chịu án phí dân sự không. Vấn đề này hiện nay cũng còn cách hiểu khác nhau.

Cách hiểu thứ nhất, khoản 1 Điều 147 BLTTDS năm 2015 quy định: “1. Đương sự phải chịu án phí sơ thẩm nếu yêu cầu của họ không được Tòa án chấp nhận, trừ trường hợp được miễn hoặc không phải chịu án phí sơ thẩm”. Cụ thể hóa quy định này, khoản 2 Điều 26 Nghị quyết số 326 quy định: “2. Bị đơn phải chịu toàn bộ án phí dân sự sơ thẩm trong trường hợp toàn bộ yêu cầu của nguyên đơn được Tòa án chấp nhận”. Do yêu cầu của nguyên đơn được bị đơn chấp nhận nên bị đơn phải là người phải chịu toàn bộ (100%) án phí, nếu nguyên đơn không có thỏa thuận chịu án phí thay cho bị đơn.

Cách hiểu thứ hai, quy định của khoản 1 Điều 147 BLTTDS năm 2015, khoản 2 Điều 26 Nghị quyết số 326 là quy định chung, nên việc vận dụng quy định này vào trường hợp cụ thể vụ án có đương sự thỏa thuận giải quyết được vụ án trước khi mở phiên tòa để buộc bị đơn chịu 100% án phí là chưa chính xác. Cụ thể, trường hợp các đương sự thỏa thuận với nhau về việc giải quyết vụ án trước khi mở phiên tòa thì án phí được tính sau: “Trước khi mở phiên tòa, Tòa án tiến hành hòa giải; nếu các đương sự thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết vụ án thì họ chỉ phải chịu 50% mức án phí sơ thẩm quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này (Khoản 3 Điều 147 BLTTDS năm 2015). Tương tự, khoản 7 Điều 26 Nghị quyết số 326 quy định: “Các bên đương sự thỏa thuận được với nhau về việc giải quyết vụ án trong trường hợp Tòa án tiến

hành hòa giải trước khi mở phiên tòa thì phải chịu 50% mức án phí, kể cả đối với các vụ án không có giá ngạch”. Như vậy, cụm từ “họ chỉ phải chịu 50% mức án phí sơ thẩm” hay “phải chịu 50% mức án phí, kể cả đối với các vụ án không có giá ngạch” cần được hiểu là “tất cả các bên đương sự, bao gồm nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (nếu có)” khi tham gia vào quá trình thương lượng, hòa giải tranh chấp trong vụ án chứ không phải chỉ là một bên đương sự có nghĩa vụ nào đó. Bởi lẽ, khi hòa giải, các đương sự có quyền tự thương lượng, thỏa thuận với nhau để giải quyết vụ án, Tòa án chỉ làm nhiệm vụ trung gian và Tòa án chỉ ra quyết định để công sự thỏa thuận của đương sự mà không đưa ra bất kỳ quyết định mang tính bắt buộc nào (kể cả quyết định đương sự nào phải chịu án phí). Điều này thể hiện sự bình đẳng về quyền và nghĩa vụ của các đương sự khi tham gia tố tụng. Vụ án có hòa giải thành hay không là do các đương sự tự thỏa thuận. Chỉ khi nào yêu cầu của nguyên đơn được Tòa án chấp nhận (tức là trong trường hợp Tòa án giải quyết vụ án tại phiên tòa và bằng một bản án) thì bị đơn mới phải chịu toàn bộ án phí. Do đó, nguyên đơn phải chịu 25% án phí như bị đơn.

Tương tự như vậy, trường hợp bị đơn chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn. Qua hòa giải, bị đơn đồng ý chịu toàn bộ án phí nhưng bị đơn thuộc trường hợp được miễn án phí thì bị đơn phải chịu 25% án phí dân sự theo quy định. Đây là phần án phí bị đơn chịu thay cho nguyên đơn. Bởi vì, theo quy định của khoản 5 Điều 147 BLTTDS năm 2015, “Trong vụ án có đương sự được miễn án phí sơ thẩm thì đương sự khác vẫn phải nộp án phí sơ thẩm mà mình phải chịu theo quy định tại các khoản 1, 2, 3 và 4 Điều này”. Đồng thời, khoản 7 Điều 26 Nghị quyết số 326 quy định: “Trường hợp các đương sự thỏa thuận một bên chịu toàn bộ án phí hoặc một phần số tiền án phí phải nộp

mà bên chịu toàn bộ án phí hoặc một phần số tiền án phí phải nộp thuộc trường hợp được miễn nộp tiền án phí thì Tòa án chỉ xem xét miễn án phí đối với phần mà người thuộc trường hợp được miễn phải chịu theo quy định, của Nghị quyết này. Phần án phí, lệ phí Tòa án mà người đó nhận nộp thay người khác thì không được miễn nộp”. Thực tiễn có trường hợp bị đơn đồng ý chịu toàn bộ án phí, tuy nhiên, do bị đơn thuộc trường hợp được miễn án phí nên Tòa án đã miễn toàn bộ án phí cho đương sự trong vụ án là thực hiện chưa đúng quy định của pháp luật, làm thất thoát ngân sách nhà nước.

2.5. Vương mắc trường hợp đương sự thuộc trường hợp được miễn, giảm án phí nhưng đương sự không làm đơn yêu cầu miễn, giảm án phí thì có được Tòa án xét miễn giảm án phí không

Theo quy định của Điều 14 Nghị quyết số 326, người thuộc trường hợp được miễn, giảm án phí phải làm đơn yêu cầu miễn, giảm án phí để Tòa án xem xét. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là, trường hợp đương sự thuộc trường hợp được miễn, giảm án phí nhưng đương sự không làm đơn yêu cầu miễn, giảm án phí thì có được Tòa án xét miễn giảm án phí không. Thực tế xét xử của Tòa án hiện nay cho thấy có hai cách giải quyết vấn đề này.

Cách thứ nhất, mặc dù đương sự không có đơn xin miễn án phí nhưng thuộc trường hợp được miễn thì Thẩm phán được phân công giải quyết vụ án hoặc Hội đồng xét xử xét miễn, giảm án phí cho đương sự, không áp dụng pháp luật một cách quá máy móc và cứng nhắc.

Cách thứ hai, nếu đương sự không có đơn xin miễn, giảm án phí thì Thẩm phán được phân công giải quyết vụ án hoặc Hội đồng xét xử không xét miễn án phí cho họ.

Chúng tôi cho rằng, quy định đương sự phải làm đơn xin miễn, giảm án phí là một quy định mới của Nghị quyết số 326 so với

các quy định trước đây về án phí, lệ phí Tòa án. Vì vậy, Thẩm phán được phân công giải quyết vụ án, Hội đồng xét xử và đương sự cần phải tuân thủ và chấp hành đúng quy định này nhằm đảm bảo sự thống nhất trong áp dụng pháp luật và hạn chế sự tùy tiện trong áp dụng pháp luật. Để việc miễn, giảm án phí được thực hiện đúng quy định của pháp luật đòi hỏi Thẩm phán khi được phân công giải quyết vụ án phải giải thích cho tất cả đương sự biết về các trường hợp được miễn, giảm án phí cũng như là hướng dẫn thủ tục họ phải làm để xin miễn, giảm án phí trước khi tiến hành tổ chức phiên họp hòa giải hoặc trước khi quyết định đưa vụ án ra xét xử.

2.6. Vương mắc về xét miễn án phí đối với đương sự đang sinh sống tại thôn, ấp, khóm, phum, sóc... (gọi chung là thôn) đặc biệt khó khăn mà không phải là xã có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn

Theo quy định của Điều 12 Nghị quyết số 326, một trong những trường hợp được miễn nộp tiền án phí là “đồng bào dân tộc thiểu số ở các xã có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn”.

Hiện nay, Danh sách xã đặc biệt khó khăn được quy định tại Quyết định số 900/QĐ-TTg ngày 20/6/2017 của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt danh sách thôn đặc biệt khó khăn, xã biên giới, xã an toàn khu vào diện đầu tư của Chương trình 135 giai đoạn 2017 – 2020.

Danh sách thôn đặc biệt khó khăn hiện nay theo Quyết định 582/QĐ-TTg ngày 28/4/2017 của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt danh sách thôn đặc biệt khó khăn, xã khu vực iii, khu vực ii, khu vực i thuộc vùng dân tộc thiểu số và miền núi giai đoạn 2016-2020 và Quyết định số 103/QĐ-TTg ngày 22/01/2019 của Thủ tướng Chính phủ về việc phê duyệt bổ sung, điều chỉnh và đổi tên danh sách thôn đặc biệt khó khăn, xã khu vực III, khu vực II, khu vực I thuộc vùng dân tộc thiểu số và miền núi giai đoạn 2016 – 2020.

Tuy nhiên, trong trường hợp đương sự là đồng bào dân tộc thiểu số sinh sống ở thôn đặc biệt khó khăn nhưng thôn này không thuộc xã đặc biệt khó khăn thì có được miễn án phí không. Trường hợp này cũng được hiểu theo hai cách khác nhau.

Cách hiểu thứ nhất, Điều 12 Nghị quyết số 326 đã quy định rõ đồng bào dân tộc thiểu số ở các xã có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn thì mới được miễn án phí nên Tòa án sẽ không miễn án phí cho đương sự là đồng bào dân tộc thiểu số đang ở thôn đặc biệt khó khăn nếu thôn này không thuộc xã đặc biệt khó khăn.

Cách hiểu thứ hai, trong trường hợp này cần phải linh hoạt và hiểu thoáng hơn để xét miễn án phí cho đương sự. Bởi vì, đương sự ở xã đặc biệt khó khăn suy cho cùng cũng phải

là ở thôn trong xã đó. Do đó, tính chất đặc biệt của thôn đặc biệt khó khăn cũng tương tự như các thôn trong xã đặc biệt khó khăn.

Kết luận: Án phí dân sự là một phần trong quyết định của Tòa án khi giải quyết các vụ án dân sự. Án phí dân sự không chỉ liên quan đến quyền và nghĩa vụ của dân sự mà còn liên quan đến khoản thu nộp ngân sách nhà nước. Điều này đòi hỏi, Tòa án phải vận dụng đúng quy định của pháp luật để ra quyết định về án phí đúng và chính xác nhất. Mặc khác, những bất cập, vướng mắc trên là những vướng mắc, bất cập trong thực tiễn hiện nay. Do đó, để tạo sự thống nhất trong nhận thức và vận dụng pháp luật trong thực tiễn, chúng tôi cho rằng, TANCTC cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn để tháo gỡ khó khăn, vướng mắc cho Tòa án các cấp ■

KHUNG PHÂN TÍCH... (Tiếp theo trang 42)

5. Kết luận

Trước hết, chúng tôi cho rằng, khung phân tích năng lực chính sách đã được giới thiệu ở trên có ưu điểm ở tính bao quát, có hệ thống; thừa nhận sự tham gia, tác động của các chủ thể khác ngoài nhà nước trong chu trình chính sách; phân tích các cấp độ, bình diện khác nhau, và nhấn mạnh sự liên hệ giữa các cấp độ, bình diện đó. Vì vậy, có thể vận dụng khung phân tích này để xem xét, đánh giá năng lực chính sách của một quốc gia, chính phủ, cơ quan, tổ chức, hay cá nhân những người tham gia vào chu trình chính sách. Tuy nhiên, tùy vào bối cảnh cụ thể, cần đánh giá mức độ, phạm vi tác động của từng yếu tố năng lực, ở từng cấp độ một cách phù hợp, linh hoạt. Có thể đối với chủ thể A trong bối cảnh nhất định, cần chú ý hơn đến năng lực phân tích, nhưng đối với chủ thể B trong một bối cảnh khác cần đặt trọng tâm vào năng lực vận hành, hay năng

lực chính trị; và ngược lại. Điều này đặc biệt quan trọng đối với việc phân tích, đánh giá năng lực chính sách của Quốc hội, ĐBQH – những thiết chế đặc thù, lại ở Việt Nam với những đặc điểm riêng về thể chế, văn hóa chính trị - pháp lý.

Về năng lực pháp lý, chúng tôi cho rằng, không nên coi năng lực pháp lý như một thành tố hữu cơ thuộc năng lực chính sách nói chung. Bởi lẽ, dù có mối liên hệ chặt chẽ, giao thoa nhau, chính sách và pháp luật vẫn là hai lĩnh vực khác biệt nhau, với những đặc điểm, yếu tố khác nhau. Mặt khác, khi xem xét năng lực chính sách, vẫn cần phải gắn với việc phân tích năng lực pháp lý, sự tác động tương hỗ qua lại giữa hai khái niệm này. Bên cạnh đó, có thể xem xét lại để bổ sung những nội dung cụ thể khác hoặc điều chỉnh một số nội dung trong khung năng lực pháp lý nêu trên cho phù hợp hơn ■

KHÓ KHĂN, VƯỚNG MẮC QUA VIỆC ÁP DỤNG BIỆN PHÁP KHẨN CẤP TẠM THỜI TRONG TỔ TỤNG DÂN SỰ VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Thái Chí Bình*

*ThS. Tòa án nhân dân huyện Chợ Mới, tỉnh An Giang.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Biện pháp khẩn cấp tạm thời, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 12/03/2020
Biên tập : 06/04/2020
Duyệt bài : 14/04/2020

Article Information:

Key words: Temporary emergency measures; the Civil Procedure Code of 2015

Article History:

Received : 12 Mar. 2020
Edited : 06 Apr. 2020
Approved : 14 Apr. 2020

Tóm tắt:

Biện pháp khẩn cấp tạm thời có vai trò vô cùng quan trọng trong quá trình giải quyết vụ án, đảm bảo việc thi hành án và kịp thời bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân. Quy định của pháp luật tố tụng dân sự hiện hành về biện pháp khẩn cấp tạm thời cơ bản đảm bảo vai trò này, tạo sự thuận lợi cho đương sự thực hiện quyền yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời và giúp Tòa án dễ dàng trong việc xem xét áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp khẩn cấp tạm thời cũng như giải quyết khiếu nại, kiến nghị. Bên cạnh mặt tích cực đó, quy định của pháp luật tố tụng dân sự về biện pháp khẩn cấp tạm thời còn tồn tại một số bất cập, hạn chế cần được hoàn thiện.

Abstract:

Temporary emergency measures play a crucial role in the process of resolving cases, to ensure the execution of judgments and timely protect the legitimate rights and interests of agencies, organizations and individuals. The current civil procedural law on temporary emergency measures basically assumes this role, facilitates the litigants' right to request the application of the temporary emergency measures and helps the court to review, apply, change and cancel the temporary emergency measures as well as settle complaints and petitions. In addition, the current civil procedural law on temporary emergency measures still contains some shortcomings that need to be further improved.

Nhiệm vụ quan trọng của tố tụng dân sự (TTDS) nói chung, việc giải quyết vụ án dân sự nói riêng là góp phần bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân¹. Để thực hiện nhiệm vụ này, một trong những công cụ được Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015

(BLTTDS năm 2015) sử dụng là quy định chế định biện pháp khẩn cấp tạm thời (BPKCTT) nhằm tạm thời giải quyết yêu cầu cấp bách của đương sự, bảo vệ tính mạng, sức khỏe, tài sản, thu thập chứng cứ, bảo vệ chứng cứ, bảo toàn tình trạng hiện có tránh gây thiệt hại không thể khắc phục được, đảm bảo cho việc giải quyết vụ án hoặc việc thi hành án².

1 Xem Điều 1 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

2 Xem Điều 111 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

Với tinh thần đó, BLTTDS năm 2015 đã liệt kê 17 loại BPKCTT cụ thể được áp dụng tại Điều 114 và lần lượt quy định cụ thể từng BPKCTT tại các điều từ Điều 115 đến Điều 132 Bộ luật này. Nhìn chung, quy định của BLTTDS về từng BPKCTT được áp dụng là tương đối cụ thể, chi tiết, tạo sự thuận lợi trong việc áp dụng. Tuy nhiên, qua thực tiễn nghiên cứu, áp dụng thì quy định đối với từng BPKCTT phát sinh một vài hạn chế, tạo ra sự thiếu thống nhất khi áp dụng trong thực tiễn.

1. Một số khó khăn, vướng mắc qua việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tố tụng dân sự

1.1. Đối với biện pháp “giao người chưa thành niên, người bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự cho cá nhân hoặc tổ chức trông nom, nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục”

Điều 115 BLTTDS năm 2015 quy định, việc áp dụng BPKCTT giao người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi cho cá nhân hoặc tổ chức trông nom, nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục được áp dụng nếu việc giải quyết vụ án có liên quan đến những người này mà họ chưa có người giám hộ.

Trong thực tiễn, việc áp dụng quy định này phát sinh vướng mắc trong trường hợp người chưa thành niên có người đại diện hợp pháp, người giám hộ nhưng họ đang do người không có quyền nuôi dưỡng chiếm giữ thì người có quyền nuôi dưỡng có được yêu cầu áp dụng BPKCTT này hay không. Vướng mắc này được thể hiện thông qua vụ án cụ thể sau³:

Theo đơn khởi kiện, ông Huỳnh Ngọc H cho rằng, theo bản án hôn nhân và gia đình sơ thẩm số 629/2018/HNGĐ-ST của Tòa án

nhân dân huyện A, tỉnh T, bà Trần Hồng L được ly hôn với ông H; bà L được quyền nuôi dưỡng con chung tên Huỳnh Ngọc K, sinh ngày 11/10/2016. Chi cục Thi hành án dân sự huyện A đã giao cháu K cho ông Trần Hồng T (cha ruột của bà L) nhận nuôi dưỡng do được bà L ủy quyền. Tuy nhiên, do ông T nuôi dưỡng cháu K không đúng với bản án đã tuyên, là người lớn tuổi, vụng về trong việc chăm sóc trẻ nhỏ nên ông H đã mang cháu K về nuôi dưỡng sau khi ông T nhận cháu K khoảng 15 phút. Vì vậy, ông H yêu cầu thay đổi người trực tiếp nuôi con, giao cháu K cho ông H nuôi dưỡng.

Trong quá trình giải quyết vụ án, do yêu cầu giao trả cháu K nhưng ông H không chấp nhận nên bà L có đơn yêu cầu Tòa án áp dụng BPKCTT theo Điều 115 BLTTDS năm 2015. Tuy nhiên, Tòa án nhân dân huyện A đã không chấp nhận yêu cầu của bà L do cháu K đang có người đại diện hợp pháp, người giám hộ theo quy định của pháp luật là bà L, ông H.

Việc Tòa án nhân dân huyện A từ chối yêu cầu của Bà L dựa trên căn cứ sau: Theo quy định của khoản 1 Điều 136 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS năm 2015), cha mẹ là người đại diện theo pháp luật đối với con chưa thành niên. Đồng thời, các Điều 46, 47 BLDS năm 2015 quy định, đối với người chưa thành niên, việc giám hộ cho họ chỉ đặt ra khi họ không còn cha, mẹ hoặc không xác định được cha, mẹ; có cha, mẹ nhưng cha, mẹ đều mất năng lực hành vi dân sự; cha, mẹ đều có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi; cha, mẹ đều bị hạn chế năng lực hành vi dân sự; cha, mẹ đều bị Tòa án tuyên bố hạn chế quyền đối với con; cha, mẹ đều không có điều kiện chăm sóc, giáo dục con và có yêu cầu người giám hộ. Trong khi bà L yêu cầu áp dụng BPKCTT, cháu K đang

3 Vụ án hôn nhân và gia đình sơ thẩm thụ lý số 742/2019/TLST-HNGĐ ngày 23 tháng 8 năm 2019 về việc “tranh chấp về thay đổi người trực tiếp nuôi con sau khi ly hôn” giữa nguyên đơn ông Huỳnh Ngọc H với bị đơn bà Trần Hồng L của Tòa án nhân dân huyện C, tỉnh A.

có người đại diện hợp pháp là ông H, bà L. Vì vậy, không có cơ sở để Tòa án áp dụng BPKCTT theo yêu cầu của bà L.

Tuy nhiên, ở đây cần phải hiểu thuật ngữ “người giám hộ” theo nghĩa rộng gồm “người đại diện theo pháp luật, người giám hộ” và phải là việc đại diện, giám hộ hợp pháp. Trong trường hợp này, theo bản án của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật, bà L là người đại diện theo pháp luật và có quyền nuôi dưỡng cháu K. Việc ông H giữ cháu K mà không có sự đồng ý của bà L ảnh hưởng đến quyền nuôi dưỡng con chung của bà L. Vì vậy, bà L hoàn toàn có quyền yêu cầu Tòa án áp dụng BPKCTT tại Điều 115 BLTTDS năm 2015.

1.2. Đối với biện pháp “kê biên tài sản đang tranh chấp” và biện pháp “cấm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh chấp”

Khoản 1 Điều 120 BLTTDS năm 2015 quy định, kê biên tài sản đang tranh chấp được áp dụng nếu trong quá trình giải quyết vụ án có căn cứ cho thấy người giữ tài sản đang tranh chấp có hành vi tẩu tán, hủy hoại tài sản.

Điều 121 BLTTDS năm 2015 quy định, cấm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh chấp được áp dụng nếu trong quá trình giải quyết vụ án có căn cứ cho thấy người đang chiếm hữu hoặc giữ tài sản đang tranh chấp có hành vi chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh chấp cho người khác.

Như vậy, có thể thấy rằng, mặc dù

BPKCTT được quy định ở hai điều khác nhau nhưng có sự trùng lặp về mục đích hướng đến. Theo đó, biện pháp kê biên tài sản có mục đích hướng đến là ngăn chặn hành vi tẩu tán, hủy hoại tài sản; biện pháp cấm chuyển dịch quyền về tài sản có mục đích hướng đến là ngăn chặn hành vi chuyển dịch quyền về tài sản. Tuy nhiên, “chuyển dịch quyền về tài sản” cũng là một dạng của hành vi “tẩu tán tài sản”. Đồng thời, khi tài sản bị kê biên thì mặc nhiên tài sản đó không thể bị chuyển dịch quyền về tài sản⁴.

Về chủ thể quản lý tài sản bị áp dụng BPKCTT: Biện pháp kê biên tài sản áp dụng đối với “người giữ tài sản đang tranh chấp”; biện pháp cấm chuyển dịch quyền về tài sản áp dụng đối với “người đang chiếm hữu tài sản tranh chấp, hoặc người đang giữ tài sản tranh chấp”. Tuy nhiên, “người đang chiếm hữu tài sản đang tranh chấp” có hành vi tẩu tán, hủy hoại tài sản thì cũng cần phải áp dụng BPKCTT “kê biên tài sản” do hậu quả của nó đối với tài sản bị áp dụng BPKCTT là như nhau. Hơn nữa, theo Từ điển tiếng Việt, kê biên tài sản là “*việc ghi lại từng tài sản, cấm việc tẩu tán, phá hủy, để đảm bảo cho việc xét xử và thi hành án*”⁵ hay kê biên là “*tạm thời cấm vận chuyển, chuyển đổi, định đoạt hoặc chuyển dịch tài sản của người vi phạm pháp luật*”⁶; còn tẩu tán là “*phân tán đi nhiều nơi để giấu*”⁷; hủy hoại là “*làm cho hư hỏng, tan nát đi*”⁸. Như vậy, kê biên tài sản là nhằm tránh tẩu tán, hủy hoại. Trong đó, chuyển dịch là “*thay đổi hoặc làm thay đổi vị trí trong khoảng ngắn*” hoặc “*chuyển quyền sở hữu*”⁹. Chính vì vậy,

4 Pháp luật thi hành án dân sự cũng có cách hiểu tương tự. Theo đó, Luật Thi hành án dân sự năm 2008, được sửa đổi, bổ sung năm 2014 quy định, khi tiến hành cưỡng chế đối với tài sản là vật trong quá trình thi hành án, cơ quan thi hành án dân sự, chấp hành viên áp dụng biện pháp “kê biên tài sản” mà không quy định kèm theo biện pháp “cấm chuyển dịch quyền về tài sản”.

5 Từ điển các thuật ngữ pháp lý thông dụng, 1999, Nxb. Thành phố Hồ Chí Minh.

6 Xem: <http://tratu.coviet.vn/hoc-tieng-anh/tu-dien-lac-viet/all/k%C3%AA+bi%C3%AAn.html>.

7 Xem: Viện Ngôn ngữ học, Từ điển tiếng Việt, Nxb. Từ điển Bách Khoa, 2012, tr.1156.

8 Xem: Viện Ngôn ngữ học, Từ điển tiếng Việt, Nxb. Từ điển Bách Khoa, 2012, tr.609.

9 Xem: Viện Ngôn ngữ học, Từ điển tiếng Việt, Nxb. Từ điển Bách Khoa, 2012, tr.252.

xét về mặt ngôn ngữ, “kê biên tài sản” có phạm vi bao trùm “cấm chuyển dịch quyền về tài sản”.

Bên cạnh đó, quy định về phạm vi chủ thể quản lý tài sản bị áp dụng BPKCTT tại các Điều 120, 121 BLTTDS năm 2015 chưa bao quát các chủ thể quản lý tài sản cần bị áp dụng BPKCTT do không đề cập “chủ sở hữu tài sản tranh chấp” bị áp dụng BPKCTT. Điều đó có nghĩa là, nếu “chủ sở hữu tài sản tranh chấp” có hành vi tẩu tán, hủy hoại tài sản hoặc có hành vi chuyển dịch quyền về tài sản mà họ không “đang chiếm hữu” hoặc “đang giữ tài sản đang tranh chấp” thì không thể áp dụng các BPKCTT đối với họ. Điều này là không hợp lý. Bởi vì, trên thực tế và theo quy định của pháp luật dân sự, chủ sở hữu tài sản hoàn toàn có thể thực hiện hành vi tẩu tán, hủy hoại tài sản hoặc chuyển dịch quyền về tài sản ngay cả khi họ không đang chiếm hữu hoặc giữ tài sản.

Ngoài ra, do chưa có hướng dẫn cụ thể nên việc xác định “tài sản đang tranh chấp” trên thực tế vẫn được hiểu theo hai cách khác nhau.

Cách hiểu thứ nhất, “tài sản đang tranh chấp” được quy định tại các Điều 120, 121 BLTTDS năm 2015 là tài sản đang bị tranh chấp quyền sở hữu, đang bị đòi lại, bị yêu cầu hoàn trả, không bao gồm tài sản là đối tượng của các giao dịch đang tranh chấp.

Cách hiểu thứ hai, tài sản đang tranh chấp cần phải hiểu ở nghĩa rộng bao gồm tài sản đang có tranh chấp về việc ai là người có quyền sở hữu, sử dụng, chiếm hữu và tài sản là đối tượng của các giao dịch đang tranh chấp. Tuy nhiên, để áp dụng thống nhất cần bổ sung rõ đặc điểm của tài sản đang tranh chấp.

1.3. Đối với biện pháp “cấm hoặc buộc thực hiện hành vi nhất định”

Điều 127 BLTTDS năm 2015 quy định, cấm hoặc buộc thực hiện hành vi nhất định được áp dụng nếu trong quá trình giải quyết vụ án có căn cứ cho thấy, đương sự hoặc cơ quan, tổ chức, cá nhân khác thực hiện hoặc không thực hiện một hoặc một số hành vi nhất định làm ảnh hưởng đến việc giải quyết vụ án, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác có liên quan trong vụ án đang được Tòa án giải quyết.

Tuy nhiên, quy định của Điều 127 vô tình tạo khoảng trống để đương sự lạm dụng, né tránh khi yêu cầu Tòa án áp dụng BPKCTT trong thực tiễn. Theo đó, đương sự có thể yêu cầu Tòa án áp dụng BPKCTT tại Điều 127 để buộc người đang chiếm hữu, người giữ tài sản hoặc chủ sở hữu tài sản (mà không phải tài sản tranh chấp) không được tẩu tán, hủy hoại tài sản hoặc có hành vi chuyển dịch quyền về tài sản cho người khác hoặc yêu cầu áp dụng BPKCTT đối với phần tài sản có giá trị lớn hơn nghĩa vụ của người bị áp dụng BPKCTT. Trong khi đó, các yêu cầu này thực chất thuộc phạm vi áp dụng BPKCTT tại các Điều 120, 121, 125, 126 BLTTDS năm 2015. Sự bất cập này được thể hiện thông qua 02 vụ án cụ thể sau đây:

*Vụ án thứ nhất*¹⁰: Theo đơn khởi kiện và lời khai cung cấp trong quá trình giải quyết vụ án, nguyên đơn ông Nguyễn Thành T trình bày, ngày 25/12/2015, ông T có nhận chuyển nhượng từ ông A, bà L quyền sử dụng đất nông nghiệp diện tích 1.000m², tọa lạc tại ấp L, xã L, huyện T, tỉnh B, với giá 90.000.000 đồng. Việc chuyển nhượng có lập thành văn bản, có xác nhận của Ban ấp L, xã L, không công chứng, chứng thực. Sau đó, ông T nhiều lần yêu cầu thực hiện thủ tục

10 Hồ sơ vụ án dân sự sơ thẩm thụ lý số 326/2019/TLST-DS ngày 25 tháng 7 năm 2019 về việc “tranh chấp hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất” giữa nguyên đơn ông Nguyễn Thành T với bị đơn ông Lê Văn A, bà Đặng Thị Tuyết L của Tòa án nhân dân huyện T, tỉnh B.

công chứng, sang tên nhưng ông A, bà L hứa hẹn mà không thực hiện. Quyền sử dụng đất chuyển nhượng thuộc thửa số 110, tờ bản đồ số 63, có diện tích 2.937m² đã được Ủy ban nhân dân huyện T, tỉnh B cấp quyền sử dụng cho ông A, bà L theo giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất số CH02555 ngày 08/10/2014. Khi chuyển nhượng hai bên chỉ tự xác định ranh giới trên thực địa mà không nhờ cơ quan chuyên môn đo vẽ. Vì vậy, ông T khởi kiện yêu cầu tiếp tục thực hiện hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất ngày 15/12/2015 giữa ông T với ông A, bà L.

Trong quá trình giải quyết vụ án, cho rằng ông A, bà L có hành vi chuyển nhượng quyền sử dụng đất diện tích 2.937m² thuộc thửa số 110, tờ bản đồ số 63 và ông T không xác định được vị trí phần đất diện tích 1.000m² trong phần đất diện tích 2.937m² cho nên ông T yêu cầu Tòa án áp dụng BPKCTT tại Điều 127 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, cấm ông A, bà L chuyển nhượng quyền sử dụng đất diện tích 2.937m², thuộc thửa số 110, tờ bản đồ số 63. Ngày 05/8/2019, Tòa án nhân dân huyện T ban hành Quyết định áp dụng BPKCTT theo yêu cầu của ông T.

*Vụ án thứ hai*¹¹: Theo đơn khởi kiện ngày 13/5/2019, nguyên đơn ông Huỳnh Văn T trình bày, vào ngày 17/02/2019, ông T có cho bà Nguyễn Thị Đ vay số tiền 50.000.000 đồng, lãi suất 5%/tháng, thời hạn vay 01 năm. Hai bên có lập biên nhận thể hiện. Từ lúc vay tiền đến nay, bà Đ không đóng lãi cho ông T. Do bà Đ vi phạm nghĩa vụ trả lãi nên ông T khởi kiện yêu cầu Tòa án nhân dân huyện T, tỉnh B buộc bà Đ trả

lại số tiền vay 50.000.000 đồng và tiền lãi theo quy định của pháp luật.

Trong quá trình giải quyết vụ án, do biết bà Đ được cấp quyền sử dụng đất nông nghiệp diện tích 3.500m² theo giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số CS03878 ngày 15/9/2017 của Ủy ban nhân dân huyện T, tỉnh B và bà Đ đang thực hiện thủ tục chuyển nhượng cho người khác nên để đảm bảo cho việc thi hành án, ông T yêu cầu Tòa án áp dụng BPKCTT tại Điều 127 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015, cấm bà Đ chuyển nhượng quyền sử dụng đất diện tích 3.500m². Ngày 21/8/2019, Tòa án nhân dân huyện T ban hành Quyết định áp dụng BPKCTT theo yêu cầu của bà Đ.

Căn cứ để Tòa án nhân dân huyện T áp dụng BPKCTT đối với 02 trường hợp này là quy định của Điều 127 BLTTDS năm 2015 không bắt buộc đối tượng bị áp dụng là tài sản đang tranh chấp, không giới hạn giá trị tài sản trong phạm vi đối tượng giao dịch đang tranh chấp và không giới hạn hành vi bị cấm thực hiện. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, Điều 127 BLTTDS năm 2015 quy định theo hướng mở. Theo đó, khi hành vi bị cấm hoặc buộc phải thực hiện, không thuộc phạm vi áp dụng của các BPKCTT khác mà BLTTDS năm 2015 quy định, mới được áp dụng BPKCTT tại Điều 127. Trong khi đó, việc cấm thực hiện hành vi chuyển nhượng quyền sử dụng đất thuộc phạm vi áp dụng BPKCTT tại Điều 120, Điều 121 BLTTDS năm 2015. Hơn nữa, theo quy định của Điều 136 BLTTDS sự năm 2015, khi yêu cầu áp dụng BPKCTT tại các Điều 120, 121 BLTTDS năm 2015 thì người yêu cầu phải thực hiện biện pháp bảo đảm. Trong khi đó,

11 Hồ sơ vụ án dân sự sơ thẩm thụ lý số 347/2019/TLST-DS ngày 06 tháng 8 năm 2019 về việc “tranh chấp hợp đồng dân sự vay tài sản” giữa nguyên đơn ông Huỳnh Văn T với bị đơn bà Nguyễn Thị Đ của Tòa án nhân dân huyện T, tỉnh B.

việc áp dụng BPKCTT tại Điều 127 BLTTDS năm 2015 lại không phải thực hiện biện pháp bảo đảm. Vì vậy, việc Tòa án nhân dân huyện T áp dụng BPKCTT sẽ dẫn đến bất hợp lý là người yêu cầu áp dụng BPKCTT đối với tài sản đang tranh chấp theo Điều 120, Điều 121 BLTTDS năm 2015 phải thực hiện biện pháp bảo đảm (phải thực hiện nghĩa vụ kèm theo). Tuy nhiên, người yêu cầu nội dung tương tự đối với tài sản không phải là tài sản đang tranh chấp tại Điều 127 BLTTDS năm 2015 lại không phải thực hiện biện pháp bảo đảm (không phải thực hiện nghĩa vụ kèm theo).

1.4. Việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời đối với tài sản đã chuyển nhượng cho người thứ ba nhưng chưa hoàn thành thủ tục chuyển nhượng

Hiện nay, việc áp dụng BPKCTT đối với trường hợp quyền sử dụng đất đã được chuyển nhượng cho người thứ ba, chưa hoàn thành thủ tục nhưng có điều kiện công nhận giao dịch¹² còn được hiểu khác nhau.

Cách hiểu thứ nhất, Tòa án không chấp nhận yêu cầu áp dụng BPKCTT do quyền sử dụng đất đã chuyển nhượng cho người khác trước thời điểm yêu cầu. Mặc dù chưa hoàn thành thủ tục nhưng có đủ điều kiện công nhận nên không còn là tài sản của người bị yêu cầu.

Cách hiểu thứ hai, Tòa án vẫn được áp dụng BPKCTT. Bởi vì, theo quy định của pháp luật đất đai, pháp luật dân sự, giao dịch chưa hoàn thành thủ tục để người nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất được

công nhận là người có quyền sử dụng nên cần phải áp dụng BPKCTT. Khi Tòa án áp dụng BPKCTT, người bị yêu cầu sẽ tham gia tố tụng với tư cách người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan. Họ có quyền yêu cầu độc lập để Tòa án công nhận giao dịch của họ, qua đó, xác định họ có quyền sử dụng đất. Trong trường hợp, việc yêu cầu áp dụng BPKCTT gây thiệt hại cho người nhận chuyển nhượng thì họ có quyền yêu cầu Tòa án buộc người yêu cầu áp dụng BPKCTT bồi thường theo khoản 1 Điều 113 BLTTDS năm 2015 và mục 11 Phần IV Giải đáp số 01/2017/GĐ-TANDTC ngày 07/4/2017 của Tòa án nhân dân tối cao¹³.

Tuy nhiên, trong trường hợp Tòa án chấp nhận áp dụng BPKCTT mà phát sinh thiệt hại cho người thứ ba thì người yêu cầu áp dụng BPKCTT phải bồi thường. Việc buộc người yêu cầu áp dụng BPKCTT phải bồi thường là chưa hợp lý. Bởi vì, Tòa án có thể từ chối áp dụng để tránh thiệt hại phát sinh nếu có quy định.

2. Kiến nghị

Để khắc phục các khó khăn, vướng mắc từ việc áp dụng quy định của pháp luật TTDS về các BPKCTT nêu trên, chúng tôi có một số kiến nghị sau:

Một là, đối với biện pháp “giao người chưa thành niên, người bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự cho cá nhân hoặc tổ chức trông nom, nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục”:

Sửa đổi Điều 115 thay cụm từ “*người giám hộ*” thành “*người giám hộ hoặc người đại diện hợp pháp theo quy định của pháp*

12 Như: (1) Việc công nhận hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong trường hợp hợp đồng có một số vi phạm theo mục 2 Phần II Nghị quyết số 02/2004/NQ-HĐTP ngày 10/8/2004 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng pháp luật trong việc giải quyết các vụ án dân sự, hôn nhân gia đình; (2) công nhận giao dịch dân sự do không tuân thủ quy định về hình thức theo Điều 129 Bộ luật Dân sự năm 2015.

13 Theo đó, việc giải quyết bồi thường thiệt hại do yêu cầu áp dụng BPKCTT không đúng được tiến hành trong cùng vụ án dân sự. Trường hợp đương sự yêu cầu giải quyết vấn đề bồi thường thiệt hại này mà chưa có điều kiện chứng minh thì yêu cầu bồi thường đó có thể tách ra để giải quyết bằng vụ án dân sự khác.

luật hoặc theo bản án, quyết định của Tòa án đã hiệu lực pháp luật”.

Hai là, đối với biện pháp “kê biên tài sản đang tranh chấp” và biện pháp “cấm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh chấp”:

Sửa đổi Điều 120, 121 BLTTDS năm 2015 theo hướng nhập nội dung của Điều 121 vào Điều 120 với nội dung như sau:

“Điều 120. Kê biên tài sản đang tranh chấp

1. Kê biên tài sản đang tranh chấp được áp dụng nếu trong quá trình giải quyết vụ án có căn cứ cho thấy người chiếm hữu tài sản tranh chấp, người giữ tài sản tài sản tranh chấp hoặc chủ sở hữu tài sản tranh chấp có hành vi tẩu tán, hủy hoại hoặc có hành vi chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh chấp cho người khác.

2. Tài sản bị kê biên có thể được thu giữ, bảo quản tại cơ quan thi hành án dân sự hoặc lập biên bản giao cho một bên đương sự hoặc người thứ ba quản lý cho đến khi có quyết định của Tòa án.

3. Tài sản đang có tranh chấp tại khoản 1, khoản 2 Điều này bao gồm tài sản đang bị tranh chấp quyền sở hữu, sử dụng, chiếm hữu và tài sản là đối tượng của các giao dịch dân sự bị tranh chấp”.

Ba là, đối với biện pháp “cấm hoặc buộc thực hiện hành vi nhất định”:

Sửa đổi Điều 127 BLTTDS năm 2015 theo hướng chuyển biện pháp “cấm hoặc buộc thực hiện hành vi nhất định” xuống vị trí cuối danh sách các BPKCTT được liệt kê và sửa đổi, bổ sung BPKCTT này với nội dung như sau:

“Cấm hoặc buộc thực hiện hành vi nhất định được áp dụng nếu trong quá trình giải quyết vụ án có căn cứ cho thấy đương sự hoặc cơ quan, tổ chức, cá nhân khác thực hiện hoặc không thực hiện một hoặc một số hành vi nhất định làm ảnh hưởng đến việc giải quyết vụ án, quyền và lợi ích hợp pháp

của người khác có liên quan trong vụ án đang được Tòa án giải quyết.

Hành vi bị cấm hoặc buộc thực hiện tại Điều này không thuộc phạm vi hành vi bị cấm hoặc buộc thực hiện của các BPKCTT khác được quy định từ Điều 115 đến Điều...”.

Đồng thời, bổ sung khoản 3 quy định về trách nhiệm của người yêu cầu áp dụng BPKCTT tại Điều 127 BLTTDS năm 2015 vào Điều 136 BLTTDS năm 2015 theo hướng trong trường hợp có thể gây thiệt hại cho người bị áp dụng BPKCTT hoặc người thứ ba với nội dung như sau:

“3. Người yêu cầu áp dụng BPKCTT cấm hoặc buộc thực hiện hành vi nhất định tại Điều... Bộ luật này phải thực hiện biện pháp bảo đảm theo quy định tại các khoản 1, 2 Điều này trong trường hợp nội dung yêu cầu đó có thể gây thiệt hại cho người bị áp dụng BPKCTT hoặc người thứ ba”.

Chuyển Điều 127 xuống sau Điều 131 BLTTDS năm 2015.

Bốn là, việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời đối với tài sản đã chuyển nhượng cho người thứ ba nhưng chưa hoàn thành thủ tục chuyển nhượng:

Đề áp dụng thống nhất việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời đối với tài sản đã chuyển nhượng cho người thứ ba nhưng chưa hoàn thành thủ tục chuyển nhượng, Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành hướng dẫn như sau:

“Nếu yêu cầu áp dụng BPKCTT đối với quyền sử dụng đất đã chuyển nhượng cho người thứ ba, thủ tục chuyển nhượng chưa hoàn thành nhưng theo quy định của pháp luật có liên quan, có cơ sở để công nhận giao dịch thì Tòa án cần giải thích cho người yêu cầu biết bằng bản bản. Trường hợp Tòa án đã giải thích mà người yêu cầu vẫn giữ yêu cầu thì Tòa áp dụng theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự. Trong trường hợp phát sinh thiệt hại cho người bị yêu cầu, người thứ ba thì người yêu cầu phải bồi thường theo quy định tại Điều 113 Bộ luật Tố tụng dân sự” ■

QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT NHẬT BẢN VỀ TÌNH TRẠNG KHẨN CẤP VÀ NHỮNG GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Cầm Vũ Thảo Nguyên*

* Hitotsubashi University - Faculty of Sociology

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tình trạng khẩn cấp, pháp luật Nhật Bản.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 01/06/2020

Biên tập : 16/06/2020

Duyệt bài : 19/06/2020

Article Information:

Key words: State of emergency, laws of Japan.

Article History:

Received : 01 Jun. 2020

Edited : 16 Jun. 2020

Approved : 19 Jun. 2020

Tóm tắt:

Tình trạng khẩn cấp là trạng thái xã hội được thiết lập khi xảy ra tình huống bất thường, ảnh hưởng lớn đến đời sống của người dân cũng như hoạt động bình thường của xã hội, như dịch bệnh, thiên tai, bạo loạn... Việc tuyên bố tình trạng khẩn cấp giúp chính quyền nhanh chóng lập lại trật tự, giúp người dân nhanh chóng ổn định lại cuộc sống. Bên cạnh đó, việc ban bố tình trạng khẩn cấp lại có khả năng làm ảnh hưởng đến nền pháp quyền và các quyền con người. Vì vậy, Hiến pháp và pháp luật cần phải có quy định chặt chẽ về vấn đề này. Bài viết phân tích quy định về tình trạng khẩn cấp trong Hiến pháp và pháp luật Nhật Bản, những tranh luận của giới luật học về vấn đề này trong bối cảnh Nhật Bản đang nỗ lực đối phó với đại dịch COVID-19, từ đó rút ra những gợi mở cho Việt Nam.

Abstract:

State of emergency is an extraordinary situation heavily affecting the lives of its citizens as well as the normal functioning of society, such as epidemics, natural disasters, or riots, etc. The declaration of a state of emergency helps the Government quickly restore social order, and help people quickly stabilize their lives. In addition, declaration of state of emergency has the potential to affect the rule of law and human rights. Therefore, the Constitution and laws need to have strict regulations on this issue. This article provide analysis of the legal regulations on the state of emergency in the Japanese Constitution and law under the imperial period and modern era, as well as legal discussions on this issue in the context of COVID-19 pandemic in Japan, and based on that to draw lessons learned for Vietnam.

1. Quy định của Hiến pháp Nhật Bản về tình trạng khẩn cấp

Dưới thời phong kiến, Hiến pháp Nhật Bản quy định rõ quyền ban bố tình trạng khẩn cấp thuộc về lãnh đạo tối cao của quốc gia - tức Thiên hoàng. Điều 8 Hiến pháp Nhật Bản năm 1899 quy định: “Để bảo đảm sự an toàn của cộng đồng khỏi thảm họa, tai ương, trong trường hợp Quốc hội không họp được, dựa trên nhu cầu cấp thiết, Thiên hoàng có quyền ra sắc lệnh về tình trạng khẩn cấp. Sắc lệnh này có hiệu lực tạm thời như luật, và phải được trình lên Quốc hội trong kỳ họp kế tiếp. Nếu Quốc hội không thông qua sắc lệnh này, Chính phủ phải thông báo hủy bỏ hiệu lực ngay sau đó”. Dựa trên sắc lệnh về tình trạng khẩn cấp, Chính phủ có thể ban bố việc thiết quân luật và các biện pháp ứng phó tạm thời¹.

Điều 14 Hiến pháp Nhật Bản năm 1899 quy định, quyền thiết quân luật – lệnh giới nghiêm thuộc Thiên hoàng. Đặc biệt, Điều 31 quy định: “các quyền lợi, nghĩa vụ của người dân, trong trường hợp đất nước xảy ra chiến tranh hoặc biến cố” sẽ bị giới hạn để “không làm cản trở đến đại quyền của Thiên hoàng”². Ngoài ra, Hiến pháp Nhật Bản năm 1899 còn quy định về quản lý tài chính trong tình trạng khẩn cấp (Điều 70)³.

Từ khi Hiến pháp Nhật Bản năm 1899 ra đời đến năm 1946, Nhật Hoàng đã ban hành tổng cộng 108 sắc lệnh về tình trạng khẩn cấp. Tuy nhiên, Hiến pháp Nhật Bản năm 1946 đã không còn bao hàm bất cứ quy

định nào liên quan đến tình trạng khẩn cấp.

Trên thực tế, những tranh luận xung quanh sự cấp thiết phải quy định về việc ban hành tình trạng khẩn cấp mới chỉ xuất hiện khoảng 2 thập kỷ gần đây. Năm 1996, giáo sư Takeshi Tominaga viết bài đăng trên Tạp chí Tổng hợp luận án Hiến pháp của Hội nghiên cứu Hiến pháp Kansai⁴, trong đó khẳng định: “Hiến pháp hiện hành chưa có những quy định về quyền công bố tình trạng khẩn cấp quốc gia, rất may mắn rằng, trong thực tế, việc thực thi quyền công bố tình trạng khẩn cấp quốc gia vẫn chưa bao giờ trở thành vấn đề”⁵.

Trong Dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 2005 do Đảng Dân chủ Tự do Nhật Bản (Liberal Democratic Party of Japan - LDP) trình Quốc hội cũng không có điều khoản nào về quyền công bố tình trạng khẩn cấp quốc gia. Chỉ đến năm 2012, sau khi xảy ra thảm họa động đất sóng thần Tohoku, bản Dự thảo sửa đổi Hiến pháp do LDP trình bày mới lần đầu đề cập đến việc “xây dựng hệ thống ứng phó tình trạng khẩn cấp minh bạch, trên cơ sở Hiến pháp”⁶. Bản dự thảo sửa đổi Hiến pháp năm 2012 đã đề xuất bổ sung hai điều mới: Điều 98 - Ban bố tình trạng khẩn cấp; Điều 99 - Hệ quả của việc ban bố tình trạng khẩn cấp. Hai điều này đã trở thành vấn đề gây tranh cãi đến tận bây giờ. Điều 98 quy định: Quyền ban bố tình trạng khẩn cấp thuộc về người đứng đầu Nội các, được thực hiện sau khi thông qua Nội các, trên cơ sở quy định của pháp luật hiện

1 Theo 大日本帝国憲法 The constitution of the Empire of Japan – 日本国会図書館 National Diet Library, dịch bởi tác giả.

2 Như trên.

3 Như trên.

4 憲法論叢』第3号、関西憲法研究会、1996年6月。

5 富永健（1996）「日本国憲法には緊急権に関する規定が存しないだけでなく、幸いにも現実に緊急権の行使が問題になることはなかった」、『憲法論叢』第3号 p.72.

6 日本自由民主党（2012）「緊急事態に対処するための仕組みを、憲法上明確に規定しました、自民党による日本憲法改正草案 Q&A question No.39, p.32 https://jimin.jp-east-2.storage.api.nifcloud.com/pdf/pamphlet/kenpou_qa.pdf .

hành⁷. Điều 99 quy định: Trong tình trạng khẩn cấp, Nội các có quyền ban hành nghị định có hiệu lực như luật. Ngoài ra, Thủ tướng có quyền sử dụng các gói tài chính cho ứng cứu và các khoản chi tiêu cần thiết; quyền chỉ đạo chính quyền địa phương trong việc ứng phó tình trạng khẩn cấp⁸. Các văn bản do Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ ban hành trong tình trạng khẩn cấp, sau này, cần phải được Quốc hội phê chuẩn; trong thời gian diễn ra tình trạng khẩn cấp, Quốc hội sẽ không bị giải tán (khoản 2 và 4 Điều 99)⁹.

Những đề xuất nêu trên của LDP có nhiều nét tương đồng so với quy định trong Hiến pháp ở nhiều quốc gia trên thế giới. Theo phân tích của Phó Giáo sư Kenneth Mori McElwain, Đại học Tokyo, có hơn 66.1% Hiến pháp ở các nước trao quyền ban bố tình trạng khẩn cấp cho người đứng đầu chính phủ (Thủ tướng hoặc Tổng thống); 53.8% Hiến pháp yêu cầu việc ban bố tình trạng khẩn cấp cần được sự đồng ý của Quốc hội; 18.8% yêu cầu không được giải tán Quốc hội trong thời gian diễn ra tình trạng khẩn cấp¹⁰. Tuy nhiên, sự khác biệt giữa Nhật Bản với các nước khác ở chỗ, Thủ tướng Nhật Bản ban bố tình trạng khẩn cấp “dựa trên cơ sở luật pháp hiện hành”, tức dựa trên cơ sở các văn bản luật khác mà không phải căn cứ vào Hiến pháp. Trên thế giới, chỉ có khoảng 6.5% quốc gia quy định như Nhật Bản¹¹.

Ngoài ra, khoản 3 Điều 99 quy định, trong thời gian diễn ra tình trạng khẩn cấp, mọi người phải chấp hành các quy định do

cơ quan nhà nước ban hành để bảo vệ tính mạng, thân thể và tài sản của cá nhân. Trong trường hợp này, quyền bình đẳng trước pháp luật; quyền bất khả xâm phạm thân thể; quyền tự do tư tưởng, quyền tự do ngôn luận, xuất bản, hội họp, thành lập công ty, tự do hiệp hội cũng như các quy định khác trong Hiến pháp về nhân quyền vẫn được tôn trọng đến mức tối đa¹².

Tranh luận về sự cần thiết phải quy định về tình trạng khẩn cấp trong Hiến pháp Nhật Bản

Xoay quanh việc Hiến pháp hiện hành của Nhật Bản không quy định về việc ban bố tình trạng khẩn cấp, các học giả, chính trị gia và giới truyền thông nước này có ý kiến rất khác nhau. Giáo sư Takeshi Tominaga chia các ý kiến đó thành hai trường phái: trường phái phủ định và trường phái thừa nhận¹³.

Trường phái phủ định cho rằng, Hiến pháp hiện hành của Nhật Bản không công nhận quyền công bố tình trạng khẩn cấp quốc gia. Trường phái phủ định còn được chia ra làm hai nhánh: nhánh thứ nhất cho rằng, việc không công nhận quyền công bố tình trạng khẩn cấp quốc gia là sự thiếu sót lớn của Hiến pháp (thuyết khiếm khuyết); nhánh thứ hai cho rằng, quyền công bố tình trạng khẩn cấp không cần thiết, do đó đánh giá cao Hiến pháp hiện tại (thuyết phủ nhận).

Thuyết khiếm khuyết được nêu lên bởi giáo sư, nhà nghiên cứu Hiến pháp Yoshio Onishi. Ông cho rằng, “yêu cầu cơ bản của chủ nghĩa lập hiến là thực hiện quyền lực trên cơ sở Hiến pháp. Ngay cả trong trường

7 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp Nhật Bản 2012 日本国憲法改正草案, dịch bởi tác giả.

8 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp Nhật Bản 2012 日本国憲法改正草案, dịch bởi tác giả.

9 Như trên.

10 Kenneth Mori McElwain, “Using Constitutional Data to Understand “State of Emergency” Provision”, University of Tokyo 02/05/2017.

11 Kenneth Mori McElwain, “Using Constitutional Data to Understand “State of Emergency” Provision”, University of Tokyo 02/05/2017.

12 Dự thảo sửa đổi Hiến pháp Nhật Bản 2012, 日本国憲法改正草案, dịch bởi tác giả.

13 憲法論叢』第3号、関西憲法研究会、1996年6月.

hợp đặc biệt, khi quốc gia gặp phải vấn đề khẩn cấp, thì khi đó, việc thi hành quyền lực ngoại lệ cũng cần phải tuân thủ theo một nguyên tắc nhất định, như vậy, mới có thể dự đoán được phạm vi ảnh hưởng của cũng như giới hạn của nó”¹⁴. Hội đồng Thẩm định Hiến pháp do Chính phủ Nhật Bản thành lập cũng cho rằng, một trong những khiếm khuyết lớn nhất của Hiến pháp hiện hành là việc không có điều khoản nào quy định về cách xử lý trường hợp đất nước trong trường hợp khẩn cấp khác thường”¹⁵.

Trái với thuyết khiếm khuyết, thuyết phủ nhận cho rằng, quyền công bố tình trạng khẩn cấp quốc gia là “một phần không thể thiếu của chế độ quân chủ dưới thời Hiến pháp Minh Trị”¹⁶, nhưng hiện nay, Nhật Bản đã bãi bỏ chủ nghĩa quân chủ, lập nên bản Hiến pháp dân chủ. Vì vậy, việc Hiến pháp không quy định về quyền công bố tình trạng khẩn cấp quốc gia cũng là một cách để bảo vệ nền dân chủ. Do đó, việc Hiến pháp không quy định về quyền công bố tình trạng khẩn cấp không phải là khiếm khuyết của Hiến pháp; trái lại, đó là bằng chứng tích cực nhất cho thấy nước Nhật đã rút ra bài học từ những kinh nghiệm lịch sử của mình để loại bỏ những tiêu cực của chế độ cũ còn sót lại”¹⁷.

Trường phái thừa nhận – thuyết dung nhận cho rằng, việc đưa quyền công bố tình trạng khẩn cấp quốc gia vào Hiến pháp là không cần thiết, bởi lẽ trên thực tế, việc này nên được coi như một “luật bất thành văn”.

Giáo sư Takayanagi Kenzou Đại học Tokyo, đại diện của trường phái này, cho rằng: “Khi phát sinh tình trạng khẩn cấp thì một quốc gia có chủ quyền phải ngay lập tức thực hiện các biện pháp xử lý khẩn cấp, bất kể điều đó có được quy định trong Hiến pháp hay không, đây là một nguyên lý bất thành văn mà ai cũng công nhận”.

Các học giả theo thuyết dung nhận còn cho rằng, việc chỉ sau khi có quy định cụ thể trên Hiến pháp thì quốc gia mới có thể ứng phó với các tình huống khẩn cấp mới chính là vấn đề đáng báo động; bởi lẽ, chúng ta không thể dự đoán hết được những tình huống nào có thể xảy ra trong tương lai, do đó, không thể xây dựng một cơ chế phản ứng đầy đủ và sẵn sàng cho bất kỳ thử thách nào. Trong trường hợp đó, sự lựa chọn thích hợp nhất là để lực lượng chức năng tùy cơ ứng biến, theo nguyên tắc, lấy việc bảo vệ các quyền và tự do cá nhân làm cốt lõi. Mặt khác, quy định cứng của pháp luật có thể lại tạo ra khe hở cho việc lạm dụng quyền lực.

2. Quy định của pháp luật Nhật Bản về tình trạng khẩn cấp

Trong hệ thống pháp luật của Nhật Bản, tình trạng khẩn cấp được quy định ở các văn bản sau đây:

- Luật Lực lượng phòng vệ Nhật Bản. Điều 76 về điều động quốc phòng cho phép Thủ tướng có quyền ra lệnh điều động Lực lượng phòng vệ khi quốc gia bị tấn công vũ lực hoặc có nguy cơ bị tấn công vũ lực từ

- 14 大西芳雄 (1975) 「あらゆる権力の行使をあらかじめ法の定めたルールに従って運用することが立法主義の基本的要求である。国家非常の場合の例外的権力をもあらかじめ定めたルールに従ってそのやり方と範囲が予想され、その限界が予想されなければならない」、『憲法の基本理論』、p.222; dịch bởi tác giả.
- 15 日本憲法調査会 (1964) 「現憲法の最大欠陥の一つは、国家の非常事態に対する処置が全く講ぜられていない点である」 『憲法調査会における各委員の意見』 Dịch bởi tác giả
- 16 小林直樹 (1979) 「明治憲法の緊急権が軍権絶対のイデオロギーと不可分であった」、『国家緊急権—非常事態における方と政治』、p.181; dịch bởi tác giả.
- 17 Như trên, 「憲法が緊急権規定を持たなかったのは憲法の欠缺でも欠陥でもなくて、旧体制の経験の考え見てその遺物を払拭するという過去の対するネガティブな側面...を有すると言わねばなるまい」

bên ngoài, hoặc trong trường hợp nước đồng minh thân cận bị tấn công vũ lực có nguy cơ ảnh hưởng đến Nhật Bản. Quyết định của Thủ tướng phải được Quốc hội thông qua trước khi có hiệu lực, và việc sử dụng vũ lực chỉ để tự vệ.

Điều 78 Luật cho phép Thủ tướng điều động Lực lượng phòng vệ đến bảo vệ an ninh ở khu vực trong trường hợp cảnh sát không đủ khả năng duy trì trật tự. Quyết định này cũng cần được Quốc hội thông qua.

- Điều 71 Luật Cảnh sát về các biện pháp xử lý đặc biệt trong tình trạng khẩn cấp quy định: Trong trường hợp xảy ra thiên tai hoặc tình trạng rối loạn trên quy mô lớn, Thủ tướng có thể tuyên bố tình trạng khẩn cấp ở một khu vực hoặc trên toàn bộ đất nước.

- Luật Chính sách cơ bản về phòng chống thảm họa thiên tai tại Điều 105 quy định: Khi có các thảm họa thiên tai xảy ra, Thủ tướng có thể tuyên bố về tình trạng khẩn cấp ở một khu vực hoặc trên toàn bộ lãnh thổ quốc gia; ban hành quyết định di tản, xây dựng cơ sở y tế tạm thời, cứu nạn cũng như nhận viện trợ từ nước ngoài.

- Luật Các biện pháp đặc biệt đối phó với các loại virus cúm mùa chủng mới năm 2013. Văn bản này quy định về những biện pháp phòng tránh cũng như điều trị cho bệnh nhân khi có sự xuất hiện của một chủng virus cúm mùa mới lây lan nhanh trên toàn quốc và có nguy cơ trở nên nguy hiểm cho tính mạng con người, gây thiệt hại nặng nề cho nền kinh tế. Luật này cho phép Chính phủ thực hiện những đối sách phù hợp, trong đó bao gồm

cả việc ban bố tình trạng khẩn cấp cho một vùng hoặc toàn lãnh thổ. Luật này được sửa đổi, bổ sung vào ngày 13/3/2020 để cho phép ứng phó với dịch COVID-19 như một virus cúm mùa chủng mới¹⁸.

Tuy nhiên, những quy định hiện nay về tình trạng khẩn cấp không làm vơi đi nỗi lo lắng của dự luật xã hội Nhật Bản về sự “đầy đủ” và “kín kẽ” của các quy định này. Dự luật xã hội Nhật Bản đặt ra câu hỏi là liệu rằng, trong trường hợp diễn ra tình trạng khẩn cấp, với những quy định nêu trên, Chính phủ Nhật Bản có thể hành động nhanh đến đâu để bảo vệ người dân của mình mà không động chạm đến các vấn đề nhân quyền? Đặc biệt, trong bối cảnh diễn ra đại dịch Covid-19, Nhật Bản cần áp dụng các biện pháp khẩn cấp mạnh mẽ nhằm phòng, chống dịch bệnh.

Trả lời trước báo chí sau khi Luật sửa đổi Luật Các biện pháp đặc biệt đối phó với các loại virus cúm mùa chủng mới được thông qua, Bộ trưởng Bộ Tái tăng trưởng kinh tế Nishimura Yasutoshi cho rằng: “Sẽ có những biện pháp được đưa ra mà trong đó sẽ gây ảnh hưởng đến các quyền tự do cá nhân, chính vì thế, Chính phủ mong muốn hạn chế sử dụng những biện pháp đó, nếu buộc phải sử dụng thì Chính phủ sẽ lựa chọn ở mức độ tối thiểu”¹⁹. Dù vậy, vẫn có nhiều người bày tỏ quan điểm quan ngại đối với việc sử dụng quyền hạn của Chính phủ trong trường hợp khẩn cấp, cũng như yêu cầu Chính phủ phải minh bạch trong quá trình ra quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp, có

18 内閣法制局（2020）「新型コロナウイルス感染症の発生及びそのまん延により国民の生命及び健康に重大な影響を与えることが懸念される状況に鑑み、この法律の施行の日から起算して二年を超えない範囲内において政令で定める日までの間、新型コロナウイルス感染症を新型インフルエンザ等対策特別措置法に規定する新型インフルエンザ等とみなし、同法に基づく措置を実施する必要がある。これが、この法律案を提出する理由である」；https://www.clb.go.jp/contents/diet_201/reason/201_law_046.html.

19 <新型コロナ>改正特措法が成立 きょう施行 「緊急宣言」可能に、国民の自由制限も』東京新聞2020年3月14日.

trách nhiệm lưu giữ đầy đủ những ghi chép về nội dung các cuộc họp trước khi dẫn đến quyết định này.

Ngày 7/4/2020, lần đầu tiên kể từ sau chiến tranh thế giới thứ hai, Nhật Bản ra tuyên bố về tình trạng khẩn cấp áp dụng cho 7 tỉnh thành phố lớn là Tokyo, Kanagawa, Saitama, Chiba, Osaka, Hyogo và Fukuoka. Trong khoảng thời gian một tháng hiệu lực của tình trạng khẩn cấp, người dân ở 7 tỉnh này được khuyến cáo không nên ra đường nếu không cần thiết, mọi hoạt động vui chơi đều bị huỷ bỏ, bảo tàng, trường học được yêu cầu đóng cửa, một số nhà hàng, quán ăn cũng được yêu cầu dừng hoạt động hoạt rút ngắn giờ làm... Tất cả những hoạt động này nhằm hạn chế đến mức tối đa những tiếp xúc giữa người với người. Thủ tướng Abe cho biết mục tiêu của quyết định này là nhằm giảm ít nhất 70 đến 80 phần trăm sự tiếp xúc thông thường²⁰.

Với việc đưa ra những quy định nêu trên, nhiều quyền hiến định của công dân Nhật Bản đã bị giới hạn đến một mức độ nhất định. Tuy nhiên, trong tuyên bố và các quy định về tình trạng khẩn cấp, Chính phủ Nhật Bản mới chỉ dừng ở mức độ “yêu cầu” chứ chưa phải là “bắt buộc” thực hiện.

Thực tế nêu trên cho thấy sự thận trọng của Chính phủ Nhật Bản trong bối cảnh hiện tại. Khi mà chưa có quy định rõ ràng trong Hiến pháp, Chính phủ không đưa ra những quyết định mạnh, kể cả trong những trường hợp được coi là khẩn cấp. Ở một góc độ khác, điều này còn cho thấy, xã hội Nhật Bản, sau những kinh nghiệm rút ra từ chế độ quân chủ, đã rất quan tâm đến việc bảo vệ các quyền con người.

Những gợi mở cho Việt Nam

Từ phân tích những quy định và thực tiễn áp dụng quy định về tình trạng khẩn cấp của Nhật Bản có thể rút ra những gợi mở sau cho Việt Nam:

Thứ nhất, tình trạng khẩn cấp có ảnh hưởng đến an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, quyền và lợi ích của cá nhân, tổ chức. Vì vậy, để bảo đảm hài hòa lợi ích của Nhà nước, tổ chức, cá nhân, cần một hệ thống pháp luật về tình trạng khẩn cấp toàn diện, rõ ràng và chặt chẽ: Bất kể những quy định đó có thể được nêu trong Hiến pháp hay tại các văn bản pháp luật dưới Hiến pháp, chúng cần phải bao gồm: các trường hợp được ban bố tình trạng khẩn cấp, những chủ thể có thẩm quyền liên quan, thời gian hiệu lực cũng như phạm vi ảnh hưởng.

Thứ hai, mọi quyết định liên quan đến tình trạng khẩn cấp cần có sự chuẩn thuận của Quốc hội. Trong trường hợp Quốc hội không họp được, chủ thể có thẩm quyền, dựa trên tính cấp bách của vấn đề, ra quyết định ban bố tình trạng khẩn cấp. Tuy nhiên, quyết định đó cần nhận được sự phê chuẩn của Quốc hội tại kỳ họp sớm nhất được tổ chức. Trong suốt thời gian diễn ra tình trạng khẩn cấp, Quốc hội không thể bị giải tán.

Thứ ba, cần công khai, minh bạch mọi quyết định liên quan đến tình trạng khẩn cấp. Thông qua phương tiện thông tin đại chúng, phương tiện truyền thông khác, chính quyền cần thông báo nội dung các quyết định liên quan đến tình trạng khẩn cấp với người dân một cách nhanh chóng, chính xác, kịp thời.

Thứ tư, cần xây dựng một thiết chế độc lập, minh bạch để giám sát mọi quyết định liên quan đến tình trạng khẩn cấp, trong đó Toà án cần đóng một vai trò quan trọng ■

20 安倍首相「人と人の接触を7割か8割削減することが前提だ」緊急事態宣言発出後の記者会見 2020年4月7日.

