

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

[www.nclp.org.vn](http://www.nclp.org.vn)

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



- ❖ Sự ảnh hưởng của pháp luật Pháp tới luật tư ở Việt Nam
- ❖ Hội trong xã hội dân sự và Dự thảo Luật về Hội ở Việt Nam
- ❖ Hoàn thiện chính sách và pháp luật về chuyển giao công nghệ

Số 12 (316)

Kỳ 2 - Tháng 6/2016

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

## Mục lục 6/2016

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Sự ảnh hưởng của pháp luật Pháp tới luật tư ở Việt Nam  
**PGS, TS. Ngô Huy Cương**
- 14** Điểm mới trong Hiến pháp năm 2013 về phân công quyền lực giữa lập pháp, hành pháp và tư pháp  
**ThS. Nguyễn Mạnh Hùng – Võ Hồng Tú**
- 21** Hoàn thiện các quy định về xử lý hình sự đối với pháp nhân trong lĩnh vực môi trường  
**ThS. Bùi Xuân Phái**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 25** Hội trong xã hội dân sự và Dự thảo Luật về Hội ở Việt Nam  
**GS, TS. Nguyễn Đăng Dung – ThS. Nguyễn Đăng Duy**

### CHÍNH SÁCH

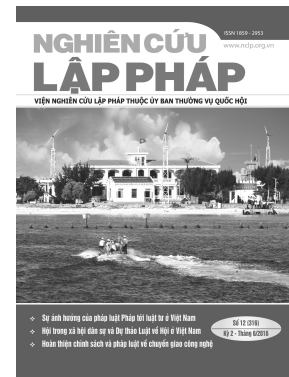
- 34** Hoàn thiện chính sách và pháp luật về chuyển giao công nghệ  
**TS. Phạm Chí Trung**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 41** Hoàn thiện pháp luật về giáo dục sau đại học  
**Lê Như Phong**
- 47** Thực trạng và kiến nghị hoàn thiện pháp luật về trợ giúp xã hội đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt  
**Tô Đức**
- 54** Hoàn thiện quy định của Nghị định số 179/2013/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường  
**ThS. Lê Thị Hằng**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 60** Pháp luật về biểu tình của Cộng hòa Pháp  
**PGS, TS. Nguyễn Hoàng Anh – TS. Nguyễn Văn Quân**



#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS, TS. ĐINH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)  
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI  
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ  
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG  
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG  
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH  
TS. DƯƠNG NGỌC NGUU  
PGS, TS. ĐINH VĂN NHẢ  
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ  
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ  
TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

#### TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI  
ĐT: 043.2121204/043.2121206  
FAX: 043.2121201  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

#### PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 043.2121202

#### TÀI KHOẢN:

0011000467735  
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP  
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN  
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

**GIÁ: 19.500 ĐỒNG**

**Ảnh bìa:** Đào Sinh Tôn Đông  
(Quần đảo Trường Sa)  
**Ảnh ST**

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

## Legis 6/2016

### STATE AND LAW

- 3** The influence of French law on private law in Vietnam  
**Prof, Dr. Ngo Huy Cuong**
- 14** The news in the 2013 Constitution on division of power between the legislative, the executive and the judiciary  
**LLM. Nguyen Manh Hung – Vo Hong Tu**
- 21** To improve the provisions on criminal penalties for legal entities in the field of environment  
**LLM. Bui Xuan Phai**

### DISCUSSION OF BILLS

- 25** Associations in the civil society and the draft Law on Associations in Vietnam  
**Prof, Dr. Nguyen Dang Dung – LLM. Nguyen Dang Duy**

### POLICIES

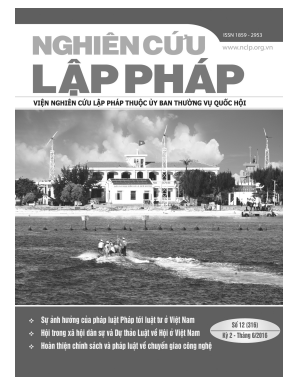
- 34** Improvement of policies and laws on technology transfer  
**Dr. Pham Chi Trung**

### LEGAL PRACTICE

- 41** To improve the law on post-graduate education  
**Le Nhu Phong**
- 47** Current situation and proposals to improve the law on social assistance for children in special circumstances  
**To Duc**
- 54** To improve the provisions of Decree No. 179/2013 / ND-CP on sanctioning of administrative violations in the field of environmental protection  
**LLM. Le Thi Hang**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 60** Law on demonstrations of the French Republic  
**Prof, Dr. Nguyen Hoang Anh – Dr. Nguyen Van Quan**



#### EDITORIAL BOARD:

Prof. Dr. DINH XUAN THAO (Chairman)  
Prof. Dr. DAO TRONG THI  
Prof. Dr. PHAN TRUNG LY  
Dr. NGUYEN SI DUNG  
Prof. Dr. TRAN NGOC DUONG  
Dr. NGO DUC MANH  
Dr. DUONG NGOC NGUU  
Prof. Dr. DINH VAN NHA  
Prof. Dr. TRAN DINH NHA  
Prof. Dr. HOANG VAN TU  
Dr. PHAM VAN HUNG

#### EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

#### OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI  
ĐT: 043.2121204/043.2121206  
FAX: 043.2121201  
Email: nclp@qh.gov.vn  
Website: www.nclp.org.vn

#### DESIGN:

HOANG NHI

#### LICENSE OF PUBLISHERMENT:

N<sup>o</sup> 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013  
MINISTRY OF INFORMATION  
AND COMMUNICATION

#### DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

#### ACCOUNT NUMBER:

0011000467735  
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE  
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING  
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

# LÃNH ĐẠO CÁC CƠ QUAN CỦA QUỐC HỘI CHÚC MỪNG TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP NHÂN NGÀY BÁO CHÍ CÁCH MẠNG VIỆT NAM

Nhân Kỷ niệm 91 năm Ngày Báo chí Cách mạng Việt Nam (21/6/1925 – 21/6/2016), đồng chí Nguyễn Thúy Anh, Ủy viên BCH Trung ương Đảng, Ủy viên Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ nhiệm Ủy ban Các vấn đề xã hội đã đến thăm và chúc mừng Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp.



*Đồng chí Nguyễn Thúy Anh, Ủy viên BCH Trung ương Đảng,  
Ủy viên Ủy ban Thường vụ Quốc hội thăm và chúc mừng cán bộ, phóng viên,  
biên tập viên Tạp chí NCLP nhân dịp Kỷ niệm 91 năm Ngày Báo chí cách mạng Việt Nam*

Thay mặt Thường trực Ủy ban Các vấn đề xã hội, đồng chí Nguyễn Thúy Anh đã gửi lời chúc mừng tới cán bộ, phóng viên, biên tập viên Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp; chúc cán bộ, phóng viên, biên tập viên luôn tâm huyết, say mê với nghề nghiệp, để tiếp tục khẳng định vị thế một tạp chí khoa học lập pháp hàng đầu, kịp thời và thường xuyên cung cấp các thông tin nghiên cứu lý luận và thực tiễn về Nhà nước, Pháp luật và Chính sách.

Cùng ngày, đồng chí Hoàng Văn Tú - Phó viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp, đồng chí Nguyễn Đức Thọ - Phó Bí thư thường trực Đảng ủy Cơ quan Văn phòng Quốc hội, đồng chí Bùi Lê Minh, Phó Chủ tịch Công đoàn Văn phòng Quốc hội và một số cơ quan, đơn vị đã đến thăm, chúc mừng đội ngũ cán bộ, phóng viên, biên tập viên Tạp chí. Đại diện các đoàn gửi lời chúc Tạp chí luôn hoàn thành tốt chức năng, nhiệm vụ trong công tác cung cấp thông tin, hỗ trợ đại biểu Quốc hội, đại biểu Hội đồng nhân dân các cấp, các cơ quan nhà nước, các tổ chức nghiên cứu khoa học và tổ chức, cá nhân trong, ngoài nước.



Đồng chí  
Hoàng Văn Tú –  
Phó viện trưởng  
Viện Nghiên cứu Lập  
pháp tặng hoa chúc  
mừng cán bộ, phóng  
viên, biên tập viên  
Tạp chí  
Nghiên cứu  
Lập pháp

Đồng chí  
Nguyễn Đức Thu,  
Phó bí thư Thường  
trực Đảng ủy Cơ  
quan Văn phòng  
Quốc hội chúc mừng  
Tạp chí nhân dịp  
Kỷ niệm 91 năm  
Ngày Báo chí Cách  
mạng Việt Nam



Thay mặt cán bộ, phóng viên, biên tập viên Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Tổng biên tập Tạp chí Phạm Văn Hùng cảm ơn sự quan tâm và những lời chúc tốt đẹp của các đồng chí và các Đoàn đến thăm đơn vị. Tổng biên tập Phạm Văn Hùng cho biết, trong những tháng đầu năm 2016, Tạp chí đã đặt trọng tâm đăng tải các bài viết chào mừng 70 năm Quốc hội Việt Nam, chào mừng bầu cử Quốc hội khóa XIV, các bài viết liên quan đến các Dự án luật trong Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội để hỗ trợ cho các đại biểu Quốc hội, các nhà hoạch định chính sách trong công tác xây dựng, nghiên cứu hoàn thiện pháp luật, phục vụ hoạt động lập pháp của Quốc hội. Những tháng cuối năm, toàn thể lãnh đạo, phóng viên, biên tập viên Tạp chí sẽ tiếp tục nâng cao chất lượng bài viết trên ấn phẩm Nghiên cứu Lập pháp để Tạp chí tiếp tục vai trò là diễn đàn có uy tín về lý luận, thực tiễn trong lĩnh vực Nhà nước và Pháp luật, có nhiều đóng góp cho công tác nghiên cứu, xây dựng và phổ biến chính sách, pháp luật ❖

# SỰ ẢNH HƯỞNG CỦA PHÁP LUẬT PHÁP TỚI LUẬT TƯ Ở VIỆT NAM

NGÔ HUY CƯƠNG\*

*Mặc dù pháp luật Việt Nam hiện nay có thể bị pha trộn giữa nhiều truyền thống pháp luật khác nhau do lịch sử của các cuộc xâm lược và các cuộc cách mạng xã hội mang lại, song riêng trong lĩnh vực luật tư, dấu ấn của pháp luật Pháp vẫn còn hiển hiện không chỉ ở cấu trúc bên trong của hệ thống pháp luật, mà còn ở cả quan niệm về nguồn của pháp luật cho tới kiểu tư duy pháp lý, ý thức hệ và tổ chức tư pháp... Nhận định này có được thông qua việc phân tích các công trình nghiên cứu lịch sử pháp luật Việt Nam đã được công bố rộng rãi và việc phân tích, đối chiếu một số nguyên tắc, quy tắc pháp luật của Pháp và của Việt Nam. Tuy nhiên, nghiên cứu đề tài này luôn gặp phải những khó khăn liên quan tới việc thiếu các tư liệu lịch sử về việc tiếp nhận pháp luật của Pháp trong từng giai đoạn lịch sử, từng đạo luật, từng chế định pháp luật hay từng giải pháp pháp lý cho các trường hợp cụ thể... Vì vậy, lối suy luận theo cách loại trừ hay phân tích hoàn cảnh xuất hiện cũng được sử dụng.*

## 1. Pháp luật Việt Nam trước khi có sự bành trướng của pháp luật Pháp

René David khẳng định, họ pháp luật La Mã - Đức bành trướng ra thế giới theo hai con đường: *thứ nhất*, đi theo các cuộc xâm chiếm thuộc địa của các nước châu Âu lục địa; và *thứ hai*, tự nguyện gia nhập bởi sự cần thiết hiện đại hóa hoặc mong muốn phương Tây hóa pháp luật ở những nước không phải là thuộc địa của các nước châu Âu lục địa<sup>1</sup>. Như vậy, pháp luật Pháp thuộc họ pháp luật La Mã - Đức bành trướng vào Việt Nam theo con đường *thứ nhất* mà có các dấu mốc lịch sử vào năm 1858 (quân

Pháp và quân Tây Ban Nha bắt đầu sử dụng vũ lực xâm chiếm Việt Nam<sup>2</sup>), năm 1867 (quân Pháp xâm chiếm xong toàn bộ sáu tỉnh phía Nam, biến nơi đây thành xứ thuộc địa của Pháp), và năm 1884 (Hòa ước ký kết giữa Việt Nam và Pháp đã làm Việt Nam đánh mất hẳn tư cách một quốc gia độc lập về mặt pháp lý, trở thành một nước bị bảo hộ của Pháp<sup>3</sup>).

Trước đó, Việt Nam có một hệ thống pháp luật khác biệt mà kỹ thuật pháp lý khác hẳn kỹ thuật pháp lý của họ pháp luật La Mã - Đức<sup>4</sup>. Có thể nói, trước khi bị cưỡng bức theo pháp luật của Pháp, Việt Nam theo

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

1 René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today – An Introduction to the Comparative Study of Law*, Second Edition, The Free Press, New York – London – Toronto – Sydney – Tokyo – Singapore, 1978, p. 22.

2 Trần Trọng Kim, *Việt Nam lược sử*, Nxb. Tổng hợp TP. Hồ Chí Minh, 2008, tr. 481.

3 Vũ Quốc Thông, *Pháp chế sử Việt Nam*, Tủ sách đại học, Sài Gòn, 1973, tr. 433.

4 Vũ Văn Mẫu, *Cổ - luật Việt – Nam thông - khảo và tư – pháp sử*, Quyển thứ nhất, Tập nhất, Sài Gòn 1974, tr. 116.

truyền thống pháp luật Viễn Đông<sup>5</sup>. Vũ Văn Mẫu không phủ nhận điều đó, nhưng cho rằng, pháp luật cổ của Việt Nam dù theo truyền thống pháp luật này do một nghìn năm Bắc thuộc, nhưng vẫn giữ được những đặc sắc tự ngàn xưa và có những đặc điểm chủ yếu sau: *thứ nhất*, không có sự phân chia các ngành luật; *thứ hai*, có quan niệm hòa trộn giữa luật dân sự và hình sự; *thứ ba*, chịu ảnh hưởng của năm chế tài hình sự (hình phạt) của pháp luật Trung Hoa; và *thứ tư*, chịu ảnh hưởng của chủ nghĩa nhân trị<sup>6</sup>. René David nhìn nhận từ góc độ của pháp luật phương Tây cho rằng: truyền thống pháp luật này, khác với pháp luật phương Tây, không coi luật là một phương tiện bảo đảm hòa bình và trật tự xã hội, do vậy nó đóng vai trò thứ yếu và có chức năng phụ trợ, có nghĩa là luật chỉ được áp dụng và tòa án chỉ xét xử khi các phương thức sẵn có khác cho việc giải quyết tranh chấp và tái thiết lập sự ổn định của quan hệ xã hội bị thất bại<sup>7</sup>. Phân tích sâu hơn, Vũ Văn Mẫu xác định truyền thống pháp luật Việt Nam nói riêng và pháp luật Viễn Đông nói chung bị ảnh hưởng bởi Khổng Giáo, lấy luân lý làm căn nguyên<sup>8</sup>, và giải thích theo lý thuyết này, pháp luật trong xã hội chỉ là bắt buộc, chỉ cần tu thân giáo hóa con người đúng theo lý tưởng của người quân tử thì mọi việc trong xã hội tự nhiên điều hòa, không thể xảy ra tranh chấp và kiện cáo, như vậy giữa luân lý và pháp luật không có sự phân biệt rõ rệt<sup>9</sup>. Việc xem luân lý là căn nguyên của pháp luật, và giữa luân lý và pháp luật không có ranh giới rõ rệt cho thấy khái niệm về pháp luật của người phương Đông trước kia

và người phương Tây có sự khác biệt. Đối với người Việt Nam trước kia vi phạm luân lý có nghĩa là vi phạm pháp luật và phải gánh chịu chế tài hình sự. Chẳng hạn: Quốc triều Hình luật có quy định tại Điều 2 về tội thập ác rằng “*Bất hiếu*, là tố cáo, rủa mắng ông bà, cha mẹ, trái lời cha mẹ dạy bảo; nuôi nấng thiếu thốn, có tang cha mẹ mà lấy vợ lấy chồng, vui chơi ăn mặc như thường; nghe thấy tang ông bà cha mẹ mà giấu, không cử ai; nói dối là ông bà cha mẹ chết” (khoản 7); tại Điều 35 rằng “Ông bà cha mẹ và chồng bị tội tử hình còn đang phải giam, mà con cháu hay vợ lại đàn hát thì xử biếm hai tư”. Các quy định này cho thấy chức năng điều chỉnh hành vi hoặc chức năng thiết lập hay thừa nhận các tiêu chuẩn xử sự (theo quan niệm của phương Tây) của pháp luật Việt Nam cổ nhưng có căn nguyên luân lý chứ không xuất phát từ việc coi trọng tự do cá nhân con người như pháp luật phương Tây. Bộ luật Gia Long chép từ luật của nhà Mãn Thanh (Trung Quốc)<sup>10</sup> ra đời từ đầu thế kỷ 19, là bộ luật mang tất cả các đặc điểm chung của pháp luật phương Đông, nhất là sự hòa trộn giữa luân lý và pháp luật<sup>11</sup> cũng có những quy định về trọng tội bất hiếu chứa đựng các quy tắc đạo đức và nhiều tội khác có liên quan tới luân lý.

Tuy các bộ luật có sự hòa trộn giữa luật dân sự và luật hình sự như vậy không bao quát được tất cả các quan hệ xã hội có nhu cầu điều chỉnh pháp luật, nhưng lại có vai trò quan trọng trong việc duy trì tôn ti trật tự trong xã hội. Tính cách ổn định của nó còn được bổ sung thêm bởi các đạo dụ, chỉ dụ hay sắc chỉ và các vụ án điển hình mà nhà

5 Konrad Zweigert, Hein Koetz, *An Introduction to Comparative Law, Third Edition, Clarendon Press. Oxford, 1998, p. 287.* Konrad Zweigert và Hein Koetz cho rằng Trung Quốc, Nhật Bản và một số nước ở Đông Nam Á trước kia theo truyền thống pháp luật Viễn Đông.

6 Vũ Văn Mẫu, *Cổ - luật Việt - Nam thông - khảo và tư - pháp sử, Quyển thứ nhất, Tập nhất, Sài Gòn, 1974, tr. 118 & 120.*

7 René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today - An Introduction to the Comparative Study of Law, Second Edition, The Free Press, New York - London - Toronto - Sydney - Tokyo - Singapore, 1978, p. 477.*

8 Vũ Văn Mẫu, *Dân - luật khái - luận, In lần thứ hai, Bộ Quốc - gia giáo - dục xuất - bản, Sài Gòn, 1960, tr. 132.*

9 Vũ Văn Mẫu, *Cổ - luật Việt - Nam thông - khảo và tư - pháp sử, Quyển thứ nhất, Tập nhất, Sài Gòn, 1974, tr. 127; Lê Tài Triển, Nguyễn Vượng Thọ, Nguyễn Tân, Luật thương mại Việt - Nam dẫn - giải, Quyển I, Nhóm nghiên cứu và dự hoạch, Sài Gòn, 1972, tr. 19.*

10 Vũ Văn Hiến, *Chế - độ tài - sản trong gia - đình Việt - Nam, Tập II, Di - sản, Nxb. Nguyễn Du, Sài Gòn, 1960, tr. 217.*

11 Vũ Văn Mẫu, *Cổ - luật Việt - Nam thông - khảo và tư - pháp sử, Quyển thứ nhất, Tập nhất, Sài Gòn, 1974, tr. 257.*

vua thấy có ích cho xét xử các vụ việc trong tương lai<sup>12</sup>. Trong chế độ phong kiến tập quyền và với tư tưởng trung quân ái quốc theo Khổng Giáo ở Việt Nam, học thuyết pháp lý khó có cơ hội phát triển để đóng góp cho nền luật học. Vì vậy, học thuyết pháp lý không được nhắc tới như là một loại nguồn của pháp luật. Đặc biệt, bên cạnh bộ luật, tập quán có vai trò rất quan trọng. Bởi thế ở Việt Nam có câu tục ngữ “phép vua thua lệ làng”. Thực tiễn xã hội Việt Nam xưa cho thấy: mặc dù nhà vua ban hành Bộ luật Gia Long mà trong đó có những quy định về di sản, nhưng các tục lệ về vấn đề này vẫn mạnh hơn và vẫn luôn luôn được áp dụng (có lẽ bởi các quy định của Bộ luật này khác với tập quán hay tục lệ của Việt Nam do được xây dựng trên căn bản việc chép luật lệ của nhà Mãn Thanh bên Trung Quốc)<sup>13</sup>. Nhiều tục lệ khá chi tiết tồn tại trong các làng xã. Ví dụ: tục lệ con cháu trong họ lập một nhà từ đường chung để thờ cúng tổ tiên giao cho chi trưởng nam đời đời giữ hương hỏa, nếu tuyệt thì mới truyền sang chi thứ; hay tục lệ mỗi làng phải để riêng tự điền, tự trách nhằm thu hoa lợi lo cho việc thờ cúng thành hoàng làng; hay tục lệ người nào dưng cảm đánh cướp, bắt cướp vào làng thì được thưởng, còn người nào nhút nhát bỏ vị trí làng giao thì bị phạt<sup>14</sup>...

Hiện nay, có trường phái nghiên cứu lịch sử pháp luật dựa trên các quan điểm của chủ nghĩa Mác - Lênin và kỹ thuật pháp lý Xô viết cho rằng, Bộ luật Hồng Đức và Bộ luật Gia Long là các bộ luật có tính tổng hợp bao gồm một phức hợp các quy định của các ngành luật khác nhau như luật hình sự, luật dân sự, luật hôn nhân và gia đình, luật tố tụng<sup>15</sup>... Đây là cách thức tiếp cận gán ghép, không cho ta thấy sự khác biệt về mặt kỹ thuật pháp lý của truyền thống pháp luật

Viễn Đông nói chung và pháp luật cổ của Việt Nam nói riêng. Như vậy, khó có thể cho thấy sự ảnh hưởng đầy đủ của pháp luật Pháp hay sự ảnh hưởng của bất kỳ truyền thống pháp luật nào khác tới pháp luật Việt Nam trong thời kỳ cận đại và hiện đại. Mặc dù có phân loại trong pháp điển hóa bởi đây là một kỹ thuật không thể thiếu, nhưng Bộ luật Hồng Đức và Bộ luật Gia Long không có ý thức về phân loại giống với họ pháp luật La Mã - Đức. Có những ý kiến đề rằng, chương nói về hộ hôn trong Quyển III của Bộ luật Hồng Đức bao gồm các quy định về dân sự. Đó là những ý kiến thiếu thỏa đáng mà có thể dẫn chứng qua hai điều sau:

- Điều 331<sup>16</sup> (48<sup>17</sup>) quy định “Các quan đại thần, bách quan có những người thiếp, tỳ vua ban cho, mà người thiếp tỳ ấy lại cậy thế lấn át chồng hay là ghen tuông, thì bị xử tội đồ làm tang thất phụ. Nếu lại can dự những việc quân dân chính sự, thì xử tăng thêm một bậc; người chồng xử biếm hay bãi chức”.

- Điều 332 (49) quy định “Trong hạt nào có người giả xưng là bò - tát, bà đồng, mà các quan phủ, trấn, huyện hay xã không bắt lên trên để trị tội, thì đều xử tội biếm. Những bò - tát, bà đồng ấy đều xử tội đồ; tội nặng tăng thêm một bậc”.

Hai điều luật này mặc dù ở sát nhau trong cùng một mục nhưng giải quyết hai vấn đề pháp lý khác hẳn nhau mà khó có thể nhóm vào cùng một loại theo quan niệm pháp luật phương Tây hay pháp luật Xô viết. Điều luật trên giải quyết mối quan hệ vua tôi nhằm bảo vệ sự trọn vẹn của ân sủng và tính nghiêm minh của việc nước. Còn điều luật dưới được đưa ra nhằm trừng phạt hành vi giả danh những người được tôn kính có ảnh hưởng lớn trong xã hội, và trừng phạt hành vi vi phạm nghĩa vụ quan lại bằng dạng

12 Vũ Văn Mẫu, *Cổ - luật Việt - Nam thông - khảo và tư - pháp sử, Quyển thứ nhất, Tập nhất, Sài Gòn 1974, tr. 131.*

13 Vũ Văn Hiến, *Chế - độ tài - sản trong gia - đình Việt - Nam, Tập II, Di - sản, Nxb. Nguyễn Du, Sài Gòn, 1960, tr. 217.*

14 Phan Kế Bính, *Việt Nam phong tục, Nxb. Văn hóa thông tin, Hà Nội. 2005, tr. 24 - 25, 95, 206.*

15 Khoa Luật - Trường Đại học Khoa học Xã hội và Nhân văn, Đại học Quốc gia Hà Nội, *Giáo trình lịch sử nhà nước và pháp luật Việt Nam, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội. 1997, tr. 94.*

16 *Đánh số điều theo Bộ luật.*

17 *Đánh số điều theo Quyển trong Bộ luật.*



không hành động (bất tác vi). Qua đó, có thể hiểu các bộ luật có căn nguyên luân lý này được xây dựng để bảo vệ những giá trị tạo lập nên tôn ti trật tự trong chế độ phong kiến tập quyền, bao gồm: trung, hiếu, tiết, lễ, nghĩa và một số giá trị đạo đức khác được thừa nhận chung trong tất cả các xã hội hoặc nhằm bảo đảm trật tự xã hội đương thời. Mười tội ác được quy định tại Điều 2 Bộ luật Hồng Đức và của Bộ luật Gia Long thể hiện phần nào nhận định trên. Do đó, cách thức phân loại trong các bộ luật này không giống với cách phân loại dựa trên đối tượng và phương pháp điều chỉnh của pháp luật theo truyền thống pháp luật Xô viết, và cũng không giống với cách thức phân loại tội phạm căn cứ vào khách thể hay chủ thể của tội phạm theo truyền thống pháp luật này. Nhìn từ kỹ thuật phân loại của pháp luật phương Tây, có thể thấy tính hòa trộn giữa luật hình sự và luật dân sự, nhưng các yếu tố của luật dân sự rất nhạt nhòa. Chẳng hạn Bộ luật Hồng Đức quy định tại Điều 363 (22) rằng “Mua nô tỳ không đem văn tự trình quan để xét hỏi lại mà tự ý thích chữ thì phải phạt tiền 10 quan”; hoặc tại Điều 366 (25) rằng “Những người làm chúc thư văn khế mà không nhờ quan trưởng trong làng viết thay và chứng kiến, thì phải phạt 80 trượng, phạt tiền theo việc nặng nhẹ. Chúc thư văn khế ấy không có giá trị. Nếu biết chữ mà viết lẩy thì được”; hoặc Điều 372 (31) rằng “...Ruộng đất khẩu phần thì không được bán cho người khác hay chuyển riêng cho ai; trái luật thì phải ghép vào tội chiếm bán ruộng đất công...”. Hai điều luật đầu có nói tới yêu cầu về hình thức chứng cứ của hành vi pháp lý và đặt ra chế tài đối với hành vi vi phạm mặc dù không có quy định nào làm rõ về hành vi pháp lý từ khái niệm cho tới các vấn đề khác về chủ thể, đối

tượng, tạo lập, điều kiện, hiệu lực... Điều luật sau ngăn cấm bán ruộng đất khẩu phần và đặt ra chế tài đối với hành vi vi phạm. Nếu coi luật hình sự có chức năng bảo vệ các quan hệ xã hội trọng yếu mà các ngành luật khác điều chỉnh thì có thể thấy các quan hệ cần bảo vệ chưa được làm rõ bởi không có các quy tắc khác được thiết lập để giải thích cho các quan hệ đó, chẳng hạn: Chúc thư văn khế là gì? Điều kiện nào trở thành nô tỳ và thủ đắc nô tỳ? Khắc chữ vào mặt nô tỳ như thế nào? Ruộng đất khẩu phần là gì và ruộng đất công là gì?... Định tội và áp dụng chế tài với kỹ thuật pháp lý này có thể được nhận định theo hai hướng: *thứ nhất*, có các tục lệ hoặc các đạo dụ, chỉ dụ, hay sắc chỉ... chứa đựng các quy tắc liên quan để giải thích khi luận tội và lượng hình; và *thứ hai*, việc giải thích hoàn toàn lệ thuộc vào ý chí của người đưa ra phán quyết và phán quyết như vậy được hậu thuẫn bởi nhà vua. Vũ Văn Mẫu cho rằng: Điều 132 Bộ luật Hồng Đức nói về tội khi quân đã ngăn cản mọi người làm trái ý chí của nhà vua; còn Điều 59 Bộ luật Gia Long chép theo luật của nhà Mãn Thanh có nói về giảng đọc luật lệnh nhưng chỉ là lý thuyết trong khi việc khảo hạch về luật pháp không hề được tổ chức; do đó nguồn của cỗ luật, thực sự chỉ bao gồm bộ luật và tục lệ<sup>18</sup>. Như vậy, các bộ luật cổ của Việt Nam có kỹ thuật lập pháp thiếu rõ ràng.

Qua các nghiên cứu này, còn có thể thấy tư duy pháp lý của quan lại cũ ở Việt Nam khác biệt với tư duy pháp lý của các luật gia phương Tây. Mặc dù tư duy theo lối diễn dịch, đi từ quy tắc tới các trường hợp cụ thể, song các quan lại không ưa sự trừu tượng, chỉ quen dùng các giải pháp định sẵn cho các trường hợp cụ thể xảy ra trong tương lai. Cách thức tư duy này bị áp đặt bởi ý thức hệ

18 Vũ Văn Mẫu, *Cổ - luật Việt - Nam thông - khảo và tư - pháp sử, Quyển thứ nhất, Tập nhất, Sài Gòn 1974, tr. 138 - 139.* Điều 132 Bộ luật Hồng Đức quy định: “Những người chỉ trích nhà vua mà tình lý rất tệ hại (lời chỉ trích nguy hại đến nhà vua) thì xử tội chém, không gây nguy hại đến nhà vua thì xử đồ làm tượng phượng bình. Nhờ miêng mà nói càn thì giảm tội một bậc. Gây gổ với sứ thần nhà vua không giữ lễ của kẻ bầy tôi thì xử tội lưu đi châu xa (nếu việc riêng mà đánh cãi nhau thì không kể). Điều 59 Bộ luật Gia Long quy định: “Những luật lệ của nhà nước, quan và lại đều phải giảng đọc, nếu không thông hiểu, quan phải phạt một tháng bổng, lại phải đánh 40 roi. Mỗi năm, tại kinh đô, cũng như ở tỉnh, có một kỳ sát hạch. Phạm các người làm thợ, làm nghề, và tất cả các người khác đọc thông hiểu và giảng được luật lệnh, nếu có sơ xuất phạm tội vì lầm lẫn, hay bị tội duyên tọa (tội liên lụy do người khác làm ra), lần đầu tiên đều được tha không bị tội”.

phong kiến tập quyền phương Đông lấy chủ nghĩa nhân trị làm nền tảng. Khi nói chung về pháp luật ở thời kỳ trung cổ của Trung Quốc, Xin Chunying cho rằng, trong khi pháp luật phương Tây bị ảnh hưởng bởi tôn giáo, thì pháp luật Trung Quốc là pháp luật thể tục chứa đựng các mệnh lệnh của người cai trị được tóm tắt trong câu châm ngôn “Hoàng Đế là nguồn gốc của pháp luật”, nhưng được xây dựng trên căn bản ba mối quan hệ chủ yếu là vua tôi, cha con và chồng vợ, mà theo đó người bề tôi gánh chịu nghĩa vụ tuyệt đối với vua, con cái gánh chịu nghĩa vụ tuyệt đối với cha mẹ, và vợ gánh chịu nghĩa vụ tuyệt đối với chồng<sup>19</sup>. Ý thức hệ này đã ảnh hưởng tới các nước láng giềng của Trung Quốc, trong đó có Việt Nam. Vì vậy, các quan hệ dân sự theo nghĩa của pháp luật phương Tây và truyền thống pháp luật Xô viết không xuất hiện trong các bộ luật cổ của Việt Nam bởi thiếu đi sự bình đẳng trong mỗi quan hệ. Và dường như tự do ý chí không tồn tại. Tuy nhiên trong Bộ luật Hồng Đức có bóng dáng của việc cho thi hành các hợp đồng. Điều 603 (51) của bộ luật này quy định: “Cho người ta thuê thuyền mà cô cãi rằng không cho thuê, đòi thuyền lại, thì xử biếm một tư và phải bồi thường tiền thuê gấp đôi”. Các quy định trong điều luật này liên quan tới việc cho thi hành hợp đồng, nhưng nghiêng về vấn đề trừng phạt thói vô đạo đức hơn là áp đặt chế tài cho vi phạm hợp đồng. Ở đây lại cho thấy dường như pháp luật cổ của Việt Nam đề cho con người tự do hành động và chỉ xử lý những gì vượt quá khuôn khổ. Nếu chỉ xem qua các bộ luật cổ thì có thể có nhận định như vậy. Song nếu xem các bộ luật này trong ý thức hệ của truyền thống pháp luật Viễn Đông thì có thể thấy các quy tắc pháp luật và các quy tắc luân lý trộn lẫn điều tiết rất tỉ mỉ hành vi của con người nhằm tới một tôn ti trật tự được định sẵn.

Có lẽ có bốn lý do ảnh hưởng trực tiếp dẫn tới sự kém phát triển thương mại ở Việt Nam trước khi người Pháp chiếm đóng, bao

gồm: (1) thương mại ở tầng thấp nhất trong phân tầng trong xã hội theo “sĩ, nông, công, thương”; (2) người Việt sống trong các đại gia đình theo chế độ gia trưởng; (3) bế quan tỏa cảng do sợ nước ngoài nhòm ngó xâm lược; và (4) bị ảnh hưởng lớn bởi Khổng Giáo. Vì vậy, luật dân sự và luật thương mại không phát triển.

## **2. Sự bành trướng của pháp luật Pháp vào Việt Nam và sự ra đời của luật tư**

Cho tới nay, tuy ít tranh luận hơn, song còn nhiều ý kiến cho rằng pháp luật Việt Nam hiện nay theo truyền thống Sovietique Law nên không có sự phân biệt giữa luật công và luật tư, và rằng sự phân loại như vậy là thiếu cơ sở khoa học. Nghiên cứu về sự phân loại như vậy không phải là mục tiêu của bài viết này, nhưng để hoàn thành bài viết, không thể không khẳng định rằng luật dân sự, luật thương mại và luật lao động khá khác biệt với các ngành luật khác như luật hiến pháp, luật hành chính và luật hình sự từ tính chất của quyền lợi mà chúng điều tiết cho tới tính chất các quan hệ xã hội mà đòi hỏi phương thức tác động khác nhau... Sự thật là pháp luật Việt Nam hiện nay có sự phân biệt giữa các ngành luật này với nhau. Các ngành luật hiến pháp, luật hành chính và luật hình sự bị ảnh hưởng rất nhiều bởi các trào lưu chính trị hiện thời ở Việt Nam và tiếp nhận khá nhiều các nguyên tắc và quy tắc của truyền thống Xô viết. Trong khi đó, nhu cầu điều tiết các quan hệ thị trường làm biến đổi đáng kể các ngành luật dân sự, luật thương mại và luật lao động.

“Hộ luật” là một thuật ngữ được du nhập từ Trung Quốc vào Việt Nam và đã được sử dụng để chỉ luật dân sự. Bộ luật Dân sự (BLDS) Trung Kỳ năm 1936 của Việt Nam có tên gọi là “Hoàng Việt Trung Kỳ hộ luật”. Thuật ngữ “hộ luật” là một thuật ngữ xuất hiện đầu tiên ở Trung Quốc từ thời Hán Cao Tổ (206 - 194) để phân biệt với hình luật, hung luật và khái luật. Theo Vũ Văn Mẫu, tuy hộ luật quy định những

<sup>19</sup> Xin Chunying, *Chinese Legal System & Current Legal Reform*, Konrad – Adenauer – Stiftung, KAS-Occasional Papers, 01/1999, p. 311.

vấn đề liên quan tới gia đình và dân sự ở trong nước, nhưng các chương nói về hộ luật trong các bộ luật cổ của Trung Quốc và Việt Nam chứa đựng các quy định về hành chính (theo nghĩa ngày nay) như kiểm tra dân số; cấp dưỡng cho người già cả, nghèo khổ, phụ nữ có thai; và lương bổng<sup>20</sup>... Điều này cho thấy khái niệm về luật dân sự như ngày nay chưa xuất hiện ở Việt Nam cho tới khi pháp luật của Pháp bành trướng vào Việt Nam.

Việt Nam thoát khỏi sự thống trị của phong kiến Trung Quốc, nhưng các bộ luật cổ của Việt Nam vẫn theo hình mẫu các bộ luật cổ của họ mặc dù phong tục tập quán của Việt Nam có sự khác biệt. Trần Văn Liêm nhận định: trái ngược hẳn, người Pháp đô hộ Việt Nam có toàn quyền ban hành luật lệ, nhưng đã giữ nguyên phong tục Việt Nam, nhất là vấn đề liên quan tới gia đình, ngay cả khi ban hành xong ba BLDS bao gồm: BLDS giản yếu áp dụng tại Nam Kỳ năm 1883, BLDS Bắc Kỳ năm 1931, và BLDS Trung Kỳ năm 1936 (Hoàng Việt Trung Kỳ hộ luật)<sup>21</sup>. Như vậy, cuối thế kỷ 19 và nửa đầu thế kỷ 20, pháp luật theo mô hình Pháp tràn ngập lãnh thổ Việt Nam. Trước khi BLDS năm 1936 được ban hành, Bộ luật Gia Long vẫn được áp dụng tại Trung Kỳ.

Điều thứ nhất của BLDS Bắc Kỳ 1931 năm có lời văn đầy quyền uy của người chiếm đóng và rất e dè của người dưới quyền như sau:

“Phàm những luật pháp thi hành cho quốc dân An Nam ở xứ Bắc Kỳ là thừa mệnh Đại Nam Hoàng Đế đồng ý với quan Toàn quyền Đông Pháp thay mặt Đại Pháp Dân quốc mà tuyên bố.

Phàm luật pháp là thi hành kể từ một tháng sau ngày công bố bản nghị định tuyên bố vào Đông Pháp Quan báo hoặc Bắc Kỳ Công báo, trừ khi nào có điều lệ định khác không kể”.

Với lời lẽ xót xa và thiếu tế nhị hơn, Điều thứ nhất của Hoàng Việt Trung Kỳ hộ luật tuyên bố:

“Luật này cốt để minh định và tuyên bố

cho công chúng biết các thể lệ về hộ luật từ nay về sau các tòa Nam án sẽ phải tuân theo.

Thể lệ này đều theo đại ý những chế độ cốt yếu của Nước ta, chỉ có châm chước sửa sang lại cho thích hiệp với phong tục đã thay đổi và hiện tình xã hội của dân ta.

Thể lệ này sau khi đã đồng ý với quan Toàn Quyền Đông Pháp (thay mặt Đại Pháp Dân Quốc là nước bảo hộ của nước Nam) sẽ ban bố thi hành cho quốc dân ta.

Luật này sau khi ban bố sẽ đăng vào Trung Kỳ Công báo. Nam Triều Quốc ngữ công báo và một tháng sau khi đã đăng báo xong luật này rồi thời sẽ bắt đầu thi hành, trừ khi nào có điều lệ định khác thời không kể.

Khi nào các bản luật (bản Pháp tự, bản Hán tự và bản quốc ngữ) hoặc có khác nhau thời chỉ lấy bản Pháp tự làm chuẩn đích”.

Hai điều luật này cho thấy hai vấn đề sau: *thứ nhất*, thực chất pháp luật Việt Nam chuyển kiểu loại theo truyền thống Civil Law; và *thứ hai*, pháp luật đều do người Pháp soạn thảo và ban hành. Như vậy, không thể nói về sự ảnh hưởng của pháp luật Pháp tới luật tư ở Việt Nam như thế nào trong giai đoạn này mà phải nói về pháp luật của Pháp được sửa đổi để áp dụng ở Việt Nam như thế nào trong giai đoạn này. Việc nghiên cứu sự ảnh hưởng của pháp luật Pháp tới luật tư ở Việt Nam chỉ đúng hoàn toàn với pháp luật hiện hành của Việt Nam bởi trước khi thống nhất đất nước, miền Nam vẫn theo mô hình pháp luật của Pháp. Còn ở miền Bắc có nhiều dấu tích pháp luật của Pháp lưu lại trong luật dân sự lúc bấy giờ. Tuy nhiên, không thể hiểu hết sự ảnh hưởng của pháp luật Pháp đối với pháp luật hiện hành của Việt Nam nếu không phân tích lịch sử pháp luật Việt Nam trước và sau khi người Pháp vào Việt Nam.

Nam Kỳ là xứ thuộc địa của Pháp. Do đó, vào những thập kỷ cuối của thế kỷ 19 các tranh chấp pháp lý đều do các tòa án Pháp xử. Nhu cầu về pháp luật theo kiểu của Pháp được đặt ra. BLDS giản yếu được ban hành vào ngày 26/03/1884, nhưng vẫn quen

20 Vũ Văn Mẫu, Dân - luật khái - luận, In lần thứ hai, Bộ Quốc - gia giáo - dục xuất - bản, Sài Gòn, 1960, tr. 164.

21 Trần Văn Liêm, Dân - luật, Quyển I, Dân luật nhập môn, Sài Gòn, 1972, tr. 136.

gọi là Bộ Dân luật giản yếu năm 1883 bởi trước đó có hai sắc lệnh được ban hành vào năm 1883 liên quan tới quốc tịch, cư trú và hộ tịch<sup>22</sup>. Bộ luật này được xem là giản yếu bởi nó có nhiều khiếm khuyết cả về phạm vi điều chỉnh và về sự phù hợp với xã hội Việt Nam thời đó. Về phạm vi, Bộ luật này chủ yếu chỉ quy định về nhân thân. Vấn đề thiếu sự phù hợp với xã hội Việt Nam của bộ luật này có thể được xem là một cái cách tiến bộ xét từ quan điểm ngày nay. Chẳng hạn: theo mô hình Pháp, bộ luật này quy định người 21 tuổi có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Trong khi đó, Bộ luật Gia Long và tục lệ quy định người con hay cháu trong gia đình dù ở bất kỳ tuổi nào, nếu sống chung với gia trưởng thì phải thuộc quyền của gia trưởng và không có tài sản riêng<sup>23</sup>. Như trên đã tổng kết, có hai trong bốn nguyên nhân không phát triển luật dân sự và luật thương mại ở Việt Nam trước kia là người Việt sống trong đại gia đình theo chế độ gia trưởng và ảnh hưởng của Khổng Giáo về việc khi ông bà cha mẹ còn sống thì con cái không dám nghĩ tới bản thân mình chứ chưa nói tới có tài sản riêng tư. Vì vậy, họ bị hạn chế toàn bộ tự do ý chí. Từ đó dẫn tới hệ quả là hạn chế giao lưu dân sự và không thể góp vốn tạo lập các thương hội hoặc tự mình kinh doanh. Tuy nhiên, do phạm vi quy định của BLDS giản yếu hẹp, nhiều khi các tòa án phải áp dụng cả các quy định của Bộ luật Gia Long<sup>24</sup> nên có sự mâu thuẫn về tư tưởng và về giải pháp giữa hai bộ luật này.

BLDS Bắc Kỳ năm 1931 được ban hành bởi Thống sứ Pháp ở Bắc Kỳ đã xâm phạm vào quyền lập pháp của Việt Nam, theo Vũ Văn Mẫu, vì Điều ước bảo hộ mà vua Tự Đức ký với Pháp ngày 06/06/1884 (tại Điều 10 và Điều 16) quy định Việt Nam vẫn có toàn quyền lập pháp, và viên Khâm sai và Thống sứ chỉ có quyền hành chính chứ không có quyền lập pháp<sup>25</sup>. Bộ luật này theo hình mẫu Pháp, nhưng bao gồm cả các hình

thức thương hội trong nó, bao gồm hội hợp danh, hội hợp tư đơn thường, hội vô danh, và hội hợp cổ. Bộ luật này có tinh thần tôn trọng các phong tục tập quán riêng của các dân tộc ít người ở vùng cao, tức là các tập quán phong tục này vẫn được áp dụng. Bộ luật này có tiến bộ về phương diện pháp điển hóa bởi đã suy tính tới việc hợp nhất luật dân sự và luật thương mại, và thực tế đã có nhiều quy định về hình thức thương hội trong chương nói về khế ước lập hội. Điều này cho thấy sự chuyển biến theo chiều hướng phát triển thương mại.

BLDS Trung Kỳ được ban hành từng quyền suốt từ năm 1936 tới năm 1939, song vẫn được gọi là BLDS Trung Kỳ năm 1936 bởi vào năm đó, quyền thứ nhất của Bộ luật này được thông qua. Bộ luật này gần như chép lại BLDS Bắc Kỳ năm 1931 với một vài sửa đổi không lớn. Tuy nhiên, Bộ luật này cho thấy có sự thay đổi lớn về quan điểm pháp điển hóa so với BLDS Bắc Kỳ năm 1931 ở chỗ Bộ luật này đã không quy định về các hình thức thương hội trong chương nói về khế ước lập hội như BLDS Bắc Kỳ năm 1931 để chuẩn bị cho sự ra đời Bộ luật Thương mại (BLTM) năm 1942. Sự thay đổi này khiến cho Bộ luật này càng gần gũi với BLDS Pháp.

Các BLDS của Việt Nam dưới thời Pháp thuộc đều pháp điển hóa theo mô hình BLDS Pháp, tức là tập hợp hóa đơn giản các chế định của luật dân sự, cho nên không có quyền nói về phần chung của luật dân sự. Cách lập pháp này khá gần gũi với tư duy pháp lý của người Việt Nam lúc bấy giờ là không ưa trừu tượng hóa cao. Kiểu pháp điển hóa này còn được giữ trong BLDS năm 1972 của Chính quyền Sài Gòn cũ.

Ngoài việc phân chia các ngành luật khác với luật cổ, quan niệm về nguồn của pháp luật và thứ tự ưu tiên áp dụng các loại nguồn đã có sự thay đổi cơ bản từ khi có sự thay đổi cương bức pháp luật theo truyền

22 Vũ Văn Mẫu, *Dân - luật khái - luận*, In lần thứ hai, Bộ Quốc - gia giáo - dục xuất - bản, Sài Gòn, 1960, tr. 282 - 283.

23 Trần Văn Liêm, *Tlđđ*, tr. 153.

24 Trần Văn Liêm, *Dân - luật*, Quyển I, *Dân luật nhập môn*, Sài Gòn, 1972, tr. 153.

25 Vũ Văn Mẫu, *Dân - luật khái - luận*, In lần thứ hai, Bộ Quốc - gia giáo - dục xuất - bản, Sài Gòn, 1960, tr. 285 & 287.

thống Civil Law. BLDS Bắc Kỳ năm 1931 quy định:

“Khi nào không có điều luật thi hành được, thì quan Thẩm phán xử theo tập quán phong tục, và nếu không có phong tục, thì xử theo lẽ phải và sự công bằng, cùng là châm chước tục riêng, thói quen và tình ý của người đương sự.

Quan Thẩm phán sẽ giải quyết theo luật học và án lệ” (Điều thứ 4).

BLDS Trung Kỳ năm 1936 cũng chép nguyên như vậy với việc sửa sang một vài từ có tính cách vùng miền. Các quy tắc này không tìm thấy trong Thiên mở đầu của BLDS Pháp, nhưng có thể tìm thấy trong BLDS hiện hành của Louisiana (Hoa Kỳ).

Ngoài việc cho thấy việc mở rộng các loại nguồn của pháp luật và định ra thứ tự ưu tiên áp dụng các loại nguồn, điều luật này cho thấy ba biến đổi lớn, đó là: (1) thay đổi căn nguyên của pháp luật từ luân lý sang công lý; (2) giao việc giải thích luật cho thẩm phán; và (3) khuyến khích sự phát triển của học thuyết pháp lý.

Chép lại Điều 4 BLDS Pháp, hai BLDS của Việt Nam nói trên đều có quy định về nguyên tắc bất khả thụ lý vụ việc. Điều thứ 5 BLDS Bắc Kỳ năm 1931 quy định như sau: “Phàm Thẩm phán lấy cứ rằng luật không định, không rõ, hay là không đủ mà thoái thác không xét xử thì có thể bị truy tố về tội bất khả thụ lý”. Điều thứ 5 BLDS Trung Kỳ năm 1936 cũng viết tương tự. Điều luật này cùng với Điều thứ 8 và Điều thứ 9 của cả hai bộ luật này làm thay đổi ý thức hệ từ bảo vệ ngôi thứ trong xã hội chuyển sang bảo vệ quyền của cá nhân con người và bình quyền dân sự. Nội dung của hai điều luật này như sau: “Phàm quốc dân An Nam đối với pháp luật đều là bình đẳng cả” (Điều thứ 8); “Người và của là không ai xâm phạm được và thuộc quyền pháp luật bảo hộ. Tục nô lệ là nghiêm cấm. Không ai có quyền được dịch sử nhân thân kẻ khác trái với luật phép. Quyền sở hữu

tài sản của mình thời không ai có thể bác tước được, chỉ trừ khi có việc cần chung do pháp luật chuẩn nhận, mà tất nhiên phải dùng đến thì không kể, nhưng khi ấy phải có bồi thường trước cho xứng đáng” (Điều thứ 9). Hai bộ luật này đều quy định tại Điều thứ 10 về quyền tự do khế ước và bảo vệ trật tự công cộng, thuần phong mỹ tục. Đồng thời, hai bộ luật này quy định về nguyên tắc pháp trị tại Điều thứ 11. Quy định này đã bãi bỏ chủ nghĩa nhân trị và căn nguyên luân lý của pháp luật cổ ở Việt Nam. Pháp luật ở Việt Nam từ đó có căn nguyên công lý.

Năm 1864, BLTM của Pháp được áp dụng ở Nam Kỳ. Tới năm 1888, Bộ luật này được áp dụng tại Bắc Kỳ. Về sau dần có một số văn bản khác quy định những vấn đề thương mại chuyên biệt như quyền sở hữu thương mại, cầm cố sản nghiệp thương mại, hối phiếu, lệnh phiếu, chi phiếu<sup>26</sup>... Đặc biệt vào năm 1942, Dụ số 46 ngày 27/04 năm Bảo Đại 17 (12/06/1942), Triều đình Huế ban hành BLTM áp dụng tại Trung Kỳ và được gọi là BLTM Trung Kỳ năm 1942. Vậy là pháp luật Việt Nam thời đó đã có sự phân biệt rõ ràng giữa ngành luật dân sự và ngành luật thương mại. Tuy nhiên, Triều đình Huế chỉ ban hành một bộ luật tổ tụng chung cho cả việc giải quyết tranh chấp dân sự và tranh chấp thương mại mang tên Trung Kỳ Hộ sự Thương sự Tổ tụng pháp.

Sau Cách mạng tháng 8 năm 1945, vào ngày 10/10/1945, Chủ tịch Hồ Chí Minh ký Sắc lệnh số 90/SL cho phép tạm sử dụng một số luật lệ hiện hành ở Bắc - Trung - Nam cho đến khi ban hành bộ luật duy nhất cho toàn quốc, nếu những luật lệ ấy không trái với nguyên tắc độc lập của nước Việt Nam và chính thể dân chủ cộng hòa. Năm 1959, các bộ luật này bị bãi bỏ ở miền Bắc. Sắc lệnh số 97/SL ngày 22/05/1950 của Chủ tịch Hồ Chí Minh về việc sửa đổi một số quy lệ và chế định trong dân luật làm cho luật dân sự Việt Nam đổi mới một số nguyên tắc

26 Lê Tài Triển, Nguyễn Vượng Thọ, Nguyễn Tân, Luật thương mại Việt - Nam dẫn - giải, Quyển I, Nhóm nghiên cứu và dự hoạch, Sài Gòn, 1972, tr. 21.

như bảo vệ quyền lợi của nhân dân, chống bóc lột và bình đẳng nam nữ<sup>27</sup>. Như vậy pháp luật dân sự trong giai đoạn này vẫn dựa trên nền tảng pháp luật của Pháp với một vài nguyên tắc được thêm vào. Khi đất nước bị chia cắt thành hai miền, nền tảng pháp luật này vẫn được duy trì.

Ở miền Nam, chính quyền Sài Gòn vẫn duy trì các BLDS đã nói cho đến năm 1972 mới ban hành BLDS và BLTM theo mô hình Pháp. Năm 1973 ban hành Bộ luật Tố tụng áp dụng cho cả vụ việc dân sự và vụ việc thương mại. Đây cũng có thể được xem là một bước kế thừa Bộ luật Tố tụng Dân sự và Thương mại Trung Kỳ.

Trải qua gần một thế kỷ, pháp luật Pháp đã in dấu ấn khá đậm ở Việt Nam. Nó xóa gần hết quan niệm cổ về pháp luật ở Việt Nam, thiết lập một kỹ thuật pháp lý, cách tư duy pháp lý và ý thức hệ mới. Đồng thời, nó để lại một kho tàng kiến thức pháp lý khá lớn. Tuy nhiên, có thể thấy, các BLDS nêu trên ở Việt Nam có quan niệm về nguồn pháp luật khá rộng so với BLDS Pháp có lẽ bởi sự pháp điển hóa chưa hoàn toàn đầy đủ và sự đòi hỏi điều chỉnh thích hợp với xã hội Việt Nam thời đó, khi mà các quy tắc luân lý, phong tục tập quán còn chi phối khá mạnh đời sống con người.

### **3. Dấu ấn của pháp luật Pháp trong luật tư ở Việt Nam hiện nay**

Có lẽ từ khi Việt Nam thay đổi kiểu loại Hiến pháp từ kiểu loại Hiến pháp dân chủ sang kiểu loại Hiến pháp Xô viết vào năm 1959, vấn đề du nhập pháp luật Xô viết bắt đầu diễn ra. Trước hết, cấu trúc của hệ thống pháp luật có sự thay đổi. Cách mạng XHCN thực chất là một cuộc cách mạng về sở hữu hướng tới công hữu hóa toàn bộ tư liệu sản xuất và kế hoạch hóa toàn bộ nền kinh tế quốc dân. Do đó, tầng lớp thương nhân bị xóa bỏ. Luật thương mại không có cơ sở để tồn tại và phát triển. Thay vào đó là một kiểu

quan hệ kinh tế XHCN do ý chí chủ quan của con người áp đặt.

Để điều tiết các quan hệ mới mẻ này, sự đòi hỏi có một ngành luật mới ra đời ngày một gia tăng. Việc du nhập ngành luật kinh tế từ Liên Xô đã diễn ra khá suôn sẻ. PGS, TS. Nguyễn Như Phát kể rằng, việc xuất hiện luật kinh tế ở Việt Nam không gặp phải những khó khăn và chống đối lớn của khoa học pháp lý hành chính và dân sự bởi: *thứ nhất*, nền khoa học pháp lý ở Việt Nam lúc đó còn rất non trẻ; và *thứ hai*, luật kinh tế Liên Xô được truyền bá vào Việt Nam đúng lúc luật kinh tế tại Liên Xô và một số nước Đông Âu đang thăng thế và đã trở thành một ngành luật độc lập<sup>28</sup>. Như vậy, luật tư ở Việt Nam bắt đầu bị “xé rách” từ đó.

Trước hết, pháp luật Việt Nam theo truyền thống Xô viết đã xóa bỏ sự phân biệt giữa luật công và luật tư. Luật kinh tế du nhập đã thủ tiêu tự do ý chí bởi toàn bộ tư liệu sản xuất đã bị công hữu hóa và toàn bộ các hoạt động kinh tế bị chỉ đạo bởi mệnh lệnh hành chính dưới dạng chỉ tiêu pháp lệnh được ban ra từ một trung tâm kế hoạch hóa toàn bộ nền kinh tế quốc dân. Các thương nhân không tồn tại mà thay vào đó là các xí nghiệp công nghiệp quốc doanh. Các xí nghiệp này bị buộc phải ký kết hợp đồng với nhau theo chỉ tiêu kế hoạch của Nhà nước. Chỉ tiêu kế hoạch và định phần hóa tiêu dùng trong dân chúng (thông qua chế độ tem phiếu cho những tư liệu tiêu dùng) cũng đã làm giảm vai trò của luật dân sự, có nghĩa là ngành luật này không còn giữ vai trò nền tảng của luật tư và là nơi cung cấp các giải pháp pháp lý chủ yếu cho các chuyên ngành luật khác. Tiếp theo, pháp luật Việt Nam theo truyền thống Xô viết đã đẩy cao quá mức vai trò của luật công do đòi hỏi gìn giữ thành quả cách mạng, đấu tranh chống lại thù trong giặc ngoài, và củng cố bộ máy chuyên chính vô sản để thách thức

27 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình luật dân sự Việt Nam, Nxb. Công an Nhân dân, Hà Nội 2002, tr. 19 - 20.

28 Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Giáo trình luật kinh tế Việt Nam, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội 2001, tr. 11.

“ai thắng ai giữa chủ nghĩa xã hội và chủ nghĩa tư bản”. Việc đề cao quá mức luật công vẫn còn giữ cho tới ngày nay. Hầu hết trong các giáo trình lịch sử pháp luật, người ta chỉ chú trọng tới tổ chức nhà nước, luật hiến pháp, luật hành chính và luật hình sự. Trong khi đó, các công trình nghiên cứu về lịch sử pháp luật trước kia người ta chú trọng tới luật tư<sup>29</sup>.

Khi đã quá đói kém, tụt hậu, chủ trương đổi mới được khởi xướng cho phép tư nhân sở hữu tư liệu sản xuất và tiến hành kinh doanh. Về mặt kinh tế, nói là đổi mới, nhưng thực chất là quay dần về những gì đã có. Theo đó, pháp luật Việt Nam lại phải làm hồi sinh lại ngành luật thương mại. Bắt đầu của sự hồi sinh bằng những văn bản của Chính phủ có tính cách vừa làm, vừa rút kinh nghiệm mở ra cho kinh tế tư nhân. Sau đó, sự hồi sinh có mấy dấu mốc quan trọng cần lưu ý. Đó là vào năm 1990, Quốc hội ban hành hai đạo luật: Luật Công ty và Luật Doanh nghiệp tư nhân. Luật Công ty thực chất là đạo luật thương nhân pháp nhân theo pháp luật của Pháp cũ mà điển hình là đòi hỏi số lượng thành viên của công ty cổ phần phải có bảy thành viên. Còn Luật Doanh nghiệp tư nhân thực chất là đạo luật nói về thương nhân thể nhân. Đạo luật này chưa thực sự cởi mở bởi còn bị ám ảnh bởi truyền thống Xô viết là coi trọng tổ chức hơn coi trọng cá nhân. Dần dà, các đạo luật này bị thay thế bởi các đạo luật thay thế nhau liên tiếp là Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp năm 2005, và nay là Luật Doanh nghiệp năm 2014. Các đạo luật về doanh nghiệp này xa dần truyền thống Pháp và lại gần hơn tới pháp luật của Hoa Kỳ.

Có điểm đặc biệt là Luật Thương mại năm 1997 lại được pháp điển hóa mà trong đó không bao gồm các quy định về hình thức thương nhân pháp nhân bởi có sự phân chia bất hợp lý do lịch sử để lại về quyền

soạn thảo các đạo luật liên quan tới thương mại. Đạo luật thương mại này hoàn toàn theo truyền thống pháp luật Pháp, tuy nhiên kỹ thuật soạn thảo non nớt và bị cạnh tranh bởi Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 theo kiểu Xô viết đang còn hiệu lực. Đạo luật này chỉ quy định rất hẹp về phần chung của luật thương mại và nói sơ lược tới 14 hành vi thương mại là mua bán hàng hóa và các dịch vụ liên quan. Đạo luật này đã bị thay thế bởi Luật Thương mại năm 2005 xa rời mô hình Pháp.

Nhận thức được rằng, xây dựng kinh tế thị trường không thể thiếu vắng việc pháp điển hóa luật dân sự, sau nhiều năm vẫn theo tư tưởng nền tảng luật dân sự Pháp, năm 1995, BLDS đầu tiên của Nhà nước XHCN ở Việt Nam được thông qua. Bộ luật này lựa theo pháp luật của Liên Xô và của Nga, do đó thay đổi mô hình pháp điển hóa theo kiểu Đức, có nghĩa là tại Bộ luật này có quy định một phần chung của luật dân sự. Sự ra đời của Bộ luật này đánh dấu một giai đoạn mới để đưa Việt Nam giữ một số “kỷ lục” liên quan tới luật dân sự. Các “kỷ lục” đó bao gồm: (1) soạn thảo nhiều BLDS nhanh nhất; (2) có nhiều BLDS nhất; (3) nhiều BLDS có đời sống ngắn ngủi nhất. Mười năm sau, vào năm 2005, BLDS mới ra đời. Sống được mười năm, vào năm 2015 lại một BLDS mới nữa được ban hành. Tuy nhiên, đã có nhiều ý kiến phản đối bộ luật mới này ngay từ khi còn đang soạn thảo bởi nó đã đánh mất cơ hội vàng để cải cách luật dân sự theo chiều hướng ổn định hơn và đúng với nghĩa là luật dân sự. Vì vậy, nguy cơ sửa đổi nó vẫn đang rình rập.

Các BLDS này xa rời mô hình pháp điển hóa theo kiểu Pháp, nhưng dấu ấn Pháp vẫn còn khá đậm nét. Mặc dù trong phần chung của các bộ luật này có một chương riêng nói về hành vi pháp lý bao gồm cả hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương. Song

29 Điều đó lý giải tại sao bài viết này tham khảo chủ yếu các công trình nghiên cứu lịch sử trước kia.

không có tư duy trừu tượng cao để quy định theo kiểu Đức về việc biểu lộ ý chí tạo lập hậu quả pháp lý, nên các bộ luật này vẫn quy định tại chương đó các điều kiện có hiệu lực của hành vi pháp lý theo kiểu Pháp. Tuy nhiên, phải nhắc lại: giống pháp luật Pháp về cách thức quy định, nhưng không giống với pháp luật Pháp về nội dung học thuật. Xét về mặt học thuật thì đây là một khiếm khuyết lớn của các bộ luật này của Việt Nam. Đặc biệt, tuy pháp điển hóa theo mô hình Đức, song BLDS năm 1995 và BLDS năm 2005 vẫn không có quy định về vật trong phần chung của bộ luật mà cấu tạo một phần riêng để nói về tài sản theo mô hình pháp luật Pháp. Tuy nhiên, vẫn phải nhắc lại là, hai bộ luật này chỉ giống Pháp về mặt hình thức kết cấu chứ không giống về mặt nội dung dân luật.

BLDS năm 2015 có thiết kế trong phần chung một số quy định chung nhất về tài sản theo quan niệm của Pháp, trong khi nhẽ ra chỉ quy định về vật. Mặc dù phần hai của bộ luật này đã thiết kế theo mô hình pháp luật Đức là trình bày các vật quyền, song bóng dáng của pháp luật Pháp và pháp luật Xô viết vẫn lớn vồn. Cả ba bộ luật này đều bị ảnh hưởng của pháp luật Pháp liên quan tới cầm cố, thế chấp, nghĩa vụ và hợp đồng, thừa kế ở những mức độ khác nhau qua con đường học tập kinh nghiệm lịch sử là chủ yếu.

BLDS năm 2015 và Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đã tiếp thu kinh nghiệm của Pháp quy định bất khả thụ lý. Tuy nhiên, BLDS Pháp và các BLDS thời Pháp thuộc đặt ra nghĩa vụ cho thẩm phán không được từ chối xét xử, nhưng BLDS năm 2015 và Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 lại đặt ra cho tòa án không được từ chối xét xử. Đây là sự xê dịch lớn bởi nguyên tắc bất khả thụ lý có thể hiểu có mấy nội dung chủ yếu sau: *thứ nhất*, xác định quyền lực tư pháp nằm trong tay thẩm phán chứ không nằm trong tay tòa án; *thứ hai*, bảo đảm quyền tự do khởi kiện và tiếp cận công lý của công dân; *thứ ba*, khẳng định vai trò của tư pháp là bảo

đảm sự công bằng; *thứ tư*, bảo đảm nguyên tắc pháp trị; và *thứ năm*, thúc đẩy việc sử dụng các loại nguồn khác ngoài văn bản quy phạm pháp luật. Hiện nay, BLDS năm 2015 lại quên vai trò của thẩm phán và khẳng định quyền lực tư pháp nằm trong tay tòa án. BLDS này đã làm tái hồi lại việc mở rộng các loại nguồn của luật dân sự và thứ tự ưu tiên các loại nguồn như các BLDS dưới thời Pháp thuộc. Bộ luật này còn khẳng định vai trò nền tảng của luật dân sự theo các ảnh hưởng của pháp luật Pháp vào luật cổ của Việt Nam trước kia.

Đó là các ảnh hưởng rất sâu sắc của pháp luật Pháp tới luật tư của Việt Nam. Cách thức tư duy pháp lý và ý thức hệ của Pháp theo đường lối xây dựng nhà nước pháp quyền dần được hồi sinh.

#### 4. Thay lời kết

Trong bối cảnh Việt Nam hiện nay, không có một mô hình về hệ thống pháp luật rõ ràng, các đạo luật học tập kinh nghiệm nước ngoài và kinh nghiệm lịch sử còn thô thiển, thiếu tinh tế, thiếu chọn lọc, dẫn đến tình trạng các đạo luật khác nhau bị ảnh hưởng bởi pháp luật của các nước khác nhau. Do đó, việc nghiên cứu kinh nghiệm lịch sử với tư tưởng không phủ nhận sạch trơn, mà trong đó có nghiên cứu về sự ảnh hưởng của các truyền thống pháp luật khác nhau tới pháp luật Việt Nam là rất quan trọng. Thông qua đó, cùng với nghiên cứu, học tập thêm kinh nghiệm nước ngoài rất có ích cho việc xây dựng mô hình hệ thống pháp luật phù hợp với các điều kiện và hoàn cảnh của Việt Nam, tránh sự sao chép thô thiển. Mô hình hệ thống pháp luật giúp cho các đạo luật ăn nhập với nhau, tránh mâu thuẫn, chồng chéo và có sức sống.

Các nghiên cứu trên cho thấy, việc pháp điển hóa luật tư và xây dựng tư duy pháp lý theo mô hình pháp luật Pháp phù hợp hơn đối với Việt Nam do mô hình pháp luật này đã được kiểm nghiệm tại Việt Nam và đã cho thấy sự phù hợp với tâm lý và thói quen tư duy pháp lý của người Việt ■



# ĐIỂM MỚI TRONG HIẾN PHÁP NĂM 2013 VỀ PHÂN CÔNG QUYỀN LỰC GIỮA LẬP PHÁP, HÀNH PHÁP VÀ TƯ PHÁP

NGUYỄN MẠNH HÙNG\*  
VÕ HỒNG TÚ\*\*

*Bài viết tập trung phân tích những điểm mới của Hiến pháp năm 2013, làm sáng tỏ tinh thần quyền lập hiến thuộc về Nhân dân và chính Nhân dân là người phân công việc thực hiện quyền lực nhà nước. Bằng Hiến pháp năm 2013, Nhân dân phân công cho Quốc hội thực hiện quyền lập pháp; Chính phủ thực hiện quyền hành pháp; Toà án thực hiện quyền tư pháp.*

## 1. Quyền lập hiến thuộc về Nhân dân theo Hiến pháp năm 2013

Trong một xã hội dân chủ, để tình trạng lạm quyền không xảy ra thì Hiến pháp phải được đặt cao hơn nhà nước. Về mặt lý luận, điều này có thể đạt được bằng hai cách: (i) Hiến pháp phải do Quốc hội lập hiến thông qua; (ii) hoặc Hiến pháp phải do toàn dân thông qua. Hiến pháp năm 1946 là do một Quốc hội lập hiến thông qua<sup>1</sup>. Sau khi thông qua Hiến pháp, Quốc hội sẽ tự giải tán để tổ chức bầu Nghị viện nhân dân. Nghị viện nhân dân không thể tự mình sửa đổi Hiến pháp. Tư tưởng quyền lập hiến thuộc về Nhân dân và lập hiến bằng con đường Quốc hội lập hiến được thể hiện rõ trong Lời nói đầu của Hiến pháp năm 1946: “Được quốc dân trao cho trách nhiệm thảo bản hiến pháp đầu tiên của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa, Quốc hội nhận thấy rằng...”. Vậy, chủ

thể của quyền lập hiến ở đây là quốc dân. Quốc hội là chủ thể được quốc dân bầu ra để đại diện quốc dân thực hiện quyền lập hiến. Lời nói đầu Hiến pháp năm 1946 có chữ “Quốc hội”, trong Chương III có quy định về “Nghị viện nhân dân”. Điều này cho thấy có sự phân biệt giữa Quốc hội lập hiến và Quốc hội lập pháp. “Quốc hội” ở Lời nói đầu là để chỉ Quốc hội lập hiến. Còn “Nghị viện nhân dân” ở Chương III là Quốc hội lập pháp. Điều này được thể hiện rõ hơn khi quy định về Nghị viện nhân dân, Hiến pháp chỉ ấn định: “Nghị viện nhân dân có quyền đặt ra các pháp luật...” (Điều 23) tức là có quyền lập pháp, chứ không có quyền lập hiến. Sự phân biệt giữa quyền lập hiến và quyền lập pháp dẫn đến việc phân cấp hiệu lực pháp lý giữa Hiến pháp và các văn bản pháp luật khác: Hiến pháp có hiệu lực pháp lý tối cao, các văn bản pháp luật khác phải

\* *ThS, Phó Trưởng khoa Luật hành chính - Nhà nước, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.*

\*\* *Giảng viên Luật Hiến pháp, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.*

1 Nguyễn Sĩ Dũng - “Hiến pháp năm 1946 với tư tưởng pháp quyền” - tại Hội thảo “Phát huy những giá trị lịch sử, chính trị, pháp lý của Hiến pháp năm 1946 trong sự nghiệp đổi mới hiện nay”, Trung tâm Thông tin, Thư viện và Nghiên cứu Khoa học, Văn phòng Quốc hội, tổ chức tháng 01/2007.

hợp hiến<sup>2</sup>. Hiến pháp năm 1946 cũng thể hiện tinh thần tối cao của một bản Hiến pháp dân chủ ở chỗ: việc sửa đổi Hiến pháp cũng phải được quyết định bởi Nhân dân. Theo Điều 70 Hiến pháp năm 1946 thì chủ thể đề nghị sửa đổi Hiến pháp được trao cho cơ quan lập pháp. Tính chất đặc biệt so với việc sửa đổi các văn bản luật khác là phải có 2/3 tổng số Nghị viên yêu cầu. Hiến pháp năm 1946 áp dụng phương thức Nhân dân trực tiếp tham gia sửa đổi Hiến pháp. Cơ quan lập pháp (Nghị viện nhân dân) đảm nhận chức năng dự thảo sửa đổi Hiến pháp, sau đó dự thảo này phải được đem ra Nhân dân phúc quyết. Song, do hoàn cảnh chiến tranh, nên việc bầu Nghị viện nhân dân chưa thực hiện được. Quốc hội đã thảo luận và nhất trí giao cho Ban thường trực Quốc hội phối hợp với Chính phủ để quy định việc thi hành Hiến pháp. Quốc hội tiếp tục hoạt động, gánh vác trách nhiệm mới, làm nhiệm vụ lập hiến và cả nhiệm vụ lập pháp.

Đồng thời, do hoàn cảnh lịch sử và chịu ảnh hưởng của tư duy tập quyền XHCN nên hệ quả tất yếu là chúng ta đã đề cao Quốc hội: coi quyền lập hiến thuộc về Quốc hội, không có sự tách bạch giữa lập hiến và lập pháp, quyền phúc quyết về Hiến pháp của Nhân dân không được thừa nhận trong các bản Hiến pháp năm 1959, 1980 và 1992.

Theo Hiến pháp năm 2013 thì quyền lập hiến thuộc về Nhân dân. Lời nói đầu của Hiến pháp năm 2013 đã xác định rõ: “Nhân dân Việt Nam xây dựng, thi hành và bảo vệ Hiến pháp này vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh”. Bên cạnh đó, nếu như Điều 146 Hiến pháp năm 1992 quy định: “Hiến pháp nước Cộng hoà XHCN Việt Nam là luật cơ bản của Nhà nước, có hiệu lực pháp lý cao nhất. Mọi văn bản pháp luật khác phải phù hợp với Hiến pháp”; thì khoản 1 Điều 119 Hiến pháp năm 2013 sửa lại: “Hiến pháp là luật cơ bản của nước Cộng hoà XHCN Việt Nam, có hiệu lực pháp lý cao nhất. Mọi văn bản pháp luật

khác phải phù hợp với Hiến pháp. Mọi hành vi vi phạm Hiến pháp đều bị xử lý”. Như vậy, theo Hiến pháp năm 2013 thì Hiến pháp không phải là luật cơ bản của Nhà nước mà là luật cơ bản của nước Cộng hoà XHCN Việt Nam, tức là luật cơ bản của Nhân dân.

Lịch sử lập hiến của nhân loại đã cho thấy, không thể quan niệm Hiến pháp là công cụ trong tay của Nhà nước để quản lý Nhân dân mà Hiến pháp phải là công cụ trong tay của Nhân dân để kiểm soát Nhà nước. Vì vậy, quyền lập hiến phải thuộc về Nhân dân chứ không thuộc về Nhà nước. Khẳng định quyền lập hiến thuộc về Nhân dân là vấn đề cốt lõi nhất trong quy trình lập hiến bởi vì từ đây sẽ xác định nhận thức đúng đắn về bản chất và nội dung của Hiến pháp; về thủ tục sửa đổi Hiến pháp; về hiệu lực của Hiến pháp cũng như về cơ chế bảo hiến.

Về thủ tục thông qua Hiến pháp, cơ bản Hiến pháp năm 2013 quy định giống với Hiến pháp năm 1992 là: “Hiến pháp được thông qua khi có ít nhất hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành”. Tuy nhiên, Hiến pháp năm 2013 có bổ sung thêm nội dung mới: “Việc trưng cầu ý dân về Hiến pháp do Quốc hội quyết định”. Trưng cầu ý dân trong quy trình lập hiến là một xu hướng chung của nền lập hiến nhân loại vì đây chính là phương thức thể hiện rõ nét nhất tư tưởng quyền lập hiến thuộc về Nhân dân. Tuy nhiên, để thực hiện được trưng cầu ý dân về Hiến pháp thì còn phụ thuộc vào rất nhiều yếu tố khác như trình độ dân trí, tiềm lực kinh tế, tình hình an ninh của đất nước,... Trong điều kiện của nước ta hiện nay, Hiến pháp năm 2013 giao cho Quốc hội tùy từng trường hợp cụ thể mà quyết định trưng cầu ý dân về Hiến pháp. Quy định này vừa có ý nghĩa đảm bảo quyền lập hiến thuộc về Nhân dân, phù hợp với xu hướng lập hiến chung ở nhiều quốc gia trên thế giới; vừa phù hợp với điều kiện và hoàn cảnh thực tế ở Việt Nam.

2 Nguyễn Mạnh Hùng, *Nhân tố pháp quyền trong Hiến pháp năm 1946 và những giá trị cần kế thừa*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 7/2011.

Về hiệu lực của Hiến pháp và cơ chế bảo hiến, Hiến pháp năm 2013 không chỉ quy định: “Mọi văn bản pháp luật khác phải phù hợp với Hiến pháp” như Hiến pháp năm 1992 mà còn bổ sung thêm “Mọi hành vi vi phạm Hiến pháp đều bị xử lý”. Hiến pháp không chỉ có hiệu lực tối cao trong hệ thống pháp luật mà còn có hiệu lực tối cao trong đời sống xã hội. Lịch sử lập hiến gần 300 năm của nhân loại đã chỉ ra rằng, trong một xã hội dân chủ, công bằng, văn minh thì tất cả các chủ thể đều phải tuân thủ Hiến pháp và nghiêm chỉnh chấp hành Hiến pháp. Không một chủ thể nào được đặt cao hơn Hiến pháp, đặt ngang hàng với Hiến pháp hay đặt ngoài Hiến pháp. Để Hiến pháp thực sự “là luật cơ bản của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, có hiệu lực pháp lý cao nhất” và để “Mọi văn bản pháp luật khác phải phù hợp với Hiến pháp. Mọi hành vi vi phạm Hiến pháp đều bị xử lý” thì Hiến pháp năm 2013 đã bổ sung thêm quy định mới về cơ chế bảo hiến ở khoản 2 Điều 119: “Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ, Toà án nhân dân (TAND), Viện kiểm sát nhân dân (VKSND), các cơ quan khác của Nhà nước và toàn thể Nhân dân có trách nhiệm bảo vệ Hiến pháp. Cơ chế bảo vệ Hiến pháp do luật định”. Với tinh thần quyền lập hiến thuộc về Nhân dân đã được nêu ra trong Lời nói đầu thì trách nhiệm bảo vệ Hiến pháp không chỉ thuộc về các cơ quan trong bộ máy nhà nước mà còn thuộc về toàn thể Nhân dân. Về phần mình, các cơ quan trong bộ máy nhà nước không chỉ bảo vệ Hiến pháp thông qua quá trình thực hiện chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn được giao mà còn bảo vệ Hiến pháp thông qua cơ chế độc lập do luật định. Để triển khai thi hành quy định này của Hiến pháp năm 2013, các luật về tổ chức và hoạt động của các cơ quan trong bộ máy nhà nước phải thể hiện được nhiệm vụ bảo vệ Hiến pháp của từng cơ quan; thậm chí có ý kiến cho rằng, Quốc hội nên ban hành một đạo luật về bảo hiến chung cho tất cả các cơ quan trong bộ máy nhà nước.

## 2. Với tư cách là chủ thể của quyền lực nhà nước, Nhân dân phân công việc thực hiện quyền lực nhà nước

Điều 2 Hiến pháp năm 2013 đã thể hiện nhất quán quan điểm của Đảng và Nhà nước ta là: “Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân”. Đây là nguyên tắc cơ bản phản ánh bản chất dân chủ của Nhà nước ta và là tư tưởng xuyên suốt trong các bản Hiến pháp Việt Nam, nhưng do những điều kiện hoàn cảnh khác nhau của lịch sử, các bản Hiến pháp Việt Nam đã có sự diễn đạt khác nhau về cùng ý tưởng này.

Hiến pháp năm 1946 được ban hành trong hoàn cảnh “thù trong giặc ngoài” đang tìm mọi cách để chống phá chính quyền nhân dân non trẻ. Do vậy, một trong những nguyên tắc quan trọng chi phối nội dung các quy định của Hiến pháp năm 1946 là “Đoàn kết toàn dân, không phân biệt giống nòi, gái trai, giai cấp, tôn giáo” nhằm hướng tới bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ quan trọng là “bảo toàn lãnh thổ, giành độc lập hoàn toàn và kiến thiết quốc gia trên nền tảng dân chủ”. Vì vậy, Điều 1 Hiến pháp năm 1946 quy định: “Tất cả quyền bính trong nước là của toàn thể Nhân dân Việt Nam, không phân biệt nòi giống, gái trai, giàu nghèo, giai cấp, tôn giáo”. Hiến pháp năm 1959 vẫn tiếp tục quy định Nhà nước ta là Nhà nước “dân chủ nhân dân”, mặc dù trên thực tế cách mạng Việt Nam đã chuyển sang làm nhiệm vụ chuyên chính vô sản. Tính giai cấp vô sản thể hiện ở Lời nói đầu của Hiến pháp: “Nhà nước ta là Nhà nước dân chủ nhân dân, dựa trên nền tảng liên minh công nông, do giai cấp công nhân lãnh đạo”. Hiến pháp năm 1980 đã công khai bản chất chuyên chính vô sản của Nhà nước trong Điều 2 “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là nhà nước chuyên chính vô sản”. Điều 2 Hiến pháp năm 1992 (đã được sửa đổi, bổ sung) quy định về bản chất nhà nước: “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là Nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân. Tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân mà nền tảng là liên minh giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và

đội ngũ trí thức”. Nghị quyết số 51/2001/QH10 ngày 25/12/2001 sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam năm 1992 đã bổ sung vào Điều 2 nội dung “Nhà nước pháp quyền XHCN” nhằm thể chế hoá quan điểm của Đảng Cộng sản Việt Nam trong Báo cáo chính trị Đại hội Đảng lần thứ IX. Trong Nhà nước pháp quyền, pháp luật ngự trị và chi phối mọi hoạt động của đời sống xã hội. Hoạt động của Nhà nước cũng như mọi thiết chế, mọi thành viên trong xã hội đều chịu sự ràng buộc của pháp luật. Do đó, Nhà nước pháp quyền phải là Nhà nước có hệ thống pháp luật hoàn thiện, bảo đảm được những yêu cầu của sự điều chỉnh bằng pháp luật. Có thể nói, xây dựng Nhà nước pháp quyền là xu thế tất yếu của các quốc gia dân chủ. Việc bổ sung nội dung “Nhà nước pháp quyền XHCN” vào Điều 2 là nhằm làm rõ hơn bản chất của Nhà nước ta, “pháp quyền” ở đây được sử dụng với tư cách là một tính từ đứng ngay bên cạnh tính từ “XHCN” bổ sung cho nhau làm nổi bật bản chất “Nhà nước của dân, do dân và vì dân” của Nhà nước ta. Việc đặt thành mục tiêu, nhiệm vụ xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN chính là để bảo đảm hơn nữa khả năng thực tế Nhân dân có thể được hưởng đầy đủ các quyền dân chủ tự do, bình đẳng trên tất cả các lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hoá xã hội...

Điều 2 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là nhà nước pháp quyền XHCN của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân. Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam do Nhân dân làm chủ; tất cả quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân mà nền tảng là liên minh giữa giai cấp công nhân với giai cấp nông dân và đội ngũ trí thức”. Với việc viết hoa hai chữ “Nhân dân” (để khẳng định “Nhân dân” mới là chủ thể thực sự của quyền lực nhà nước) và bổ sung thêm đoạn “Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam do Nhân dân làm chủ” đã làm sâu sắc và đầy đủ hơn bản chất dân chủ của Nhà nước ta. Với tư cách là người chủ thực sự của đất nước thì hệ quả tất yếu là chính

Nhân dân mới là chủ thể phân công việc thực hiện quyền lực nhà nước. Và bản Hiến pháp năm 2013 chính là công cụ trong tay của Nhân dân để phân công và kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước.

**3. Bằng Hiến pháp năm 2013, Nhân dân phân công cho Quốc hội thực hiện quyền lập pháp; Chính phủ thực hiện quyền hành pháp; Toà án thực hiện quyền tư pháp**

**3.1. Nhân dân phân công cho Quốc hội thực hiện quyền lập pháp**

Điều 69 Hiến pháp năm 2013 quy định về vị trí và tính chất pháp lý của Quốc hội nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Về cơ bản, Điều 69 Hiến pháp năm 2013 vẫn quy định Quốc hội có hai tính chất là “cơ quan đại biểu cao nhất của Nhân dân” và là “cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam”. Tuy nhiên, so với Điều 83 Hiến pháp năm 1992 thì Điều 69 Hiến pháp năm 2013 có hai điểm mới cơ bản sau đây:

*Một là*, Điều 69 Hiến pháp năm 2013 không quy định “Quốc hội là cơ quan *duy nhất* có quyền lập hiến và lập pháp” mà chỉ quy định “Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp” (bỏ đi hai từ “*duy nhất*”). Với việc bỏ đi hai từ “*duy nhất*”, một mặt Hiến pháp năm 2013 khẳng định lập hiến là một quy trình phức tạp nên cần có sự tham gia của nhiều chủ thể vào nhiều giai đoạn khác nhau của quy trình này<sup>3</sup>; mặt khác, diễn đạt như thế là phù hợp với tinh thần của Hiến pháp năm 2013: quyền lập hiến thuộc về Nhân dân. Trong điều kiện của nước ta hiện nay thì Nhân dân ủy quyền cho Quốc hội thay mặt Nhân dân thực hiện quyền lập hiến.

*Hai là*, Điều 69 Hiến pháp năm 2013 có sự phân biệt giữa quyền lập hiến và quyền lập pháp (Hiến pháp năm 1992 coi quyền lập hiến và lập pháp là một quyền). Đây là một bước tiến cơ bản về mặt nhận thức vì trong cơ chế tập quyền XHCN thì toàn bộ quyền lực nhà nước thuộc về Nhân dân; nhưng thông qua bầu cử, Nhân dân đã trao toàn bộ quyền lực đó cho Quốc hội. Từ đây

đã dẫn đến nhận thức là Quốc hội phải có toàn quyền: Quốc hội vừa có quyền lập hiến, vừa có quyền lập pháp và chính Quốc hội đứng ra phân công việc thực hiện quyền lực nhà nước, các cơ quan nhà nước khác chỉ là cơ quan phái sinh từ Quốc hội mà thôi. Vì thế, trong cơ chế tập quyền XHCN thì Hiến pháp bị đặt ở một hệ cấp tương đương với thường luật, đều do Quốc hội ban hành và đều là công cụ trong tay của Nhà nước để quản lý. Việc phân biệt giữa quyền lập hiến và quyền lập pháp là một trong những yêu cầu cốt lõi của dân chủ pháp quyền. Trong Nhà nước pháp quyền dân chủ thì quyền lập hiến phải thuộc về Nhân dân. Nhân dân sử dụng quyền lập hiến để thiết lập quyền lực nhà nước, trong đó có quyền lập pháp<sup>4</sup>. Do đó, quyền lập hiến phải đặt cao hơn quyền lập pháp và Hiến pháp phải là văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất, là công cụ trong tay của Nhân dân để kiểm soát Nhà nước.

### 3.2. Nhân dân phân công cho Chính phủ thực hiện quyền hành pháp

Điều 94 Hiến pháp năm 2013 quy định về vị trí, tính chất và chế độ trách nhiệm của Chính phủ nước Cộng hòa XHCN Việt Nam. Các bản Hiến pháp trong lịch sử lập hiến Việt Nam có sự khác nhau khi quy định về vị trí, tính chất pháp lý của Chính phủ: Hiến pháp năm 1946 quy định “Chính phủ là cơ quan hành chính cao nhất của toàn quốc”. Hội đồng Chính phủ trong Hiến pháp năm 1959 được xác định là “Cơ quan chấp hành của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất và là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa”. Điều 104 Hiến pháp năm 1980 quy định: “Hội đồng Bộ trưởng là Chính phủ của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, là cơ quan chấp hành và hành chính nhà nước cao nhất của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất”. Điều này có nghĩa là Chính phủ mới thực sự là cơ quan hành chính cao nhất, tính hành chính

của Hội đồng Bộ trưởng khá mờ nhạt. Hội đồng Bộ trưởng không có sự độc lập và lệ thuộc vào Quốc hội ngay trong lĩnh vực quản lý. Điều 109 Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung 2001) quy định: “Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội, cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam”. Quy định này cho thấy tính hành chính của Chính phủ được chú trọng và nhấn mạnh trở lại. Trong lĩnh vực quản lý, Chính phủ được chủ động và độc lập hơn so với Hiến pháp năm 1980. Điều này phản ánh khá rõ nét tư duy phân công rành mạch giữa lập pháp và hành pháp. Điều 94 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp, là cơ quan chấp hành của Quốc hội. Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước”.

So với Điều 109 Hiến pháp năm 1992 thì Điều 94 Hiến pháp năm 2013 có hai điểm mới sau đây: *Thứ nhất*, Điều 94 Hiến pháp năm 2013 đặt tính “hành chính cao nhất” của Chính phủ lên trước tính “chấp hành”, điều này cho thấy Chính phủ phải được nhận thức là cơ quan được lập ra trước hết là để thực hiện chức năng điều hành, quản lý trên cơ sở chấp hành đường lối, chủ trương trong Hiến pháp, luật và nghị quyết của Quốc hội chứ không phải là cơ quan được lập ra chỉ để phục tùng và báo cáo công tác trước Quốc hội. *Thứ hai*, lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến Việt Nam, Điều 94 Hiến pháp năm 2013 chính thức quy định Chính phủ “thực hiện quyền hành pháp”. Khi nói Chính phủ “thực hiện quyền hành pháp” thì người ta thường nghĩ ngay đây là cơ quan có nhiệm vụ thi hành pháp luật. Nhưng thực tế thì thi hành pháp luật chỉ là một nội dung cơ bản của quyền hành pháp.

<sup>3</sup> Xem Điều 120 Hiến pháp năm 2013.

<sup>4</sup> Trần Ngọc Đường, *Chế định Quốc hội trong Hiến pháp năm 2013, Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam năm 2013*, Nxb. Lao động xã hội, Hà Nội, 2014, tr. 309.

Theo nghĩa hiện đại thì “thực hiện quyền hành pháp” bao gồm các hoạt động chủ yếu sau: 1. Tham gia hoạch định chính sách quốc gia; 2. Dự thảo và trình Quốc hội các dự án luật; 3. Ban hành kế hoạch, chính sách cụ thể, những văn bản dưới luật để thực thi các chủ trương, chính sách, luật đã được Quốc hội thông qua; 4. Chỉ đạo, hướng dẫn, điều hành và giám sát việc thực hiện các kế hoạch, chủ trương, chính sách; 5. Thiết lập trật tự hành chính trên cơ sở của luật; 6. Phát hiện, xác minh, xử lý các vi phạm theo thẩm quyền hoặc chuyển cho TAND xét xử theo trình tự, thủ tục tư pháp<sup>5</sup>. Quy định mới này thể hiện tư duy phân công rạch ròi giữa các nhánh quyền lực, Chính phủ nắm một loại quyền lực thực sự chứ không còn là thân phận “phái sinh” từ Quốc hội. Với tư cách là cơ quan thực hiện một loại quyền lực nhà nước - quyền hành pháp - Chính phủ được độc lập, chủ động và trách nhiệm hơn trong việc điều hành, quản lý đất nước. Sở dĩ Hiến pháp năm 2013 quy định cho Chính phủ vị trí và thân phận như thế là bởi Chính phủ trực tiếp nhận “quyền hành pháp” từ Nhân dân, chính Nhân dân mới phân công Chính phủ thực hiện “quyền hành pháp” chứ không phải là Quốc hội như nhận thức trong cơ chế tập quyền XHCN trước đây.

### **3.3. Nhân dân phân công cho Tòa án thực hiện quyền tư pháp**

Điều 102 Hiến pháp năm 2013 quy định về chức năng, hệ thống và nhiệm vụ của TAND. Về chức năng, khoản 1 Điều 102 Hiến pháp năm 2013 tiếp tục quy định TAND là cơ quan có chức năng xét xử. Xét xử là hoạt động xem xét, đánh giá bản chất pháp lý của vụ việc; từ đó, Tòa án nhân danh Nhà nước đưa ra phán quyết về tính hợp pháp của vụ việc. Bản chất của xét xử là việc giải quyết tranh chấp trong quá trình thực hiện pháp luật. Trong bộ máy Nhà nước ta, TAND là cơ quan duy nhất có chức

năng xét xử. Lần đầu tiên trong lịch sử lập hiến Việt Nam, Hiến pháp năm 2013 xác định rõ TAND là cơ quan “thực hiện quyền tư pháp”. Bổ sung nội dung này nhằm thể chế hóa quan điểm về phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực nhà nước đã được hiến định tại khoản 3 Điều 2 Hiến pháp năm 2013. Với những quy định Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, lập pháp (Điều 69); Chính phủ thực hiện quyền hành pháp (Điều 94); TAND thực hiện quyền tư pháp (Điều 102); Hiến pháp năm 2013 đã thể hiện tư tưởng phân công quyền lực nhà nước một cách triệt để hơn, rạch ròi hơn. Điểm mới này còn có ý nghĩa quan trọng là tạo ra nhận thức về quyền tư pháp theo nghĩa hẹp, phù hợp với thông lệ quốc tế: chỉ có Tòa án mới thực hiện quyền tư pháp và quyền tư pháp tập trung cho Tòa án chứ không chia sẻ cho các cơ quan khác như Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát,... Tòa án đã trở thành một nhánh quyền lực thực sự và trở nên độc lập hơn, mạnh mẽ hơn và có khả năng “bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ XHCN, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân”<sup>6</sup>. Việc phân công quyền lực triệt để như thế là cơ sở để Nhân dân kiểm soát việc thực hiện quyền tư pháp mà Nhân dân đã uỷ quyền cho Tòa án thực hiện.

Điều 126 Hiến pháp năm 1992 quy định cả TAND và VKSND đều có chung nhiệm vụ là “bảo vệ pháp chế XHCN, bảo vệ chế độ XHCN và quyền làm chủ của nhân dân, bảo vệ tài sản của Nhà nước, của tập thể, bảo vệ tính mạng, tài sản, tự do, danh dự và nhân phẩm của công dân”. Quy định này đã không thể hiện được tính đặc thù và sự khác biệt trong hoạt động của TAND và VKSND. Rút kinh nghiệm này, Hiến pháp năm 2013 đã quy định nhiệm vụ của TAND trong một điều riêng biệt tại khoản 3 Điều 102; hoàn

5 Kiều Đình Thụy, *Chế định Chính phủ trong Hiến pháp năm 2013, Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa XHCN Việt Nam năm 2013*, Nxb. Lao động xã hội, Hà Nội, 2014, tr. 431.

6 Khoản 3 Điều 102 Hiến pháp năm 2013.

## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

toàn khác với quy định về nhiệm vụ của VKSND tại khoản 3 Điều 107. Theo đó, khoản 3 Điều 102 Hiến pháp năm 2013 đã nêu lên nhiệm vụ quan trọng hàng đầu của TAND là “bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân” rồi mới đến “bảo vệ chế độ XHCN, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân”. Như vậy, Hiến pháp năm 2013 đã không còn dùng thuật ngữ “bảo vệ pháp chế XHCN” để diễn đạt về nhiệm vụ của TAND, mà thay vào đó là thuật ngữ “bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân”. Nếu như thuật ngữ “bảo vệ pháp chế XHCN” được hiểu là bảo vệ trật tự pháp luật do Nhà nước đặt ra thì thuật ngữ “bảo vệ

công lý” lại được hiểu là bảo vệ sự thật, bảo vệ lẽ phải, bảo vệ cái đúng. TAND phải là nơi để mọi người, mọi công dân tìm đến để bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng, hợp pháp của mình thông qua các phán quyết mang tính khách quan, công bằng, đúng sự thật. “Bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân” là nhiệm vụ đặc trưng và quan trọng nhất của TAND - cơ quan thực hiện quyền tư pháp. Sở dĩ Hiến pháp năm 2013 quy định cho Toà án vị trí, chức năng, nhiệm vụ như thế là bởi vì Toà án trực tiếp nhận “quyền tư pháp” từ Nhân dân, chính Nhân dân mới phân công Toà án thực hiện “quyền tư pháp” chứ không phải là Quốc hội ■

### *Hoàn thiện các quy định...*

*(Tiếp theo trang 24)*

của pháp nhân; BLHS chỉ áp dụng thời hiệu truy cứu TNHS căn cứ vào mức độ nghiêm trọng của tội phạm qua thời gian bị phạt tù nên cần có hướng dẫn riêng về thời hiệu truy cứu TNHS cho pháp nhân.

*Thứ ba*, cần cấm các cá nhân đã từng thành lập các công ty TNHH một thành viên để VPPL, trong đó có VPPL về môi trường được thành lập các pháp nhân mới.

*Thứ tư*, trường hợp cá nhân thành lập pháp nhân là công ty TNHH một thành viên đã giải thể theo Luật Doanh nghiệp để tránh truy cứu trách nhiệm pháp lý thì phải truy cứu trách nhiệm pháp lý đối với cá nhân đó tương ứng với vi phạm do cá nhân mà pháp nhân trước đó đã thực hiện.

*Thứ năm*, đối với pháp nhân hoạt động trong lĩnh vực môi trường, việc ký quỹ môi trường phải được quy định chặt chẽ hơn. Ký quỹ môi trường là công cụ kinh tế áp dụng cho các ngành kinh tế dễ gây ra ô nhiễm môi

trường. Nội dung chính của ký quỹ môi trường là yêu cầu các doanh nghiệp trước khi đầu tư phải đặt cọc tại ngân hàng một khoản tiền nào đó đủ lớn để đảm bảo cho việc thực hiện đầy đủ các nghĩa vụ và công tác BVMT. Số tiền ký quỹ phải lớn hơn hoặc xấp xỉ với kinh phí cần để khắc phục môi trường nếu doanh nghiệp gây ra ô nhiễm hoặc suy thoái môi trường. Trong quá trình thực hiện đầu tư và sản xuất, nếu cơ sở có các biện pháp chủ động khắc phục, không để xảy ra ô nhiễm hoặc suy thoái ra môi trường đúng như cam kết, thì số tiền ký quỹ sẽ được hoàn trả lại cho doanh nghiệp. Nếu doanh nghiệp không thực hiện đúng cam kết hoặc phá sản, số tiền trên sẽ được rút ra từ tài khoản ngân hàng chi cho công tác khắc phục sự cố ô nhiễm đồng thời với việc đóng cửa doanh nghiệp.

*Thứ sáu*, khi hướng dẫn chi tiết việc áp dụng BLHS năm 2015, cần chú ý đến các luật khác có liên quan, đặc biệt các luật về BVMT hoặc các yếu tố của môi trường để đảm bảo sự thống nhất giữa các văn bản pháp luật ■

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ XỬ LÝ HÌNH SỰ ĐỐI VỚI PHÁP NHÂN TRONG LĨNH VỰC MÔI TRƯỜNG

BÙI XUÂN PHÁI\*

*Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 có quy định về một số tội phạm do pháp nhân thực hiện, trong đó có các tội phạm về môi trường. Việc xử lý đối với những loại tội phạm này rất phức tạp, vì đây không chỉ là lần đầu tiên pháp luật Việt Nam tội phạm hóa đối với hành vi của pháp nhân mà còn ở tính chất của các loại tội phạm này rất phức tạp và biện pháp khắc phục hậu quả rất khó và tốn kém. Do vậy, việc hoàn thiện các quy định của pháp luật về truy cứu trách nhiệm hình sự (TNHS) đối với pháp nhân trong lĩnh vực môi trường là một đòi hỏi bức thiết, đảm bảo cho hoạt động bảo vệ pháp luật có đầy đủ căn cứ pháp lý, đặc biệt là đối với các pháp nhân phạm tội.*

## 1. Một số hạn chế của các quy định về xử lý VPPL về môi trường trước khi có Bộ luật Hình sự năm 2015

Các quy định của pháp luật tạo cơ sở pháp lý cho việc xử lý các vi phạm pháp luật (VPPL) về môi trường còn rất nhiều hạn chế, bất cập. Có thể chỉ ra những hạn chế đó là:

*Thứ nhất*, các quy định trong việc xác định mức độ vi phạm còn mang nặng sự định tính mà chưa định lượng nên rất khó cho áp dụng, trong đó trực tiếp nhất là thiếu sự phân biệt cần thiết về mức độ vi phạm giữa Luật Bảo vệ môi trường (BVMT) với Luật Xử lý vi phạm hành chính (VPHC) và BLHS trong việc xác định hậu quả như thế nào hầu như không được hướng dẫn để xác định nên không xác định được căn cứ để xử lý hành chính hay xử lý hình sự và xử lý

hình sự thì theo khung nào đối với cá nhân.

*Thứ hai*, sự chồng chéo giữa các Luật về giải quyết các vấn đề liên quan đến môi trường, thậm chí còn xung đột với nhau, như Luật Tài nguyên nước năm 2013 từ Điều 10 đến Điều 19 quy định việc bảo vệ tài nguyên nước dưới đất, chất lượng nguồn nước sinh hoạt, sản xuất nông nghiệp, nuôi trồng thủy hải sản... trong khi Luật BVMT năm 2014 quy định việc BVMT biển (Điều 49 đến Điều 51), bảo vệ nước sông (Điều 52 đến Điều 55), bảo vệ các nguồn nước khác như hồ, ao, kênh, mương (Điều 56 đến Điều 58); hay sự xung đột trong quy định về thời hiệu khởi kiện đòi bồi thường thiệt hại trong lĩnh vực môi trường được xác định chung trong Bộ luật Tố tụng dân sự và Nghị quyết số 03/2006 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án

\* *ThS, Giảng viên chính Đại học Luật Hà Nội.*



nhân dân tối cao ngày 8/7/2006 là 2 năm nhưng trong Luật Năng lượng nguyên tử, thời hiệu này được quy định là 10 năm tính từ ngày quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức bị xâm phạm. Luật Đa dạng sinh học có hiệu lực từ ngày 01/07/2009 nhưng đến ngày 14/11/2013, Chính phủ mới ban hành Nghị định số 179/2013/NĐ-CP quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực BVMT, trong đó có các quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực bảo tồn đa dạng sinh học. Tuy nhiên, vì được ban hành chung trong lĩnh vực về BVMT nên một số trường hợp, việc xử phạt VPHC trong lĩnh vực đa dạng sinh học xuất hiện nhiều bất cập và khó khăn. Chính vì vậy, các vi phạm liên quan đến bảo tồn đa dạng sinh học trong các lĩnh vực cụ thể hiện nay đều vẫn xử lý theo các luật và văn bản chuyên ngành. Ví dụ: các vi phạm về đa dạng sinh học rừng xử lý theo Nghị định số 99/2009/NĐ-CP ngày 02/11/2009 về xử phạt VPHC trong lĩnh vực quản lý rừng, bảo vệ rừng và quản lý lâm sản; một số vi phạm có thể xử lý theo Nghị định số 128/2005/NĐ-CP ngày 11/10/2005 của Chính phủ quy định về xử lý VPHC trong lĩnh vực thủy sản. Nhiều trách nhiệm hành chính liên quan đến nội dung cụ thể trong bảo tồn đa dạng sinh học vẫn chưa cụ thể.

*Thứ ba*, trong một thời gian dài trước đây, quy định trong căn cứ xử lý hình sự đối với các tội phạm trong lĩnh vực môi trường có đối tượng chỉ là cá nhân. Việc không tội phạm hóa đối với pháp nhân cũng là một hạn chế và được coi là lỗ hổng của pháp luật vì hủy hoại, gây ô nhiễm với mức độ nghiêm trọng, hậu quả lớn và quy mô rộng lại chủ yếu do các pháp nhân thực hiện mà việc chỉ xử lý bằng chế tài hành chính hầu như không có tác dụng răn đe, ngăn ngừa, thậm chí, lợi dụng quy định loại hình công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) một thành viên trong Luật Doanh nghiệp hiện hành, một cá nhân có thể thành lập nhiều công ty để có tư cách pháp nhân nhằm tránh bị xử

lý hình sự. BLHS năm 2015 đã “tội phạm hóa” đối với hành vi vi phạm của pháp nhân nhưng chưa có hướng dẫn chi tiết để xử lý.

*Thứ tư*, các quy định về biện pháp xử lý đối với VPPL về môi trường chưa đủ nghiêm để đảm bảo tính răn đe, trừng phạt của pháp luật cũng như chưa đủ sự cần thiết để thực hiện nguyên tắc bù đắp ngang bằng với thiệt hại. Ngoài ra, có những bất cập mà cụ thể là thiếu cơ sở pháp lý cũng như sự chồng chéo, mâu thuẫn trong các quy định của pháp luật về xử lý VPPL trong lĩnh vực môi trường. Thực tế cho thấy, rất nhiều pháp nhân đã gây ra những thiệt hại rất nghiêm trọng đối với đời sống xã hội như ô nhiễm môi trường ảnh hưởng vô cùng tai hại đến sức khỏe của con người, đến hoạt động sản xuất một cách lâu dài không chỉ của một thế hệ, ngân sách nhà nước thất thu... mà bình thường cá nhân khó gây ra hậu quả đến mức đó. Chắc chắn, lý do quan trọng nhất trong các lý do gây ra những thiệt hại đó phải là vấn đề lợi ích. Đó là việc trục lợi từ việc khai thác tài nguyên mà không phải bù đắp những hậu quả gây ra, của việc giảm chi phí do không hoặc ít phải xử lý chất thải ra môi trường, của việc trốn thuế qua hành vi gửi giá, chuyển giá, đặc biệt là các pháp nhân có vốn đầu tư nước ngoài có ưu thế về vốn, công nghệ, kinh nghiệm, trong đó có rất nhiều thủ đoạn mà nhà quản lý Việt Nam chưa thể kiểm soát kịp.

Thực tiễn pháp luật như vậy vô hình chung đã tạo nên các nguy cơ trực tiếp là sự bức xúc của xã hội đối với những bất công này và sự khinh nhờn pháp luật của các pháp nhân, vì nếu chỉ bị xử lý hành chính, các pháp nhân hoàn toàn có thể “chịu đựng” được. Điều cần chú ý đằng sau các hành vi này là việc trục lợi bất chính rất lớn với khả năng gây thiệt hại cũng đặc biệt nghiêm trọng. Khi đó, việc xử lý vi phạm sẽ vô cùng khó hoặc gần như không thể.

## 2. Phân tích một số tình huống

Việc Công ty bột ngọt Vedan gây thiệt hại đối với vùng hạ lưu sông Thị Vải, tỉnh

Đồng Nai có thể coi là một minh chứng cho sự thiếu “bàn tay sắt” của Nhà nước khi công cụ pháp lý tỏ ra bất lực do không quy định TNHS đối với pháp nhân, trong khi biện pháp xử lý hành chính theo pháp luật lại quá nhẹ. Vì lợi nhuận rất cao thu được nhờ hành vi xả thải không được xử lý ra môi trường, Công ty này đã hủy diệt hạ lưu sông Thị Vải, đồng thời “cướp đi” cơm áo, tiền của, mồ hôi nước mắt của bao người lao động. Nếu cân nhắc được - mất giữa việc Công ty này nộp thuế cho ngân sách với những thiệt hại đã xảy ra cho người nông dân và chi phí cho khôi phục lại trạng thái ban đầu của sông Thị Vải trước khi bị đầu độc thì cả Nhà nước, xã hội và người dân đều bị “lỗ” quá nặng. Theo quy định tại Điều 235 BLHS năm 2015, mức xử phạt tiền nặng nhất cũng chỉ là 10 tỷ - quá nhẹ so với hậu quả mà hành vi gây ô nhiễm môi trường gây ra. Việc hướng dẫn áp dụng hình phạt đình chỉ vĩnh viễn đối với pháp nhân phạm tội trong trường hợp này cũng sẽ gặp rất nhiều khó khăn nếu muốn pháp nhân bồi thường cho các nạn nhân hay yêu cầu khắc phục hậu quả. Trên thực tế, việc bồi thường là việc dân sự nên việc đình chỉ vĩnh viễn đối với một pháp nhân cũng đồng nghĩa với việc tước cơ hội được bồi thường của người thiệt hại. Mặt khác, khi pháp nhân tự giải thể mới phát hiện ra tội phạm thì không còn chủ thể để truy cứu trách nhiệm pháp lý. Nếu căn cứ vào khoản 2 Điều 75 BLHS năm 2015 là “Việc pháp nhân thương mại chịu TNHS không loại trừ TNHS của cá nhân” lại có nguy cơ mâu thuẫn với nguyên tắc là với một hành vi phạm tội thì chỉ truy cứu TNHS một lần, tức là vừa có thể xử lý hình sự với pháp nhân, vừa có thể xử lý cá nhân.

Trong trường hợp chôn lấp chất thải độc hại của Công ty cổ phần Nicotex Thanh Thái ở Thanh Hóa, cần đặc biệt chú ý về thời hiệu xử lý vi phạm. Việc truy cứu trách nhiệm hành chính đối với hành vi chôn lấp thuốc bảo vệ thực vật hết hạn sử dụng và các chất thải nguy hại tại khu vực xưởng sản xuất của Công ty cổ phần Nicotex Thanh Thái đã không thể thực hiện được. Hành vi này đã diễn ra trước tháng 5/2009, nhưng đến ngày 27/8/2013 mới bị phát hiện. Nếu căn cứ vào Điều 6 Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định thời hiệu xử phạt VPHC về BVMT là 2 năm, thì hành vi chôn lấp thuốc bảo vệ thực vật hết hạn sử dụng và các chất thải nguy hại tại khu vực xưởng sản xuất của Công ty cổ phần Nicotex Thanh Thái đã hết thời hiệu xử lý vi phạm (qua 4 năm 5 tháng) nên chỉ có thể áp dụng quy định thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả. Nếu khi đó, hành vi này đã được “tội phạm hóa” thì việc truy cứu TNHS đã có thể thực hiện được vì thời hiệu truy cứu TNHS thấp nhất cũng là 5 năm. Các chủ thể có hành vi xả chất thải, nhất là chất thải độc hại luôn tìm mọi cách để che giấu, nếu không có các biện pháp chuyên môn, nghiệp vụ cao thì rất khó phát hiện sớm để xử lý và khi phát hiện ra thì hậu quả thường đã rất lớn hoặc chủ thể vi phạm (nhất là các nhà đầu tư nước ngoài) đã “cao chạy xa bay”. Hậu quả của hành vi dạng này cũng vô cùng nghiêm trọng, việc khắc phục hậu quả là rất khó khăn và chi phí rất tốn kém nên khó áp dụng việc đình chỉ vĩnh viễn như quy định tại Điều 79 BLHS năm 2015<sup>1</sup>. Mặt khác, việc quy định thế nào là nghiêm trọng, rất nghiêm trọng... trong BLHS năm 2015 chỉ xác định được cho cá nhân nhờ xác định bằng khung hình phạt tù chứ không

1 Điều 79. Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn

1. Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn là chấm dứt hoạt động của pháp nhân thương mại trong một hoặc một số lĩnh vực mà pháp nhân thương mại phạm tội gây thiệt hại hoặc có khả năng thực tế gây thiệt hại đến tính mạng của nhiều người, gây sự cố môi trường hoặc gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội và không có khả năng khắc phục hậu quả gây ra.

2. Pháp nhân thương mại được thành lập chỉ để thực hiện tội phạm thì bị đình chỉ vĩnh viễn toàn bộ hoạt động.

phải là mức thiệt hại, nên cũng khó có thể áp dụng Điều 79 BLHS năm 2015.

Trường hợp Công ty cổ phần thuộc da Hào Dương xả thải không qua xử lý ra môi trường nhiều lần mà chỉ bị xử lý VPHC và việc xử lý này lại do Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh thực hiện từ sự đề xuất của Sở Tài nguyên và Môi trường là một minh chứng khác. Việc chỉ bị xử lý hành chính đã làm cho Công ty này “nhờn thuốc”, không thay đổi thái độ đối với môi trường, đồng thời cũng gây ra sự phẫn nộ của dư luận, gây sự nghi ngờ cả về năng lực cũng như tư cách của những người thực thi công vụ ở Sở Tài nguyên và Môi trường Thành phố Hồ Chí Minh. Nếu pháp nhân phải chịu TNHS thì người vào cuộc sớm để giải quyết vụ việc này là các cơ quan tố tụng. Khi đó, việc giải quyết sẽ nhanh hơn, hiệu quả hơn, không để vi phạm tiếp tục diễn ra và kéo dài, để lại hậu quả ngày càng lớn. Về việc giải quyết các vụ án, phán quyết của tòa án sẽ là phán quyết cuối cùng, được tiến hành theo quy trình chặt chẽ, với sự kiểm tra, giám sát của Viện kiểm sát nhưng vụ việc này lại do khối các cơ quan hành chính giải quyết. Điều đó đã cho phép các pháp nhân không “chùn tay”, vi phạm tiếp tục được thực hiện mà chế tài hành chính không còn tác dụng trừng phạt cũng như răn đe. Do vậy, quy định về thời hạn áp dụng cho loại tội phạm này cũng cần được chú ý khi áp dụng Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015.

Vấn đề thời hiệu xử lý VPPL về môi trường cũng chưa có sự thống nhất giữa các văn bản pháp luật cũng như thời gian xác định thời hiệu truy cứu trách nhiệm pháp lý là quá ngắn so với tính chất, thủ đoạn của VPPL về môi trường thường rất phức tạp và tinh vi, có liên quan đến các pháp nhân VPPL về môi trường. Đây là sự bất công nếu so sánh với cá nhân VPPL vì nếu hành vi giống nhau, mức độ thiệt hại do hành vi của pháp nhân thường lớn hơn nhiều. Khi xử lý đối với các chủ thể là pháp nhân bằng các biện pháp hành chính, thời hiệu truy cứu

trách nhiệm hành chính chỉ là hai năm. Việc phát hiện vi phạm đối với pháp nhân rất khó nên thời hiệu xử lý vi phạm như vậy là quá ít. Do vậy, ý nghĩa của việc xử phạt sẽ không đạt được, việc khắc phục hậu quả sẽ trở nên rất khó khăn. Tuy nhiên, hiện nay, quy định về thời hiệu truy cứu TNHS chung cho cả cá nhân và pháp nhân trong trường hợp này là vấn đề cần xem xét lại vì không có căn cứ xác định tương ứng.

Hiện nay, có những trở ngại cho việc xử lý hình sự đối với pháp nhân hoạt động trong lĩnh vực môi trường. Nhiều pháp nhân là những công ty TNHH do một cá nhân lập ra, việc giải thể pháp nhân do cá nhân quyết định. Việc chấm dứt hoạt động của một pháp nhân đã xảy ra khá phổ biến. Việc truy cứu trách nhiệm pháp lý chỉ có thể tiến hành nếu chủ thể của tội phạm là cá nhân còn sống và pháp nhân còn tồn tại. Khi phát hiện được VPPL của pháp nhân thì nó đã không còn tồn tại trên thực tế, nên không thể truy cứu được.

### 3. Một số kiến nghị

*Thứ nhất*, cần có sự hướng dẫn chi tiết đối với việc truy cứu TNHS đối với pháp nhân càng sớm càng tốt. Đối với trường hợp pháp nhân là công ty TNHH một thành viên do cá nhân thành lập, các quy định về giải thể phải xác định điều kiện thật rõ ràng, đặc biệt các điều kiện liên quan đến trách nhiệm pháp lý vì pháp nhân được thành lập để thực hiện hành vi phạm tội về môi trường thường bị đình chỉ hoạt động vĩnh viễn theo Điều 79 BLHS năm 2015, nên sẽ chẳng còn ý nghĩa gì khi áp dụng. Pháp nhân đó đã tự giải thể trước khi bị áp dụng các hình phạt khác.

*Thứ hai*, cần xác định lại thời hiệu xử lý VPHC đối với pháp nhân theo hướng tăng thời gian lên gấp hai lần so với cá nhân. Điều này cũng phù hợp với mức độ xử phạt tiền tối đa của pháp nhân là gấp hai lần so với cá nhân, xuất phát từ tính chất nguy hiểm, mức độ gây hậu quả trong vi phạm

(Xem tiếp trang 20)

# HỘI TRONG XÃ HỘI DÂN SỰ VÀ DỰ THẢO LUẬT VỀ HỘI Ở VIỆT NAM

NGUYỄN ĐĂNG DUNG\*

NGUYỄN ĐĂNG DUY\*\*

*Trong xã hội, bên cạnh các cơ quan tạo thành cơ cấu quyền lực nhà nước, các tổ chức kinh tế, là các tổ chức của xã hội dân sự (XHDS). Quyền lập hội là một trong những quyền cơ bản của con người trong việc thành lập ra các tổ chức xã hội, một công cụ quan trọng có khả năng bảo vệ quyền con người trước những nguy cơ vi phạm của các tổ chức, và cá nhân khác. Bài viết phân tích tầm quan trọng của các hiệp hội, nêu lên sự cần thiết phải có của Luật về Hội, để các hội có thể tạo thành những hạt nhân cơ bản của XHDS, một thành tố cần có bên cạnh nhà nước pháp quyền mà chúng ta đang xây dựng.*

## 1. Hội là hạt nhân cơ bản của xã hội dân sự

Chữ “dân sự” (civile) trong các ngôn ngữ phương Tây có nhiều cách hiểu và gây ra những sự tranh cãi. Ít nhất, XHDS có thể được hiểu và sử dụng ở năm nghĩa cơ bản khác nhau: *thứ nhất*, XHDS là xã hội văn minh, được dùng để đối lập với “xã hội không dân sự”, “xã hội không văn minh”; *thứ hai*, XHDS được dùng để đối lập với “xã hội chính trị”, “xã hội quân sự”, “xã hội độc tài”, “xã hội toàn trị”; *thứ ba*, XHDS được hiểu là hiện tượng thuộc xã hội cổ đại - công xã công dân; *thứ tư*, XHDS được giải thích là “xã hội tư bản”, một xã hội mà ở đó, các công việc và lợi ích tư (lợi ích cá nhân) không phải chịu sự tác động trực tiếp của

các thiết chế nhà nước, trở thành hoạt động sống của con người mang tính tự chủ; *thứ năm*, XHDS được hiểu là “các tổ chức dân sự”, “các tổ chức phi nhà nước”, “các tổ chức phi chính phủ”, “tổng thể các thiết chế phi nhà nước”<sup>1</sup>.

XHDS là một bước tiến của loài người trong tổ chức cộng đồng bên cạnh sự tiến bộ của các thiết chế nhà nước ngày càng hợp lý. Khi nhà nước chuyển từ cai trị sang phục vụ, nhà nước của dân, do dân, vì dân, thì xã hội cũng hình thành một loại các thiết chế xã hội đa dạng: nhà nước sẽ nhỏ đi và xã hội sẽ lớn lên. Vai trò tự quản trong cộng đồng mạnh lên là một sự phát triển đáng kể của nhân loại. Vai trò tự quản ấy phát triển chính ở các tổ chức xã hội với các thiết chế riêng,

\* GS.TS, Đại học Quốc gia Hà Nội.

\*\* ThS, Đại học Quốc gia Hà Nội.

1 Vũ Mạnh Toàn, “Cơ sở triết học của việc xây dựng XHDS”, Tạp chí Triết học tháng 1/2009.

bên cạnh thiết chế nhà nước. Các tổ chức xã hội cũng chính là các nhân tố hợp thành XHDS. Và trọng tâm của XHDS là các hiệp hội.

Mặc dù còn có sự khác nhau nhiều trong cách hiểu về khái niệm XHDS, nhưng khái quát lại, XHDS có các đặc trưng cơ bản: i) là tổ chức ở ngoài nhà nước; ii) hoạt động theo nguyên tắc tự nguyện; iii) tự chủ, độc lập về tài chính (tự trang trải), iv) quy mô, hình thức tồn tại, các thiết chế tổ chức rất đa dạng, iv) mục tiêu chung là vì sự phát triển của cộng đồng, phần lớn là tổ chức không vì lợi nhuận (non profit).

“Hội” hiểu theo nghĩa phổ biến nhất, là sự thỏa thuận, liên kết, tập hợp, quy tụ của nhiều người với nhau thành nhóm để hướng đến các mục đích, lợi ích hay sự quan tâm chung. Như vậy, hội là tập hợp các thành viên có cùng mối quan tâm chung đến lợi ích về các lĩnh vực kinh tế, văn hóa, chính trị..., hoặc đơn thuần chỉ để hỗ trợ, chia sẻ thông tin với nhau. Lập hội là việc các cá nhân liên kết, tập hợp lại với nhau (to associate, gather) thành nhóm để hướng đến những lợi ích, mục đích hay sự quan tâm chung. Về hình thức, hội cũng có nhiều dạng như câu lạc bộ, hội nghề nghiệp, các tổ chức phi chính phủ, tổ chức phi lợi nhuận, các quỹ, công đoàn, tổ chức tôn giáo, đảng phái chính trị, doanh nghiệp, công ty... Do sự đa dạng của các nhóm, hội mà pháp luật các quốc gia thường có quy định điều chỉnh riêng một số nhóm, hội bằng các luật riêng như: luật về doanh nghiệp - công ty, luật về công đoàn - nghiệp đoàn, luật về các đảng phái chính trị, luật về các tổ chức tôn giáo...

Thuật ngữ “association” trong tiếng Anh, dịch ra tiếng Việt là “hội”, có nội hàm

rộng. Theo Đại diện đặc biệt của Liên hợp quốc (LHQ) về những người bảo vệ nhân quyền, thì khái niệm “hội” nhắc đến bất kỳ nhóm cá nhân hoặc bất kỳ thực thể pháp lý nào liên kết với nhau để cùng nhau hành động, bày tỏ, thúc đẩy, theo đuổi hoặc bảo vệ một lĩnh vực quan tâm chung (a field of common interests)<sup>2</sup>. Trong báo cáo của mình, Báo cáo viên về tự do hội họp và lập hội của LHQ Maina Kiai đã nhắc lại và sử dụng định nghĩa này<sup>3</sup>. Quyền tự do lập hội chỉ giới hạn ở các nhóm hình thành vì mục đích “công” (public), các nhóm chỉ vì lợi ích riêng tư, như nhóm gia đình, được bảo vệ bởi các quy định của Công ước LHQ về các quyền dân sự và chính trị (ICCPR)<sup>4</sup>.

Hội có thể có tư cách pháp nhân hoặc không có tư cách pháp nhân. Nếu không có tư cách pháp nhân, hội có thể bị giới hạn một số quyền nhất định, như quyền sở hữu tài sản hay một số các giao dịch dân sự... Quyền lập hội gắn gũi với quyền hội họp, tụ họp và quyền tự do biểu đạt (tự do ngôn luận). Các quyền này đều có giá trị quan trọng trong việc bảo vệ và thúc đẩy các quyền khác, được phân tích là các quyền bảo vệ quyền, quyền của các quyền. Hiến pháp Hoa Kỳ không đề cập đến quyền lập hội mà chỉ đề cập đến tự do ngôn luận và hội họp. Nhưng thông qua án lệ vụ *NAACP kiện Alabama ex rel. Patterson* (1958) Tòa án Tối cao Hoa Kỳ đã kết luận rằng, quyền lập hội phát sinh từ quyền tự do biểu đạt. Bởi lẽ, nếu không có sự tập hợp để lên tiếng thì quyền biểu đạt bị giảm hiệu quả đáng kể. LHQ khẳng định, để thúc đẩy và bảo vệ các quyền con người và tự do cơ bản, mọi người phải có quyền tự do lập hội ở cả cấp độ quốc gia và quốc tế<sup>5</sup>. Công ước quốc tế về Quyền

2 LHQ, Văn bản số A/95/401, đoạn 46.

3 LHQ, Báo cáo về năm hoạt động đầu tiên 1/5/2011 – 30/4/2012, A/HCR/20/27, đoạn 51.

4 Công ước Quốc tế về các quyền dân sự và chính trị (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR).

5 LHQ, Tuyên bố về những người bảo vệ nhân quyền của LHQ (1998).

tự do lập hội và bảo vệ quyền lập hội năm 1948 xác định mọi người lao động và người sử dụng lao động đều có quyền thành lập và gia nhập các tổ chức mà họ tự lựa chọn mà không phải xin phép trước<sup>6</sup>.

Quyền lập hội gồm ba lĩnh vực cơ bản: i) Thành lập, ii) Gia nhập; iii) Hoạt động. Khoản 1 Điều 22 ICCPR xác định: Mọi người có quyền tự do lập hội với những người khác, kể cả quyền lập và gia nhập các công đoàn để bảo vệ lợi ích của mình. Quyền này bao gồm cả ba khía cạnh: (1) thành lập ra các hội mới, (2) gia nhập các hội đã có sẵn, và (3) hoạt động, điều hành các hội, bao gồm cả việc tìm kiếm, huy động các nguồn kinh phí. Quyền thành lập và gia nhập các hội là nội dung chủ yếu của quyền tự do lập hội. Quyền này bao hàm cả quyền thành lập và gia nhập các công đoàn để bảo vệ lợi ích của người lao động. Trong các hiệp hội, LHQ rất chú ý đến việc thành lập công đoàn cho người lao động. Quyền thành lập và gia nhập các công đoàn được bảo vệ cả trong ICCPR (Điều 22) và ICESCR<sup>7</sup> (Điều 8).

Trong khi thủ tục thành lập một hội có tư cách pháp nhân được quy định khác nhau trong pháp luật của các quốc gia, thì điều quan trọng là các cơ quan nhà nước phải giải quyết thủ tục một cách thiện chí, nhanh chóng và bình đẳng. Thủ tục này càng đơn giản, càng tiết kiệm thời gian và chi phí thì càng tốt. Ở Bungary, việc thành lập hội không mất chi phí. Ở Nhật Bản, việc nộp đơn thành lập hội có thể qua mạng Internet... Chuyên gia của LHQ khuyến cáo, một “thủ tục thông báo” (a notification procedure) là tốt hơn, phù hợp với luật nhân quyền hơn là một “thủ tục cho phép trước” (prior

authorization procedure) - đòi hỏi phải có sự chấp thuận của cơ quan nhà nước khi lập một pháp nhân. Tại nhiều quốc gia, việc thông báo này được thực hiện bằng văn bản, bao gồm một số nội dung thông tin mà luật yêu cầu rõ ràng. Văn bản này là một thông báo để các cơ quan thống kê có thông tin về hội. Hệ thống thông báo này đang hoạt động tại ở nhiều quốc gia (Djibouti, Maroc, Bồ Đào Nha, Senegal, Thụy Sĩ, Uruguay...) <sup>8</sup>.

Thủ tục thông báo và thủ tục cấp phép đều đòi hỏi sự nhanh chóng và thuận lợi cho người muốn thành lập hay gia nhập hội. Chậm trễ đăng ký, cấp phép khi có đề nghị thành lập hội đều được coi là sự vi phạm quyền lập hội của người dân. Một khi từ chối đơn xin thành lập hội, thì cơ quan nhà nước phải nêu rõ lý do và thông báo một cách rõ ràng cho chủ thể đứng đơn thành lập. Những cá nhân, tổ chức bị từ chối có quyền được khiếu nại, khiếu kiện ra trước một tòa án độc lập và không thiên vị. Ủy ban về Tự do lập hội (Freedom of Association Committee) của ILO đã có phán quyết rằng: “việc không thể đưa ra trước cơ quan tư pháp để xem xét sự từ chối bởi cơ quan Bộ cho phép thành lập một công đoàn là vi phạm các nguyên tắc tự do lập hội”.

Đồng thời với việc thành lập, các cá nhân có quyền gia nhập và rút lui (ra khỏi, rời bỏ) các hội. Tương tự, các hội có quyền ngưng hoạt động và tự giải tán hội. Việc các cơ quan nhà nước tiến hành cho ngưng hoạt động và giải tán hội cũng phải tuân thủ chặt chẽ các quy định của luật. Việc cản trở không có lý do chính đáng cũng bị xử lý tương tự như trường hợp chối từ khi thành lập.

Quyền hoạt động tự do của các hội tương ứng với nghĩa vụ của chính quyền

6 Công ước 87 của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO), Điều 2.

7 Công ước Quốc tế về các Quyền Kinh tế, Xã hội và Văn hóa (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR).

8 LHQ, Báo cáo về năm hoạt động đầu tiên 1/5/2011 – 30/4/2012, A/HCR/20/27, đoạn 58; Báo cáo viên đặc biệt về tự do hội họp và lập hội Maina Kiai.

## BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

trong việc tôn trọng, thực thi và bảo vệ quyền này. Nhà nước có nghĩa vụ thực thi các biện pháp chủ động và thụ động đối với quyền lập hội của người dân. Nhà nước phải kiềm chế không được can thiệp vào các hoạt động bình thường của hội. Trước hết, quy chế, điều lệ của các hội được tự quyết bởi các thành viên mà không có sự can thiệp của nhà nước. Quyền riêng tư của các hội cũng cần được bảo đảm, các cơ quan nhà nước không được thay đổi việc bầu chọn ban lãnh đạo của các hội, cử người của mình vào ban lãnh đạo hội, yêu cầu các hội nộp kế hoạch hoạt động hội<sup>9</sup>. Nhiều quốc gia có các biện pháp hỗ trợ cho việc thành lập các hội thông qua các biện pháp khác nhau như: cung cấp địa điểm mở văn phòng, tài trợ tài chính trong giai đoạn đầu hoạt động...

Với tư cách là chủ thể quan trọng cho việc bảo vệ quyền con người, các cơ quan nhà nước không những có trách nhiệm tôn trọng, bảo vệ quyền này của con người không bị vi phạm, mà còn có trách nhiệm phải tạo dựng một môi trường thuận lợi, bình đẳng cho hoạt động của các hội đoàn. Các cá nhân thực thi quyền lập hội không phải lo sợ trở thành nạn nhân của sự dọa nạt, bôi nhọ, bắt bớ tùy tiện, đối xử vô nhân đạo hoặc hạn chế quyền đi lại của họ từ phía các cơ quan nhà nước...

Hiện nay, XHDS đang phát triển mạnh mẽ ở Việt Nam hơn bao giờ hết. Vai trò quan trọng của XHDS là cầu nối các cá nhân với Nhà nước; tham gia hoạch định và phối hợp với Nhà nước thực hiện các chủ trương, chính sách của Nhà nước; tổ chức phản biện xã hội đối với các chủ trương, chính sách và giám sát hoạt động của đội ngũ công chức nhà nước; góp phần phát huy các nguồn lực nhằm thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội và nâng

cao chất lượng cuộc sống của con người.

Việt Nam đang có một số loại hình tổ chức XHDS như sau:

- *Nhóm thứ nhất*, các tổ chức chính trị - xã hội nghề nghiệp như Hội Nông dân, Hội Phụ nữ, Đoàn Thanh niên, Hội Luật gia, Hội Cựu chiến binh, Liên đoàn Lao động (được gọi một cách dân dã là Công, Nông, Thanh, Phụ, Cựu...) Đây là những hiệp hội được Nhà nước thành lập có cơ cấu tổ chức từ trung ương đến địa phương, nhận kinh phí hoạt động từ Nhà nước và triển khai thực hiện các hoạt động của Đảng và Nhà nước Việt Nam, được gọi là các tổ chức chính trị - xã hội.

- *Nhóm thứ hai*, các tổ chức khoa học và công nghệ hoạt động phi lợi nhuận, được thành lập theo Luật Khoa học và Công nghệ. Các tổ chức này tự nhận mình và cũng được nhìn nhận bởi xã hội, như là các tổ chức phi chính phủ (NGO) vì tính tương đối độc lập của mình. Các tổ chức này phải đăng ký dưới một “cơ quan chủ quản” như Hội Nghiên cứu Đông Nam Á hay Liên hiệp các Hội khoa học và kỹ thuật Việt Nam, các Trường đại học hoặc các Viện nghiên cứu và có tư cách pháp nhân. Về chiến lược hoạt động, nhân sự và tài chính, các tổ chức này tự chủ, không được nhận tiền từ ngân sách nhà nước. Nhưng vì có tư cách pháp nhân, nên họ có thể nhận tiền tài trợ từ các tổ chức cá nhân trong và ngoài nước để phục vụ hoạt động. Giám đốc các tổ chức này do Hội đồng sáng lập chọn và đề xuất lên cơ quan chủ quản và thường được phê duyệt. Những tổ chức phi chính phủ này thường bị các cơ quan của Chính phủ quản lý một cách chặt chẽ.

- *Nhóm thứ ba*, các tổ chức cộng đồng, hoạt động tự nguyện, gắn liền với các nhu cầu của một nhóm người dân. Các tổ chức này rất

<sup>9</sup> LHQ, Báo cáo về năm hoạt động đầu tiên 1/5/2011 – 30/4/2012, A/HCR/20/27, đoạn 65.

<sup>10</sup> Lê Quang Bình, Tại sao Việt Nam vẫn cần có Luật về Hội? Nguồn <http://dienngon.vn/blog/Article/tai-sao-viet-nam-van-can-co-luat-ve-hoi>.

đa dạng, tồn tại ở cả thành thị lẫn nông thôn. Các mô hình như Câu lạc bộ nghệ thuật, Nhóm hành động vì môi trường, Tổ hợp tác kinh tế, hoặc Câu lạc bộ của các cụ hưu trí... Các tổ chức này tự do thành lập, tự do hoạt động và tự do giải thể. Họ không có nhu cầu đăng ký tư cách pháp nhân và không muốn được/bị chính quyền quản lý, hoạt động thường hạn chế, thậm chí còn bị gây khó khăn từ phía các cơ quan quản lý nhà nước.

Nếu các tổ chức chính trị - xã hội nghề nghiệp và các tổ chức cộng đồng về cơ bản không gặp nhiều khó khăn về thủ tục pháp lý trong thành lập hay hoạt động, thường hài lòng với sứ mệnh mình đang làm, và Nhà nước cũng hài lòng với vai trò họ đang đảm nhiệm, thì ngược lại, các tổ chức phi chính phủ đang phải loay hoay với việc tồn tại và hoạt động của mình. Trên thực tế, việc hình thành và hoạt động của các tổ chức phi chính phủ hiện tại đang gặp những khó khăn như:

*Thứ nhất*, hiện đã có gần 1.000 tổ chức được đăng ký ở những cơ quan chủ quản khác nhau. Việc thành lập các tổ chức này thường phụ thuộc rất nhiều vào quan hệ cá nhân hoặc năng lực vận động thành viên của ban sáng lập. Chỉ những người thuộc tầng lớp trung lưu và có nguồn lực mới có thể thành lập được tổ chức của mình. Nhiều thủ trưởng các cơ quan nhà nước khi nghỉ hưu đã thành lập các hiệp hội riêng cho bản thân. Những nhóm yếu thế hơn, không có nguồn lực hoặc quan hệ hẹp thì thường rất khó khăn khi muốn thành lập một tổ chức. Điều này dẫn đến hiện tượng bất bình đẳng ngay trong XHDS, nơi đáng lý phải có sự bình đẳng về tiếng nói, vị trí của người yếu thế.

*Thứ hai*, những tổ chức có sứ mệnh hoạt động độc lập, hướng tới sự giám sát và phê phán chính sách, thường gặp phải khó khăn khi tiến hành các thủ tục thành lập. Ngược lại, những tổ chức được xem là “triển khai các hoạt động của Nhà nước” hay “cung cấp dịch vụ cho cộng đồng” theo chủ

trương của Nhà nước thì dễ dàng được phép thành lập.

*Thứ ba*, khi chưa có Luật về Hội, việc thành lập các Hội thành viên hoạt động độc lập khác với các tổ chức đoàn thể, nhất là các đoàn thể được gọi là các tổ chức chính trị - xã hội, là rất khó khăn, thậm chí không thể thực hiện được. Điều này dẫn đến sự độc quyền trong XHDS. Ví dụ, Hội liên hiệp Phụ nữ Việt Nam là tổ chức chính trị - xã hội duy nhất có tổ chức từ trung ương đến các cơ sở, nếu phụ nữ nào muốn tham gia hội phụ nữ thì chỉ có một lựa chọn, dù họ có đồng ý với tôn chỉ mục đích và phương thức hoạt động của Hội liên hiệp Phụ nữ Việt Nam hay không. Điều này cũng đúng cho Công đoàn, cho Hội Nông dân, Đoàn Thanh niên... Rõ ràng, sự độc quyền về hội hạn chế quyền thành lập và tham gia hội của người dân, dẫn đến hoạt động hội không hiệu quả nhất là trong việc bảo vệ quyền của nhân dân.

## **2. Sự cần thiết xây dựng Luật về Hội và nội dung của Luật**

### **2.1. Sự cần thiết**

*Thứ nhất*, việc liên kết lại với nhau là một đặc tính xã hội xuất phát từ nhu cầu tồn tại của con người, tự do hiệp hội được coi là một quyền tự nhiên của con người. Quyền lập hội là quyền con người cơ bản, là biểu hiện của quyền tự do ngôn luận, quyền tự do biểu đạt, và đã được ghi nhận trong nhiều văn kiện quốc tế về quyền con người như UDHR và ICCPR cùng các quy định trong các đạo luật cơ bản của nhiều quốc gia. Cũng như những quyền cơ bản khác, các nhà nước có nghĩa vụ tôn trọng, bảo vệ và thúc đẩy quyền tự do này. Quyền tự do lập hội cũng là một quyền hiến định được ghi nhận ngay từ bản Hiến pháp đầu tiên của Nhà nước Việt Nam Dân chủ cộng hòa - tiền thân của Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam hiện nay. Hiến pháp năm 2013 cũng đã tái khẳng định lại quyền tự do lập hội tại



Điều 25. Do vậy, việc ban hành Luật về Hội để mau chóng hiện thực hóa quyền này là một việc làm cần thiết.

*Thứ hai*, Luật về Hội sẽ tạo ra hành lang pháp lý an toàn, khắc phục những hành vi chủ quan, duy ý chí của các cơ quan nhà nước thông qua người thi hành công vụ khi họ muốn cản trở việc thực hiện quyền của người dân.

Nếu không có Luật về Hội, việc thành lập các hội thành viên hoạt động độc lập (khác với các tổ chức đoàn thể) sẽ khó. Điều này dẫn đến độc quyền trongXHDS.

*Thứ ba*, bản thân những hiệp hội đang hoạt động không thuần khiết là hiệp hội củaXHDS. Chúng được thành lập với sự cho phép của các cơ quan nhà nước và về cơ bản, những hiệp hội này được Nhà nước thành lập, như là “những cánh tay nối dài” của Nhà nước, chỉ được phép làm những gì mà phía các cơ quan nhà nước yêu cầu. Trên thực tế, một số tổ chức phi chính phủ đang cố gắng thực hiện sứ mệnh giám sát và phản biện chính sách (đã và đang được soạn thảo) của các cơ quan nhà nước. Tuy nhiên, họ chỉ là những tổ chức phát triển, hoặc các tổ chức chuyên môn luôn ở thế yếu so với các cơ quan nhà nước. Họ được tham vấn vì quan hệ cá nhân, năng lực chuyên môn, hoặc do các nhà tài trợ nước ngoài kết nối với các cơ quan chính phủ. Tất cả những cơ hội này hoàn toàn có thể biến mất nếu Chính phủ thấy không cần thiết phải lắng nghe các tổ chức phi chính phủ, hoặc khi thấy ý kiến của các tổ chức phi chính phủ đi ngược lại quan điểm và nghị quyết của Đảng và Nhà nước. Do hạn chế về tài chính, không có quyền lực chính trị nên ý kiến của các hiệp hội này thường ít được tiếp thu<sup>10</sup>.

Vì không là hội viên của một hội hoạt động độc lập, nên người bị thiệt thòi trước

tiên là người dân. Một chính sách giáo dục có thể ảnh hưởng đến tương lai của hàng triệu học sinh và sinh viên, một chính sách nhập khẩu thực phẩm có thể ảnh hưởng đến hàng triệu người dân, nhưng do không có hội đại diện cho quyền lợi của mình, sinh viên và người dân sẽ không được thông tin đầy đủ về ảnh hưởng của chính sách. Các cá nhân đơn lẻ sẽ không thể phản hồi hiệu quả cho Chính phủ. Thực tế sẽ khác đi, nếu có những hội với hàng chục ngàn hoặc hàng trăm ngàn thành viên cùng nêu ý kiến. Khi đó các cơ quan nhà nước phải lắng nghe và có trách nhiệm tiếp nhận, giải quyết và thay đổi. Hội thành viên làm tăng quyền lực của các tổ chứcXHDS, để cuối cùng giúp tìm ra giải pháp tốt nhất cho xã hội và đất nước<sup>11</sup>.

Với khung pháp lý hiện tại, các tổ chức phi chính phủ vẫn có thể hoạt động, tham gia cung cấp dịch vụ, vận động xã hội và chính sách. Nhưng khi hoạt động của họ vuron ra các vùng bị các cơ quan nhà nước cho là “nhạy cảm”, không mong đợi, thì việc bị hạn chế hoạt động hoặc bị loại bỏ ra khỏi các cuộc tham vấn chính sách là hoàn toàn có thể. Đây chính là lý do cần phải có Luật về Hội để các tổ chức phi chính phủ có thể giám sát và phản biện chính sách của Nhà nước một cách độc lập, trung thực mà không bị ngăn cản, và các Hội thành viên có thể được thành lập để nâng cao nhận thức xã hội, cũng như cân bằng quyền lực với các cơ quan công quyền, nhằm tạo ra các kênh đối thoại để tìm ra những giải pháp tối ưu cho sự phát triển của đất nước, song hành với việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người dân.

### 2.2. Các nội dung cơ bản của Luật về Hội

Về cơ bản, các nội dung sau đây sẽ được pháp luật về hội của các quốc gia quy

11 Lê Quang Bình, *tđđ*.

định: i) phạm vi điều chỉnh của luật (các loại hội, tổ chức nào được điều chỉnh); ii) điều kiện thành lập, gia nhập hội; iii) cơ quan, thủ tục đăng ký, thành lập hội; iv) quyền của các hội; v) cơ quan giám sát, xử lý vi phạm; vi) chấm dứt hoạt động của hội.

*Phạm vi điều chỉnh của Luật về Hội.*

Luật về Hội của các quốc gia thường quy định về các hội, hiệp hội và thường loại trừ (không áp dụng đối với) các tổ chức tôn giáo, đảng phái chính trị, tổ chức lập ra trong tiến trình bầu cử. Tuy nhiên, một số quốc gia xác định phạm vi điều chỉnh rất rộng. Luật Hungary quy định chung cho các “tổ chức XHDS”, bao gồm cả các đảng phái chính trị, tổ chức công đoàn. Luật về Hội của Malaysia năm 1996 điều chỉnh cả các công ty, các tổ chức có trên 07 người, bao gồm cả các đảng phái, công đoàn. Luật Hội của Ba Lan phân chia thành các hội có tư cách pháp nhân và hội không có tư cách pháp nhân (hội đơn giản). Các loại hội này sẽ có thủ tục thành lập khác nhau và phạm vi quyền hạn cũng khác nhau.

*Điều kiện lập hội, gia nhập hội.* Điều kiện lập hội thường có các quy định liên quan đến: mục đích, trụ sở và tài sản, điều lệ và thành viên. Các quy định liên quan đến điều kiện về thành viên rất đa dạng, như: *thứ nhất*, quyền lập hội đương nhiên thuộc về mọi công dân của quốc gia, trừ một số trường hợp luật định, chẳng hạn như công chức, lực lượng vũ trang... Đối với quyền lập hội của người nước ngoài, các quốc gia có những cách điều chỉnh khác nhau. Luật Hội của Ba Lan phân biệt người nước ngoài thành người cư trú (được tự do gia nhập hội) và người không cư trú (tùy trường hợp).

Về độ tuổi, thường thì phải đủ 18 tuổi mới có đầy đủ quyền thành lập và gia nhập hội. Luật Hội của Ba Lan cho phép người chưa thành niên từ 16 đến 18 tuổi trở thành thành viên của các hội, với điều kiện đa số thành viên hội đồng quản trị của hội phải là

người đã thành niên, có đủ năng lực để thực hiện giao dịch dân sự hợp pháp. Trẻ em dưới 16 tuổi có thể trở thành thành viên của một hội nếu quy chế của hội này cho phép và có sự đồng ý của người giám hộ hợp pháp, nhưng họ có thể không được bầu cử hoặc biểu quyết tại phiên họp của hội.

Số lượng thành viên để thành lập một hội rất khác nhau, tùy theo quy định của từng quốc gia. Luật Hội của Ecuador chỉ yêu cầu có 05 người để lập một hội, trong khi luật Ấn Độ cần phải có 07 người, luật Ai Cập cần có 10 người, luật Ba Lan cần có 15 người, luật Rumani cần có 21 người.

*Thủ tục đăng ký.* Việc lập hội dễ dàng hay khó khăn phụ thuộc nhiều vào ý chí của người làm luật, thể hiện rõ nét nhất trong các quy định về thủ tục thành lập. Đa số quốc gia yêu cầu nộp hồ sơ đăng ký tại một cơ quan nhất định (tòa án, cơ quan công chứng hoặc cơ quan chuyên trách). Hai loại cơ quan thường được các quốc gia trao quyền đăng ký lập hội là tòa án (Luật Hội của Ba Lan, Hungary, Rumani) và cơ quan công chứng (Bolivia, Braxin, Italia, Hà Lan...). Cũng có một số quốc gia có cơ quan chuyên trách việc đăng ký hội như Cơ quan đăng ký Hội của Malaysia. Ở nhiều quốc gia, thủ tục lập hội được thực thi rất dễ dàng, chỉ cần thông báo cho cơ quan nhà nước, thậm chí chỉ cần đăng ký qua Internet.

Ban vận động thành lập hội (ban sáng lập) thường phải nộp cho cơ quan đăng ký (tòa án hoặc cơ quan công chứng) giấy đăng ký kèm theo các loại văn bản như: quy chế (điều lệ) hội, danh sách các thành viên sáng lập, địa chỉ văn phòng tạm thời của hội... Sau một thời hạn, cơ quan đăng ký sẽ có trả lời về việc đăng ký.

*Các quyền của hội.* Trong số các quyền, quyền về tài chính, tài sản, về tổ chức nhân sự và nói lên tiếng nói chung của đa số các thành viên hội là quan trọng nhất. Về tài chính, nhìn chung, các hội có thể huy động

các nguồn đóng góp từ trong nước và quốc tế. Tuy nhiên, theo Luật Hội của Ba Lan, hội không có tư cách pháp nhân (hội đơn giản) chỉ có thể có nguồn thu từ đóng góp của các thành viên. Là các tổ chức phi lợi nhuận, hội không thể hoạt động kinh doanh thu lợi. Tuy nhiên, luật Hungary cho phép hội có thể kinh doanh để có điều kiện kinh tế nhằm đạt được các mục đích hoạt động. Các hội có quyền chủ động về nhân sự và cơ cấu tổ chức. Một số quốc gia có quy định khái quát về bộ máy lãnh đạo hội: Hội đồng quản trị, Ban điều hành của hội. Các hội có thể có tổ chức trực thuộc, tổ chức thành viên, chi nhánh. Các hội có quyền tự do triển khai các hình thức hoạt động để thực thi nhiệm vụ của mình. Nhìn chung, việc triển khai hoạt động liên quan chặt chẽ đến khuôn khổ pháp lý thực thi các quyền tự do khác, đặc biệt là tự do ngôn luận khi muốn truyền thông, xuất bản, vận động..., tự do hội họp khi muốn tổ chức tuần hành, hội thảo, tập huấn; tự do đi lại (khi muốn tiếp cận địa bàn, hay đối tượng dễ bị tổn thương...)

*Chấm dứt hoạt động.* Các hội, tổ chức XHDS có thể chủ động chấm dứt hoạt động hoặc bị cơ quan nhà nước (tòa án) chấm dứt hoạt động. Việc chấm dứt hoạt động của hội thường bao gồm các thủ tục: xử lý, thanh lý tài sản và các nghĩa vụ khác, tuyên bố giải thể. Tài sản của hội được chia thành hai phương thức đối với hai nhóm tài sản. Các tài sản có được từ nguồn tài trợ của các tổ chức trong nước, nước ngoài hoặc của nhà nước, sau khi thanh toán toàn bộ các nghĩa vụ của tổ chức, số còn lại do cơ quan có thẩm quyền (thường là tòa án) quyết định. Đối với các tài sản tự có của hội, sau khi thanh toán hết các nghĩa vụ, số còn lại do

hội quyết định theo điều lệ. Tuyên bố giải thể được thực hiện sau khi đã thanh toán các nghĩa vụ về tài sản, thanh lý tài sản và các nghĩa vụ khác của hội. Thời điểm tuyên bố giải thể hội là thời điểm chấm dứt hoàn toàn các hoạt động cũng như tư cách pháp lý của hội trên thực tế.

### 3. Một số ý kiến đóng góp cho Dự thảo Luật về Hội của Việt Nam<sup>12</sup>

*Thứ nhất*, về phạm vi điều chỉnh và đối tượng áp dụng, Điều 1 Dự thảo Luật về Hội (Dự thảo) quy định: “Luật này không áp dụng đối với Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam, Hội Nông dân Việt Nam, Đoàn Thanh niên cộng sản Hồ Chí Minh, Hội Liên hiệp Phụ nữ Việt Nam, Hội Cựu chiến binh Việt Nam và các tổ chức tôn giáo, cơ sở tín ngưỡng tại Việt Nam”. Trên thực tế, Hội Nông dân Việt Nam hay Hội Liên hiệp Phụ nữ Việt Nam đều là những “hội”, việc quy định như trên vô hình chung có thể sẽ tạo nên sự bất bình đẳng giữa các hội, dẫn đến cách hiểu là có những hội “đặc biệt” hơn các hội khác. Nếu như quyền con người là bình đẳng giữa các thành viên trong gia đình nhân loại thì giữa các hội, nhóm cũng vậy, vì thực chất, hội là do các cá nhân liên kết mà thành. Đồng thời, Dự thảo nên bổ sung quy định về sự bình đẳng giữa các hội, để tránh tình trạng độc quyền. Ví dụ, không thể viện dẫn lý do đã có Hội Phụ nữ hoạt động ở địa phương này rồi mà ngăn cản sự thành lập của Hội phụ nữ khác<sup>13</sup>.

Việc Dự thảo quy định Nhà nước sẽ cấp ngân sách cho một số hiệp hội là không nên, sẽ gây nên tình trạng bất bình đẳng giữa các hiệp hội.

<sup>12</sup> Dự thảo Luật về Hội được đưa ra lấy ý kiến công chúng từ ngày 4/6/2015 trên cổng thông tin của Bộ Nội vụ.

<sup>13</sup> Lê Quang Bình, *Để Luật về Hội không cùm chân đời sống dân sự*, nguồn: <http://dienngon.vn/blog/Article/de-luat-ve-hoi-khong-cum-chan-doi-song-dan-su>.

*Thứ hai*, về chủ thể của quyền lập hội, nên mở rộng chủ thể của quyền này là mọi người thay vì chỉ là công dân Việt Nam như theo Dự thảo hiện nay. Điều 22 khoản 1 ICCPR đã ghi nhận: “Mọi người có quyền tự do lập hội với những người khác, kể cả quyền lập và gia nhập các công đoàn để bảo vệ lợi ích của mình”. Việc quy định chủ thể là công dân Việt Nam sẽ hạn chế quyền lập hội của những công dân nước ngoài khi họ có nguyện vọng chính đáng như tham gia các tổ chức tình nguyện được thành lập tại Việt Nam.

*Thứ ba*, nên bỏ quy định tại Điều 12 về *Nội dung chủ yếu của điều lệ hội*. Quy định này là không cần thiết, vì cũng giống như một dạng hợp đồng, ban sáng lập và các thành viên của hội có quyền tự đưa ra các nội dung chủ yếu trong điều lệ, miễn là không vi phạm các quy định và nguyên tắc chung theo pháp luật.

*Thứ tư*, về quy định tại khoản 2 Điều 7 Dự thảo, hội buộc phải có trụ sở tại Việt Nam. Điều này là hoàn toàn không cần thiết, vì nếu buộc phải thỏa mãn điều kiện này, sẽ có không ít các tổ chức XHDS quan trọng như tổ chức phi chính phủ, quỹ, viện, trung tâm độc lập...<sup>14</sup> không thể được coi là một hội, cho dù các tổ chức trên hoạt động như một hội, vì họ không có trụ sở tại Việt Nam.

*Thứ năm*, thành lập hội được coi là một những nội dung chính của quyền lập hội - một quyền con người cơ bản. Do vậy, thủ tục đăng ký cần rõ ràng, đơn giản, cụ thể. Một khi có đầy đủ tiêu chí theo quy định của pháp luật thì ban sáng lập chỉ cần chứng minh với cơ quan nhà nước có thẩm quyền và cơ quan này phải có nghĩa vụ ra quyết định công nhận sự thành lập của hội thay vì

quyết định cho phép thành lập hội.

*Thứ sáu*, thêm quy định về giới hạn quyền. Theo pháp luật của một số quốc gia, quyền lập hội không phải là một quyền tuyệt đối nên nó có thể bị giới hạn trong các trường hợp vì an ninh quốc gia, lợi ích cộng đồng v.v.. Khoản 2 Điều 22 ICCPR đã quy định như sau: “Việc thực hiện quyền này không bị hạn chế, trừ những hạn chế do pháp luật quy định và là cần thiết trong một xã hội dân chủ, vì lợi ích an ninh quốc gia, an toàn và trật tự công cộng và để bảo vệ sức khoẻ hoặc đạo đức của công chúng hay các quyền và tự do của người khác. Điều này không ngăn cản việc đặt ra những hạn chế hợp pháp trong việc thực hiện quyền này đối với những người làm việc trong các lực lượng vũ trang và cảnh sát”. Việc quy định những trường hợp quyền lập hội có thể bị hạn chế không chỉ thể hiện tinh thần của Hiến pháp năm 2013 mà còn tránh được khả năng quyền này bị hạn chế một cách bừa bãi bởi các chủ thể công quyền.

*Thứ bảy*, thúc đẩy cơ chế tự chịu trách nhiệm và tự giám sát hoạt động của hội thông qua cấu trúc quản trị nội bộ bằng cách quy định rõ ràng các hội sẽ phải có cơ chế quản trị nội bộ minh bạch, có trách nhiệm giải trình rõ ràng với cơ quan cấp phép hoạt động, với công chúng, các nhà tài trợ và các thành viên của hội để bảo đảm hoạt động minh bạch của hội và giảm tải gánh nặng lên cơ quan nhà nước.

*Thứ tám*, nên bỏ quy định tại Điều 10 Dự thảo về Ban vận động thành lập hội. Điều này không cần thiết phải quy định vì nó sẽ làm cho việc thành lập hội phải đăng ký đến hai lần ■

<sup>14</sup> Trương Hồng Quang, Cần xem lại khái niệm “hội” khi xây dựng Luật về Hội, nguồn: <http://dienngon.vn/blog/Article/can-xem-lai-khai-niem-hoi-khi-xay-dung-luat-ve-hoi>.

# HOÀN THIỆN CHÍNH SÁCH VÀ PHÁP LUẬT VỀ CHUYỂN GIAO CÔNG NGHỆ

PHẠM CHÍ TRUNG\*

*Trong thời gian qua, hệ thống chính sách và pháp luật về chuyển giao công nghệ (CGCN) đã tạo nền tảng cơ bản cho hoạt động quản lý nhà nước về CGCN, cũng như hình thành hành lang pháp lý quan trọng để phát triển, điều chỉnh các quan hệ và hoạt động CGCN của các doanh nghiệp và tổ chức trong phạm vi cả nước. Tuy nhiên, vẫn còn một số hạn chế trong việc ban hành chính sách và pháp luật liên quan tới chuyển giao công nghệ, do vậy, cần phải có các giải pháp hoàn thiện.*

## 1. Hệ thống chính sách, pháp luật liên quan đến chuyển giao công nghệ

Hệ thống văn bản có liên quan trực tiếp và gián tiếp đến CGCN rất đồ sộ. Cụ thể, có tới 13 bộ luật, luật liên quan trực tiếp và 311 văn bản nghị định, thông tư hướng dẫn, trong đó quan trọng nhất là Luật CGCN được Quốc hội khóa XI ban hành năm 2006, kỳ họp thứ 10. Đây là đạo luật chuyên ngành điều chỉnh hoạt động CGCN, tạo môi trường pháp lý thuận lợi để thúc đẩy việc đổi mới công nghệ, phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Cũng từ năm 2006 đến nay, Quốc hội, Chính phủ, các bộ, ngành, địa phương đã ban hành, sửa đổi, bổ sung nhiều văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL), trong đó có các quy định điều chỉnh hoạt động CGCN

như Luật Khoa học và Công nghệ (KH&CN), Luật Sở hữu trí tuệ (SHTT), Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, Luật Tiêu chuẩn và quy chuẩn kỹ thuật, Luật Công nghệ cao, Luật Sử dụng năng lượng tiết kiệm và hiệu quả...

Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội nước ta giai đoạn 2011-2020 đã xác định<sup>1</sup>: “Xây dựng và thực hiện chương trình đổi mới công nghệ quốc gia, có chính sách khuyến khích doanh nghiệp nhập khẩu công nghệ hiện đại, trước hết là đối với những ngành, lĩnh vực chủ lực, mũi nhọn; ưu tiên phát triển công nghệ cao”.

Quyết định số 1244/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 25/7/2011 về phê duyệt phương hướng, mục tiêu, nhiệm vụ

\* TS, Vụ Khoa học, Công nghệ và Môi trường, Văn phòng Quốc hội.

<sup>1</sup> Văn kiện Đại hội lần thứ XI Đảng Cộng sản Việt Nam, phần Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội giai đoạn 2011-2020 (năm 2011) tr. 15.

KH&CN chủ yếu giai đoạn 2011-2015 nhấn mạnh: “Hình thành hệ thống các tổ chức dịch vụ, tư vấn, môi giới CGCN; các tổ chức xúc tiến chuyển giao, thương mại hóa công nghệ, hỗ trợ thực thi bảo hộ quyền SHTT, khai thác, sử dụng sáng chế trong các trường đại học, viện nghiên cứu. Tổ chức hoạt động có hiệu quả, nâng cao giá trị thực của các chợ công nghệ, thiết bị và sản phẩm công nghệ”.

Quyết định số 418/QĐ-TTg ngày 11/4/2012 của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt Chiến lược phát triển KH&CN giai đoạn 2011-2020 cũng nhấn mạnh: “Phát triển hệ thống các tổ chức dịch vụ CGCN, các chợ công nghệ và thiết bị. Bảo đảm thực thi pháp luật về SHTT, khai thác và sử dụng có hiệu quả các sáng chế. Tổ chức triển lãm giới thiệu các thành tựu đổi mới và sáng tạo KH&CN”.

## **2. Một số hạn chế trong việc ban hành chính sách, pháp luật liên quan tới chuyển giao công nghệ**

*Văn bản pháp luật còn trùng lặp, chồng chéo, nhiều kẽ hở*

Chương V Luật CGCN năm 2006 có quy định trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước đối với hoạt động CGCN. Theo đó, Luật phân cấp quản lý hoạt động CGCN cho từng cơ quan như: trách nhiệm của Bộ KH&CN (Điều 52), trách nhiệm của bộ, cơ quan ngang bộ (Điều 53), trách nhiệm của UBND các cấp (Điều 54). Để quản lý hoạt động CGCN, các cơ quan này phải ban hành nhiều VBQPPL. Vì thế, hoạt động CGCN chịu sự điều chỉnh của rất nhiều VBQPPL ở nhiều cấp, trong nhiều lĩnh vực liên quan như: KH&CN, nông nghiệp và phát triển nông thôn, kinh tế, kế hoạch và đầu tư, xây dựng... gây khó khăn trong quá trình thực hiện.

Khoản 1 Điều 25 Luật CGCN năm 2006 quy định: “Các bên tham gia giao kết hợp đồng CGCN có quyền đăng ký hợp đồng CGCN tại cơ quan quản lý nhà nước về

KH&CN có thẩm quyền làm cơ sở để được hưởng các ưu đãi theo quy định của luật này và các quy định khác của pháp luật có liên quan”. Như vậy, nếu không cần thiết, doanh nghiệp thực hiện dự án có nội dung CGCN sẽ không phải đăng ký hợp đồng CGCN.

Về thẩm tra các dự án đầu tư, khoản 1 Điều 47 Luật Đầu tư năm 2005 quy định: “Đối với dự án đầu tư trong nước, các dự án có vốn đầu tư nước ngoài có quy mô vốn đầu tư từ 300 tỷ đồng Việt Nam trở lên và dự án thuộc Danh mục dự án đầu tư có điều kiện thì phải thực hiện thủ tục thẩm tra để được cấp Giấy chứng nhận đầu tư”. Như vậy, những dự án đầu tư dưới 300 tỷ, không nằm trong danh mục hạn chế đầu tư đều không thuộc diện bắt buộc phải làm thủ tục cấp Giấy chứng nhận đầu tư. Do đó, những dự án này sẽ không phải làm thủ tục thẩm tra công nghệ. Với điều kiện thực tiễn hiện nay, doanh nghiệp Việt Nam chủ yếu là các doanh nghiệp có quy mô vừa và nhỏ, nên hầu hết các dự án đầu tư dưới 300 tỷ đều có hiện tượng doanh nghiệp nhập, CGCN cũ hoặc lạc hậu, không đáp ứng được các tiêu chuẩn về môi trường. Đây cũng là một kẽ hở của chính sách và pháp luật ở nước ta trong công tác quản lý CGCN.

Nghị định số 108/2006/NĐ-CP ngày 22/9/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Đầu tư năm 2005, đã quy định không rõ ràng về thẩm tra công nghệ đối với các dự án đầu tư. Điểm b, khoản 1, Điều 45 về Hồ sơ thẩm tra quy định: “Giải trình kinh tế - kỹ thuật bao gồm các nội dung chủ yếu: mục tiêu, quy mô, địa điểm đầu tư, vốn đầu tư, tiến độ thực hiện dự án, nhu cầu sử dụng đất; giải pháp công nghệ và giải pháp về môi trường”. Tuy nhiên, tại khoản 3, Điều 45, không có nội dung thẩm tra công nghệ mà chỉ có các nội dung về sự phù hợp với quy hoạch, nhu cầu sử dụng đất, tiến độ thực hiện dự án và giải pháp về môi trường. Chính vì vậy, tại các địa phương, thường là

các Sở Kế hoạch và Đầu tư triển khai thực hiện theo Nghị định số 108/2006/NĐ-CP trước, sau đó mới chuyển cho Sở KH&CN thẩm tra công nghệ. Vì vậy, hầu hết các dự án đầu tư tại các địa phương, khi chuyển qua bước thẩm tra công nghệ đều đã được cấp Giấy chứng nhận đầu tư, ngược lại với Thông tư số 10/2009/TT-BKHCN ngày 24/9/2009 của Bộ KH&CN về Hướng dẫn thẩm tra công nghệ các dự án đầu tư.

Điểm b khoản 1, Điều 32 Luật Đầu tư năm 2014, về thẩm quyền quyết định chủ trương đầu tư của UBND cấp tỉnh có quy định: “Dự án có sử dụng công nghệ thuộc Danh mục công nghệ hạn chế chuyển giao theo quy định của pháp luật về CGCN”. Trong khi đó, điểm e, khoản 6, Điều 33 Luật Đầu tư năm 2014 quy định về hồ sơ, trình tự, thủ tục quyết định chủ trương đầu tư của UBND cấp tỉnh: “Đánh giá về công nghệ sử dụng trong dự án đầu tư đối với dự án quy định tại điểm b khoản 1 Điều 32 của Luật này”. Như vậy, nếu quy định chỉ dự án có sử dụng các công nghệ thuộc Danh mục công nghệ hạn chế chuyển giao theo quy định về pháp luật CGCN mới được đánh giá, thẩm định thì sẽ rất bất cập. Bởi, nhiều dự án có sử dụng công nghệ khác không nằm trong danh mục hạn chế chuyển giao sẽ không được đánh giá, thẩm định xem trình độ công nghệ của dự án đó ở mức nào, cao hay thấp, có gây tác động xấu tới môi trường hay không?

*Văn bản pháp luật ban hành chưa kịp thời và đồng bộ*

Mặc dù đã ban hành nhiều chính sách, pháp luật để điều chỉnh hoạt động CGCN, nhưng một số văn bản vẫn chưa được ban hành kịp thời và đồng bộ, có tình trạng luật chờ nghị định, nghị định chờ thông tư. Đơn cử:

Luật CGCN ban hành ngày 29/11/2006 nhưng tới ngày 31/12/2008, Chính phủ mới được ban hành Nghị định số 113/2008/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật CGCN; tương tự,

Thông tư số 10/2009/TT-BKHCN của Bộ KH&CN về hướng dẫn thẩm tra công nghệ các dự án đầu tư tới ngày 24/4/2009 mới ban hành; Quyết định số 1244/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt phương hướng, mục tiêu, nhiệm vụ KH&CN chủ yếu giai đoạn 2011 - 2015, nhưng tới 25/7/2011 mới được ban hành là quá chậm.; Thông tư số 20/2014/TT-BKHCN ngày 15/7/2014 quy định việc nhập khẩu máy móc, thiết bị, dây chuyền công nghệ đã qua sử dụng đã được Bộ KH&CN ban hành ngày 15/7/2014. Tuy nhiên, Thông tư này đã ngừng hiệu lực thi hành theo Quyết định số 2279/QĐ-BKHCN ngày 29/8/2014 của Bộ trưởng Bộ KH&CN. Cho tới ngày 13/11/2015, Bộ KH&CN mới ban hành Thông tư số 23/2015/TT-BKHCN để thay thế cho Thông tư số 20/2014/TT-BKHCN và từ ngày 01/7/2016, thông tư này mới có hiệu lực. Như vậy, suốt trong thời gian dài, một khoảng trống pháp luật đã tồn tại trong lĩnh vực nhập khẩu máy móc, thiết bị, dây chuyền công nghệ đã qua sử dụng.

*Nhiều quy định trong văn bản pháp luật có nội dung khó khả thi*

Tại khoản 1 Điều 6, Nghị định số 133/2008/NĐ-CP ngày 31/12/2008 của Chính phủ về hướng dẫn chi tiết thi hành một số điều của Luật CGCN có nội dung: “Hợp đồng CGCN không bắt buộc phải đăng ký...”, do đó, các doanh nghiệp khi nhập công nghệ về để sản xuất, kinh doanh đã không đăng ký với đơn vị quản lý tại địa bàn, nên việc quản lý công nghệ được chuyển giao đã không khả thi.

Về Nghị định số 49/2009/NĐ-CP ngày 21/5/2009 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động CGCN và Thông tư số 04/2010/TT-BKHCN của Bộ KH&CN hướng dẫn thực hiện một số điều của Nghị định số 49/2009/NĐ-CP thì theo báo cáo của các địa phương và bộ ngành, hầu như chưa có trường hợp nào vi phạm trong CGCN bị xử phạt vi phạm hành chính.

Thông tư số 35/2012/TT- BKHCN ngày 16/12/2012 của Bộ KH&CN hướng dẫn chế độ Báo cáo thống kê cơ sở về CGCN. Tuy nhiên, việc báo cáo thống kê này tại các doanh nghiệp và các tổ chức KH&CN trong cả nước còn ít được thực hiện. Đơn cử như tại tỉnh Thừa Thiên Huế, qua khảo sát phát phiếu (mẫu phiếu kèm theo thông tư số 35/2012/TT- BKHCN) tới 100 doanh nghiệp và tổ chức KH&CN trên địa bàn tỉnh năm 2012 thì chỉ có 01 doanh nghiệp và 01 tổ chức KH&CN có hoạt động CGCN.

Như vậy, trong thời gian vừa qua, công tác tạo lập, xây dựng chính sách và hệ thống pháp luật để điều chỉnh các quan hệ và thúc đẩy hoạt động CGCN ở nước ta vẫn còn những tồn tại và bất cập.

**3. Những tồn tại trong việc thực thi pháp luật về chuyển giao công nghệ**

Quá trình thực thi chính sách, pháp luật về CGCN để phát triển kinh tế - xã hội và

hội nhập quốc tế ở nước ta đã bộc lộ một số tồn tại như sau:

*Về đăng ký và cấp giấy đăng ký hợp đồng CGCN*

Qua số liệu từ Bộ KH&CN cho thấy, sau 8 năm thực hiện Luật CGCN, Bộ KH&CN mới chỉ cấp Giấy chứng nhận đăng ký cho gần 300 hợp đồng CGCN (Bảng 1), trong đó có tới 252 hợp đồng CGCN thuộc các dự án FDI, chỉ có khoảng 40 hợp đồng CGCN là CGCN độc lập, trong đó có 11 hợp đồng của cơ quan, Tổng công ty Nhà nước. (xem Bảng 1)

Trên thực tế, các hoạt động CGCN được thực hiện còn lớn hơn con số hợp đồng CGCN đã đăng ký trên đây rất nhiều. Nguyên nhân của việc còn ít các hợp đồng CGCN được đăng ký chủ yếu là:

*Thứ nhất*, trong Luật CGCN năm 2006 quy định các tổ chức, cá nhân có quyền tự nguyện đăng ký hợp đồng CGCN, không bắt

**Bảng 1**

*Số liệu theo dõi hợp đồng CGCN từ 2007 đến 2015*

Năm	Hợp đồng phê duyệt		Hợp đồng đăng ký			
			Bộ KH&CN cấp		Địa phương cấp	
	FDI	Khác	FDI	Khác	FDI	Khác
2007	-	-	82	07	02	10
2008	-	-	59	15	03	06
2009	-	-	32	3	09	25
2010	-	-	14	5	17	19
2011	-	-	14	02	15	17
2012	-	-	16	03	16	05
2013	-	-	11	03	10	12
2014	-	-	10	02	12	09
2015	-	-	14	02		
<b>Cộng</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>252</b>	<b>42</b>	<b>84</b>	<b>103</b>

(Nguồn: Bộ KH&CN)<sup>2</sup>

2 Báo cáo công tác thi hành Luật CGCN và đánh giá thực trạng hoạt động CGCN - Bộ KH&CN, tháng 12/2016.



buộc đăng ký. Các chủ dự án đầu tư thường lòng ghép với hợp đồng kinh tế mua sắm thiết bị mà không tiến hành ký kết hợp đồng CGCN riêng. Thêm vào đó, có chính sách ưu đãi từ việc đăng ký, nhưng trên thực tế không có ưu đãi cụ thể. Do vậy, các tổ chức, cá nhân không được hưởng lợi gì từ việc đăng ký hợp đồng CGCN.

*Thứ hai*, mặc dù thủ tục đăng ký hợp đồng CGCN hiện nay cũng đơn giản nhưng lại chưa triển khai việc đăng ký trực tuyến, do đó vẫn chưa tạo điều kiện tối ưu cho tổ chức, cá nhân khi đăng ký hợp đồng CGCN.

Các doanh nghiệp FDI đăng ký hợp đồng CGCN chủ yếu là để thực hiện các hoạt động CGCN giữa các công ty mẹ ở nước ngoài với công ty con ở Việt Nam nhằm mục đích đưa chi phí CGCN vào sản xuất để giảm lợi nhuận và giảm thuế. Bởi, về nguyên tắc, giá trị công nghệ chuyển giao trong hợp đồng vẫn được tính vào vốn đầu tư và hạch toán chi phí CGCN vào chi phí thực tế của doanh nghiệp, nhưng thực tế triển khai hoạt động CGCN như thế nào thì chưa quản lý được. Bằng cách này, doanh nghiệp có thể khai tăng vốn đầu tư để tăng chi phí, chuyển giá nhằm trốn thuế.

Như vậy, công tác đăng ký và cấp giấy chứng nhận đăng ký hợp đồng CGCN trong thời gian qua còn nhiều tồn tại và bất cập, chưa phù hợp và chưa theo kịp với thực tiễn của tình hình phát triển kinh tế - xã hội đất nước.

*Các quy định đối với CGCN trong nước*

Theo Bộ KH&CN, từ năm 2007 đến nay, trong tổng số 300 hợp đồng CGCN được cấp Giấy chứng nhận đăng ký, chỉ có 19 hợp đồng CGCN trong nước<sup>3</sup>. Điều này cho thấy các viện nghiên cứu, các tổ chức, cá nhân khi tiến hành các hoạt động CGCN vẫn chưa thực sự quan tâm đến việc đăng ký hợp đồng CGCN.

Như vậy, Luật CGCN năm 2006 mới chú trọng đến các hoạt động CGCN từ nước ngoài vào Việt Nam, còn CGCN trong nước, đặc biệt là chuyển giao kết quả nghiên cứu giữa các viện, trường với doanh nghiệp chưa được đặt ra một cách chi tiết và cụ thể. Hơn nữa, việc chuyển giao và lan tỏa công nghệ giữa các dự án FDI tới các doanh nghiệp trong nước còn chưa đạt được như kỳ vọng; tỷ lệ nội địa hóa thấp, nền công nghiệp hỗ trợ chưa được phát triển xứng tầm. Trong khi đó, các hoạt động này hiện nay đang rất cần có chính sách và hành lang pháp lý cụ thể để khuyến khích, thúc đẩy.

*Các quy định đối với CGCN từ Việt Nam ra nước ngoài*

Những năm vừa qua, làn sóng đầu tư trực tiếp ra nước ngoài của các doanh nghiệp Việt Nam tăng mạnh. Tính đến hết năm 2015, có khoảng 900 dự án của các doanh nghiệp Việt Nam đầu tư ra 70 quốc gia và vùng lãnh thổ, với tổng vốn đầu tư của nhà đầu tư Việt Nam đạt trên 21 tỷ đô la Mỹ<sup>4</sup>.

Đầu tư gắn liền với công nghệ, nên mặc dù Việt Nam là nước đang phát triển nhưng một số công nghệ trong nước nghiên cứu và ứng dụng đã được quốc tế quan tâm và đánh giá cao. Tuy nhiên, trong Luật CGCN năm 2006 chưa quy định rõ và chi tiết về việc CGCN ra nước ngoài, đặc biệt đối với những công nghệ được nghiên cứu từ ngân sách nhà nước. Do đó, trong giai đoạn vừa qua, Bộ KH&CN cũng như các địa phương trong cả nước chưa có hợp đồng CGCN nào của Việt Nam ra nước ngoài được đăng ký và cấp giấy chứng nhận đăng ký hợp đồng CGCN.

*Dịch vụ CGCN*

Hoạt động của các tổ chức dịch vụ CGCN như giám định công nghệ, đánh giá công nghệ, định giá công nghệ... góp phần không nhỏ vào thành công của hoạt động

<sup>3</sup> Báo cáo công tác thi hành Luật CGCN và đánh giá thực trạng hoạt động CGCN - Bộ KH&CN, tháng 12/2016.

<sup>4</sup> Như trên.

CGCN nói riêng và sự phát triển của thị trường công nghệ nói chung. Tuy nhiên, các tổ chức này phải là các tổ chức có đủ điều kiện mới hoạt động tốt vì bản thân công nghệ là một loại hàng hoá vô hình, loại hình dịch vụ chuyên CGCN, trong đó dịch vụ đánh giá công nghệ, dịch vụ định giá công nghệ và dịch vụ giám định công nghệ là loại hình dịch vụ kinh doanh có điều kiện.

Luật CGCN năm 2006 đã quy định, chỉ có hoạt động giám định công nghệ mới là hoạt động dịch vụ có điều kiện, còn đánh giá công nghệ, định giá công nghệ,... không được coi là hoạt động dịch vụ có điều kiện. Do hành lang pháp luật còn chưa quy định rõ, vì vậy, trong thời gian qua, việc quản lý, vận hành các tổ chức dịch vụ CGCN còn gặp không ít những khó khăn và lung túng.

#### *Công nghệ hạn chế chuyên giao*

Luật CGCN năm 2006 có quy định việc cấp Giấy phép CGCN đối với công nghệ thuộc Danh mục công nghệ hạn chế chuyên giao, tuy nhiên, thông tin từ Bộ KH&CN cũng như các địa phương trong cả nước cho thấy, trong thời gian qua, chúng ta cũng chưa thẩm định một trường hợp nào.

#### *Cơ chế phối hợp trong quá trình quản lý công nghệ và CGCN*

Do có sự chông chéo và kẽ hở trong hệ thống pháp luật về CGCN, nên trong thực tế, cơ quan quản lý nhà nước về KH&CN chỉ quản lý phần ngọn, vì khi chủ đầu tư dự án hoặc đối tác nước ngoài liên doanh hoặc đầu tư 100% vốn tại Việt Nam nộp hồ sơ cho cơ quan chức năng để đề nghị được cấp Giấy chứng nhận đầu tư, nhưng các cơ quan quản lý KH&CN rất ít khi được hỏi ý kiến. Do đó, việc thẩm định phần công nghệ, thiết bị, máy móc của dự án bị xem nhẹ.

Chính vì vậy, cơ quan quản lý về công nghệ không nắm được luồng công nghệ từ

nước ngoài vào Việt Nam ngay từ khâu đầu vào, trừ những dự án đầu tư có điều kiện và những dự án đầu tư do Thủ tướng chấp thuận chủ trương đầu tư. Chỉ đến khi dự án được cấp Giấy phép đầu tư, các bên lập hợp đồng CGCN để đăng ký với cơ quan quản lý KH&CN, lúc đó, cơ quan quản lý về công nghệ mới biết. Đến thời điểm này, dù là công nghệ hiện đại hay lạc hậu thì nhà đầu tư cũng đã được cấp Giấy chứng nhận đầu tư rồi.

Như vậy, trong thời gian qua tại các địa phương, cơ chế phối hợp giữa sở kế hoạch và đầu tư, ban quản lý các khu công nghiệp, sở KH&CN, sở công thương, cơ quan thuế, hải quan... còn chưa được rõ ràng và ăn khớp, chủ yếu là phối hợp khi có vụ việc, cơ chế hậu kiểm còn ít được thực hiện. Do đó, một số công tác như việc thẩm định và cho ý kiến về công nghệ của các dự án đầu tư còn bị xem nhẹ. Báo cáo từ các địa phương cho thấy<sup>5</sup>: nhiều công nghệ lạc hậu, ô nhiễm môi trường đã được chuyển giao và lắp đặt tại các dự án. Từ cuối năm 2011, Trung Quốc thông báo sẽ loại bỏ 2.255 doanh nghiệp sử dụng công nghệ, thiết bị và máy móc lạc hậu. Nếu chúng ta không có những hành lang pháp lý đủ mạnh, đặc biệt là tình trạng thẩm định các dự án đầu tư có công nghệ đi kèm không được đẩy mạnh thì những công nghệ lạc hậu sẽ “chảy” vào nước ta.

#### *Thẩm quyền ban hành 03 danh mục công nghệ*

Luật CGCN năm 2006 quy định đối với 03 Danh mục công nghệ khuyến khích chuyên giao, Danh mục công nghệ hạn chế chuyên giao và Danh mục công nghệ cấm chuyên giao thuộc thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ. Bộ KH&CN ban hành Thông tư hướng dẫn tiêu chí và quy trình xác định 03 danh mục nêu trên.

<sup>5</sup> Báo cáo số 94/BC-UBND ngày 15/4/2013 về tình hình thực hiện chính sách, pháp luật về chuyển giao công nghệ trên địa bàn tỉnh Lạng Sơn gửi Ủy ban Khoa học, Công nghệ và Môi trường của Quốc hội.

Tuy nhiên, trong giai đoạn vừa qua, do sự tiến bộ của KH&CN, sự biến đổi của kinh tế - xã hội, khi cần phải bổ sung, cập nhật 03 danh mục trên cho sát thực, phải tuân thủ các quy trình ban hành văn bản quy phạm pháp luật nên mất rất nhiều thời gian, do đó, làm ảnh hưởng đến việc triển khai và thực thi Luật CGCN.

*Công tác quản lý hoạt động CGCN tại địa phương*

Hệ thống pháp luật mà đặc biệt là Luật CGCN năm 2006 và các văn bản hướng dẫn đã có, tuy nhiên, trên thực tế, công tác quản lý hoạt động CGCN chỉ thực sự được triển khai tại 30 địa phương trên tổng số 63 tỉnh/thành phố trong cả nước<sup>6</sup>.

*Quy định về xác định giá trị tài sản vô hình nói chung, quyền SHTT nói riêng*

Hoạt động CGCN không những liên quan trực tiếp máy móc, thiết bị mà còn liên quan tới các loại tài sản vô hình, quyền SHTT như: các sáng chế, phát minh, công thức, quy trình, mô hình, kỹ năng, bí mật kinh doanh, thương hiệu, tên thương mại, nhãn hiệu hàng hóa, đặc điểm nhận dạng sản phẩm, các số liệu kỹ thuật.

Đối với các nước phát triển, việc mua bán tài sản vô hình là quyền SHTT phổ biến từ nhiều năm nay. Ở Việt Nam, quan hệ này đã xuất hiện và việc định giá tài sản vô hình trong doanh nghiệp đã được áp dụng. Chẳng hạn, trong quá trình góp vốn liên doanh, nhãn hiệu “P/S” được định giá là 5,3 triệu USD, nhãn hiệu “333” được định giá là 9 triệu USD<sup>7</sup>. Tuy nhiên, pháp luật nước ta chưa có quy định về phương pháp xác định giá trị tài sản vô hình nói chung, quyền SHTT nói riêng. Do đó, trong thời gian vừa qua, việc xác định giá trị tài sản vô hình và quyền SHTT trong các hoạt động CGCN thực sự còn nhiều vướng mắc, nhất là trong giai đoạn hội nhập kinh tế quốc tế hiện nay.

#### 4. Kiến nghị một số giải pháp hoàn thiện

Việc hoàn thiện hệ thống chính sách, pháp luật về CGCN và thực hiện tốt những quy định đó trong thực tiễn đang là những đòi hỏi cấp bách đối với Việt Nam, khi mà nền kinh tế đang thực hiện việc tái cấu trúc và hội nhập kinh tế.

Chúng tôi kiến nghị một số giải pháp nhằm hoàn thiện hệ thống pháp luật trong CGCN ở nước ta trong thời gian tới như sau:

*Thứ nhất*, cần khẩn trương sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật CGCN năm 2006 nhằm thúc đẩy hoạt động CGCN, tạo điều kiện thuận lợi cho doanh nghiệp đổi mới công nghệ, góp phần phát triển thị trường công nghệ cũng như hội nhập kinh tế quốc tế; đồng thời, nâng cao hiệu lực quản lý nhà nước đối với hoạt động CGCN. Việc sửa đổi, bổ sung Luật CGCN cần tập trung vào các nội dung sau:

- Bổ sung các quy định về CGCN trong nước, trong đó nghiên cứu kỹ quyền sở hữu và quyền sử dụng đối với kết quả nghiên cứu có sử dụng nguồn vốn nhà nước, quy định về CGCN từ kết quả nghiên cứu sử dụng vốn ngân sách nhà nước;

- Bổ sung quy định về CGCN từ Việt Nam ra nước ngoài và sửa đổi một số quy định về CGCN từ nước ngoài vào Việt Nam, nhất là việc CGCN từ các dự án FDI cho các doanh nghiệp trong nước;

- Sửa đổi, bổ sung quy định về cơ chế phối hợp giữa các cấp, các ngành, các địa phương trong quá trình quản lý công nghệ và CGCN; sửa đổi quy định về phân cấp quản lý hoạt động CGCN; sửa đổi để tăng cường công tác hậu kiểm trong quản lý công nghệ và CGCN;

- Sửa đổi quy định về thẩm quyền ban hành 03 danh mục công nghệ theo hướng

*(Xem tiếp trang 53)*

<sup>6</sup> Báo cáo công tác thi hành Luật CGCN và đánh giá thực trạng hoạt động CGCN - Bộ KH&CN, tháng 12/2016.

<sup>7</sup> <http://dangkysohuutritue.vn/dinh-phap-luat-viet-nam-ve-quyen-so-huu-tri-tue-71-a8ia.html>.

# HOÀN THIÊN PHÁP LUẬT VỀ GIÁO DỤC SAU ĐẠI HỌC

LÊ NHƯ PHONG\*

**G**iao dục là một vấn đề hết sức quan trọng trong đời sống kinh tế - xã hội của mỗi quốc gia. Việt Nam đang trong tiến trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước, hướng tới mục tiêu hội nhập sâu rộng với quốc tế, việc phát triển giáo dục được Đảng và Nhà nước đặc biệt coi trọng. Khoản 1 Điều 61 Hiến pháp năm 2013 đã quy định: “Phát triển giáo dục là quốc sách hàng đầu nhằm nâng cao dân trí, phát triển nguồn nhân lực, bồi dưỡng nhân tài”. Trong hệ thống giáo dục quốc dân, giáo dục sau đại học có một vai trò quan trọng, bởi đây là tiền đề tạo ra nguồn nhân lực có trình độ và chất lượng cao, tạo động lực cho sự phát triển của xã hội. Do vậy, việc xây dựng và hoàn thiện pháp luật về giáo dục sau đại học giữ một vị trí quan trọng trong các lĩnh vực quản lý của Nhà nước. Hệ thống văn bản pháp luật luôn có lịch sử hình thành, kế thừa và phát triển. Vì vậy, nghiên cứu lịch sử hình thành và phát triển pháp luật giáo dục sau đại học là cơ sở để đánh giá những ưu điểm, hạn chế, từ đó rút ra bài học kinh nghiệm để hoàn thiện thể chế ở lĩnh vực này.

## 1. Sơ lược lịch sử hình thành và phát triển của pháp luật về giáo dục sau đại học ở nước ta

### *Giai đoạn trước năm 1945*

Trường đại học đầu tiên của Nhà nước phong kiến Việt Nam là Quốc Tử Giám Thăng Long, do vua Lý Nhân Tông thành lập vào năm 1076<sup>1</sup>. Sau khi mở mang việc dạy học ở kinh đô, dần dần Nhà nước phong kiến chú ý đến việc tổ chức hoạt động giáo dục ở địa phương. Năm 1397, thời vua Trần Thuận Tông, triều đình cho đặt học quan ở các lộ, phủ lớn (đơn vị hành chính tương đương với cấp tỉnh ngày nay) để lo việc giáo dục. Đến thế kỷ XV - XVI, nền giáo dục Việt Nam đã phát triển rực rỡ. Các phủ, lộ đều có trường công. Đồng thời với việc phát triển hệ thống giáo dục, Nhà nước phong kiến rất quan tâm tổ chức các kỳ thi, xem đây là biện pháp quan trọng nhằm chọn người tài giỏi tham gia bộ máy điều hành quốc gia. Chế độ thi cử thời phong kiến được chia thành 3 cấp: thi Hương, thi Hội và thi Đình.

Với ba kỳ thi: thi Hương, thi Hội, thi

\* NCS, Học viện Hành chính Quốc gia.

<sup>1</sup> Phương Anh, Văn Miếu - Quốc Tử Giám: Trường Đại học đầu tiên của Việt Nam, <http://hanoi.gov.vn/>, truy cập ngày 27/06/2015.

Đình, cũng có thể coi như các cấp bậc từ đại học đến sau đại học. Trong đó, thi Hội và thi Đình xét ở một khía cạnh nào đó cũng tương đương với trình độ thạc sĩ và tiến sĩ ngày nay.

Từ cuối thế kỷ XIX và gần nửa thế kỷ XX, trong hơn 80 năm nước ta bị thực dân Pháp xâm lược, dưới chế độ thuộc địa, nền giáo dục Nho học được thay thế dần bằng nền giáo dục Pháp - Việt, chủ yếu để đào tạo người phục vụ cho bộ máy cai trị của thực dân. Trong thời kỳ này, Việt Nam chưa có pháp luật về giáo dục sau đại học.

### ***Pháp luật về giáo dục sau đại học ở Việt Nam từ năm 1945 đến năm 1975***

Tháng 8/1945, Cách mạng tháng Tám thành công, Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hòa non trẻ ra đời và tiếp quản di sản của nền giáo dục thực dân sau hơn 80 năm Pháp thuộc. Ngày 10/10/1945, Chính phủ đã ra Sắc lệnh số 45/SL về việc thiết lập Ban đại học Văn khoa và Sắc lệnh thiết lập Quỹ tự trị cho đại học Việt Nam. Bộ Quốc gia giáo dục của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa được thành lập đã ban hành Nghị định số 333/NĐ ngày 25/7/1946 ấn định nhiệm vụ của Hội đồng quản trị đại học; tiếp đó là Nghị định số 448/NĐ ngày 26/9/1946 về tổ chức bộ máy của trường đại học. Đây là các văn bản pháp lý đầu tiên đặt nền móng xây dựng và phát triển nền giáo dục đại học Việt Nam. Thời kỳ này, việc đào tạo sau đại học chưa được triển khai, chính vì thế chưa hình thành pháp luật về giáo dục sau đại học.

Trong suốt 20 năm từ năm 1954 đến năm 1974, miền Bắc thực hiện đồng thời hai nhiệm vụ chiến lược: xây dựng chủ nghĩa xã hội và đấu tranh thống nhất đất nước. Vì vậy, ở miền Bắc Việt Nam mới hình thành cao nhất đến cấp độ đào tạo đại học, tương ứng là các văn bản pháp luật điều chỉnh quản lý nhà nước về giáo dục đại học thông qua những quy định cụ thể về tuyển sinh, thi kiểm tra, phân phối sinh viên tốt nghiệp...

Các văn bản pháp luật về đào tạo sau đại học chưa được hình thành.

Ở miền Nam, trước năm 1975 hầu như cũng chưa có một văn bản pháp luật nào quy định về giáo dục sau đại học. Tuy nhiên, kế thừa nền giáo dục Pháp và Mỹ, trong các cơ sở đào tạo đã có giảng viên có trình độ thạc sĩ. Học vị thạc sĩ này được chia thành hai cấp: thạc sĩ trung học, được quyền dạy bậc trung học và thạc sĩ đại học, được dạy bậc đại học. Mô hình này được ứng dụng nhiều nhất trong các ngành luật học, y khoa và dược khoa. Một số nhà khoa học Việt Nam đã có học vị này vào thời điểm đó như Phạm Biểu Tâm (thạc sĩ y khoa, cấp đại học), Vũ Quốc Thúc (thạc sĩ luật kinh tế, cấp đại học), Hoàng Xuân Hãn (thạc sĩ toán, cấp trung học), Phạm Duy Khiêm (thạc sĩ ngữ pháp, cấp trung học)<sup>2</sup>...

### ***Pháp luật về giáo dục sau đại học từ 1975 đến nay***

*- Giai đoạn từ 1975 đến 1997*

Pháp luật về giáo dục sau đại học ở Việt Nam bắt đầu hình thành từ năm 1976, sau khi Quyết định số 224-TTg ngày 24/5/1976 của Thủ tướng Chính phủ được ban hành. Căn cứ vào Quyết định này, Bộ Đại học và Trung học chuyên nghiệp chính thức triển khai tổ chức đào tạo sau đại học, bậc phó tiến sĩ và tiến sĩ theo mô hình Liên Xô. Trường Đại học Sư phạm là cơ sở đào tạo sau đại học đầu tiên ở Việt Nam từ năm 1977. Trong những năm đầu của thập kỷ 90, Việt Nam chỉ có đào tạo hệ nghiên cứu sinh nên số tốt nghiệp chỉ có phó tiến sĩ (nay là tiến sĩ) và tiến sĩ (nay gọi là tiến sĩ khoa học). Bên cạnh đó, một số lượng lớn cán bộ có trình độ sau đại học ở Việt Nam được đào tạo ở các nước Đông Âu trước đây (mỗi năm có khoảng từ 300- 500 người).

Tháng 12/1986, Đại hội lần thứ VI của Đảng đề ra đường lối đổi mới, giáo dục đào tạo nói chung và giáo dục sau đại học nói

2 Nguyễn Võ Hình, Căn cứ đúng về học hàm học vị, Nguồn: <http://www.impe-qn.org.vn>, đăng ngày 08/16/2014.

riêng đã có nhiều đổi mới mạnh mẽ. Năm 1990, Bộ Giáo dục và Đào tạo (Bộ GD&ĐT) được thành lập trên cơ sở sáp nhập Bộ Đại học và Trung học chuyên nghiệp và Dạy nghề với Bộ Giáo dục.

Năm 1991, hình thành cấp cao học với học vị thạc sĩ ở trên cấp đại học và dưới cấp tiến sĩ theo Quyết định số 55-HĐBT ngày 09/3/1991 của Hội đồng Bộ trưởng. Như vậy, trong hệ thống đào tạo sau đại học ở Việt Nam tồn tại song song hai hình thức đào tạo: mô hình đào tạo của Liên Xô cũ (bao gồm đào tạo phó tiến sĩ và tiến sĩ) và hình thức đào tạo cao học (thạc sĩ).

Năm 1993, Chính phủ ban hành Nghị định số 90/CP ngày 24/11/1993 quy định về cơ cấu khung của hệ thống giáo dục quốc dân, hệ thống văn bằng chứng chỉ về giáo dục và đào tạo của Việt Nam, theo đó, ở cấp đào tạo sau đại học chỉ có 2 hình thức: đào tạo cao học (cấp bằng thạc sĩ) và nghiên cứu sinh (cấp bằng tiến sĩ). Trên thực tế, đào tạo phó tiến sĩ và tiến sĩ theo quy định cũ chính thức kết thúc vào năm 1997 theo Quyết định số 647/GD-ĐT ngày 14/02/1996 ban hành quy chế mới về đào tạo và bồi dưỡng sau đại học. Nếu trước kia khi chưa đào tạo hệ cao học, những người tốt nghiệp cử nhân được thi tuyển nghiên cứu sinh, tốt nghiệp cấp bằng phó tiến sĩ, thì từ năm 1997, trước khi vào hệ nghiên cứu sinh, học viên phải có bằng thạc sĩ.

*- Giai đoạn từ năm 1998 đến nay*

Năm 1998 đánh dấu bước phát triển pháp luật về giáo dục sau đại học với sự ra đời của Luật Giáo dục - văn bản mang tính pháp điển đầu tiên trong lĩnh vực giáo dục. Cùng với sự ra đời của Luật Giáo dục, rất nhiều các văn bản pháp lý điều chỉnh hoạt động đào tạo sau đại học cũng được ban hành. Năm 2005, Quốc hội đã ban hành Luật Giáo dục năm 2005 (thay thế Luật Giáo dục năm 1998), tạo cơ sở pháp lý để

tiếp tục xây dựng và phát triển nền giáo dục nước nhà trong thời kỳ công nghiệp hóa, hiện đại hóa. Luật Giáo dục năm 2005 đã tạo được bước tiến quan trọng, tháo gỡ nhiều vướng mắc trong hoạt động giáo dục. Luật đã góp phần phát triển sự nghiệp giáo dục, nâng cao trình độ dân trí và chất lượng nguồn nhân lực, góp phần đào tạo nhân tài cho đất nước. Năm 2009, Luật Giáo dục tiếp tục được sửa đổi, bổ sung, trong đó có một số nội dung liên quan đến đào tạo sau đại học để phù hợp với tình hình mới.

Những văn bản pháp lý trên đã tạo bước phát triển lớn về đào tạo sau đại học. Tính đến tháng 9/2009, cả nước có 159 cơ sở giáo dục đào tạo trình độ thạc sĩ, tiến sĩ, gồm 71 viện nghiên cứu khoa học (chiếm 44,7%) và 88 trường đại học (chiếm 55,3%); trong đó có 121 cơ sở giáo dục đào tạo trình độ thạc sĩ và 100 cơ sở giáo dục đào tạo trình độ tiến sĩ<sup>3</sup>.

Các quy định của Luật Giáo dục năm 1998 và sau đó là Luật Giáo dục năm 2005 đã tạo điều kiện để ngành giáo dục mở rộng quy mô, nâng cao chất lượng, tăng cường hiệu quả, thực hiện công bằng xã hội nhằm đáp ứng nhu cầu học tập của nhân dân và phục vụ công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh. Tuy nhiên, các quy định về giáo dục đại học trong Luật Giáo dục mới chỉ là những quy định mang tính nguyên tắc. Hệ thống các văn bản pháp luật về giáo dục hiện nay, tuy ngày càng được hoàn thiện nhưng vẫn chưa đủ để điều chỉnh các quan hệ về giáo dục đại học, chưa đáp ứng được yêu cầu thực tiễn đặt ra.

Để tập trung điều chỉnh chuyên biệt hoạt động giáo dục đại học nói chung và giáo dục sau đại học nói riêng, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Luật Giáo dục Đại học tại Kỳ họp thứ 3 gồm 12 chương, 73 điều quy định về tổ chức, nhiệm vụ, quyền

<sup>3</sup> Bộ GD&ĐT (2009), Báo cáo sự phát triển của hệ thống giáo dục đại học và các giải pháp đảm bảo và nâng cao chất lượng đào tạo, số 760.

hạn của cơ sở giáo dục đại học, hoạt động đào tạo, hoạt động khoa học và công nghệ, hoạt động hợp tác quốc tế, bảo đảm chất lượng và kiểm định chất lượng giáo dục đại học, giảng viên, người học, tài chính, tài sản của cơ sở giáo dục đại học và quản lý nhà nước về giáo dục đại học. Đặc biệt, Luật Giáo dục đại học năm 2012 quy định một số vấn đề mới cơ bản như: phân tầng đại học, xã hội hóa giáo dục đại học, quyền tự chủ của cơ sở giáo dục đại học và kiểm soát chất lượng đào tạo, trong đó, quyền tự chủ của cơ sở giáo dục đại học được thể hiện nhất quán và xuyên suốt trong các quy định của Luật. Đây cũng là văn bản pháp luật hiện hành có giá trị pháp lý cao nhất sau Hiến pháp năm 2013 điều chỉnh các nội dung về quản lý nhà nước đối với giáo dục sau đại học.

Tính đến năm 2013 cả nước có 24.300 tiến sĩ và 101.000 thạc sĩ. So với năm 1996 đội ngũ này tăng trung bình 11,6%/năm, trong đó tiến sĩ tăng 7%/năm, thạc sĩ tăng 14%/năm, có 633 tiến sĩ là giảng viên các trường cao đẳng, 8.519 tiến sĩ là giảng viên các trường đại học<sup>4</sup>.

### **2. Một số ưu điểm của hệ thống pháp luật giáo dục sau đại học ở Việt Nam**

Thời kỳ từ 1945 đến 1975, do đất nước phải trải qua liên tiếp các cuộc chiến tranh, nên việc đào tạo trình độ sau đại học chưa được triển khai, đồng nghĩa với việc chưa hình thành pháp luật đối với giáo dục sau đại học. Sau khi đất nước thống nhất, Nhà nước tập trung vào nhiệm vụ xây dựng đất nước nên đòi hỏi phải đào tạo cho được nguồn nhân lực chất lượng cao. Vì thế, các quy định của pháp luật về đào tạo sau đại học bắt đầu được ban hành.

Sự ra đời của Luật Giáo dục năm 1998 đánh dấu một bước ngoặt quan trọng trong quá trình quản lý nhà nước đối với lĩnh vực giáo dục, trong đó có giáo dục sau đại học. Việc ban hành Luật đã chấm dứt cách thức

quản lý của Nhà nước trong lĩnh vực giáo dục bằng các văn bản có tính pháp lý thấp, như nghị quyết, chỉ thị, mệnh lệnh hành chính, công văn... trong một thời gian dài. Luật Giáo dục năm 1998 là văn bản pháp luật chuyên ngành đầu tiên điều chỉnh mọi quan hệ xã hội phát sinh trong lĩnh vực giáo dục, cho thấy tư duy quản lý đã có sự thay đổi rõ rệt, ý thức về quản lý nhà nước trong lĩnh vực giáo dục sau đại học đã được nâng cao đáng kể. Sau Luật Giáo dục năm 1998, hàng loạt văn bản pháp luật có tính pháp điển cao được ban hành sửa đổi, bổ sung, thay thế như Luật Giáo dục năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), Luật Giáo dục đại học năm 2012.

Hệ thống văn bản pháp luật quản lý nhà nước đối với giáo dục sau đại học hiện nay có những ưu điểm nổi trội sau:

*- Các văn bản quy phạm pháp luật có phạm vi điều chỉnh bao quát hầu hết các lĩnh vực hoạt động giáo dục sau đại học.*

Trong thời gian khoảng 20 năm (từ năm 1998 đến nay), chỉ riêng lĩnh vực thành lập trường, đầu tư và đảm bảo chất lượng đào tạo, giáo dục sau đại học, Quốc hội, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, bộ trưởng và thủ trưởng cơ quan ngang bộ đã ban hành 155 văn bản quy phạm pháp luật theo thẩm quyền (trong đó Quốc hội đã ban hành 11 luật, 02 nghị quyết; Chính phủ ban hành 30 nghị định, 03 quyết định; Thủ tướng Chính phủ ban hành 41 quyết định, 06 chỉ thị; Bộ trưởng, thủ trưởng cơ quan ngang bộ ban hành 32 thông tư, 28 quyết định và 02 chỉ thị).

Về phạm vi điều chỉnh, trong các văn bản quy phạm pháp luật nói trên, có hai văn bản về quy hoạch mạng lưới các trường đại học, cao đẳng, 16 văn bản quy định trực tiếp về xã hội hóa giáo dục, 08 văn bản quy định về đầu tư của nước ngoài trong lĩnh vực giáo dục; 18 văn bản quy định chế độ, chính sách đối với người học; 02 văn bản quy định các

4 <http://vietnamnet.vn/vn/giao-duc/164238/24-000-tien-si-viet-nam-dang-lam-gi.html>.

chính sách phân bổ ngân sách nhà nước cho giáo dục sau đại học, 02 văn bản quy định về cơ chế tự chủ tài chính đối với các đơn vị sự nghiệp công lập... Ngoài ra còn nhiều văn bản khác liên quan đến thủ tục quyết định thành lập trường, cho phép thành lập trường, điều lệ trường, tuyển sinh, mở ngành đào tạo, tổ chức và hoạt động đào tạo của trường, kiểm định chất lượng đào tạo, quan hệ quốc tế....

- *Nhiều quy phạm pháp luật đã được điều chỉnh, bổ sung cho phù hợp với yêu cầu của thực tiễn*

Sau khi Luật Giáo dục năm 2005 được thông qua và có hiệu lực thi hành, quy định về số lượng và cơ cấu đội ngũ giảng viên được điều chỉnh, bổ sung như sau: cơ sở giáo dục đại học phải có số giảng viên cơ hữu đủ đảm nhận tối thiểu 70% khối lượng chương trình của mỗi ngành đào tạo; trong năm đầu hoạt động, số giảng viên cơ hữu có trình độ thạc sĩ đạt ít nhất 30% và tiến sĩ đạt 12% tổng số giảng viên cơ hữu.

Nhằm điều chỉnh hoạt động đào tạo sau đại học, Bộ trưởng Bộ GD&ĐT đã ban hành nhiều văn bản như: Quyết định số 45/2008/QĐ-BGDĐT ngày 05/8/2008 của Bộ GD&ĐT ban hành quy chế đào tạo trình độ thạc sĩ; Thông tư số 10/2009/TT - BGDĐT ngày 07/5/2009 của Bộ GD&ĐT ban hành Quy chế đào tạo trình độ tiến sĩ. Hai văn bản này giao cho các cơ sở giáo dục sau đại học quyền tự chủ đào tạo thạc sĩ và tiến sĩ. Tiếp đó là Thông tư số 04/2012/TT-BGDĐT ban hành Danh mục giáo dục, đào tạo cấp IV trình độ thạc sĩ, tiến sĩ; Thông tư số 33/2013/TT-BGDĐT sửa đổi, bổ sung Danh mục giáo dục, đào tạo cấp IV trình độ thạc sĩ, tiến sĩ ban hành kèm theo Thông tư số 04/2012/TT-BGDĐT ngày 15/02/2012 của Bộ trưởng Bộ GD&ĐT; Thông tư số 38/2010/TT-BGDĐT quy định điều kiện, hồ

sơ, quy trình cho phép đào tạo, đình chỉ tuyển sinh, thu hồi quyết định cho phép đào tạo các ngành hoặc chuyên ngành trình độ thạc sĩ, trình độ tiến sĩ; Thông tư số 05/2012/TT-BGDĐT về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Quy chế đào tạo trình độ tiến sĩ ban hành kèm theo Thông tư số 10/2009/TT-BGDĐT ngày 07/5/2009 của Bộ trưởng Bộ GD&ĐT; Thông tư số 15/2014/TT-BGDĐT ban hành Quy chế đào tạo trình độ thạc sĩ.

### **3. Sự cần thiết ban hành Luật Giáo dục sau đại học ở nước ta**

Cùng với xu thế phát triển kinh tế - xã hội và những nhu cầu bức thiết trong lĩnh vực đào tạo sau đại học, thiết nghĩ, cần có một văn bản pháp lý có tính pháp điển hóa cao, điều chỉnh chuyên biệt trong lĩnh vực này. Điều này xuất phát từ những lý do sau:

Sau 30 năm đổi mới, giáo dục sau đại học đã phát triển rõ rệt về quy mô, đa dạng về loại hình trường và hình thức đào tạo, cung cấp nguồn nhân lực có trình độ cho sự nghiệp công nghiệp hóa hiện đại hóa đất nước. Bên cạnh những thành tựu đạt được, một vấn đề nổi cộm hiện nay là vấn đề về chất lượng giáo dục sau đại học. Theo thống kê của Bộ Khoa học - Công nghệ, đến nay, cả nước có 24.300 tiến sĩ và 101.000 thạc sĩ. So với năm 1996 đội ngũ này tăng trung bình 11,6%/năm, trong đó tiến sĩ tăng 7%/năm, thạc sĩ tăng 14%/năm, “số giáo sư, tiến sĩ chúng ta nhiều nhất Đông Nam Á nhưng không có trường Đại học Việt Nam nào được đứng trong bảng xếp hạng 500 trường Đại học hàng đầu thế giới”<sup>5</sup>. Một số chương trình đào tạo sau đại học còn xa rời thực tế, không phù hợp với xu hướng chung của các nước trong khu vực và thế giới; nội dung chương trình còn trùng lặp, nhắc lại các kiến thức của bậc đại học. Vẫn có tình trạng “chạy đua” lấy bằng thạc sĩ và tiến sĩ; từ đó

5 24.000 tiến sĩ Việt Nam đang làm gì?, <http://vietnamnet.vn/vn/giao-duc/164238/24-000-tien-si-viet-nam-dang-lam-gi.html>.



hình thành thạc sĩ, tiến sĩ “giấy”. Những hạn chế của đào tạo sau đại học cho thấy, đào tạo sau đại học vẫn chưa đáp ứng yêu cầu cung cấp nguồn nhân lực trình độ cao cho đất nước trong giai đoạn đổi mới ngày càng mạnh mẽ. Đổi mới giáo dục sau đại học thực sự là vấn đề có tính cấp thiết khi nước ta đang tiến hành đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa và hội nhập quốc tế. Để đổi mới giáo dục sau đại học, cần rất nhiều yếu tố, một trong những nội dung đó là hoàn thiện pháp luật về giáo dục sau đại học.

Hiện nay vẫn còn những hạn chế trong hệ thống văn bản pháp luật điều chỉnh quản lý nhà nước đối với giáo dục sau đại học. Theo Luật Giáo dục, giáo dục sau đại học cùng với đào tạo cao đẳng, đại học là một bộ phận của giáo dục đại học. Quan niệm này hoàn toàn chưa phù hợp bởi với đối tượng người học khác nhau, chương trình, nội dung đào tạo, trình độ giảng viên khác nhau (đào tạo cao đẳng, đại học thì giảng viên chỉ cần trình độ thạc sĩ trở lên, trong khi đó đào tạo sau đại học giảng viên phải từ tiến sĩ trở lên, trừ một số ngành nghề đặc thù). Vì vậy, quy định chung quản lý nhà nước đối với giáo dục sau đại học và giáo dục cao đẳng, đại học là không phù hợp.

Mặt khác, các văn bản pháp luật do Bộ GD&ĐT ban hành trực tiếp điều chỉnh hoạt động quản lý nhà nước đối với giáo dục sau đại học thường xuyên được sửa đổi, bổ sung. Ví dụ quy định về Danh mục giáo dục, đào tạo cấp IV trình độ thạc sĩ, tiến sĩ, năm 2012 ban hành Thông tư số 04/2012/TT-BGDĐT; năm 2013 lại ban hành kèm theo Thông tư số 33/2013/TT-BGDĐT sửa đổi, bổ sung Thông tư số 04. Sự biến động liên tục thể hiện “sự bất ổn” trong công tác quản lý nhà nước. Nhiều quy phạm thiếu tính cụ thể, thiếu tính khả thi nên mới ban hành đã phải sửa đổi, bổ sung. Điều này gây tâm lý hoang mang trong người học và sự xáo trộn trong hoạt động giảng dạy của các cơ sở đào tạo.

Vì vậy, để có thể bắt kịp xu thế phát triển của thế giới, quản lý nhà nước về giáo dục

sau đại học cần phải được tăng cường. Trong đó, trước hết là hệ thống văn bản pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội giáo dục sau đại học cần tiếp tục được sửa đổi, bổ sung, hoàn thiện. Với xu hướng phát triển và vai trò quan trọng của giáo dục sau đại học hiện nay, cần thiết phải pháp điển hóa hệ thống các văn bản pháp luật điều chỉnh hoạt động liên quan đến giáo dục sau đại học.

Như vậy, theo quy định hiện nay, giáo dục sau đại học vẫn được coi là một bộ phận của giáo dục đại học, chịu sự điều chỉnh chung của Luật Giáo dục đại học là không phù hợp. Những quy định trực tiếp điều chỉnh hoạt động giáo dục sau đại học chủ yếu trong các văn bản quy phạm pháp luật thuộc thẩm quyền ban hành của Bộ trưởng (các thông tư), và thường xuyên bị sửa đổi, bổ sung nên không đảm bảo tính thống nhất, ổn định. Có thể nói, ngành giáo dục vẫn đang “loay hoay” trong việc tìm kiếm một cơ chế quản lý thích hợp với một lĩnh vực đào tạo chất lượng cao như trình độ sau đại học. Chính vì vậy, trong giai đoạn sắp tới, cần nghiên cứu xây dựng Luật Giáo dục sau đại học làm cơ sở pháp lý chung, góp phần hoàn thiện hệ thống pháp luật sau đại học, đảm bảo sự phát triển của giáo dục sau đại học ở Việt Nam. Bởi lẽ, nhu cầu về đào tạo nguồn nhân lực chất lượng cao của Việt Nam là rất cấp thiết, nhưng số lượng phải đi đôi với chất lượng. Luật Giáo dục sau đại học nên quy định theo hướng tăng cường tính tự chủ, tự chịu trách nhiệm của các cơ sở đào tạo để phát triển giáo dục sau đại học theo nhu cầu của xã hội. Để phát triển đào tạo sau đại học, Nhà nước phải quản lý theo hướng vĩ mô, xóa bỏ cơ chế “xin cho” về chỉ tiêu tuyển sinh, về in cấp phôi bằng như hiện nay. Bên cạnh đó, phải bảo đảm sự quản lý, kiểm tra, giám sát, kiểm định chất lượng của Nhà nước đối với giáo dục sau đại học. Cần thiết phải thành lập các trung tâm kiểm định chất lượng thuộc Bộ GD&ĐT và các trung tâm kiểm định do tư nhân thành lập để có thể đánh giá khách quan, minh bạch chất lượng giáo dục sau đại học ■

# THỰC TRẠNG VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ TRỢ GIÚP XÃ HỘI ĐỐI VỚI TRẺ EM CÓ HOÀN CẢNH ĐẶC BIỆT

TÔ ĐỨC\*

*Hệ thống pháp luật về trợ giúp xã hội (TGXH) đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt đang từng bước được hoàn thiện nhằm bảo đảm tính đồng bộ, thống nhất, khả thi và bảo đảm thực hiện các cam kết quốc tế, phù hợp với xu thế hội nhập khu vực và quốc tế. Tuy nhiên, trong điều kiện kinh tế - xã hội hiện nay, pháp luật TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt còn bộc lộ nhiều bất cập, lạc hậu, chưa phù hợp với thực tế cuộc sống hoặc chưa được quy định, điều chỉnh; nhiều vấn đề cần phải nghiên cứu, làm rõ cả về phương diện lý luận và thực tiễn triển khai.*

## 1. Khái niệm pháp luật về trợ giúp xã hội đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt

TGXH ra đời cùng với sự hình thành và phát triển của xã hội loài người. Ngay từ khi chưa có Nhà nước, các cá nhân trong gia đình và cộng đồng đã tìm cách hỗ trợ, giúp đỡ cho những nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt và các thành viên của mình khi gặp rủi ro. Dân tộc ta có truyền thống “lá lành đùm lá rách; lá rách ít đùm lá rách nhiều...”, “tương thân, tương ái”, “bầu ơi thương lấy bí cùng” nên luôn có ý thức chia sẻ trách nhiệm của cộng đồng, xã hội đối với những trẻ em kém may mắn, gặp rủi ro về sức khỏe, về điều kiện sống. Đây là truyền thống nhân văn, nhân ái của dân tộc với sự chia sẻ trách nhiệm xã hội của cộng đồng.

Trong điều kiện ở nước ta, TGXH là sự giúp đỡ của Nhà nước và cộng đồng đối với

những cá nhân, gia đình hoặc nhóm xã hội yếu thế, bị tổn thương nhằm bảo đảm thực hiện các quyền cơ bản của công dân, đạt được mức sống tối thiểu và ổn định cuộc sống, hòa nhập cộng đồng. TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt là sự đảm bảo của Nhà nước và cộng đồng về các điều kiện sinh sống thiết yếu bằng các hình thức và biện pháp khác nhau đối với các nhóm trẻ em trong xã hội khi họ rơi vào hoàn cảnh rủi ro, bất hạnh, nghèo đói, yếu thế hoặc hững hờ trong cuộc sống mà bản thân có thể không được sống cùng với gia đình ở mức tối thiểu.

Công cụ hữu hiệu nhất để Nhà nước thực hiện các hoạt động TGXH là ban hành và bảo đảm thực hiện các quy phạm pháp luật (QPPL) về TGXH. Pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt là hệ

\* NCS, Khoa Luật, Học viện Khoa học xã hội.

thống các quy tắc xử sự chung do Nhà nước ban hành hoặc thừa nhận điều chỉnh các quan hệ xã hội phát sinh trong lĩnh vực tổ chức và thực hiện TGXH đối với các nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt về thể chất, tinh thần và điều kiện sống nhằm giảm bớt những khó khăn, bảo đảm thực hiện quyền TGXH, đạt được mức sống tối thiểu và ổn định cuộc sống, hòa nhập cộng đồng.

Pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt điều chỉnh các quan hệ xã hội diễn ra trong quá trình cung cấp các biện pháp công cộng cho trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt về thể chất, tinh thần và điều kiện sống. Phương pháp điều chỉnh của pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt được xác định trên cơ sở đặc điểm, tính chất của đối tượng điều chỉnh. Xuất phát từ tính chất của các quan hệ xã hội do pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt điều chỉnh, Nhà nước sử dụng tổng hợp nhiều phương pháp, trong đó có hai phương pháp chủ yếu thường dùng là phương pháp mệnh lệnh và phương pháp tùy nghi.

Pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt ghi nhận, khẳng định quyền được bảo đảm an sinh xã hội của trẻ em; phản ánh, thể hiện chính sách xã hội của Nhà nước trong từng thời kỳ phát triển của đất nước và là công cụ góp phần thực hiện công bằng xã hội. Pháp luật về TGXH ở Việt Nam có ba bộ phận chính cấu thành: Pháp luật về TGXH thường xuyên, pháp luật về TGXH đột xuất và pháp luật về chăm sóc xã hội.

## 2. Đánh giá pháp luật về trợ giúp xã hội đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt

### 2.1. Một số thành tựu

*Pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt ngày càng đầy đủ, toàn diện*

Pháp luật về TGXH là một trong những chế định được thiết lập, thể chế hóa dưới nhiều hình thức văn bản QPPL khác nhau, bao gồm Hiến pháp, Bộ luật Lao động, Luật Người khuyết tật, Luật Trẻ em, Luật Bảo

hiểm y tế, Luật Phòng, chống bạo lực gia đình. Hiện tại, có khoảng trên 25 văn bản dưới luật liên quan đến TGXH, gồm 6 nghị định của Chính phủ, 19 quyết định của Thủ tướng Chính phủ và thông tư, thông tư liên tịch có liên quan trực tiếp đến TGXH như Nghị định số 28/2012/NĐ-CP về hướng dẫn Luật Người khuyết tật, Nghị định số 136/2013/NĐ-CP quy định về chính sách TGXH đối với đối tượng bảo trợ xã hội thay thế Nghị định số 67/2007/NĐ-CP và Nghị định số 13/2010/NĐ-CP...

Các văn bản QPPL này đã quy định không chỉ các chế định về TGXH hàng tháng cho các nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt mà còn quy định về việc trợ giúp y tế, giáo dục, học nghề; trợ giúp đột xuất đối với các nhóm trẻ em gặp rủi ro trong cuộc sống và mạng lưới các cơ sở cung cấp các dịch vụ chăm sóc xã hội cho trẻ em.

Điều nữa là, nếu như trước đây, các văn bản QPPL chủ yếu tập trung giải quyết hậu quả, trợ giúp, chăm sóc, giáo dục một số nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt; chế độ, cơ chế TGXH phân tán, nhỏ lẻ, tác động đến nhiều nhóm đối tượng trẻ em cụ thể khác nhau, chẳng hạn, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 65/2005/QĐ-TTg chú trọng thí điểm một số mô hình chăm sóc trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt khó khăn dựa vào cộng đồng; Quyết định số 19/2004/QĐ-TTg tập trung giải quyết tình trạng trẻ em lang thang, trẻ em bị xâm hại tình dục, trẻ em lao động trong điều kiện nặng nhọc nguy hiểm; Quyết định số 84/2009/QĐ-TTg giải quyết các vấn đề chăm sóc và hỗ trợ cho trẻ em bị ảnh hưởng bởi HIV/AIDS..., thì đến nay, việc xây dựng pháp luật, chính sách, chương trình đến từng nhóm đối tượng trẻ em yếu thế trong xã hội đã được chuyển sang xây dựng khung pháp lý toàn diện, như Quốc hội đã thông qua Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em (năm 1991, sửa đổi năm 2004); Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 267/QĐ-TTg ngày 22/2/2011 nhằm phát triển toàn diện hệ thống bảo vệ trẻ em, trong đó có hoàn thiện

khuôn khổ pháp lý, bao gồm: luật các văn bản QPPL dưới luật liên quan đến bảo vệ trẻ em và các chính sách xã hội; Quyết định số 1555/QĐ-TTg ngày 17/10/2012 đã đưa ra khung chương trình, chính sách đầu tư cho trẻ em trung hạn và dài hạn nhằm hướng tới một khung chính sách toàn diện cho trẻ em và thúc đẩy việc chủ động phòng ngừa, can thiệp sớm, loại bỏ những nguy cơ cho mọi trẻ em trước khi bị tổn hại<sup>1</sup>. Đặc biệt là, ngày 5/4/2016 vừa qua, Quốc hội khóa XIII đã thông qua Luật Trẻ em tại kỳ họp thứ 11.

*Chế độ TGXH được điều chỉnh phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội*

Chế độ TGXH đối với các nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt đã được nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội của đất nước trong từng thời kỳ, với những ưu điểm như: (i) Có nhiều loại chế độ TGXH khác nhau để đáp ứng các loại nhu cầu khác nhau của các nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt. (ii) Chế độ TGXH thường xuyên đã được quy định căn cứ vào mức sống tối thiểu của cộng đồng dân cư để đảm bảo hỗ trợ chăm sóc, đáp ứng những nhu cầu cấp thiết, cơ bản trong cuộc sống hàng ngày của các nhóm trẻ em. (iii) Trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt hưởng chế độ TGXH đã được bổ sung thêm các chế độ trợ cấp một lần bằng tiền hay bằng hiện vật. (iv) Mức TGXH liên tục được điều chỉnh cho phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội và khả năng bố trí của ngân sách nhà nước (NSNN). Nghị định số 07/2000/NĐ-CP của Chính phủ quy định mức trợ giúp thường xuyên tối thiểu bằng 45 ngàn đồng/người/tháng; Nghị định số 67/2007/NĐ-CP quy định mức trợ giúp thường xuyên 120 ngàn đồng/người/tháng;

Nghị định số 13/2010/NĐ-CP quy định mức TGXH thường xuyên lên 180 ngàn đồng/người/tháng và Nghị định số 136/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định mức TGXH lên 270 ngàn đồng/người/tháng. “Mức TGXH thường xuyên được điều chỉnh đã phần nào giảm bớt khó khăn và cải thiện cuộc sống cho một số nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt”<sup>2</sup>.

*Từng bước tiếp cận theo quyền của trẻ em*

Trong giai đoạn vừa qua, hệ thống pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt được xây dựng “theo hướng tiếp cận từ đáp ứng nhu cầu trẻ em sang đảm bảo quyền cho mọi trẻ em trong xã hội”<sup>3</sup>. Quyền của trẻ em đã được pháp luật ghi nhận và bảo đảm thực hiện với nhiều nội dung cụ thể<sup>4</sup>: Quyền sống; quyền được khai sinh, có họ, tên và có quốc tịch; quyền được chăm sóc sức khỏe; quyền được chăm sóc, nuôi dưỡng; quyền được học tập, giáo dục và phát triển năng khiếu; quyền được vui chơi, giải trí; quyền được giữ gìn, phát huy bản sắc; quyền được tự do tín ngưỡng, tôn giáo; quyền có tài sản; quyền bí mật đời sống riêng tư; quyền được sống chung với cha, mẹ; quyền được đoàn tụ, liên hệ và tiếp xúc với cha mẹ; quyền được chăm sóc thay thế và nhận làm con nuôi; quyền được bảo vệ để không bị xâm hại tình dục; quyền được bảo vệ để không bị bóc lột sức lao động; quyền được bảo vệ để không bị bạo lực, bỏ mặc, bỏ rơi; quyền được bảo vệ để không bị bắt cóc và mua, bán; quyền được bảo vệ khỏi chất ma túy; quyền được bảo vệ trong tố tụng và xử lý vi phạm hành chính; quyền được bảo vệ khi gặp thiên tai, thảm họa, xung đột vũ trang; quyền được bảo đảm an

1 Xem Báo cáo đánh giá 9 năm thi hành Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em, (2014), Bộ Lao động-Thương binh và Xã hội (LĐ-TBXH).

2 Báo cáo đánh giá hệ thống pháp luật về TGXH giai đoạn 2000-2015, (2015), Bộ LĐ-TBXH.

3 Báo cáo đánh giá 9 năm thi hành Luật Bảo vệ, chăm sóc và giáo dục trẻ em, (2014), Bộ LĐ-TBXH.

4 Xem Luật Trẻ em năm 2016.

sinh xã hội; quyền được tiếp cận thông tin và tham gia hoạt động xã hội; quyền được bày tỏ ý kiến và được kết bạn, hội họp; quyền của trẻ em khuyết tật; quyền của trẻ em không quốc tịch, trẻ em lánh nạn, tị nạn.

### 2.2. Một số tồn tại, bất cập

*Thứ nhất, đối tượng trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt hưởng chế độ TGXH chưa được xác định đầy đủ:* (i) Chưa có sự thống nhất giữa việc xác định đối tượng trẻ em được hưởng chế độ TGXH với việc xác định độ tuổi của người lao động là người đủ 15 tuổi. Những người đã đủ 15 tuổi cần đi làm để tự nuôi sống bản thân nên cần nghiên cứu, không đưa nhóm đối tượng này vào hưởng chế độ TGXH, trừ trường hợp đặc biệt không thể đi làm kiếm sống; (ii) Điều kiện để trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt hưởng chế độ TGXH thường xuyên khá khắt khe dẫn đến số lượng đối tượng được thụ hưởng còn thấp. Điều kiện để các nhóm người dân và trẻ em gặp rủi ro trong cuộc sống được hưởng chế độ trợ giúp đột xuất còn dễ dàng, chưa chặt chẽ; (iii) Một số nhóm đối tượng yếu thế vẫn đang tiếp tục bị bỏ quên, trong khi các nhóm đối tượng khác mới này sinh do những biến cố kinh tế - xã hội cũng đang cần nghiên cứu, bổ sung vào nhóm đối tượng thụ hưởng TGXH. Nhóm đối tượng mới phát sinh do biến cố kinh tế - xã hội - tự nhiên đang rất cần được trợ giúp, ví dụ như nhóm trẻ em di cư, trẻ em là con của người lao động làm việc ở các khu vực phi chính thức ở nước ta hiện nay, có việc làm bấp bênh và nguồn thu nhập thấp, chưa được hưởng nhiều các chính sách an sinh xã hội, TGXH<sup>5</sup>. Đây là vấn đề cần nghiên cứu, bàn luận để sớm có cơ sở cho việc điều chỉnh bổ sung diện bao phủ của chính sách trợ giúp đến các nhóm đối tượng cần trợ giúp.

*Thứ hai, chế độ TGXH chưa hợp lý:* (i) Mức chuẩn chế độ TGXH và các mức chuẩn khác trong hệ thống an sinh xã hội chưa

được nghiên cứu để bảo đảm mỗi tương quan trong hệ thống như mức chuẩn bảo hiểm xã hội, mức sống tối thiểu, chuẩn nghèo; (ii) Mức chuẩn TGXH là 270.000 đồng/người/tháng vẫn còn khá thấp so với mức chuẩn nghèo của Việt Nam. Theo Quyết định số 59/2015/QĐ-TTg ngày 19/11/2015 của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành chuẩn nghèo tiếp cận đa chiều áp dụng cho giai đoạn 2016-2020 thì hộ nghèo ở khu vực nông thôn có thu nhập bình quân đầu người/tháng từ đủ 700.000 đồng trở xuống hoặc có thu nhập bình quân đầu người/tháng trên 700.000 đồng đến 1.000.000 đồng. Hộ nghèo ở khu vực thành thị có thu nhập bình quân đầu người/tháng từ đủ 900.000 đồng trở xuống hoặc có thu nhập bình quân đầu người/tháng trên 900.000 đồng đến 1.300.000 đồng. Hộ cận nghèo ở khu vực nông thôn là hộ có thu nhập bình quân đầu người/tháng trên 700.000 đồng đến 1.000.000 đồng. Hộ cận nghèo ở khu vực thành thị là hộ có thu nhập bình quân đầu người/tháng trên 900.000 đồng đến 1.300.000 đồng; (iii) Chế độ TGXH mang tính cào bằng và thay đổi chậm hơn so với biến động giá cả thị trường. Quy định về nguồn kinh phí dành cho trợ giúp không ngừng được bổ sung mở rộng, huy động tối đa khả năng tài chính của Nhà nước, địa phương. Tuy nhiên, cơ chế tự cân đối ngân sách cũng đang tạo nên sự chênh lệch và khác biệt giữa các địa phương về phân bổ ngân sách cho hoạt động TGXH, dẫn đến chế độ TGXH đối với các nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt là khác nhau ở các địa phương.

*Thứ ba, khung pháp lý TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt chưa được luật hóa.* Hệ thống pháp luật về TGXH nói chung và hệ thống pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt nói riêng bao gồm: pháp luật về TGXH thường xuyên,

5 Xem Nghiên cứu tổng quan về TGXH ở Việt Nam, (2014), Dự án Hỗ trợ cải thiện hệ thống TGXH thuộc Bộ LĐ-TBXH.

pháp luật về TGXH đột xuất và pháp luật về chăm sóc xã hội. Nhiều bộ, ngành đã chủ trì xây dựng, ban hành hoặc trình ban hành nhiều văn bản QPPL điều chỉnh các quan hệ trong lĩnh vực theo nhóm các vấn đề khác nhau liên quan đến trẻ em, dẫn đến sự chồng chéo, thậm chí mâu thuẫn. Đặc biệt, hệ thống các văn bản QPPL quy định về TGXH thường xuyên, chăm sóc xã hội được quy định tản mát, chia nhỏ các nhóm vấn đề cần điều chỉnh ở nhiều hình thức văn bản khác nhau... Do vậy, hiệu quả của TGXH còn thấp, các địa phương, tổ chức, trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt gặp nhiều khó khăn trong việc thực hiện, tiếp cận và thụ hưởng TGXH.

Pháp luật về TGXH còn thiếu đồng bộ, chưa nhất quán, chấp vá và mới chỉ dừng lại ở hình thức nghị định. Hiện có quá nhiều văn bản QPPL liên quan đến TGXH nhưng “chưa có văn bản luật để thống nhất điều chỉnh lĩnh vực này, đặc biệt là lĩnh vực TGXH thường xuyên, đột xuất, chăm sóc xã hội và lĩnh vực công tác xã hội”<sup>6</sup>. TGXH đối với các nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt nói riêng và các nhóm người dân yếu thế, dễ bị tổn thương nói chung đang trở thành những vấn đề xã hội bức xúc, cấp thiết trong điều kiện phát triển nền kinh tế thị trường hiện nay.

*Thứ tư, cơ chế bảo đảm quyền TGXH của trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt chưa đầy đủ và chưa hiệu quả:* Do điều kiện kinh tế - xã hội còn khó khăn, thiên tai xảy ra thường xuyên, nguồn lực thực hiện các chính sách xã hội cho trẻ em còn rất hạn hẹp, chủ yếu dựa vào NSNN; chưa động viên, thu hút được nhiều sự tham gia của xã hội và khuyến khích gia đình có trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt tự vươn lên. Bên cạnh đó, hệ thống pháp luật về TGXH chưa có cơ chế

hiệu quả bảo đảm cho trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt được hưởng mức tối thiểu các dịch vụ xã hội cơ bản như giáo dục, chăm sóc sức khỏe, đặc biệt ở khu vực miền núi, hải đảo, vùng đồng bào dân tộc thiểu số còn rất thấp. Điều kiện kinh tế - xã hội có sự chênh lệch giữa miền núi, vùng đồng bào dân tộc thiểu số với mức trung bình của cả nước còn lớn. Một số địa phương nghèo, có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, thu không đủ chi, thu không kịp nhu cầu chi dẫn đến tình trạng thực hiện chế độ TGXH còn chậm, thậm chí dồn 2 - 3 tháng mới thực hiện một lần đã làm đời sống của các nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt càng khó khăn hơn. Bên cạnh đó, điều kiện địa lý đa dạng, trải dài với văn hóa nhiều sắc tộc dẫn đến nhận thức của người dân ở các vùng miền khác nhau, nên hiệu quả bảo đảm thực hiện quyền của trẻ em còn hạn chế, nhiều địa phương chỉ tập trung chính vào đáp ứng nhu cầu của trẻ em<sup>7</sup>.

*Thứ năm, pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt chưa được nghiên cứu chuyên sâu, toàn diện:* Pháp luật TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt hiện nay bộc lộ nhiều nội dung bất cập, lạc hậu, không còn phù hợp với thực tế cuộc sống hoặc chưa được quy định, điều chỉnh; nhiều vấn đề cần phải được nghiên cứu, làm rõ cả về phương diện lý luận và thực tiễn triển khai. Làm thế nào để lấp đầy những khoảng trống trong hệ thống pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt? Làm thế nào để có những cơ chế TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt hiệu quả? Làm thế nào để Nhà nước và cộng đồng, các tổ chức, cá nhân trong và ngoài nước cùng chung tay, góp sức trợ giúp cho trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt hoà nhập cộng đồng, có cơ hội vươn lên trong cuộc sống, góp phần xây dựng nền

6 Đề xuất xây dựng Luật TGXH, (2015), Bộ LĐ-TBXH.

7 Xem Nghiên cứu tổng quan về TGXH ở Việt Nam, (2014), Dự án Hỗ trợ cải thiện hệ thống TGXH thuộc Bộ LĐ-TBXH.

an sinh xã hội tiên tiến ở Việt Nam? Đến thời điểm này, chưa có một công trình nào nghiên cứu vấn đề pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt một cách có hệ thống và toàn diện, chưa có công trình nào nghiên cứu vấn đề này trong mối quan hệ mật thiết với các điều kiện kinh tế - xã hội của Việt Nam để góp phần giải đáp phần nào những vấn đề nêu trên.

*Thứ sáu, cơ chế trợ giúp mang tính bao cấp, lạc hậu chưa phù hợp với điều kiện kinh tế thị trường:* Hiện nay, hệ thống TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt chủ yếu hoạt động theo cơ chế TGXH bao cấp, NSNN bảo đảm chi trả các chế độ TGXH và các hoạt động thường xuyên của cơ sở cung cấp dịch vụ chăm sóc xã hội công lập. Cơ chế TGXH còn cứng nhắc, chưa huy động được nguồn lực từ người dân, từ cộng đồng; “chưa tạo lập được cơ chế cạnh tranh, bình đẳng giữa cơ sở công lập và ngoài công lập; chưa có cơ chế tự chủ, cơ chế có thu phí trong các hoạt động TGXH”<sup>8</sup>. Quy định về nguồn kinh phí thực hiện trợ giúp như hiện nay thể hiện được vai trò, trách nhiệm của Nhà nước, nhất là các địa phương đối với công tác TGXH, đồng thời thể hiện được trách nhiệm của cộng đồng xã hội đối với các thành viên của mình. Tuy nhiên, qua quy định này cũng dễ dàng nhận thấy những bất cập như: (i) Kinh phí thực hiện TGXH chủ yếu dựa vào ngân sách địa phương tự cân đối. Điều này gây ra rất nhiều khó khăn cho những địa phương có nguồn thu ít hoặc các địa phương thường xảy ra thiên tai, dịch bệnh. Từ đó gây ra sự thiếu công bằng trong việc tiếp cận chính sách xã hội của người dân trong các địa phương khác nhau; (ii) Sự trợ giúp trên tinh thần từ thiện của cộng đồng xã hội cho công tác TGXH là thực sự cần thiết. Tuy nhiên, sự thiếu thuận tiện về mặt thủ tục và những

biểu hiện tiêu cực trong việc sử dụng các nguồn tài chính, hiện vật thực hiện TGXH (trong đó có phần đóng góp từ thiện của cộng đồng xã hội) đã làm ảnh hưởng không nhỏ tới sự tham gia của cộng đồng xã hội vào công tác này. Điều này thể hiện sự bất cập trong công tác quản lý nhà nước về công tác TGXH nói chung, quản lý nguồn tài chính thực hiện TGXH nói riêng, trong đó đáng chú ý là công tác tổ chức thực hiện TGXH.

Cơ chế trợ giúp bao cấp, lạc hậu chưa phù hợp với điều kiện kinh tế thị trường tác động không nhỏ đến hiệu quả của hoạt động TGXH. Những vấn đề này đang đặt ra nhiều thách thức lớn đối với hiệu quả hoạt động của hệ thống TGXH ở nước ta hiện nay.

### **3. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về trợ giúp xã hội đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt**

Pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt chịu sự tác động của nhiều yếu tố khách quan và chủ quan khác nhau. Cho nên, khi trong xã hội xuất hiện những điều kiện, tiền đề làm thay đổi các yếu tố này thì pháp luật tất yếu cần phải thay đổi để phù hợp với các yếu tố khách quan, chủ quan mới.

Trong bối cảnh hiện nay, định hướng hoàn thiện pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt ở nước ta hiện nay là ghi nhận quyền hưởng TGXH của trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt là một quyền cơ bản của công dân trong Hiến pháp; mở rộng các nhóm trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt được TGXH; phát triển các hình thức chăm sóc thay thế dựa vào cộng đồng; đổi mới cơ chế TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt phù hợp với nền kinh tế thị trường; phát triển các dịch vụ công tác xã hội với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt; xây dựng hệ thống quản lý trường hợp đối với trẻ em có hoàn

8 Báo cáo xây dựng Danh mục dịch vụ công về TGXH, (2015), Bộ LĐ-TBXH.

cảnh đặc biệt; xây dựng và ban hành Luật TGXH, Luật Công tác xã hội; thúc đẩy sự tham gia của doanh nghiệp xã hội<sup>9</sup>.

Để hoàn thiện pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt theo những định hướng nêu trên, chúng ta cần quan tâm thực hiện đồng bộ các nhóm giải pháp:

*Một là các giải pháp về xây dựng pháp luật gồm:* Đổi mới hệ thống TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt; cơ cấu lại tổ chức bộ máy quản lý về TGXH; rà soát, sắp xếp, bổ sung, sửa đổi và hoàn thiện pháp luật TGXH với tầm nhìn tổng thể và dài hạn; hoàn thiện pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt phù hợp với xu hướng khu vực ASEAN và quốc tế.

*Hai là các giải pháp về thực hiện pháp luật gồm:* Truyền thông, phổ biến giáo dục về pháp luật về TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt; nâng cao hiệu quả công tác TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt; chú trọng công tác thanh tra, kiểm tra việc thực hiện hệ thống chính sách đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt; tăng cường sự tham gia của chủ thể xã hội vào quá trình TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt; lồng ghép các chương trình TGXH đối với trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt với các chương trình phát triển kinh tế - xã hội; xây dựng môi trường văn hóa lành mạnh và nâng cao nhận thức và trách nhiệm của chính bản thân trẻ em ■

9 Tô Đức, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội (Học viện Khoa học xã hội), số 3, năm 2016.

## **Hoàn thiện chính sách...**

(Tiếp theo trang 40)

phân cấp cho Bộ KH&CN ban hành 03 danh mục này;

- Bổ sung quy định đối với loại hình đánh giá công nghệ, định giá công nghệ thuộc nhóm loại hình dịch vụ kinh doanh có điều kiện, đồng thời bổ sung quy định các tổ chức hoạt động đối với các dịch vụ trên đây cũng là các tổ chức dịch vụ có điều kiện.

*Thứ hai,* sửa đổi Luật SHTT, về quy định phương pháp xác định giá trị tài sản vô hình; quy định về các đối tượng sở hữu công nghiệp cho phù hợp với các Công ước Paris và Hiệp định TRIPs, cũng như các quy định của WTO, FTA, TPP... Hoàn thiện các quy định về thực thi quyền SHTT trong pháp luật hành chính; bổ sung quy định về giải quyết tranh chấp SHTT thông qua thương lượng, hoà giải.

*Thứ ba,* sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật về CGCN trong các quy định trong, Luật Xử lý vi phạm hành chính... để ngăn chặn và xử lý các hành vi gian lận, trốn lậu thuế, chuyên giá trong các hoạt động CGCN.

*Thứ tư,* sửa đổi, bổ sung các quy định của pháp luật về đầu tư, doanh nghiệp, công nghệ cao, thương mại, hải quan... theo hướng bắt buộc đối với tất cả các dự án đầu tư (như FDI, đầu tư trong nước) phải được thẩm định công nghệ trước khi cấp Giấy chứng nhận đầu tư và phải đăng ký chứng nhận hợp đồng CGCN với cơ quan quản lý KH&CN khi có giao dịch công nghệ phát sinh.

*Thứ năm,* sửa đổi, bổ sung các quy định trong pháp luật về KH&CN, doanh nghiệp, tín dụng, thuế, đầu tư mạo hiểm... để khuyến khích và đẩy mạnh hoạt động CGCN, ứng dụng và đổi mới, sáng tạo công nghệ tại các doanh nghiệp ■



# HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA NGHỊ ĐỊNH SỐ 179/2013/NĐ-CP VỀ XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH TRONG LĨNH VỰC BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG

LÊ THỊ HẰNG\*

*Hệ thống pháp luật quy định về xử phạt vi phạm hành chính (VPHC) trong lĩnh vực môi trường đang ngày một hoàn thiện và phát huy hiệu quả, đặc biệt là khi Nghị định số 179/2013/NĐ-CP (Nghị định 179) của Chính phủ ban hành ngày 14/11/2013 quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực bảo vệ môi trường (BVMT) được áp dụng, đã có tính răn đe cao đối với các tổ chức cố tình vi phạm. Nghị định đã chi tiết hóa về khung và mức phạt, mức phạt tiền được tăng cao; đảm bảo sự công bằng trong quá trình xử lý; định nghĩa rõ hơn các hành vi vi phạm để không bỏ sót các trường hợp vi phạm. Tuy nhiên, Nghị định 179 vẫn còn một số hạn chế cần được tiếp tục nghiên cứu, sửa đổi, hoàn thiện.*

## **Thứ nhất, về hành vi VPHC trong lĩnh vực BVMT**

Một số hành vi có cùng tính chất nhưng được quy định tại các điều khoản khác nhau dẫn đến sự lúng túng cho cơ quan, người có thẩm quyền xử phạt. Ví dụ, khoản 9 Điều 21 Nghị định 179 quy định xử phạt đối với hành vi chôn lấp, đổ, thải chất thải nguy hại không đúng quy định về BVMT có mức phạt từ 50 triệu đồng đến 01 tỷ đồng. Tuy nhiên, cũng hành vi thải chất thải nguy hại không đúng quy định, thì tại khoản 2 Điều 19 cũng có quy định xử phạt từ 5 triệu đến 10 triệu đối với hành vi “xả, thải dầu mỡ, hóa chất độc hại, chất thải nguy hại... vào môi trường nước”. Vậy, áp dụng như thế nào, khi nào thì áp dụng theo khoản 9 Điều 21 và khi nào thì áp dụng theo khoản 2 Điều 19?

Nghị định 179 cũng chưa có quy định đối với các hoạt động nhập khẩu, phá dỡ tàu biển đã qua sử dụng; các hành vi liên quan đến quản lý chất thải và phế liệu; đánh giá tác động môi trường; kế hoạch BVMT; phương án cải tạo và phục hồi môi trường và một số hành vi khác. Luật BVMT năm 2014 đã có nhiều sửa đổi nhưng Nghị định 179 chưa điều chỉnh kịp thời. Hành vi vi phạm quy định còn rộng, các quy định chưa có tính răn đe đối với tổ chức, cá nhân có vi phạm ở mức độ nghiêm trọng, khối lượng xả thải lớn và chưa hợp lý đối với tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm ở mức độ ít nghiêm trọng. Hơn nữa, có nhiều quy định còn mang tính định tính, chưa được lượng hoá. Ví dụ, khoản 1 Điều 15 Nghị định 179 quy định về xử phạt đối với hành vi “thải

\* ThS, Trưởng Chính trị Nguyễn Chí Thanh, tỉnh Thừa Thiên Huế.

mùi hôi thối vào môi trường”, nhưng chưa có căn cứ quy định như thế nào là mùi hôi thối, gây khó khăn khi áp dụng trên thực tiễn. Các hành vi để lẫn chất thải nguy hại cũng chưa được lượng hóa bằng con số cụ thể nên sẽ không công bằng khi xử lý việc để lẫn chất thải nguy hại với số lượng ít và nhiều.

**Thứ hai, thẩm quyền xử phạt VPHC**

*Một là*, số lượng chức danh có thẩm quyền xử phạt VPHC trong lĩnh vực BVMT chưa đủ, chưa đáp ứng yêu cầu của thực tiễn. Nghị định 179 quy định về những chức danh trực tiếp thi hành công vụ (như chiến sĩ Công an nhân dân, Thanh tra viên chuyên ngành BVMT, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành BVMT; Bộ đội biên phòng, Kiểm lâm viên, chiến sĩ Cảnh sát biển, Hải quan, Quản lý thị trường, Thuế, Cảng vụ hàng hải, Cảng vụ đường thủy nội địa) còn ít, mà phần lớn là các chức danh lãnh đạo. Trong khi những người trực tiếp thi hành công vụ lại là những người nắm bắt, kiểm soát và phát hiện VPHC trực tiếp và thường xuyên nhất.

*Hai là*, việc quy định các chức danh có thẩm quyền xử phạt tuy đã xác định được các chủ thể có thẩm quyền một cách rõ ràng, nhưng việc liệt kê này lại không đầy đủ, linh hoạt trong việc huy động các nguồn lực tham gia đấu tranh, phòng chống VPHC trong lĩnh vực BVMT. Chẳng hạn như: ngoài Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp, chiến sĩ Công an nhân dân, Thanh tra chuyên ngành... thì còn quy định Bộ đội biên phòng, Cảnh sát biển, Hải quan, Kiểm lâm, Quản lý thị trường, Thuế, Cảng vụ hàng hải, Cảng vụ đường thủy nội địa có thẩm quyền xử phạt nhưng lại không quy định thẩm quyền của một số chức danh khác như Cục trưởng Cục Kiểm soát hoạt động BVMT hay Chi cục BVMT, Chi cục An toàn thực phẩm,... nên đã làm giảm đáng kể việc huy động các nguồn lực của một số cơ quan thực thi pháp luật.

*Ba là*, phân định thẩm quyền xử phạt chưa hợp lý. Điểm o khoản 1 Điều 54 Nghị định 179 quy định: Cảnh sát phòng, chống tội phạm về môi trường có thẩm quyền xử phạt VPHC theo thẩm quyền, thuộc lĩnh vực và phạm vi quản lý của mình quy định tại Nghị định này, trừ các hành vi vi phạm về thủ tục hành chính và hoạt động quản lý nhà nước thuộc trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước về BVMT được quy định tại các Điều 8, 9, 10, 11 và 12; các khoản 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 và 8 Điều 21; các khoản 1, 2, 3, 4, 5, 6 và 7 Điều 22; các khoản 1, 2, 3, 4, 5 và 6 Điều 23; khoản 1 và khoản 2 Điều 24; các Điều 26, 27, 28, 34, 37, 38 và 40 của Nghị định này. Quy định này đã bộc lộ những bất cập như: các điều, khoản không giao thẩm quyền cho Cảnh sát môi trường được xử phạt hành chính nêu trên không chỉ thuần túy là những hành vi vi phạm về thủ tục hành chính trong hoạt động quản lý nhà nước, mà trong một hành vi đã bao gồm cả hành vi gây ô nhiễm hoặc đi liền với hành vi vi phạm về BVMT khác. Trong thực tế, khi thực hiện công tác phòng ngừa, đấu tranh với các VPHC về BVMT của lực lượng Cảnh sát môi trường, để kiểm tra, đối chiếu, so sánh hành vi của tổ chức, cá nhân có trái với các quy định của pháp luật, hồ sơ pháp lý về BVMT mà tổ chức, cá nhân đó báo cáo hay không thì lực lượng này phải kiểm tra thực tế hồ sơ (cam kết BVMT, báo cáo đánh giá tác động môi trường...). Việc khoanh vùng thẩm quyền xử lý VPHC, không giao thẩm quyền kiểm tra, xử lý các vi phạm về thủ tục hành chính và hoạt động quản lý nhà nước đã gây khó khăn, cản trở rất lớn đến hiệu quả công tác phòng ngừa, đấu tranh với vi phạm pháp luật nói chung và VPHC về BVMT nói riêng của lực lượng Cảnh sát môi trường.

*Bốn là*, quy định mâu thuẫn ngay trong điều luật và với các luật chuyên ngành khác. Điểm m khoản 1 Điều 54 Nghị định 179 quy

định về thẩm quyền của Công an cấp huyện, theo đó, Công an cấp huyện có thẩm quyền xử phạt VPHC theo thẩm quyền, thuộc lĩnh vực và phạm vi quản lý của mình đối với các hành vi VPHC trong lĩnh vực BVMT, được quy định tại các Điều 20, 30, 31, 41, 42, 43, 45, 48 và 49 của Nghị định này. Tuy nhiên, điểm o khoản 1 Điều 54 lại quy định: Cảnh sát phòng chống tội phạm về môi trường có thẩm quyền xử phạt VPHC theo thẩm quyền, thuộc lĩnh vực và phạm vi quản lý của mình quy định tại Nghị định này, trừ các hành vi vi phạm về thủ tục hành chính và hoạt động quản lý nhà nước thuộc trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước về BVMT được quy định tại các Điều 8, 9, 10, 11 và 12; các khoản 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 và 8 Điều 21; các khoản 1, 2, 3, 4, 5, 6 và 7 Điều 22; các khoản 1, 2, 3, 4, 5 và 6 Điều 23; khoản 1 và khoản 2 Điều 24; các Điều 26, 27, 28, 34, 37, 38 và 40 của Nghị định này. Như vậy, theo Nghị định 179 thì Đội Cảnh sát môi trường ở Công an huyện không được xử phạt theo thẩm quyền của lực lượng Cảnh sát môi trường đối với các điều khoản quy định tại điểm o khoản 1 Điều 54. Đây là vấn đề mâu thuẫn giữa các điểm trong cùng một điều, khoản của Nghị định 179.

Ngoài ra, khoản 2 Điều 54 quy định: Người có thẩm quyền xử phạt VPHC trong lĩnh vực BVMT tại điều, khoản nào của Nghị định này thì chỉ được thực hiện các biện pháp nghiệp vụ, điều tra, kiểm tra, thanh tra về BVMT trong phạm vi các điều, khoản đó của Nghị định này; trường hợp phát hiện cá nhân, tổ chức có hành vi vi phạm không thuộc thẩm quyền xử phạt của mình thì phải thông báo và phối hợp ngay với cơ quan, người có thẩm quyền xử phạt VPHC trong lĩnh vực BVMT đối với hành vi đó để kiểm tra, thanh tra và xử lý vi phạm theo quy định của pháp luật. Quy định này chưa phù hợp với các văn bản pháp luật

khác như: Luật Xử lý VPHC, Luật Công an nhân dân, Pháp lệnh Cảnh sát môi trường năm 2014, Quyết định số 151/2008/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về ban hành Quy chế áp dụng biện pháp công tác nghiệp vụ trong phòng, chống tội phạm của lực lượng Cảnh sát nhân dân, thể hiện: lực lượng Cảnh sát môi trường thực hiện các biện pháp nghiệp vụ không chỉ để xử lý vi phạm mà còn để phòng ngừa, ngăn chặn tội phạm và vi phạm pháp luật về BVMT, mà muốn làm tốt điều đó thì buộc phải thực hiện các biện pháp nghiệp vụ của ngành Công an. Hoạt động thực hiện biện pháp nghiệp vụ của lực lượng Cảnh sát môi trường để phục vụ công tác đấu tranh xử lý theo quy định của pháp luật và thẩm quyền xử phạt VPHC của lực lượng Cảnh sát môi trường là hai phạm vi khác nhau. Không thể cho rằng, Cảnh sát môi trường chỉ được tiến hành biện pháp nghiệp vụ đối với những hành vi VPHC thuộc thẩm quyền được giao trong Nghị định 179, còn những hành vi vi phạm về BVMT khác thì lực lượng Cảnh sát môi trường không được tiến hành các biện pháp nghiệp vụ. Như vậy, quy định tại khoản 2 Điều 54 nêu trên chỉ cho phép Cảnh sát môi trường thực hiện biện pháp nghiệp vụ trong phạm vi các điều khoản quy định tại điểm o khoản 1 Điều 54 là không phù hợp với các quy định trong các luật liên quan đến chức năng của lực lượng Cảnh sát môi trường.

### ***Thứ ba, chế tài xử phạt VPHC trong lĩnh vực môi trường***

Tại Nghị định 179, mức phạt cảnh cáo chưa được đặt ra đối với những lỗi vi phạm các thủ tục hành chính hoặc những lỗi hành vi không dẫn tới ô nhiễm, tai biến hay suy thoái chất lượng các thành phần môi trường là chưa phù hợp với tính chất, mức độ vi phạm của các hành vi này, và mức phạt cần phải mang tính định biến, từ thấp đến cao mới bảo đảm công bằng trong xử phạt đối với những loại hành vi này.

Các hình thức xử phạt và mức phạt còn quy định chung cho các hành vi mà không xem xét đến quy mô, mức độ vi phạm của từng doanh nghiệp; chưa đảm bảo nguyên tắc “người gây ô nhiễm phải trả tiền”, chưa đảm bảo công bằng trong xử phạt. Cụ thể như:

- Không có sự phân định mức xử phạt theo quy mô sản xuất nên đối với những cơ sở sản xuất nhỏ lẻ, đặc biệt là hộ sản xuất kinh doanh thì họ không có điều kiện nộp phạt, dễ dẫn đến chây ì, không chấp hành quyết định xử phạt hoặc phá sản.

- Về hình thức xử phạt bổ sung “tịch thu tang vật phương tiện vi phạm” không nên áp dụng cho hành vi quy định tại khoản 1 Điều 19 “chôn vùi hoặc thải vào đất các chất ô nhiễm ở thể lỏng, bùn, chất thải vệ sinh hàm cầu không đúng quy định” và hành vi quy định tại khoản 4 Điều 20 “hành vi chuyên giao, cho, bán chất thải rắn thông thường cho đơn vị không có chức năng, năng lực xử lý chất thải rắn thông thường theo quy định; chôn lấp, đổ, thải chất thải rắn thông thường không đúng nơi quy định hoặc không đúng quy định về BVMT...”. Các hành vi vi phạm này tuy xảy ra phổ biến nhưng với quy mô nhỏ, tính chất không nghiêm trọng, trong khi tang vật, phương tiện sử dụng thường là các xe ô tô có giá trị lớn (hàng trăm triệu đồng). Mức phạt tiền ở các hành vi này tùy theo khối lượng chất thải. Do đó, đối với khối lượng chất thải ít thì mức phạt tiền lại hơi nhẹ, mà áp dụng hình thức xử phạt bổ sung thì hơi nặng. Do đó, nên tăng mức tiền phạt mà bỏ quy định tịch thu tang vật, phương tiện vi phạm trong trường hợp này thì hợp lý hơn.

- Việc quy định xử phạt đối với hành vi “đề lẫn chất thải nguy hại khác loại với nhau hoặc đề lẫn chất thải nguy hại với chất thải khác” quy định tại khoản 6 Điều 21 là quy định chung cho các doanh nghiệp có hành vi vi phạm mà không theo mức độ vi phạm.

Vì vậy, đối với một số doanh nghiệp số lượng chất thải nguy hại phát sinh không nhiều, chỉ tương đương với một hộ gia đình cá nhân thì mức phạt cũng tương đương với các doanh nghiệp có số lượng chất thải nguy hại phát sinh nhiều gấp nhiều lần, là không công bằng cho các doanh nghiệp này. Điều này sẽ gây phản ứng cho các doanh nghiệp, gây khó khăn cho việc xử lý vi phạm của cơ quan có thẩm quyền.

- Về biện pháp khắc phục hậu quả: Tại điểm n khoản 3 Điều 4 Nghị định 179 quy định biện pháp truy thu số phí BVMT nộp thiếu, trốn nộp theo quy định; buộc chi trả kinh phí trung cầu giám định, đo đạc và phân tích mẫu môi trường trong trường hợp có vi phạm về xả chất thải vượt quy chuẩn kỹ thuật môi trường hoặc gây ô nhiễm môi trường theo định mức, đơn giá hiện hành là biện pháp khắc phục hậu quả. Theo chúng tôi, Luật Xử lý VPHC không quy định biện pháp này là biện pháp khắc phục hậu quả. Xét dưới góc độ lý luận thì biện pháp trên không phải biện pháp khắc phục hậu quả vì bản chất của biện pháp khắc phục hậu quả là biện pháp nhằm làm giảm bớt thiệt hại do VPHC gây ra. Việc buộc trả kinh phí trung cầu giám định thể hiện sự cưỡng chế của Nhà nước nhằm bảo đảm thi hành các biện pháp xử lý VPHC chứ không phải thiệt hại do VPHC gây ra. Như vậy, biện pháp này là một biện pháp độc lập trong cưỡng chế thi hành các quyết định xử phạt VPHC.

- Quy định mức và khung tiền phạt: Điều quan trọng trong phạt tiền là phân định rõ khung tiền phạt. Luật Xử lý VPHC chỉ quy định mức phạt tiền tối đa trên các lĩnh vực, còn ở Nghị định 179 mặc dù có liệt kê ra các hành vi vi phạm và mức phạt nhưng mức phạt từ tối thiểu đến tối đa là khá xa (ví dụ, điểm c khoản 9 Điều 35 quy định: “Phạt tiền từ 200.000.000 đồng đến 300.000.000 đồng trong trường hợp khối lượng dầu từ 10 tấn đến dưới 20 tấn đối với vi phạm các quy

định về hoạt động ứng phó sự cố tràn dầu”. Quy định như vậy sẽ rất dễ gây ra sự tùy tiện trong việc quyết định mức phạt. Đồng thời, việc quy định hình thức phạt tiền tối thiểu và tối đa cho từng loại vi phạm là rất cứng nhắc, không hợp lý, nhất là khi tình hình kinh tế của đất nước thay đổi hàng ngày, làm cho văn bản không có tính dự báo cao. Nhiều khi mọi quy định xử phạt VPHC vẫn hợp lý nhưng mức phạt tiền này đã trở thành thấp, làm cho pháp luật lạc hậu hơn so với thực tế cuộc sống.

Từ những hạn chế trên, chúng tôi đề xuất một số giải pháp sau:

*Một là*, cần có các nghiên cứu chuyên sâu về cơ sở thực hiện nguyên tắc “người gây ô nhiễm phải trả tiền và công bằng trong xử lý”, để làm cơ sở phân định mức xử phạt đối với quy mô sản xuất của từng đối tượng vi phạm. Nghiên cứu sự tác động của tình hình kinh tế đất nước, các yếu tố thị trường, mối quan hệ giữa chi phí và lợi ích trong VPHC về BVMT và lợi ích kinh tế thu được để xây dựng cơ sở quy định mức phạt tiền, nhằm bảo đảm sự ổn định của các văn bản pháp luật về xử phạt và không lạc hậu so với thực tế.

Muốn vậy, cần xác định lại tính chất và cách áp dụng của các hình thức xử phạt. Đối với việc xác định đây có phải là vi phạm lần đầu hay không để áp dụng hình phạt cảnh cáo thì cơ quan chức năng có thẩm quyền phải thiết lập cơ sở dữ liệu một cách công khai, minh bạch về những trường hợp VPHC, căn cứ vào đó, người có thẩm quyền có thể xử phạt khách quan, chính xác.

Về khung phạt tiền, không nên quy định khung quá rộng và cách xa nhau. Để phù hợp điều kiện kinh tế - xã hội hiện nay, tránh sự lạc hậu của pháp luật, mức phạt tiền

không nên quy định theo số tiền cụ thể mà nên theo một con số trên tỷ lệ nhất định so với mức lương tối thiểu nhằm bảo đảm quy phạm có giá trị lâu dài, không phải sửa đổi nhiều do sự thay đổi của tình hình kinh tế.

*Hai là*, sửa đổi một số quy định trong Nghị định 179:

- Khoản 6 Điều 21 “Hành vi để lẫn chất thải nguy hại khác loại với nhau hoặc để lẫn chất thải nguy hại với chất thải khác...” nên sửa đổi bằng cách lượng hóa con số cụ thể (dưới bao nhiêu kg... để có sự công bằng trong việc xử phạt đối với doanh nghiệp để lẫn hàng tấn chất thải nguy hại phải khác với doanh nghiệp để lẫn 01 giẻ lau dính dầu - 0,2 gam).

- Sửa đổi Điều 40: “Vi phạm các quy định về hoạt động dịch vụ quan trắc môi trường”. Hiện nay, các hoạt động dịch vụ quan trắc môi trường đã được cấp phép giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh và hoạt động nhiều, nhưng chất lượng mẫu thử chưa đảm bảo, theo Nghị định 179 xử phạt cao nhất đối với hành vi này là 100.000.000 đồng, đề nghị có mức phạt cao nhất đến 500.000.000 đồng.

- Sửa đổi lại điểm o khoản 1 Điều 54 theo hướng tăng thêm thẩm quyền cho lực lượng Cảnh sát môi trường vì trong thời gian qua, lực lượng này đã phát hiện, điều tra, khám phá trên 38.830 vụ vi phạm pháp luật về môi trường, trong đó xử phạt vi phạm hành chính tổng số tiền 437,576 tỷ đồng, đồng thời, kiến nghị truy thu phí bảo vệ môi trường trên 150 tỷ đồng<sup>1</sup>. Riêng trong năm 2015, đã phát hiện 13.784 vụ, trong đó có 11.118 cá nhân, 2.474 tổ chức VPPL về môi trường, đã xử phạt vi phạm hành chính 8.205 vụ với 6.863 cá nhân, 2.077 tổ chức, với số tiền là 110,77 tỷ đồng<sup>2</sup>, trong đó có

1 Theo Website: <http://www.canhsatmoitruong.gov.vn>, truy cập ngày 29/11/2013.

2 Theo Website: <http://www.canhsatmoitruong.gov.vn>, truy cập ngày 7/1/2016.

nhiều vụ việc gây bức xúc trong dư luận và bất bình trong nhân dân, nên việc hạn chế thẩm quyền xử phạt VPHC của lực lượng Cảnh sát môi trường có nguy cơ bỏ lọt VPHC và tội phạm môi trường.

*Ba là*, bổ sung một số quy định trong Nghị định 179:

- Bổ sung quy định về các hành vi vi phạm đối với hoạt động nhập khẩu, phá dỡ tàu biển đã qua sử dụng; các hành vi liên quan đến quản lý chất thải và phế liệu, đánh giá tác động môi trường; xử phạt đối với vi phạm về thải bụi, khí thải có chứa các thông số môi trường không nguy hại vào môi trường trong trường hợp không xác định được lưu lượng thải. Hiện nay, đối với các loại hình sản xuất, kinh doanh xay xát, lau bóng gạo, sấy lúa; các loại hình hoạt động gây mùi, bụi phát tán ra môi trường xung quanh... đều không xác định được lưu lượng thải nên không thể áp dụng xử phạt được nên cần bổ sung quy định này.

- Bổ sung thẩm quyền xử phạt của Cảnh sát môi trường cấp huyện và của cơ quan Chi cục BVMT, Chi cục An toàn thực phẩm. Bổ sung hình thức buộc công khai xin lỗi trong biện pháp chế tài xử phạt.

*Bốn là*, bãi bỏ một số quy định trong Nghị định 179:

- Bãi bỏ điểm c khoản 1 Điều 8; điểm c khoản 2 Điều 8; điểm g khoản 2 Điều 9; điểm c khoản 3 Điều 9 đối với “hành vi thực hiện không đúng, không đầy đủ chương trình quan trắc, giám sát môi trường theo quy định (về vị trí, tần suất hoặc thông số giám sát môi trường)”, bởi vì việc thực hiện thu mẫu kiểm soát sẽ giúp cơ sở sản xuất kinh doanh có biện pháp kịp thời đối với các thông số trong mẫu thử vượt quy định. Tuy nhiên, khi thanh, kiểm tra ngoài các thông số trong đề án BVMT, báo cáo đánh giá tác động môi trường,... được phê duyệt, có quyền thu thêm các thông số khác ngoài các

thông số trong đề án BVMT, báo cáo đánh giá tác động môi trường,... nếu có thông số vượt vẫn phạt. Do đó, hành vi này khó thực thi trong thực tế.

- Bãi bỏ khoản 1 Điều 15: “Phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền đến 1.000.000 đồng đối với hành vi thải mùi hôi thối gây ảnh hưởng tới sức khỏe con người ra môi trường”. Việc thải mùi hôi thối áp dụng quá chung chung, đề nghị bãi bỏ, bởi việc nhận biết mùi bằng cảm quan rất khó áp dụng, mỗi người ngửi mùi khác nhau, mỗi ngành nghề có mùi đặc trưng. Hơn nữa, các thông số gây mùi như NH<sub>3</sub>, H<sub>2</sub>S,... đã có quy định nếu so sánh vượt quy chuẩn hiện hành sẽ bị xử phạt.

- Bãi bỏ khoản 2 Điều 54 quy định khi lực lượng Công an nhân dân tiến hành hoạt động nghiệp vụ điều tra đối với hành vi vi phạm trong lĩnh vực BVMT, đặc biệt là vi phạm hoạt động xử lý chất thải nguy hại (đang diễn ra rất phức tạp, nghiêm trọng) phải thông báo và phối hợp ngay với cơ quan quản lý nhà nước - như vậy là đã hành chính hoá hoạt động nghiệp vụ của lực lượng Công an nhân dân, không bảo đảm yêu cầu nghiệp vụ và nguyên tắc bí mật trong phòng, chống tội phạm liên quan đến các Điều 21, 22, 23, 24, 26, 27 và 34 Nghị định 179.

Tóm lại, Nghị định 179 đã phát huy hiệu quả và là công cụ hữu hiệu trong công tác BVMT. Tuy nhiên, khi Luật BVMT năm 2014 và một số luật chuyên ngành khác được ban hành sau năm 2013 với nhiều quy định mới về BVMT, nên một số quy định trong Nghị định 179 đã bộc lộ những hạn chế nhất định. Do đó, việc nghiên cứu, sửa đổi Nghị định 179 cho phù hợp với thực tế là cần thiết, điều này sẽ góp phần quan trọng vào hoàn thiện pháp luật xử phạt VPHC về BVMT nhằm đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội của đất nước theo hướng tăng trưởng xanh và bền vững ■

# PHÁP LUẬT VỀ BIỂU TÌNH CỦA CỘNG HÒA PHÁP

NGUYỄN HOÀNG ANH\*

NGUYỄN VĂN QUÂN\*\*

## Dẫn nhập

Khi nghiên cứu pháp luật của Pháp, đặc biệt là luật hiến pháp và hành chính, ngoài các văn bản quy phạm pháp luật thực định, cần đặc biệt chú ý tới các án lệ và phán quyết của Hội đồng bảo hiến (HĐBH - Conseil constitutionnel) và Tham chính viện (Conseil d'État). Liên quan đến biểu tình, chúng ta không thể tìm thấy quy định về quyền biểu tình (QBT) trong Hiến pháp hay các văn bản pháp luật khác. Văn bản hiềm hoi của hệ thống pháp luật Pháp quy định về QBT là Bộ luật Hình sự, nhưng lại quy định một cách gián tiếp về quyền này: Điều 431-1 Bộ luật Hình sự Pháp quy định về Tội cản trở tự do biểu tình (TDBT). Theo đó, người cản trở TDBT sẽ bị phạt 03 năm tù giam và 45.000 euros tiền phạt. Như vậy, văn bản này xác nhận sự tồn tại của QBT, dù nhà làm luật không đưa ra định nghĩa cụ thể về biểu tình nhưng lại trừng trị các hành vi không tuân thủ quyền này, có nghĩa là gián tiếp công nhận quyền cơ bản này. Dù QBT không được quy định một cách trực

tiếp trong các văn kiện pháp lý, nhưng không vì thế mà hiểu rằng, QBT của người dân Pháp không được tôn trọng và bảo vệ, trái lại Pháp là quốc gia nổi tiếng bởi văn hóa đình công và biểu tình.

## 1. Biểu tình: quyền con người cơ bản

QBT không được ghi nhận một cách cụ thể trong Hiến pháp của Pháp (Hiến pháp năm 1958) cũng như các bản Hiến pháp trước đây, dù trong các quy định của các Hiến pháp này (1791, 1793, 1848) thừa nhận công dân có quyền tụ họp (droit de s'assembler) hòa bình, nhưng không phân biệt giữa tự do hội họp (liberté de réunion), tự do về hội (liberté d'association) và TDBT (liberté de manifestation).

Tuy nhiên, điều này không có nghĩa là biểu tình không phải là quyền hiến định. Trong hệ thống pháp luật Pháp, nguồn luật hiến pháp không chỉ tìm thấy trong bản thân Hiến pháp - mà trong một chính thể các văn bản có giá trị Hiến pháp (bloc de constitutionalité) hay thông qua các phán quyết của HĐBH (Conseil Constitutionnel).

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

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

TDBT được thừa nhận như một nguyên tắc hiến định trong phán quyết ngày 18/01/1995 của HĐBCH về một luật liên quan đến an ninh. Luật này trao cho Tòa án hình sự khả năng tạm thời một cá nhân bị kết án tham gia biểu tình ở một số nơi định rõ trong bản án. HĐBCH đánh giá rằng, một biện pháp như thế không có tính chất “chối bỏ rõ ràng các đòi hỏi về tự do cá nhân, tự do đi lại và quyền biểu đạt tập thể các ý tưởng và quan điểm”. Nói cách khác, HĐBCH công nhận các kiểm soát mang tính tương xứng, khi xác nhận “sự hòa hợp giữa các đòi hỏi của trật tự công với việc bảo đảm các quyền tự do được Hiến pháp bảo vệ”. Như vậy, đối với HĐBCH, TDBT thuộc về nhóm các quyền được Hiến pháp bảo vệ. Tuy nhiên, đây không phải là một quyền độc lập mà được xem như một phần của tự do biểu đạt<sup>1</sup> (*liberté d’expression*).

Ngoài ra, QBT được bảo đảm trong pháp luật Liên minh châu Âu. Bởi vì, pháp luật liên minh châu Âu giữ vai trò và vị trí nền tảng trong kim tự tháp trật tự các quy phạm pháp luật của Pháp.

TDBT là một phần của tự do “hội họp hòa bình” được quy định tại Điều 21 Công ước quốc tế 1966 về các Quyền dân sự và chính trị và Điều 11 Công ước châu Âu về Quyền con người<sup>2</sup>. Đây là sự không tách bạch rõ giữa “biểu tình” và “hội họp hòa bình” trong các văn kiện pháp luật quốc tế. Tuy nhiên, các án lệ (phán quyết) của Tòa

án nhân quyền châu Âu thể hiện rõ ràng sự phân biệt này. Chúng ta có thể nêu ra một số án lệ điển hình:

Liên quan đến chế độ khai báo trước mà cơ quan công quyền có thể đặt ra đối với TDBT, ngay từ năm 1979 Ủy ban Nhân quyền châu Âu đã đánh giá rằng, việc đặt quyền TDBT dưới một cơ chế “khai báo trước” (*déclaration préalable*) tự thân nó không làm vi phạm Điều 11 Công ước 1950, và có thể xem là cần thiết, bởi vì trình tự này cho phép cơ quan công quyền đảm bảo tính chất “hòa bình” của việc tụ tập<sup>3</sup>. Trái lại, trong phán quyết ngày 21/10/2001 *Alekseyev c/ Russie*, Tòa án nhân quyền châu Âu đánh giá rằng, các quyết định trong 03 năm liên tiếp của Thị trưởng Matxcova cấm các cuộc tuần hành của giới đồng tính có tên “*Gay Pride*” là không phù hợp với Điều 11 Công ước 1950. Tòa án suy luận rằng, trong trường hợp nêu trên, sự cần thiết của việc hạn chế TDBT không rõ ràng do các quyết định không nêu ra được lý do chính đáng, và cơ sở của các quyết định của nhà cầm quyền Matxcova chủ yếu dựa trên tinh thần bài đồng tính hơn là sự cần thiết của trật tự công cộng<sup>4</sup>. Cũng theo Tòa, sự cần thiết cũng không dựa trên lý do chính đáng khi việc cấm đoán tác động tới những người đối lập với chính quyền đương nhiệm<sup>5</sup>, hay khi cơ quan công quyền áp đặt cho những người tổ chức biểu tình một số đòi hỏi không được luật dự liệu<sup>6</sup>.

1 Xem: *Décis*, n 94-351 DC du 18 janv. 1995.

2 Khoản 1 Điều 11 như sau: “Mọi người đều có quyền tự do hội họp hòa bình và tự do lập hội với những người khác, bao gồm quyền thành lập và gia nhập công đoàn để bảo vệ lợi ích của mình”.

Ngay từ năm 1979, Ủy ban Nhân quyền châu Âu đã đưa ra diễn giải rất rộng rãi và cởi mở Điều 11 Công ước 1950. Theo đó, quyền tự do hội họp bao gồm quyền của các cá nhân tụ họp để quảng bá lợi ích chung của mình một cách hòa bình, nhân các cuộc hội họp riêng tư hoặc công cộng.

3 *Commission*, 10 oct. 1979, *Rassemblement jurassin c/ Suisse*.

4 *CEDH*, 21 oct. 2001, *Alekseyev c/ Russie*, req n. 4916/07.

5 *CEDH*, 2 février 2010, *Parti populaire démocratique chrétien c/ Moldavie*, req. n. 25196/04.

6 *CEDH*, 3 mai 2007, *Baczowski et a. c/ Pologne*, req. n. 1543/06.



### 2. Nhận thức về quyền (tự do) biểu tình trong pháp luật Pháp

Tại Pháp, các nhóm họp “nhất thời” bao gồm hội họp và biểu tình:

Tự do nhóm họp (hay hội họp) thường được luật thực định thừa nhận và đưa ra một cơ chế tương đối tự do. Mặc dù, hình thức nhóm họp mang tính “đột xuất” và “nhất thời” này không được định nghĩa một cách cụ thể trong bất kỳ văn bản pháp lý nào, nhưng chúng ta có thể chỉ ra 03 đặc trưng cơ bản sau đây của nhóm họp:

Đặc trưng thứ nhất là tính không liên tục hay tính nhất thời. Hội họp hay biểu tình thường diễn ra trong một khoảng thời gian nhất định và có thể những người tham gia sẽ không bao giờ gặp lại nhau. Và việc nhóm họp không có khuynh hướng kéo dài. Đặc tính này giúp phân biệt nhóm họp với các nhóm có tính thể chế hơn như hội, nghiệp đoàn hay đảng chính trị. Tự do nhóm họp cũng có cơ chế pháp lý hoàn toàn khác biệt và được điều chỉnh bằng hệ thống quy phạm pháp luật riêng. Cũng giống như hội đoàn, hội họp và biểu tình đều có tính tập thể, được tổ chức với mục đích quảng bá một số ý tưởng và bảo vệ lợi ích chung. Sự khác biệt cơ bản giữa hai cách thức “biểu đạt tập thể” này nằm ở sự tồn tại một thiết chế thường trực (hội) hay nhất thời (nhóm họp).

Đặc tính thứ hai của dạng tập họp này là tính có tổ chức, cho dù đó chỉ là một dạng tổ chức ở mức tối thiểu. Hội họp hay biểu tình không phải là việc tập họp đơn giản mang tính tình cờ hay là các cuộc gặp gỡ thông thường. Như vậy, hội họp là một sự tụ tập mà giữa những người tham dự có một mối liên hệ tối thiểu, và kèm theo đó là sự tổ chức mang tính bước đầu và nhất thời.

Đặc trưng thứ ba là sự tồn tại một mục

tiêu chung, bởi nó gắn trực tiếp với tự do biểu đạt. Các nhóm họp này được thiết lập nhằm mục đích trao đổi ý kiến và bảo vệ lợi ích chung, điều này giúp phân biệt dạng biểu đạt này với các buổi biểu diễn, trong đó khán giả có vai trò bị động. Sự phân biệt này không phải luôn dễ dàng vì ngày nay hội họp và biểu tình thường kèm theo phương diện sáng tạo và nghệ thuật.

Cũng giống như hội họp, biểu tình là một cách tụ họp có tính nhất thời, sự phân biệt nằm cơ bản ở việc biểu tình diễn ra ở không gian công cộng. TDBT liên quan mật thiết tới tự do biểu đạt, bởi vì nó cho phép biểu đạt một đòi hỏi, yêu sách hay một kháng nghị, thông thường là đối với cơ quan công quyền.

Như vậy, chúng ta có thể định nghĩa biểu tình như là việc một nhóm người sử dụng không gian (nơi) công cộng để biểu đạt một ý nguyện chung.

Trong quan niệm của người Pháp, biểu tình cũng phân biệt với việc tụ tập đông người, khái niệm vốn áp dụng cho mọi tụ họp của một nhóm người nơi công cộng. Nó cho phép đưa ra trách nhiệm của chính quyền đối với dạng tụ tập đông người này, cũng là cơ sở của trách nhiệm hình sự, bởi vì “tụ tập nơi công cộng” tạo nên một mối đe dọa về mặt an ninh cho trật tự công cộng hay truy cứu trách nhiệm của những người biểu tình từ chối giải tán theo yêu cầu của cơ quan công quyền (Điều 431-3 Bộ luật Hình sự Pháp).

Văn bản điều chỉnh hoạt động biểu tình của Pháp là Sắc luật ngày 30/10/1935 về “quy chế của các biện pháp nhằm tăng cường trật tự công cộng”<sup>7</sup>. Nhưng cần chú ý rằng, đây là văn bản quy định trình tự, thủ tục của biểu tình chứ không phải là một luật

<sup>7</sup> Décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public.

về QBT, có nghĩa rằng đây là văn bản về mặt thủ tục, đặt ra chế độ khai báo trước, mà không quy định về TDBT (luật nội dung).

Cách tiếp cận của những người soạn thảo Luật năm 1935 về TDBT mang tính thủ tục và cho phép định nghĩa quy chế pháp lý đối với hoạt động biểu tình, nhưng lại không làm rõ giá trị pháp lý của quyền này, cũng như nội dung của nó trên thực tế.

### 3. Chế độ khai báo trước trong pháp luật của Pháp

Theo Sắc lệnh ngày 23/10/1935, các cuộc biểu tình nơi công cộng được phép tổ chức một cách tự do nhưng phải khai báo trước với cơ quan có thẩm quyền. Người tổ chức biểu tình phải tiến hành thủ tục khai báo tối thiểu 03 ngày trước khi tiến hành biểu tình, ghi rõ những người tổ chức (tối thiểu phải có 03 chữ ký của người tổ chức), nêu rõ mục đích, địa điểm, ngày giờ và hành trình của cuộc biểu tình. Chính quyền khi tiếp nhận hồ sơ khai báo phải cấp ngay giấy biên nhận cho bên đăng ký. Như vậy, cơ quan công quyền có thời hạn 03 ngày để đánh giá về mức độ “nguy hiểm” của cuộc biểu tình để đưa ra quyết định cấm hay không. Trừ một số trường hợp khẩn cấp, còn lại thì quyết định cấm biểu tình chỉ có thể do cơ quan công quyền đưa ra sau khi mời những người tổ chức trình bày ý kiến của họ bằng văn bản<sup>8</sup>.

Trước đây, việc khai báo được tiến hành ở Tòa thị chính, và sau đó Tòa thị chính sẽ đệ trình lên Tỉnh trưởng (Préfet, thiết chế phụ trách an ninh, tương đương Sở công an ở Việt Nam). Từ Luật ngày 7/01/1983 về phân định thẩm quyền thì Tỉnh trưởng được trao trực tiếp phụ trách việc tiếp nhận khai báo.

Có thể thấy rằng, chế độ khai báo trước do Luật năm 1935 về TDBT đặt ra không mang tính cản trở đối với QBT, chế độ này không đặt ra các đòi hỏi, gò bó đối với những người tổ chức, mà mục đích của việc khai báo này là giúp cơ quan công quyền có thể bảo đảm về mặt an ninh cho người và tài sản khi tham gia biểu tình.

Trên thực tế, Luật năm 1935 về TDBT tạo ra cho cơ quan công quyền khả năng thay đổi mức độ kiểm tra, giám sát đối với các cuộc biểu tình. Có 02 khả năng: thứ nhất là rất tự do, lỏng lẻo tới mức là không đòi hỏi khai báo trước đối với một số cuộc biểu tình không hề có nguy cơ cho trật tự công cộng (1); thứ hai là cơ quan có thẩm quyền cảm đoán việc biểu tình khi đánh giá tồn tại nguy cơ lớn đối với trật tự trị an. Như vậy, trong trường hợp này có sự chuyển từ chế độ khai báo chuyển thành cấp phép (2).

*1. Miễn khai báo trước: các cuộc đi lại nơi công cộng phù hợp với công năng sử dụng*

Luật của Pháp miễn nghĩa vụ khai báo cho các cuộc đi lại nơi công cộng phù hợp với công năng địa điểm. Các dạng biểu tình này gồm các cuộc tuần hành tôn giáo hay mang tính truyền thống (đoàn người đi lễ hay các cuộc tuần hành của cựu chiến binh nhân ngày đình chiến), hay các đám rước, tang lễ tôn giáo, các trường hợp mà chính quyền đã biết rõ ràng và chắc chắn sẽ tồn tại các cuộc biểu tình vì các nơi đó được xem như dành cho mục đích đó, các cuộc biểu tình rõ ràng hoàn toàn mang tính chất hòa bình (tuần hành). Hai trường hợp đầu được miễn khai báo vì đây được xem là quyền tự do tín ngưỡng: các cuộc tuần hành mang tính tôn giáo hay hoạt động lễ bái của các tôn giáo.

<sup>8</sup> Xem phán quyết của Tham chính viện Pháp: CE 30 déc. 2003 ; L. et assoc. SOS tout-petits, AJDA 2004.888.

### 2. Sự chuyển dịch sang chế độ cấp phép đối với một số dạng biểu tình

Sự chuyển dịch về cơ chế khai báo có vẻ không phù hợp với chế độ khai báo trước. Về mặt này, TDBT chỉ là một ví dụ và không phải là cá biệt. Luật năm 1935 về TDBT cho phép trong mọi trường hợp cơ quan an ninh có thể cấm đoán khi đánh giá rằng “cuộc biểu tình có tính chất làm rối loạn trật tự công cộng” (Điều 3). Khả năng cấm đoán thường dẫn tới việc thương lượng với cơ quan an ninh vào thời điểm khai báo, thường là về hành trình của đoàn biểu tình.

Từ năm 1984, Ủy ban châu Âu về quyền con người đã đánh giá rằng: “việc cấm toàn thể các cuộc biểu tình chỉ có thể được xem là chính đáng nếu tồn tại một nguy cơ hiện hữu dẫn tới hỗn loạn mà chính quyền không thể ngăn chặn được”. Và như vậy, thuộc về thẩm quyền của tòa án đánh giá về tình huống, hoàn cảnh cụ thể và sự cần thiết của việc duy trì trật tự công để chấp nhận sự cấm đoán và đảm bảo rằng, cơ quan an ninh không có cách thức nào khác để duy trì trật tự công<sup>9</sup>.

Như vậy, để ngăn chặn sự lạm quyền và tùy ý của cơ quan công quyền cấm cản các cuộc biểu tình, người Pháp thiết lập nên cơ chế kiểm soát về mặt tư pháp đối với việc cấm cản biểu tình. Đây được xem như là phương tiện đối trọng với xu hướng cấp phép đã đề cập ở trên. Theo đó, những người tổ chức biểu tình có thể kiện ra Tòa án hành chính các quyết định của cơ quan an ninh cấm cản biểu tình.

Ví dụ, Tham Chính viện đã bác bỏ quyết định của cơ quan an ninh cấm đoán một cách có hệ thống các cuộc biểu tình của cộng đồng người Tây Tạng tổ chức gần

đại sứ quán Trung Quốc năm 1997. Theo đó, việc cấm cản một cách toàn bộ và hệ thống các cuộc biểu tình của cộng đồng này với lý do duy trì trật tự công cộng khi cơ quan cảnh sát viện dẫn rằng các cuộc biểu tình như thế làm tổn hại quan hệ ngoại giao của nước Pháp là không đủ để biện minh cho việc cấm đoán.

### Kết luận

Tại Pháp, TDBT được đưa thành một nguyên tắc hiến định dù không được quy định trong Hiến pháp và quyền này được xem như là một phái sinh của tự do ngôn luận. Trong khi đó, Tòa án nhân quyền châu Âu xem TDBT như một trong các mặt biểu hiện của tự do hội họp.

Tại Pháp, thủ tục để được tổ chức biểu tình rất đơn giản với chế độ khai báo trước cho đa số các loại hình biểu tình. Có thể nói, đây là cơ chế khá tự do và thoải mái. Cơ quan nhà nước có thẩm quyền có thể cấm cản biểu tình nếu nhận thấy việc biểu tình gây ra nguy cơ lớn cho trật tự công cộng. Tuy nhiên, việc cấm đoán phải dựa trên các lý do vững chắc và tương xứng, và việc cấm đoán bị kiểm soát chặt chẽ bởi tòa án, nhằm hạn chế việc lạm quyền và tùy tiện đến từ cơ quan công quyền, ngăn cản QBT của người dân. Đây là một trong những điểm mà Việt Nam có thể học hỏi trong quá trình xây dựng Luật Biểu tình.

QBT cần cụ thể hóa bằng các quy định cụ thể và thiết thực chứ không chỉ trong các văn kiện pháp lý – nhiều khi mang tính khẩu hiệu chính trị hơn là pháp lý thực định. Pháp luật của Pháp là một ví dụ điển hình về vấn đề này: dù không được đưa vào trong một điều khoản nào của Hiến pháp nhưng QBT của công dân vẫn được tôn trọng và bảo vệ trên thực tế bằng các cơ chế hữu hiệu ■

9 Commission, 15 mars 1984, Assoc. A. et H. c/ Autriche, req No 9905/82.

# THẺ LỆ GỬI BÀI ĐĂNG TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp hoan nghênh các tác giả gửi bài viết công bố trên các ấn phẩm của Tạp chí. Để tiếp tục nâng cao chất lượng và ổn định phong cách khoa học của các bài viết đăng tải trên Tạp chí, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp xin gửi tới các Quý tác giả thẻ lệ gửi bài sau:

## 1. Nội dung bài viết

1.1. Các bài viết cần quán triệt đầy đủ định hướng của Tạp chí là thể hiện các kết quả nghiên cứu lý luận, thực tiễn và giới thiệu kinh nghiệm trong nước, nước ngoài về hệ thống chính trị, về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, về pháp luật và chính sách (kinh tế, xã hội, chính trị, đối ngoại và quốc phòng-an ninh...). Tạp chí đặc biệt ưu tiên và chú trọng những bài viết có phân tích tác động đa chiều của các chính sách, những bài có tính ứng dụng cho việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội và đại biểu Quốc hội.

1.2. Bài viết cần nêu được những ý kiến, quan điểm, nội dung mới. Tạp chí khuyến khích những bài viết mang tính phản biện khoa học, mang tính xây dựng tích cực, có ý nghĩa khoa học và thực tiễn.

1.3. Bài viết gửi cho Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp là bài chưa được công bố trên bất kỳ phương tiện đăng tải nào trong nước. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ,... trong bài viết.

1.4. Bài viết tuân thủ đúng quy định của pháp luật báo chí.

## 2. Hình thức trình bày bài viết

2.1. Bài gửi đăng được đánh máy vi tính trên giấy khổ A4, phông chữ Unicode (Times New Roman), cỡ chữ 14, cách dòng 1.2 lines, cách đoạn 3 pt.

2.2. Mỗi bài có độ dài từ 6 đến 12 trang, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in (nếu có). Bài viết được đính kèm bản tóm tắt nội dung khoảng 8 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) tóm tắt ý tưởng, nội dung chính và đóng góp mới của bài viết.

2.3. Bài viết trình bày thành các phần, các mục rõ ràng, mạch lạc và hợp lý; Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, đánh số theo thứ tự, ví dụ: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

2.4. Cách thức trích dẫn trong bài viết như sau:

- Đối với những đoạn trích dẫn nguyên văn ngắn dưới 3 dòng thì phải để trong ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép.

- Đối với những đoạn trích nguyên văn dài 3 dòng trở lên, cần xuống dòng, thụt lề so với bài chính 2 cm, không cần ngoặc kép.

Cả hai cách trích dẫn trên đều phải chú thích nguồn đầy đủ (bằng cách chú thích dưới bài viết).

2.4. Tên riêng của người, địa phương, thuật ngữ tiếng nước ngoài để nguyên văn (có phiên dịch ra tiếng Việt kèm theo), trừ những tên đã được Việt hóa (như Trung Quốc, Nhật Bản...).

2.5. Khi sử dụng tài liệu tham khảo trong bài viết, chú thích đầy đủ tên tài liệu tham khảo, tác giả của tài liệu tham khảo, ngày, tháng xuất bản (đăng tải) tài liệu theo thứ tự sau đây:

- Đối với tài liệu là sách: Tên tác giả, tên sách, nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Đỗ Văn Đại-Mai Hồng Quý, Tư pháp quốc tế Việt Nam, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, năm 2010, tr.583.
- Đối với tài liệu là các bài tạp chí: Tên tác giả, tên bài viết, tên tạp chí, số xuất bản, năm và tháng xuất bản. Ví dụ: Lê Văn Cẩm, “Sửa đổi Hiến pháp năm 1992- cơ cấu chung và các quy định cơ bản về tổ chức bộ máy quyền lực nhà nước”, Nghiên cứu Lập pháp, số 22, 11/2010.
- Đối với tài liệu trên website: Tên tác giả, tên bài viết địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Trọng Mạnh, Công chứng sai, phải bồi thường, <http://phapluattp.vn/225239p0c1013/cong-chung-sai-phai-boi-thuong.htm> (truy cập ngày 15/03/2012).

2.6. Bài viết ghi rõ tên tác giả, địa chỉ làm việc (nếu có), chức danh khoa học, chức vụ, địa chỉ nhà, số điện thoại, hòm thư điện tử và số tài khoản cá nhân (nếu có) của tác giả để thuận tiện cho Tạp chí liên lạc khi trao đổi thông tin.

### 3. Cách thức gửi bài

Tác giả có thể gửi bài theo các cách thức sau:

- Gửi bài qua địa chỉ hòm thư điện tử của Tạp chí ([nclp@qh.gov.vn](mailto:nclp@qh.gov.vn));
- Gửi bài đánh máy (kèm theo bản điện tử đã ghi ra đĩa mềm) qua bưu điện tới địa chỉ tòa soạn: **Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp- 27A Võng Thị - Tây Hồ - Hà Nội**);
- Trực tiếp đưa đến Tòa soạn (theo địa chỉ trên).

### 4. Việc trao đổi thông tin giữa Tạp chí và Tác giả

4.1. Trong thời hạn 30 ngày kể từ khi nhận được bài viết, Tạp chí sẽ thông báo lại cho Tác giả về việc đã nhận bài và việc có sử dụng bài viết hay không qua điện thoại, thư qua đường bưu điện hoặc thư điện tử.

4.2. Trường hợp biên tập cần phải sửa nhiều hoặc có những nội dung, vấn đề lớn cần trao đổi, Biên tập viên sẽ liên hệ xin ý kiến tác giả hoặc gửi lại bài đã biên tập để tác giả xem xét, chỉnh sửa thêm.

4.3. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được sử dụng.

4.4. Sau khi gửi bài, nếu muốn chuyển bài sang đăng tải tại các báo, Tạp chí khác, tác giả thông báo lại để Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp biết.

4.5. Tác giả có bài viết đăng tải trên ấn phẩm Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp sẽ nhận được 02 số tạp chí biếu và nhuận bút trả theo quy định hiện hành. Tòa soạn sẽ gửi Tạp chí biếu theo địa chỉ Tác giả cung cấp. Nếu tác giả ở Hà Nội, Tạp chí trân trọng mời Tác giả tới Tòa soạn nhận nhuận bút vào các ngày làm việc trong tuần. Với các tác giả không ở Hà Nội và không có điều kiện đến nhận nhuận bút, Tạp chí sẽ gửi nhuận bút qua đường bưu điện, hoặc chuyển khoản theo số tài khoản mà tác giả cung cấp.

4.6. Bài viết được đăng trên Tạp chí đồng thời sẽ được đưa lên trang web của Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (địa chỉ: [www.nclp.org.vn](http://www.nclp.org.vn)) ❖