ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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

Số 14 (342)
Kỳ 2 - Tháng 7/2017

- HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT KINH TẾ, THƯƠNG MẠI, ĐẦU TƯ ĐÁP ỨNG YÊU CẦU MỚI CỦA HỘI NHẬP QUỐC TẾ
- QUYỀN TỰ DO LỰA CHỌN LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP TRONG PHẠM VI QUYỀN TỰ DO KINH DOANH
- THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP THÚC ĐẨY XUẤT KHẨU NÔNG SẢN CỦA VIỆT NAM

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 14/2017

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Hoàn thiện pháp luật kinh tế, thương mại, đầu tư đáp ứng yêu cầu mới của hội nhập quốc tế

GS, TS. Lê Hồng Hạnh

10 Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư trong EVFTA và sự chuẩn bị của Việt Nam

ThS. Nguyễn Mai Linh - Trần Thu Yến

19 Quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp trong phạm vi quyền tự do kinh doanh

ThS. Nguyễn Văn Lâm

23 Tiếp cận dựa trên quyền trong việc xây dựng, thi hành pháp luật về quyền của người đồng tính, song tính và chuyển giới

Trương Hồng Quang

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

35 Bộ luật Lao động (sửa đổi) cần quy định về xây dựng cơ quan hòa giải tranh chấp lao động quốc gia

ThS. Đào Xuân Hội

CHÍNH SÁCH

42 Thực trạng và giải pháp thúc đẩy xuất khẩu nông sản của Việt Nam

Nguyễn Trọng Khương - Trương Thị Thu Trang

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

51 Đánh giá một số điểm mới về thủ tục tranh tụng tại phiên tòa hình sự sơ thẩm

TS. Nguyễn Ngọc Kiện

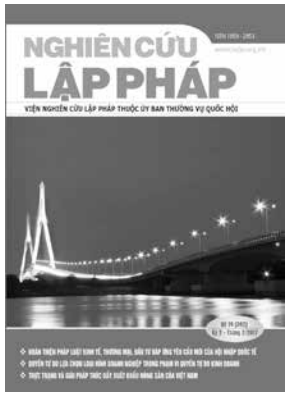
55 Quan hệ phối hợp, kiểm soát giữa cơ quan điều tra và viện kiểm sát trong khởi tố, điều tra vụ án hình sự

ThS. Đào Anh Tới

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

60 Hình phạt và các biện pháp tư pháp áp dụng đối với pháp nhân phạm tội trong Bộ luật Hình sự Việt Nam và pháp luật một số nước

ThS. Hà Lệ Thủy



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:
TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS,TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS,TS. ĐINH VĂN NHÃ
PGS,TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS,TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỀN
PGS,TS. NGÔ HUY CƯƠNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:
27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 043.2121204/0432121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:
BÙI HUYỀN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:
Số 438/GP-BTTTT NGÀY 29-10-2013
CỦA BỘ THÔNG TIN VÀ TRUYỀN THÔNG

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO
HÀ NỘI: 043.2121202

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

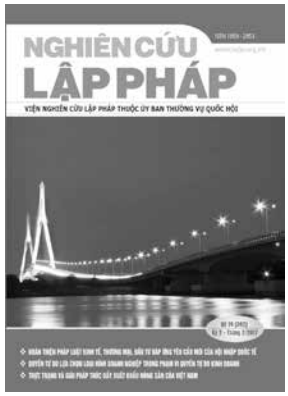
IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: *Cầu Cần Thơ*

Ảnh: *ST*

LEGISLATIVE
STUDIES
www.nclp.org.vn
INSTITURE FOR LEGISLATIVE STUDIES UNDER UNDER THE STANDING COMMITTEE OF THE NATIONAL ASSEMBLY OF THE S.R. VIETNAM



Legis No 14/2017

STATE AND LAW

3 Finalization of Legal Regulations on Economics, Commerce and Investment for New Requirements of International Integration.
Prof., Dr. Le Hong Hanh

10 The Dispute Settlement Mechanism between Investors and Investment Recipients in the EVFTA and Vietnam's Preparations for its Enforcement
LLM. Nguyen Mai Linh
Tran Thu Yen

19 The Freedom Right to the Business Type Options in the Freedom Business Rights
LLM. Nguyen Van Lam

23 The Human Rights-based Approach in Development and Enforcement of Laws on the Rights of Homosexual, Bisexual and Transgender Persons
Truong Hong Quang

DISCUSSION OF BILLS

35 Provisions on Establishment of National Labor Dispute Resolution Entity Needed in the Labor Code (amended)
LLM. Dao Xuan Hoi

POLICIES

42 Status and Solutions for Promotion to Agricultural Exports of Vietnam
Nguyen Trong Khuong
Truong Thi Thu Trang

LEGAL PRACTICE

51 Assessments of New Provisions on Litigation at First Instance Criminal Court
Dr. Nguyen Ngoc Kien

55 Relationships in Coordination and Controlling between Investigation Agencies and the People's Procuracy in Prosecution, Investigation of Criminal Cases
LLM. Dao Anh Toi

FOREIGN EXPERIENCE

60 Penalties and Judicial Measures Application to Offenders in Vietnam Penal Code and Related Laws in Number of Countries
LLM. Ha Le Thuy

EDITORIAL BOARD:

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

CHEF EDITOR IN CHARGE:
TS. NGUYEN HOANG THANH

TRỤ SỞ:
27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 043.2121204/0432121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:
BUI HUYEN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:
Nº 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO
HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:
0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19.500 ĐỒNG

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT KINH TẾ, THƯƠNG MẠI, ĐẦU TƯ ĐÁP ỨNG YÊU CẦU MỚI CỦA HỘI NHẬP QUỐC TẾ[1]

Lê Hồng Hạnh*
* GS,TS, Hội Luật gia Việt Nam.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quan điểm chỉ đạo hoàn thiện pháp luật kinh tế, thương mại, đầu tư; cách tiếp cận việc hoàn thiện pháp luật; phương thức hoàn thiện các văn bản luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 28/04/2017
Biên tập: 15/06/2017
Duyệt bài: 22/06/2017

Tóm tắt:

Bài viết đề xuất quan điểm chỉ đạo, cách tiếp cận, phương pháp hoàn thiện pháp luật kinh tế, thương mại, đầu tư và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện pháp luật cụ thể trên một số lĩnh vực ở Việt Nam, nhằm đáp ứng yêu cầu mới của hội nhập quốc tế.

Article Infomation:

Keywords: steering thoughts for finalization of the legal regulations on economics, commerce and investment; methods for law improvements

Article History:

Received: 28 Apr. 2017
Edited: 15 Jun 2017
Appproved: 22 Jun 2017

Abstract:

This article presents the steering thoughts and proposals for the approach, methodology for finalization of the legal regulations on economics, commerce and investment, and recommendations for improvements of a number of particular laws in Vietnam for the new requirements of the international integration.

Việt Nam đã trở thành thành viên của WTO và đã ký gia nhập TPP, một định chế được coi là hình mẫu của các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới. Việt Nam cũng đang cùng các nước thành viên ASEAN tiến hành nhiều chương

1 Bài viết dựa trên kết quả nghiên cứu của Đề tài "Hoàn thiện hệ thống pháp luật kinh tế, thương mại, đầu tư đáp ứng yêu cầu mới của hội nhập quốc tế" (Mã số ĐTCB-CT.2015-2016) do Viện Nghiên cứu Lập pháp chủ trì.

trình chung để thực hiện Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC). So với giai đoạn trước đây, Việt Nam đang đứng trước những yêu cầu mới sau đây:

Thứ nhất, việc gia nhập TTP đòi hỏi phải có nhiều thay đổi lớn hơn trong thể chế thương mại của đất nước so với lúc gia nhập WTO.

Thứ hai, nhiều bảo lưu mà Việt Nam được hưởng với tư cách là nước có nền kinh tế chuyển đổi, nền kinh tế đang phát triển sắp hết thời hạn.

Thứ ba, Cộng đồng ASEAN đã chính thức bắt đầu lịch sử phát triển của mình vào năm 2015.

Thứ tư, Việt Nam đã ban hành Hiến pháp năm 2013. Điều 50 Hiến pháp năm 2013 quy định: "Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam xây dựng nền kinh tế độc lập, tự chủ, phát huy nội lực, hội nhập, hợp tác quốc tế, gắn kết chặt chẽ với phát triển văn hóa, thực hiện tiến bộ và công bằng xã hội, bảo vệ môi trường, thực hiện công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước".

Qua nghiên cứu yêu cầu mới của hội nhập quốc tế, thực trạng pháp luật kinh tế, thương mại và đầu tư của nước ta, chúng tôi xin đề xuất một số vấn đề sau:

1. Quan điểm chỉ đạo cho việc hoàn thiện pháp luật kinh tế, thương mại, đầu tư

Một là, tất cả các lĩnh vực pháp luật về kinh tế, thương mại, đầu tư cần được hoàn thiện theo hướng loại bỏ mọi rào cản hành chính đối với việc gia nhập thị trường, rời khỏi thị trường, tạo môi trường pháp lý thuận lợi nhất cho hoạt động đầu tư, sản xuất kinh doanh. Pháp luật Việt Nam chỉ trở nên phù hợp hơn với pháp luật và thực tiễn thương mại, đầu tư quốc tế khi thực hiện được những đòi hỏi này.

Hai là, các quy định của pháp luật về kinh tế, thương mại, đầu tư cần thúc đẩy cạnh tranh lành mạnh, chống độc quyền một cách thực sự thì mới đáp ứng được yêu cầu hội nhập kinh tế với những xu hướng đẩy mạnh khu vực hóa thương mại toàn diện thông qua các FTA thế hệ mới.

Ba là, áp dụng trực tiếp các công ước và các thỏa thuận quốc tế về kinh tế, thương mại và đầu tư mà Việt Nam đã tham gia là phương pháp tốt nhất để hoàn thiện pháp luật kinh tế, thương mại và đầu tư của Việt Nam. Những quy định, những nguyên tắc của WTO, AEC, FTA thế hệ mới đều dựa trên những nguyên lý của kinh tế, thị trường, pháp luật quốc tế hiện đại nên việc áp dụng chúng một cách trực tiếp chính là cơ hội lớn cho Việt Nam hoàn thiện thể chế. Với việc áp dụng trực tiếp các cam kết quốc tế, Việt Nam có thể vượt lên chính những rào cản nội bộ để hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng XHCN mà Nghị quyết Đại hội Đảng lần thứ 12 đề ra.

Bốn là, các yếu tố mới của hội nhập quốc tế tác động toàn diện và mang tính dây chuyền lên thể chế kinh tế, thương mại và đầu tư. Chính vì vậy, việc hoàn thiện thể chế trong các lĩnh vực này cũng như trong toàn bộ thể chế của đất nước phải được đặt trong cách tiếp cận toàn diện, khắc phục triệt để các điểm nghẽn do lợi ích cục bộ hoặc cách tiếp cận một chiều. Ví dụ, nếu hoàn thiện các quy định của pháp luật về thuế mà chỉ đánh giá chúng ở các khía cạnh là nguồn thu ngân sách thì chưa đủ. Các kế hoạch, chỉ tiêu về thu ngân sách thường dẫn Bộ Tài chính đến việc đề xuất các quy định của pháp luật nhằm đáp ứng yêu cầu này. Tuy nhiên, điều cần phải làm là đánh giá toàn diện tác động của các quy định này đến hoạt động sản xuất, kinh doanh, môi trường đầu tư kinh doanh, năng lực cạnh tranh của đất nước.

Năm là, cách thức xây dựng thể chế hiện hành ở Việt Nam chưa cho phép đánh giá toàn diện và đầy đủ khi tiến hành hoàn thiện thể chế. Việc giao cho các bộ chủ quản xây dựng pháp luật dẫn đến sự hiện diện của

cách tiếp cận và xử lý cục bộ các vấn đề kinh tế, thương mại, đầu tư cần thể chế hóa vẫn đang là một hạn chế cần được khắc phục bằng việc triệt để sử dụng quyền lập pháp của Quốc hội.

Sáu là, tác động của những chính sách, pháp luật mà các bộ, ngành ban hành rất rộng, liên quan đến nhiều chủ thể nên cần có những đánh giá mang tính tham vấn thực sự chứ không thể là việc lấy ý kiến mang tính hình thức. Cơ quan soạn thảo các thể chế kinh tế, thương mại và đầu tư cần giải trình trước công chúng những ý kiến trái chiều mà các cơ quan, tổ chức và cá nhân đưa ra đối với các thể chế mà họ muốn ban hành, xây dựng. Trong thực tế, các cơ quan nhà nước soạn thảo và xây dựng thể chế thường bảo vệ lợi ích của cơ quan mình trước những vấn đề có những ý kiến khác hoặc trái chiều, các kiến nghị của công chúng thường ít được xem xét một cách thỏa đáng. Vì vậy, các cơ quan của Quốc hội khi thẩm tra các dự án luật cần lưu ý một cách khách quan, toàn diện những chính sách được đưa ra trong dự thảo luật.

2. Cách tiếp cận việc hoàn thiện pháp luật kinh tế, thương mại và đầu tư

Việc hoàn thiện pháp luật kinh tế, thương mại, đầu tư phải được thực hiện với sự rà soát rất sâu và toàn diện các quy định trong các Hiệp định của WTO, các cam kết trong khuôn khổ AEC, TPP và các FTAs thế hệ mới. Trong các luật về kinh tế, thương mại, đầu tư, Quốc hội cần quy định không chỉ việc *ưu tiên áp dụng* mà còn là *trực tiếp áp dụng* các quy định trong các hiệp định, công ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết. Thực hiện được điều này sẽ tiết kiệm thời gian tránh sa đà vào việc nghiên cứu và định nghĩa các khái niệm tuy mới với Việt Nam nhưng đã có sẵn trong các công ước và hiệp định đó. Song song đó, việc hoàn thiện pháp luật kinh tế, thương mại, đầu tư phải đặt trong mối liên hệ với thể chế, tức là toàn bộ các yếu tố tạo nên môi trường cho các hoạt động này. Trong quá trình hoàn thiện pháp luật, pháp luật chỉ là một thành tố dù là thành tố quan trọng nhất. Nói cách khác, trong quá trình hoàn thiện pháp luật thương mại, kinh tế, đầu tư, cần hoàn thiện các yếu tố khác như chính sách, các thiết chế thực thi, cơ chế vận hành. Thực tế cho thấy, kết quả thực thi nhiều văn bản luật chưa mang lại kết quả như kỳ vọng do thiếu sự phù hợp với các yếu tố khác của thể chế.

Việc hoàn thiện pháp luật kinh tế, thương mại, đầu tư phải được thực hiện đồng bộ với sự phân tích tác động chéo của từng quy định trong mỗi lĩnh vực. Câu hỏi luôn phải được đặt ra trong quá trình hoàn thiện pháp luật kinh tế, thương mại, đầu tư chính là tác động của pháp luật đến các quan hệ thương mại và đầu tư sẽ diễn ra như thế nào? Hệ lụy của chúng là gì? Chúng cản trở hay thúc đẩy sự phát triển kinh tế và liệu có cần thiết phải ban hành chúng thì giải pháp khắc phục các hệ lụy đó sẽ là gì.

Do tính chất năng động và tác động đa chiều của các quan hệ kinh tế, thương mại, đầu tư đối với sự bền vững của môi trường kinh doanh, sự phát triển kinh tế - xã hội, các luật về lĩnh vực này cần được ban hành với việc giảm thiểu tối đa tình trạng ủy quyền cho Chính phủ quy định các vấn đề mà luật chưa đề cập. Nghịch lý "cái gì chưa quy định được trong luật thì để cho Chính phủ quy định" cần được loại bỏ. Việc Quốc hội ban hành luật là quá trình chuẩn bị công phu, đòi hỏi nhiều trí tuệ và thời gian. Nếu luật không xử lý được vấn đề cụ thể nào đó thì văn bản của Chính phủ khó có thể làm tốt hơn. Hơn nữa, nhiều vấn đề giao cho Chính phủ quy định có thể vượt quá thẩm quyền hành pháp của Chính phủ.

3. Phương thức hoàn thiện các văn bản luật về kinh tế, thương mại và đầu tư

Cho đến nay, việc soạn thảo các dự án luật vẫn được giao cho các bộ, ngành hoặc

một số tổ chức chính trị - xã hội thực hiện. Nếu tiếp tục duy trì phương thức này thì khó có thể tạo ra hệ thống pháp luật về kinh tế, thương mại và đầu tư đáp ứng được yêu cầu mới của hội nhập quốc tế. Do các luật thuộc hệ thống pháp luật này liên quan đến nhiều lĩnh vực không chỉ do một bộ, ngành phụ trách nên cần được giao cho Ban soạn thảo do Quốc hội thành lập. Theo chúng tôi, thành phần Ban soạn thảo dự án luật cần mở rộng hơn để thu hút các chuyên gia về hội nhập quốc tế, chuyên gia pháp luật có trình độ để ngay từ đầu dự thảo đã có những cân nhắc đầy đủ về các cam kết quốc tế theo các hiệp định, công ước mà Việt Nam đã tham gia. Trước khi trình Quốc hội, dự thảo luật nên được một hội đồng thẩm định độc lập do Quốc hội thành lập để phân tích và đánh giá toàn diện bao gồm các lĩnh vực liên quan đến nội dung của dự thảo và từ những yêu cầu mới của hội nhập quốc tế. Hội đồng gồm các chuyên gia luật, chuyên gia kinh tế và đại diện của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI).

Các Ủy ban của Quốc hội cần phát huy chức năng của mình là giúp cơ quan lập pháp thẩm tra các dự thảo luật kinh tế, thương mại, đầu tư có phù hợp hay không phù hợp với chính sách phát triển kinh tế, xã hội của đất nước mà các dự án luật cần thực hiện. Các Ủy ban của Quốc hội không nên làm thay Ban soạn thảo dự án luật. Điều này dễ dẫn đến sự ỷ lại và sự hòa tan trách nhiệm của Ban soạn thảo dự án luật. Các Ủy ban của Quốc hội sau khi thẩm tra chỉ nêu những quan điểm của mình về Dự thảo và yêu cầu Ban soạn thảo xử lý những vấn đề đặt ra.

4. Một số đề xuất cụ thể cho các lĩnh vực

Luật Doanh nghiệp năm 2014

Cần sửa đổi, bổ sung Luật Doanh nghiệp năm 2014 ở một số điểm sau:

Thứ nhất, cần bổ sung vào Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về nghĩa vụ của cơ quan chức năng trong việc áp mã ngành nghề mà doanh nghiệp đã lựa chọn, theo đó nếu doanh nghiệp đã chọn một ngành nghề mà không có trong mã ngành hiện hành thì cơ quan chức năng phải áp mã ngành theo nguyên tắc tìm mã ngành tương tự hoặc áp dụng các mã ngành có trong các hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam đã ký.

Thứ hai, hoàn thiện các quy định về nhóm công ty phù hợp với thông lệ quốc tế về liên kết kinh tế, làm rõ hơn sự khác nhau giữa tập đoàn kinh tế và tổng công ty, phân biệt rõ giữa quyền kiểm soát với việc sở hữu cổ phần trong các loại hình doanh nghiệp này.

Thứ ba, cần bỏ quy định về yêu cầu những người thành lập doanh nghiệp xuất trình phiếu lý lịch tư pháp, thực hiện giả định "người thành lập doanh nghiệp đủ điều kiện thành lập" tương tự với giả định vô tội áp dụng trong lĩnh vực tư pháp.

Thứ tư, cần phải trả lại thẩm quyền đăng ký kinh doanh quy định trong một số luật chuyên ngành khác cho Luật Doanh nghiệp. Cơ quan đăng ký kinh doanh phải là cơ quan duy nhất có thẩm quyền đăng ký kinh doanh, giải thể cho doanh nghiệp. Các cơ quan khác chỉ có chức năng kiểm soát điều kiện hoạt động của doanh nghiệp trong lĩnh vực mình phụ trách.

Luật Đầu tư năm 2014

Thứ nhất, cân nhắc bỏ các quy định về xin chủ trương đầu tư.

Thứ hai, đối với các nhà đầu tư nước ngoài, Luật Đầu tư cần thực hiện chế độ đãi ngộ quốc gia để phù hợp với những cam kết của Việt Nam trong các hiệp định thương mại đa phương và song phương.

Thứ ba, cần gấp rút xây dựng các văn bản hướng dẫn thực hiện Luật Đầu tư năm 2014 và đảm bảo các văn bản này không tạo ra những rào cản dưới hình thức các điều kiện về đầu tư. Đẩy mạnh tổ chức các hoạt động tuyên truyền, phổ biến Luật Đầu tư.

Luật Cạnh tranh

Thứ nhất, xem xét triển khai áp dụng chính sách ân xá/khoan hồng đối với các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh**.**

Thứ hai, xem xét điều chỉnh ngưỡng thông báo trong kiểm soát tập trung kinh tế, cụ thể, nếu thị phần kết hợp dưới 30% thì không cần thông báo, từ 30% đến 50% thì phải thông báo, và từ 50% trở lên thì bị cấm.

Thứ ba, tăng cường việc đánh giá tập trung kinh tế thông qua cơ quan có năng lực điều tra tập trung kinh tế; đồng thời tăng cường hợp tác với các nhà kinh tế, các chuyên gia bên ngoài tham gia phân tích các vụ phức tạp.

Thứ tư, tăng cường hợp tác quốc tế trong thực thi Luật Cạnh tranh.

Đẩy mạnh hợp tác giữa cơ quan cạnh tranh của Việt Nam với các cơ quan cạnh tranh các nước nhằm chia sẻ các kinh nghiệm quản lý, điều tiết môi trường cạnh tranh lành mạnh.

Các luật về thuế

Thứ nhất, bãi bỏ các quy định trong các luật thuế nội địa dẫn đến tình trạng phân biệt đối xử hàng trong nước và hàng nhập khẩu.

Thứ hai, không nên coi Thuế nhà thầu là một sắc thuế riêng mà áp dụng giống với quy định chung trong Luật Thuế giá trị gia tăng và Thuế Thu nhập doanh nghiệp, phù hợp với phương thức quản lý thu và nộp thuế từ hoạt động đầu tư, kinh doanh của nhà thầu nước ngoài tại Việt Nam.

Thứ ba, rà soát tổng thể đối với hệ thống thuế, những tác động của việc dỡ bỏ hàng rào thuế quan trong khu vực lên từng loại thuế, ảnh hưởng đến năng lực tạo lập nguồn thu.

Thứ tư, duy trì và ổn định mức thuế thu nhập doanh nghiệp và đảm bảo tính hiệu quả của mức thuế suất cạnh tranh này bằng các giải pháp đồng bộ khác tạo cơ chế thuận lợi cho dòng vốn đầu tư vào Việt Nam.

Luật Thương mại

Thứ nhất, cần hoàn thiện quy định về hành vi thương mại nhằm đáp ứng yêu cầu của WTO và TPP theo hướng cả hai tiêu chí hành vi thương mại và thương nhân, bỏ những hành vi thương mại trong Bộ luật Dân sự vì thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại.

Thứ hai, cần sửa đổi hoặc ban hành mới Luật Thương mại năm 2005 nhằm khắc phục những bất cập với sự tham gia thiết thực hơn của các chủ thể có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan trực tiếp, ví dụ như thương nhân, hiệp hội thương mại. Luật Thương mại chỉ tập trung điều chỉnh các vấn đề về thương mại hàng hóa, dành những lĩnh vực thương mại khác cho các luật cụ thể.

*Thứ ba***,** hoàn thiện quy định về hợp đồng mua bán hàng hóa theo quy định của TPP, WTO và Công ước Viên về mua bán hàng hóa quốc tế mà Việt Nam đã tham gia.

Pháp luật về trợ cấp và chống bán phá giá

Thứ nhất, cần xây dựng các chương trình trợ cấp trên nguyên tắc ghi nhận và đưa ra đảm bảo đối với nguyên tắc bãi bỏ, không duy trì, không ban hành mới, không thực thi và không tổ chức thực hiện các chính sách hay quy định của pháp luật về trợ cấp thuộc diện bị WTO và TPP cấm.

Thứ hai, hoàn thiện pháp luật về chống trợ cấp và bán phá giá chi tiết, rõ ràng và đảm bảo tuân thủ quy định của WTO và TPP.

Pháp luật về phòng vệ thương mại

Thứ nhất, hoàn thiện quy định về nguyên tắc áp dụng biện pháp tự vệ với những bổ sung sau:

- Quy định về ngoại lệ áp dụng biện pháp tự vệ.

- Sửa đổi quy định về đối tượng không áp dụng biện pháp tự vệ theo hướng các biện pháp tự vệ có thể không được áp dụng đối với hàng hóa có xuất xứ từ các nước đang phát triển, thay vì các nước kém phát triển như hiện nay.

- Thể chế hóa quy định của TPP về loại trừ hàng hóa nhập khẩu từ một nước thành viên TPP khác trong trường hợp hàng hóa nhập khẩu từ quốc gia đó không phải là nguyên nhân gây ra hoặc đe dọa gây ra thiệt hại nghiêm trọng.

Thứ hai, hoàn thiện quy định về điều kiện áp dụng biện pháp tự vệ.

- Quy định rõ mối quan hệ nhân quả giữa việc gia tăng đột biến hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam với thiệt hại đáng kể hoặc đe dọa gây thiệt hại đáng kể cho ngành sản xuất trong nước là điều kiện độc lập để áp dụng các biện pháp tự vệ.

- Bổ sung quy định về biện pháp tự vệ chuyển tiếp theo Hiệp định TPP và có hướng dẫn cụ thể liên quan đến điều kiện áp dụng biện pháp này.

Thứ ba, hoàn thiện quy định về thẩm quyền của các cơ quan nhà nước về tự vệ trong nhập khẩu hàng hóa, tách chức năng thực thi chính sách phòng vệ thương mại ra khỏi cơ quan quản lý nhà nước về cạnh tranh.

Thứ tư, hoàn thiện quy định về thủ tục, trình tự điều tra, rà soát, tái áp dụng biện pháp tự vệ, cụ thể: nới lỏng quy định về việc xác định tỷ lệ tổ chức, cá nhân có lượng hàng hóa sản xuất trên tổng sản lượng hàng hóa tương tự hoặc hàng hóa cạnh tranh trực tiếp được sản xuất trong nước để phù hợp hơn với đặc thù phát triển của nền kinh tế Việt Nam và đảm bảo hữu hiệu hơn việc bảo hộ ngành sản xuất trong nước; bổ sung quy định về gửi thông báo công khai việc tiến hành quy trình điều tra tự vệ cho các nước thành viên TPP; bổ sung quy định về thu thập thông tin từ những nhà sản xuất, nhà xuất khẩu được lựa chọn; rà soát và bổ sung các quy định về trình tự, thủ tục tiến hành điều tra áp dụng, rà soát biện pháp tự vệ để đảm bảo thực thi một cách dễ dàng, hiệu quả trên thực tế.

Thứ năm, sửa đổi quy định về các biện pháp tự vệ có thể được áp dụng theo hướng giới hạn việc chỉ áp dụng hoặc duy trì một biện pháp tự vệ đối với cùng một mặt hàng tại một thời điểm.

Pháp luật về chống bán phá giá

Thứ nhất, việc sửa đổi, hoàn thiện pháp luật về chống bán phá giá cần được đặt trong mối quan hệ tương thích với các quy định của WTO, cụ thể: pháp luật cần được sửa đổi để đảm bảo tuân thủ triệt để các nguyên tắc và các quy định trong WTO; việc xây dựng và áp dụng pháp luật về chống bán phá giá luôn được đặt trong quá trình vận động và phát triển của pháp luật WTO điều chỉnh trong lĩnh vực này.

Thứ hai, việc hoàn thiện pháp luật về chống bán phá giá cần được đặt trong một giải pháp tổng thể để hoàn thiện các chế định pháp luật khác có liên quan như pháp luật về thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu, hải quan bao gồm:

- Bãi bỏ hoặc sửa đổi những quy định không phù hợp hoặc mâu thuẫn với các quy định và cam kết về chống bán phá giá trong khuôn khổ WTO.

- Bổ sung một số quy định mà WTO cho phép (quy định mở) để tăng cường khả năng thực thi và tính hiệu quả, phù hợp với thực tiễn điều tra của Việt Nam.

- Bổ sung quy định về lẩn tránh thuế để tăng tính hiệu quả của việc áp dụng các biện pháp chống bán phá giá.

- Xây dựng và ban hành Luật về Chống bán phá giá hàng nhập khẩu hoặc kết hợp điều chỉnh cùng các biện pháp phòng vệ thương mại khác.

Pháp luật về bất động sản

Thứ nhất, bãi bỏ những hạn chế đối với chủ thể nước ngoài trong việc mua bán và thuê bất động sản để cho thuê lại. Những hạn chế này đã tạo ra sự không bình đẳng giữa các thành phần kinh tế khi tham gia thị trường bất động sản.

Thứ hai, bỏ quy định hạn chế người sử dụng đất là nhà đầu tư nước ngoài hay nhà đầu tư trong nước vẫn chưa được thế chấp quyền sử dụng đất tại các tổ chức tín dụng nước ngoài.

Thứ ba, thành lập hệ thống các tổ chức tư vấn xác định giá đất, để giúp xác định giá cho các giao dịch về chuyển nhượng quyền sử dụng đất.

Pháp luật sở hữu trí tuệ

Thứ nhất, yêu cầu mở rộng phạm vi dấu hiệu được bảo hộ là nhãn hiệu bao gồm cả những dấu hiệu không nhìn thấy được.

Thứ hai, hoàn thiện các quy định bảo hộ chỉ dẫn địa lý theo hướng cân nhắc quy định sau đây trong Hiệp định TRIPS: Quy định tiêu chuẩn bảo hộ tối thiểu đối với chỉ dẫn địa lý cho mọi loại hàng hóa, đưa ra hai tiêu chí để xác định một hành vi xâm phạm chỉ dẫn địa lý: (i) có sự thể hiện trên hàng hóa nhằm chỉ dẫn, gợi ý về xuất xứ của hàng hóa đó: (ii) sự chỉ dẫn đó gây ra sự nhận thức sai lệch hoặc nhầm lẫn về xuất xứ thật của hàng hóa.

Thứ ba, nội luật hóa các yêu cầu của TRIPS đối với thành viên trong việc đảm bảo các thủ tục thực thi quyền sở hữu trí tuệ theo cách thức tránh tạo ra các rào cản cho hoạt động thương mại hợp pháp và bảo đảm chống lại việc lạm dụng.

Thứ tư, thể chế hóa các yêu cầu của Hiệp định TRIPS đưa ra yêu cầu cụ thể cho các thành viên về thẩm quyền của Tòa án trong việc giải quyết các tranh chấp về quyền sở hữu trí tuệ bao gồm thẩm quyền liên quan đến chứng cứ, ban hành án lệ, buộc bồi thường thiệt hại và ban hành các biện pháp khắc phục hậu quả.

Thứ năm, hoàn thiện các quy định về kiểm soát biên giới phù hợp với Điều 51, 52 và Điều 56 Hiệp định TRIPS.

Thứ sáu, quy định việc áp dụng các thủ tục hình sự và các hình phạt để áp dụng ít nhất đối với các trường hợp cố tình giả mạo nhãn hiệu hàng hóa hoặc xâm phạm bản quyền với quy mô thương mại theo Điều 61 của TRIPS.

Pháp luật ngân hàng

Thứ nhất, cần ban hành: (i) Quy định liên quan đến việc cung cấp dịch vụ ngân hàng qua biên giới; (ii) Quy định về dịch vụ tài chính mới; (iii) Chính sách về thanh toán liên quan đến dịch vụ thanh toán điện tử đối với giao dịch thẻ quốc tế, chính sách liên quan đến hệ thống thanh toán điện tử phù hợp với cam kết của TPP.

Thứ hai, cần có lộ trình ban hành các quy định nhằm thực hiện đúng các cam kết đã ký trong AEC blueprint; thực hiện các chỉ tiêu tự do hóa lĩnh vực như tiền gửi, cho vay, thanh toán dịch vụ ngân hàng, cam kết và bảo lãnh.

Thứ ba, Ngân hàng Nhà nước cần nhanh chóng ban hành và áp dụng các quy định hướng dẫn cụ thể liên quan đến chuẩn mực về phân loại nợ và trích dự phòng rủi ro theo thông lệ quốc tế, đồng thời rà soát vốn thực có của các tổ chức tín dụng để giám sát tỷ lệ an toàn vốn tối thiểu, thực hiện quản trị rủi ro theo Basel II.

Thứ tư, hoàn thiện các quy định về quản lý ngoại hối, các quy định về tiếp cận thị trường dịch vụ ngân hàng trong nước theo lộ trình tự do hóa thương mại dịch vụ tài chính và mở cửa thị trường tài chính theo các cam kết song phương và đa phương, đặc biệt là cam kết trong WTO, TPP và AEC ■

CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP GIỮA NHÀ ĐẦU TƯ VÀ NƯỚC TIẾP NHẬN ĐẦU TƯ TRONG EVFTA VÀ SỰ CHUẨN BỊ CỦA VIỆT NAM

Nguyễn Mai Linh*
Trần Thu Yến**
* ThS, GV Trường Đại học Luật Hà Nội.
** GV, Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: giải quyết tranh chấp; thủ tục giải quyết tranh chấp; phạm vi tranh chấp; nhà đầu tư nước ngoài; tiếp nhận đầu tư; Hiệp định Thương mại tự do; Liên minh châu Âu.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 20/03/2017
Biên tập: 19/04/2017
Duyệt bài: 26/04/2017

Tóm tắt:

Hiện nay, cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư (Investor - State Dispute Settlement; ISDS) tồn tại trong hơn 3.000 hiệp định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư (bilateral investment treaty - BIT) hay trong những Hiệp định Thương mại tự do (FTA) với các nước và khu vực[1]. Tuy nhiên, cơ chế ISDS trong Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam - Liên minh châu Âu (EU-Vietnam free trade agreement; EVFTA) còn chứa đựng một loạt các thỏa thuận mới mở rộng, mang nhiều thách thức. EVFTA dự kiến sẽ có hiệu lực vào năm 2018, nhưng hiện nay hệ thống pháp luật Việt Nam vẫn còn một số điểm chưa tương thích với những cam kết trong EVFTA. Bài viết phân tích phạm vi, thủ tục giải quyết tranh chấp và sự chuẩn bị của Việt Nam.

Article Infomation:

Keywords: dispute settlement; procedure for dispute settlement; dispute scope; foreign investors; investment receipt; free trade agreements; European Union.

Article History:

Received: 20 Mar. 2017
Edited: 19 Apr. 2017
Appproved: 26 Apr. 2017

Abstract:

Currently, the dispute settlement mechanism between the foreign investor and the Government (the Investor - State Dispute Settlement) (hereinafter referred to as "ISDS") are defined in more than 3,000 bilateral investment treaties (BIT) on investment promotion and protection or in the free trade agreements (FTAs) among the countries or by the regions. However, the ISDS mechanism in the EU-Vietnam Free Trade Agreement (EVFTA) also contains a number of new and expanded agreements that are challenging. EVFTA is expected to come into force in 2018, but currently the legal system in Vietnam still has some incompatibilities with the commitments in the EVFTA. This article provides analysis of the scope, procedures for dispute resolutions and the preparations of Vietnam for the EVFTA enforcement.

1 Như Hiệp định Thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA), Hiệp định Thương mại tự do xuyên Đại Tây Dương giữa Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu (TTIP).

1. Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư trong Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam - Liên minh châu Âu (EVFTA)

1.1 Phạm vi giải quyết tranh chấp

Phạm vi giải quyết tranh chấp của EVFTA chỉ bao hàm các tranh chấp sau đầu tư, thuộc phạm vi quy định của Hiệp định. Phạm vi giải quyết tranh chấp này hẹp hơn so với cơ chế giải quyết UNCITRAL (Thiết chế Trọng tài thương mại quốc tế thuộc Liên hiệp quốc), ISCID (Trung tâm Giải quyết các tranh chấp đầu tư giữa quốc gia và công dân của quốc gia khác thuộc Ngân hàng Thế giới) hay cam kết trong Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP)[2].

Cụ thể, theo EVFTA[3], cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư được áp dụng đối với tranh chấp giữa một bên nguyên đơn là nhà đầu tư của một bên thành viên EVFTA và một bên tranh chấp là thành viên EVFTA còn lại, liên quan đến các biện pháp được xác định là vi phạm cam kết tại a) Phần 2 của Bảo hộ đầu tư và (b) quy định về đối xử quốc gia và đối xử tối huệ quốc trong Phần I về tự do hoá đầu tư nhưng giới hạn trong giai đoạn đầu tư đã đi vào hoạt động[4]. Phạm vi giải quyết tranh chấp ISDS của EVFTA không mở rộng đối với các vấn đề như hoạt động đầu tư được thực hiện do mô tả sai, hành động che giấu, tham nhũng hoặc lạm dụng quy trình.

Song, phạm vi giải quyết tranh chấp trong cơ chế ISDS của EVFTA không bao hàm toàn bộ hoạt động đầu tư như quy định của Hiệp định. Đầu tư thuộc phạm vi áp dụng của EVFTA áp dụng đối với mọi loại tài sản được sở hữu hoặc kiểm soát trực tiếp hoặc gián tiếp bởi nhà đầu tư của một bên ký kết trên lãnh thổ của bên ký kết kia[5]. Khoản đầu tư có thể thuộc sở hữu doanh nghiệp tư nhân hoặc doanh nghiệp có vốn nhà nước. EVFTA còn đưa ra danh sách minh họa một số dạng tài sản đầu tư[6] và cũng loại trừ rõ ràng khỏi phạm vi áp dụng một số hình thức tài sản[7]. Các tài sản đầu tư được khuyến khích và bảo hộ theo EVFTA nếu thỏa mãn một số yếu tố sau:

Thứ nhất, chúng phải có đặc điểm đầu tư, trong đó có các đặc điểm như cam kết về vốn đầu tư hoặc các nguồn lực khác, kỳ vọng về lợi nhuận, hoặc gánh chịu rủi ro;

Thứ hai, đầu tư phải được thiết lập phù hợp với pháp luật nước tiếp nhận đầu tư theo Điều 13, Phần 2. Tuy nhiên, phạm vi giải quyết tranh chấp của EVFTA chỉ bao hàm các tranh chấp sau đầu tư, thuộc phạm vi quy định của Hiệp định như đã phân tích. Quy định này khác với Hiệp định TPP, khi phạm vi giải quyết tranh chấp bao hàm tất cả hoạt động đầu tư thuộc phạm vi áp dụng của Hiệp định TPP[8].

Theo EVFTA, nhà đầu tư là nhà đầu tư thuộc EU hoặc Việt Nam. Nhà đầu tư này có

---

2 UNCITRAL quy định phạm vi giải quyết tranh chấp không có giới hạn nào, áp dụng cho tất cả các tranh chấp; ICSID quy định phạm vi xét xử tại Điều 25 Công ước là những tranh chấp pháp lý và phát sinh trực tiếp từ khoản đầu tư; Cam kết tại Chương 9 trong TPP với khái niệm đầu tư theo nghĩa rộng có thể cho phép việc yêu cầu bồi thường có thể diễn ra ngay cả trong tình huống đầu tư thất bại với các tiêu chuẩn thấp về đầu tư như "hành động hoặc hành động cụ thể để thực hiện đầu tư, chẳng hạn như chuyển các nguồn vốn để thành lập một doanh nghiệp, hoặc xin cấp giấy phép".

3 Mục 3 Chương VIII EVFTA.

4 Khoản 2 Điều 14 Chương XIII EVFTA.

5 Điểm p, đoạn 4, Chương I EVFTA.

6 Danh sách minh họa một số dạng tài sản đầu tư theo EVFTA bao gồm: (i) các tài sản hữu hình hoặc vô hình, động sản hoặc bất động sản, và quyền tài sản liên quan, như cho thuê, cầm cố, cầm giữ và thế chấp; (ii) doanh nghiệp, cổ phiếu, cổ phần và các hình thức góp vốn vào doanh nghiệp; (iii) trái phiếu, trái khoán, các công cụ nợ khác, và các khoản cho vay; (iv) hợp đồng chìa khoá trao tay, xây dựng, quản lý, sản xuất, nhượng quyền, phân chia doanh thu và các hợp đồng tương tự khác; (v) các khiếu kiện có giá trị kinh tế và (vi) quyền sở hữu trí tuệ.

7 EVFTA loại trừ rõ ràng khỏi phạm vi áp dụng một số hình thức tài sản như các khiếu kiện liên quan thuần túy tới hợp đồng thương mại về mua bán hàng hóa và dịch vụ giữa các thể nhân và pháp nhân của hai bên ký kết, văn phòng đại diện của doanh nghiệp nước ngoài.

8 Phạm vi giải quyết tranh chấp của cơ chế ISDS trong Hiệp định TPP được xác định dựa trên định nghĩa về nhà đầu tư và đầu tư. Xem thêm Điều 9 Hiệp định TPP.

thể kiện nhân danh mình hoặc nhân danh một doanh nghiệp nội địa không được kiện nhà nước mình theo cơ chế này. Doanh nghiệp thành lập tại địa phương, trong trường hợp khiếu nại được đưa ra trên danh nghĩa doanh nghiệp thành lập tại địa phương do nguyên đơn sở hữu hoặc kiểm soát. Cụ thể, nhà đầu tư thuộc phạm vi áp dụng của EVFTA bao gồm nhà đầu tư cá nhân và pháp nhân của một bên ký kết đang tìm kiếm cơ hội đầu tư, đang thiết lập đầu tư hoặc đã có khoản đầu tư đang được thực hiện trên lãnh thổ của bên ký kết khác[9]. Quy định này cũng tương tự với những cam kết trong Hiệp định TPP[10].

Một điểm cần lưu ý nữa là EVFTA quy định hiệu lực hồi tố, có nghĩa là nhà đầu tư vẫn có thể khởi kiện các biện pháp tiến hành và kết thúc trước khi EVFTA có hiệu lực. Cụ thể, trong vòng 15 năm sau khi EVFTA hết hiệu lực, nhà đầu tư vẫn có quyền khởi kiện theo cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư của EVFTA vì những vi phạm quy định bảo hộ trong Phần 2 đối với khoản đầu tư hiện đang tiến hành[11].

1.2 Thủ tục giải quyết tranh chấp ISDS

Giống như các thủ tục giải quyết tranh chấp ISDS trong các FTAs thế hệ mới, EVFTA cũng đưa ra 3 phương thức để giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư: tự giải quyết (gồm thương lượng và hoà giải), tham vấn và trọng tài. Đặc biệt, EVFTA chứa đựng những nội dung nhằm kiến tạo một cơ chế ISDS kiểu mới.

- Tự giải quyết tranh chấp

Trước khi sử dụng phương thức tham vấn để giải quyết tranh chấp đầu tư, EVFTA khuyến nghị các bên nên thiện chí tự giải quyết tranh chấp bằng đàm phán hoặc hòa giải. Việc tự giải quyết tranh chấp này được khuyến khích áp dụng ở bất kỳ thời điểm nào, kể cả khi đang giải quyết tranh chấp theo các thủ tục khác[12]. Quy định này tạo cơ hội tối đa cho việc có được phương án giải quyết tranh chấp trên cơ sở đồng thuận của hai bên, từ đó tạo thuận lợi cho việc thực thi.

- Tham vấn

Khi các bên không thể tự giải quyết tranh chấp, nhà đầu tư của một bên thành viên có thể gửi yêu cầu tham vấn cho bên thành viên kia về biện pháp vi phạm. Khác với Công ước ICSID, thủ tục tham vấn trong EVFTA là thủ tục bắt buộc[13] trước khi nhà đầu tư nộp đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Quy định này tương tự với Hiệp định TPP[14].

Yêu cầu tham vấn phải có các nội dung: tên, địa chỉ của nguyên đơn, điều khoản nguyên đơn cho là bị đơn vi phạm, cơ sở thực tiễn và pháp lý, yêu cầu bồi thường, bằng chứng về tư cách nhà đầu tư được bảo hộ. Yêu cầu tham vấn phải đáp ứng các điều kiện về thời gian: (i) trong vòng 3 năm sau khi nguyên đơn nhận thấy biện pháp do nước tiếp nhận đầu tư áp dụng là không phù hợp như đề cập ở phần phạm vi giải quyết tranh chấp và gây ra thiệt hại cho nguyên đơn; (ii) Trong vòng 2 năm, sau khi nguyên đơn rút đơn kiện khỏi trọng tài hay toà án trong nước và trong mọi trường hợp không muộn hơn 7 năm kể từ ngày nhận thấy biện pháp vi phạm do nước tiếp nhận đầu tư áp dụng và thiệt hại do biện pháp này gây ra. Sau khi gửi yêu cầu tham vấn, trừ khi các bên tranh chấp có thoả thuận khác, tham vấn phải được tiến hành trong vòng 60 ngày và kết thúc trong vòng 18 tháng.

9 Điểm p, đoạn 4 Chương I, EVFTA.
10 Xem thêm Điều 9.1 Hiệp định TPP.
11 Điều 19, Mục 2 Chương VIII, EVFTA.
12 Điều 3, Mục 3, Phần II, Chương VIII, EVFTA.
13 Điều 4, Mục 3, Phần II, Chương VIII, EVFTA.
14 Xem thêm Điều 9.19 Hiệp định TPP.

- Trọng tài

EVFTA sử dụng một cơ chế giải quyết tranh chấp mới là hệ thống Tòa đầu tư. Hệ thống cơ quan mang tính thường trực, gồm hai tòa, gọi là Tòa đầu tư và Tòa Phúc thẩm để xét xử theo hai cấp, cấp sơ thẩm và phúc thẩm. Cơ cấu tổ chức, trình tự thủ tục và quy tắc ứng xử thành viên trong Hệ thống được quy định chi tiết và chặt chẽ. Ý tưởng về hệ thống Tòa đầu tư này dựa theo đề xuất của Ủy ban châu Âu về cải cách cơ chế giải quyết tranh chấp. Đề xuất này không chỉ được đưa ra trong EVFTA mà còn được đưa ra trong Hiệp định Thương mại tự do Canada - Liên minh châu Âu (CETA) hay Hiệp định Đối tác xuyên Đại Tây Dương (TTIP)[15].

Cơ chế giải quyết tranh chấp ISDS với sự hình thành một cơ quan trọng tài thường trực giải quyết tranh chấp theo hai cấp được coi là cách tiếp cận mới đối với bảo hộ đầu tư của EU[16]. Bằng cách kiến tạo hệ thống giải quyết tranh chấp, "ISDS kiểu mới" hoạt động như một tòa án quốc tế, sự thay đổi đó sẽ bảo đảm rằng các công dân có thể tin cậy vào hệ thống này để có được những phán quyết công bằng và khách quan[17]. Rõ ràng, mô hình này sẽ phòng ngừa được nguy cơ thành lập trọng tài theo từng vụ kiện cụ thể dẫn tới xung đột lợi ích, thiên vị và khó đem lại sự cân bằng thích hợp giữa vấn đề bảo hộ đầu tư và quyền điều tiết của nước tiếp nhận đầu tư[18]. Cơ chế mới này được mong đợi sẽ thúc đẩy sự công bằng, độc lập của người xét xử, ngăn ngừa "nguy cơ giải nghĩa các quy định bảo hộ đầu tư một cách không được dự liệu trước" và thúc đẩy sự nhất quán, dễ dự đoán trong thực tiễn xét xử liên quan đến các hiệp định về đầu tư[19]. Mục tiêu bao quát mà nó hướng tới là bảo vệ quyền của nước nhận đầu tư trong điều tiết và theo đuổi các mục tiêu công chính đáng như sức khoẻ, an toàn của cộng đồng, môi trường, đạo đức cộng đồng và đa dạng văn hóa[20].

Cũng cần nói thêm rằng, mô hình Tòa án đầu tư trong EVFTA là mô hình tòa trọng tài thường trực, bởi hai lý do như sau:

Thứ nhất, trong toàn văn của Hiệp định sử dụng thuật ngữ "tribunal" để chỉ cơ quan xét xử ở cả cấp sơ thẩm và cấp phúc thẩm. Thuật ngữ này tương đương với khái niệm dùng trong tiếng Anh là "Tòa trọng tài".

Thứ hai, về quy tắc tố tụng: Sử dụng quy tắc tố tụng của một số thể chế trọng tài. Cụ thể, theo EVFTA, việc xét xử của Trọng tài có thể theo một trong 4 quy trình tố tụng sau: (i) Công ước về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa các quốc gia và công dân của các quốc gia khác (Công ước ICSID 1965); (ii) Bộ quy tắc phụ trợ của Trọng tài ICSID; (iii) Bộ quy tắc trọng tài của UNCITRAL và (iv) Các thủ tục khác do hai bên thỏa thuận. Các quy tắc này được áp dụng cùng với các quy định trong EVFTA cũng như bởi các quy tắc được chấp nhận bởi Ủy ban Thương mại (Ủy ban Thương mại gồm các đại diện của EU

15 Mô hình này được đưa ra trong Bản đề xuất cho Hiệp định Thương mại tự do xuyên Đại Tây Dương (TTIP), nhưng đàm phán TTIP vẫn chưa kết thúc. Khi CETA kết thúc đàm phán (năm 2014) thì vẫn sử dụng mô hình ISDS kiểu cũ, chỉ đến tháng 2/2016, khi kết thúc rà soát pháp lý (sau khi EVFTA đã kết thúc đàm phán), EU với Canada mới tuyên bố thay đổi từ mô hình ISDS kiểu cũ dang mô hình ISDS kiểu mới. Xem thêm CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm, truy cập ngày 24/12/2016 và Concept paper, "Investment in TTIP and beyond - the path for reform", p. 6-8 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF, truy cập ngày 24/12/2016.

16 Trịnh Hải Yến, "Các quy định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư trong EVFTA", Tài liệu dùng cho khóa học "Khuyến khích và bảo hộ đầu tư nước ngoài theo Hiệp định Thương mại tự do giữa EU và Việt Nam", Học viện Ngoại giao, Hà Nội, tháng 3/2016.

17 WTO, Political & quasi-adjudicative dispute settlement models in european union free trade agreement – Is the quasi – adjudicative model a trend or is it just another model? https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200609_e.pdf, truy cập ngày 25/12/2016.

18 Concept paper, "Investment in TTIP and beyond - the path for reform", tlđd, tr. 6-8.

19 Concept paper, "Investment in TTIP and beyond the path for reform", tlđd, tr. 6-8.

20 Concept paper, "Investment in TTIP and beyond – the path for reform", tlđd, tr. 6-8.

và Việt Nam, họp mỗi năm một lần, trừ phi được Uỷ ban quyết định khác, hoặc trong trường hợp khẩn cấp theo yêu cầu của ít nhất một trong các bên[21], Trọng tài sơ thẩm hoặc Trọng tài phúc thẩm.

Về cơ cấu tổ chức của Tòa đầu tư, EVFTA trao quyền lựa chọn thành viên của Hệ thống Tòa đầu tư EVFTA cho các nước thành viên và Hội đồng xét xử được Chủ tịch các Toà này chỉ định, đảm bảo tính luân phiên, ngẫu nhiên, không dự đoán được và cơ hội công bằng cho các thành viên. Tòa Đầu tư có 9 thành viên, với 3 thành viên là công dân Việt Nam, 3 thành viên là công dân các nước EU, 3 thành viên công dân bên không tham gia EVFTA. Tòa Phúc thẩm gồm 6 thành viên, với 2 thành viên là công dân Việt Nam, 2 thành viên là công dân các nước EU, 2 thành viên công dân bên không tham gia EVFTA. Trong trường hợp, Việt Nam hoặc EU lựa chọn công dân nước khác thì người đó được xem như công dân của bên lựa chọn theo quy định về phân bổ quốc tịch thành viên nói trên. Tổng số thành viên của các Tòa có thể thay đổi theo hệ số 3 thông qua quyết định của Ủy ban Thương mại. Bên cạnh đó, EVFTA cũng đặt ra các tiêu chuẩn để bổ nhiệm trọng tài viên. Khi được bổ nhiệm là thành viên các Tòa, họ không được tham gia với tư cách luật sư, chuyên gia, nhân chứng trong bất kỳ vụ kiện đầu tư theo EVFTA, điều ước khác hay nội luật. Nếu một bên tranh chấp cho rằng một thành viên có xung đột lợi ích thì gửi yêu cầu miễn nhiệm thành viên đó cho Chủ tịch Tòa Đầu tư hay Chủ tịch Tòa Phúc thẩm quyết định[22]. Quy định này nhằm ngăn ngừa các thành viên Tòa có lợi ích xung đột trong khi xét xử.

Trình tự thủ tục tiến hành việc xét xử tại trọng tài theo EVFTA được quy định cụ thể theo các bước sau:

Thông báo về ý định khởi kiện

Khác với Công ước ICSID và TPP, EVFTA yêu cầu nhà đầu tư phải thông báo về ý định khởi kiện trước khi tiến hành khởi kiện. Nếu tranh chấp không được giải quyết trong vòng 90 ngày kể từ ngày yêu cầu tham vấn, nguyên đơn có thể gửi thông báo về ý định khởi kiện cho nước tiếp nhận đầu tư liên quan: Việt Nam, EU hoặc nước thành viên EU. Trong trường hợp thông báo được gửi đến EU, EU phải xác định rõ tư cách bị đơn là EU hay nước thành viên EU và trả lời nguyên đơn trong thời hạn 60 ngày kể từ ngày nhận thông báo về ý định khởi kiện của nguyên đơn[23]. Quy định phải có Thông báo về ý định khởi kiện tạo thuận lợi cho nước tiếp nhận đầu tư có thể thấy trước nguy cơ cận kề của việc bị kiện để điều chỉnh trong quá trình tham vấn hoặc có thời gian cho việc chuẩn bị hầu kiện.

Khởi kiện ra Trọng tài

Nếu tranh chấp không thể giải quyết trong vòng 6 tháng kể từ ngày yêu cầu tham vấn thì ít nhất sau 3 tháng kể từ ngày gửi thông báo về ý định khởi kiện, nguyên đơn có thể nộp đơn khởi kiện đến Trọng tài. Bằng việc cam kết trong EVFTA, Việt Nam và EU coi như đã chấp nhận việc có thể bị kiện bởi các nhà đầu tư của bên thành viên kia ra trọng tài theo cơ chế ISDS một cách tự động. Vì vậy, nhà đầu tư có thể khởi kiện ra trọng tài của EVFTA một cách đơn phương mà không cần sự chấp nhận của Việt Nam hay EU. Quy định về đơn phương khởi kiện và thời hạn để khởi kiện tính từ ngày yêu cầu tham vấn giống như quy định của TPP. Toà Đầu tư phải đưa ra phán quyết trong vòng 18 tháng kể từ ngày nguyên đơn gửi đơn kiện, trừ khi có quyết định kéo dài thời gian ra phán quyết và nêu rõ lý do. Sau đó 90 ngày, phán quyết ở cấp sơ thẩm này sẽ có giá trị chung thẩm nếu không bị kháng cáo[24].

21 Điều X.1, Chương XX, EVFTA.
22 Điều 14, Phần III, Chương VIII, EVFTA.
23 Điều 6, Mục 3, Phần II, Chương VIII, EVFTA.
24 Điều 27, Mục 3, Chương VIII EVFTA.

Kháng cáo trước trọng tài phúc thẩm (Appeal Tribunal)

Trọng tài phúc thẩm là cơ quan thường trực được thành lập để giải quyết kháng cáo đối với phán quyết của Trọng tài sơ thẩm. Trọng tài phúc thẩm bao gồm 6 trọng tài viên do Uỷ ban Thương mại bổ nhiệm với nhiệm kỳ 4 năm, trong đó 2 trọng tài là công dân EU, 2 trọng tài là công dân Việt Nam và 2 trọng tài là công dân nước thứ ba. Chủ tịch và Phó Chủ tịch trọng tài phúc thẩm có nhiệm kỳ 2 năm.

Các bên tranh chấp có thể kháng cáo lên Trọng tài phúc thẩm trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày Trọng tài sơ thẩm ra phán quyết. Đối với mỗi tranh chấp, số lượng trọng tài phúc thẩm tham gia giải quyết tranh chấp là 3 trọng tài viên hoặc 1 trọng tài viên duy nhất là công dân nước thứ ba. Chủ tịch Trọng tài phúc thẩm lựa chọn Trọng tài phúc thẩm trên cơ sở luân phiên và ngẫu nhiên, đảm bảo các bên đều có cơ hội ngang bằng nhau. Thủ tục phúc thẩm không quá 180 ngày, trong trường hợp đặc biệt có thể kéo dài, nhưng không quá 270 ngày.

Trọng tài phúc thẩm có thẩm quyền xem xét 3 vấn đề: (i) sai sót trong giải thích hoặc áp dụng pháp luật của Trọng tài; (ii) sai sót trong đánh giá các sự kiện của Trọng tài, bao gồm cả sai sót trong đánh giá luật quốc gia được áp dụng; hoặc là (iii) những quy định tại Điều 52 của Công ước ICSID không thuộc vấn đề trên[25].

Như vậy, so với tính chất phán quyết chung thẩm của UNCITRAL hay cơ chế xem xét lại theo Điều 50 của Công ước ICSID thì cơ chế phúc thẩm riêng là cơ sở để đảm bảo hơn tính chặt chẽ của hoạt động xét xử và tạo điều kiện để có thể dự đoán trước các quyết định trong khuôn khổ ISDS.

Thực thi phán quyết Trọng tài

Khi có cơ sở để kết luận rằng, biện pháp mà một bên áp dụng là vi phạm các điều khoản liên quan, Trọng tài sẽ ra phán quyết tạm thời và yêu cầu bên vi phạm bồi thường bằng tiền hoặc bằng tài sản cho nguyên đơn[26]. Trong thời hạn 90 ngày, nếu các bên không có kháng cáo, phán quyết tạm thời sẽ trở thành phán quyết cuối cùng. Theo quy định của EVFTA, phán quyết cuối cùng (bao gồm cả phán quyết của Trọng tài sơ thẩm và Trọng tài phúc thẩm) sẽ được các bên tuân thủ, không kháng cáo, rà soát, bãi bỏ, huỷ bỏ hay có thêm bất kỳ biện pháp sửa đổi nào.

Đây là một điểm khác biệt trong cơ chế giải quyết tranh chấp của EVFTA và có phần "cứng rắn" hơn trong thực thi phán quyết trọng tài so với Công ước ICSID hay những cam kết trong Hiệp định TPP[27]. Tuy nhiên, Việt Nam có một giai đoạn 05 năm chuyển tiếp, tính từ khi Hiệp định có hiệu lực hoặc thời gian dài hơn do Uỷ ban Thương mại quyết định và trong thời gian đó, nếu Việt Nam là bị đơn thì việc công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài sẽ tuân theo Công ước New York 1958[28]. Nghĩa là trong thời hạn 05 năm đầu, phán quyết vẫn có thể được xem xét lại hay huỷ bỏ.

2. Sự chuẩn bị của Việt Nam

Khi tham gia vào sân chơi EVFTA, Việt Nam được đánh giá là nước có lợi thế khi có cơ hội thu hút được dòng vốn đầu tư lớn vào Việt Nam từ các nước trong khối EU. Trước những cơ hội tiếp nhận đầu tư lớn như vậy, Chính phủ cũng như các doanh nghiệp Việt Nam đã chuẩn bị như thế nào về mặt pháp luật và nhân lực để tham gia vào sân chơi này?

Thứ nhất, có thể khẳng định rằng, cơ chế ISDS trong EVFTA có phạm vi áp dụng

25 Điều 28, Mục 3, Phần II, Chương VIII, EVFTA.
26 Điều 27 Mục 3 Phần II, Chương VIII, EVFTA.
27 Công ước ICSID và Hiệp định TPP vẫn cho phép khả năng sửa đổi, huỷ bỏ phán quyết. Xem thêm: Điều 51 và 51 Công ước ICSID, khoản 9 Điều 9.29 Hiệp định TPP.
28 Điều 31 Mục 3 Phần II, Chương VIII, EVFTA.

độc lập và không chồng lấn với pháp luật nội địa. Bởi cơ chế này chỉ áp dụng riêng cho các nhà đầu tư EU đáp ứng các điều kiện quy định, trong các loại tranh chấp được quy định trong EVFTA. Cơ chế này không áp dụng cho nhà đầu tư trong nước, cũng không ảnh hưởng tới quy trình giải quyết tranh chấp trọng tài trong nước. Hay nói cách khác, cơ chế ISDS tồn tại song song với các cơ chế giải quyết tranh chấp đầu tư nội địa chứ không thay thế. Vì thế, pháp luật nội địa về trọng tài hay tòa án giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế không cần thay đổi gì. Tuy nhiên, để tiếp cận và thích ứng với cơ chế ISDS trong EVFTA, liệu cần có một văn bản riêng quy định về việc thực thi EVFTA trong đó có phần quy định về ISDS?

Hiện nay, đối với những tranh chấp đầu tư quốc tế nói chung, pháp luật Việt Nam đã ban hành một cơ chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế. Đó là "Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế" ban hành kèm theo Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14/01/2014 của Thủ tướng Chính phủ, có hiệu lực từ ngày 03/03/2014[29]. Quy chế này áp dụng cho việc giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế đối với tất cả các trường hợp khi cơ quan nhà nước, chính phủ Việt Nam bị các nhà đầu tư nước ngoài khởi kiện. Quy chế bao hàm các quy định nhằm mục đích xác định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan nhà nước tham gia vào việc giải quyết tranh chấp và quy định thủ tục, trình tự, các bước tiến hành trong việc phối hợp và tham gia giải quyết tranh chấp giữa nhà nước, cơ quan nhà nước và nhà đầu tư nước ngoài tại cơ quan tài phán quốc tế[30].

Việc ban hành Quy chế này giúp các cơ quan nhà nước Việt Nam chủ động tham gia vào cơ chế ISDS. Tuy nhiên, việc chưa có một văn bản thực thi hoặc nội luật hoá các quy định của EVFTA về đầu tư trong hệ thống pháp luật Việt Nam có thể dẫn đến tình trạng cơ quan, chính phủ và các doanh nghiệp lúng túng và dễ bị nhầm lẫn với nhiều cơ chế ISDS trong các FTA khác mà Việt Nam đã ký kết. Cụ thể, các quy định về phạm vi giải quyết tranh chấp ISDS và các khái niệm về "investor" (nhà đầu tư) và "investment" (đầu tư) trong EVFTA là hẹp hơn so với Hiệp định TPP như đã phân tích.

Vì thế, một yêu cầu cấp thiết đặt ra đối với việc thực thi ISDS trong EVFTA là Chính phủ cần ban hành nghị định áp dụng trực tiếp các nội dung về ISDS trong EVFTA để các cơ quan nhà nước, doanh nghiệp Việt Nam chủ động trong việc thích ứng với cơ chế đầu tư trong EVFTA.

Thứ hai, đội ngũ nhân lực có thể đại diện cho Việt Nam tham gia với tư cách là thành viên Tòa đầu tư và Tòa phúc thẩm trong EVFTA còn nhiều hạn chế và vai trò của Trọng tài Việt Nam hiện tại cũng rất mờ nhạt trong việc xử lý các vụ việc liên quan tới ISDS.

Theo cơ chế giải quyết tranh chấp ISDS trong Hiệp định EVFTA, hệ thống Tòa đầu tư sẽ có với 3 thành viên là công dân Việt Nam, và Tòa phúc thẩm có 2 thành viên là công dân Việt Nam. Yêu cầu về năng lực của thành viên Tòa đầu tư là đạt tiêu chuẩn bổ nhiệm vào các chức vụ tư pháp tại nước đó hoặc là luật gia có uy tín đã được công nhận và phải có chuyên môn về công pháp quốc tế[31]. Hiện nay, theo số liệu thống kê, trong số 68 trọng tài viên được bổ nhiệm tại tất cả các vụ kiện theo cơ chế ISDS trên thế giới thì chỉ có 20 trọng tài viên đến từ

29 Xem Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế đã được ban hành kèm theo Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14/01/2014 và có hiệu lực từ ngày 03/03/2014, Quyết định số 1063/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ban hành và có hiệu lực ngày 14/6/2016.

30 Xem Tài liệu khoá đào tạo nâng cao "Luật đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư" do EUMUTRAP- VIAC phối hợp Trường Đại học Luật Hà Nội tổ chức, Hà Nội, ngày 07-11/11/2016.

31 Xem Điều 12 Mục 4 Chương VIII EVFTA.

các nước đang phát triển[32]. Ở Việt Nam, số lượng trọng tài viên và luật sư đáp ứng được tiêu chuẩn này còn hạn chế, việc lựa chọn các thành viên được bổ nhiệm chức danh tư pháp có đủ trình độ chuyên môn sâu về ISDS còn nhiều khó khăn.

Mặt khác, trong số các chức danh tư pháp tại Việt Nam gồm Thẩm phán, Kiểm sát viên, Điều tra viên, Luật sư, Trọng tài viên, Thẩm tra viên, Công chứng viên, Giám định viên…, thì chỉ có hai chức danh Luật sư và Trọng tài viên là có thể tham gia làm đại diện của Việt Nam tại Tòa đầu tư và Tòa phúc thẩm. Đối với Thẩm phán, những người có kinh nghiệm xét xử thì lại không được tham gia vào ISDS bởi họ chỉ có thẩm quyền xét xử những vụ án thuộc thẩm quyền của Toà án và do Chánh án phân công. Bên cạnh đó, Việt Nam không có các Thẩm phán độc lập nên việc lựa chọn thành viên có chức danh tư pháp tham gia vào Tòa đầu tư và Tòa phúc thẩm cũng có ít lựa chọn.

Đối với Tòa Phúc thẩm, thành viên được chọn phải đạt tiêu chuẩn bổ nhiệm vào các chức vụ tư pháp cao nhất (the highest judicial offices)[33]. Đây là một quy định mà Việt Nam sẽ gặp nhiều vướng mắc, bởi nội hàm khái niệm "chức vụ tư pháp cao nhất" theo pháp luật Việt Nam và quy định trong EVFTA liệu có tiệm cận, tương thích với nhau?

Quy chế phối hợp cũng chỉ có quy định về việc lựa chọn luật sư để tham gia là đại diện của Chính phủ Việt Nam bảo vệ quyền lợi trong tranh chấp đầu tư quốc tế nói chung, không có quy định về việc lựa chọn trọng tài viên tham gia vào Tòa đầu tư theo yêu cầu của EVFTA. Một câu hỏi đặt ra là, nếu có tranh chấp xảy ra, Chính phủ Việt Nam sẽ sử dụng nguồn nhân lực trong nước hay phải thuê trọng tài và luật sư quốc tế - những người có trình độ chuyên sâu về ISDS, có ngoại ngữ và kỹ năng tốt nhưng lại có thể không hiểu đầy đủ về chính sách và pháp luật đầu tư của Việt Nam. Đây cũng là một thách thức vô cùng quan trọng đối với chiến lược xây dựng đội ngũ trọng tài viên và luật sư thương mại quốc tế của Việt Nam.

Thứ ba, quy định của pháp luật Việt Nam về cơ chế công nhận, thi hành phán quyết Trọng tài ISDS cũng chưa thực sự tương thích với EVFTA. Theo EVFTA, hai bên cam kết công nhận và cho thi hành phán quyết cuối cùng trên lãnh thổ của mình như bản án của Tòa án quốc gia. Tuy nhiên, Việt Nam được bảo lưu điều khoản này trong 05 năm kể từ khi EVFTA có hiệu lực. Vậy trong lộ trình 05 năm, hiệu lực pháp lý của phán quyết trọng tài ISDS có thể bị huỷ bỏ hoặc từ chối không được công nhận và thi hành trên lãnh thổ Việt Nam bởi những quy định về điều kiện công nhận và thi hành theo Công ước New York cũng như trong pháp luật tố tụng dân sự của Việt Nam. Trong trường hợp phán quyết của Trọng tài nước ngoài ISDS giải quyết tranh chấp phát sinh từ EVFTA bị hủy bỏ và không được công nhận trên lãnh thổ Việt Nam thì EVFTA có cơ chế gì để giải quyết những tình huống trên?

Hơn nữa, sau lộ trình 05 năm, tức là từ năm thứ sáu trở đi hoặc thời điểm do Ủy ban Thương mại xác định, thì hiệu lực pháp lý của phán quyết Trọng tài ISDS theo EVFTA sẽ như thế nào? Với quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về công nhận và thi hành phán quyết của Trọng tài nước ngoài thì pháp luật chưa tương thích với nguyên tắc thi hành một cách trực tiếp các phán quyết Trọng tài nước ngoài về ISDS theo EVFTA. Theo Bộ luật Tố tụng dân sự Việt Nam năm 2015, phán quyết của Trọng tài nước ngoài đều phải được thực hiện thủ tục công nhận và thi hành tại tòa án Việt Nam. Nếu thông qua thủ tục này thì có thể phán quyết Trọng

32 Xem thêm: Lê Nết (2006), "ICSID còn gay hơn cả kiện bán phá giá", Vietnamese Law Consultants, http://www.vietnameselawconsultancy.com/vietnamese/content/browse.php?action=shownews&id=37&topicid=1119, truy cập ngày 22/11/2016.

33 Xem Khoản 7 Điều 13 Mục 4 Chương VIII EVFTA.

tài đó sẽ không được thực hiện trên lãnh thổ Việt Nam nếu rơi vào các trường hợp từ chối công nhận[34].

Như vậy, sau quá trình đàm phán kết thúc, đây là ba vấn đề về cơ chế giải quyết tranh chấp ISDS trong EVFTA mà pháp luật Việt Nam chưa thực sự tương thích. Trong lộ trình từ sau khi kết thúc đàm phán cho đến khi EVFTA có hiệu lực dự kiến vào năm 2018, Chính phủ và cơ quan có thẩm quyền Việt Nam cần có những động thái tích cực trong việc hài hoà hoá pháp luật với các quy định của EVFTA bằng cách ban hành một nghị định triển khai thi hành EVFTA, trong đó có một phần về cơ chế ISDS. Nghị định này cần phải cụ thể hóa về việc thực hiện các thủ tục pháp lý liên quan đến cơ chế ISDS, phải có những quy định rõ ràng về phạm vi giải quyết tranh chấp ISDS để Chính phủ và doanh nghiệp Việt Nam lường trước được những vụ kiện ISDS trong tương lai. Đặc biệt, cần chú trọng những quy định về lộ trình 05 năm trong việc công nhận và thi hành phán quyết của Trọng tài như thế nào đối với các vụ kiện ISDS phát sinh từ EVFTA để hệ thống Toà án Việt Nam có một hướng dẫn cụ thể nhằm thực hiện riêng đối với các tranh chấp này. Quan trọng hơn nữa trong thời gian này, Việt Nam cần thực hiện tốt hơn Đề án đào tạo "Phát triển đội ngũ luật sư phục vụ hội nhập kinh tế quốc tế từ năm 2010 đến năm 2020" theo Quyết định số 123/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ, nhằm tạo ra một đội ngũ luật sư, trọng tài viên phục vụ cho tranh chấp ISDS tại EVFTA nói riêng và các FTA thế hệ mới mà Việt Nam đang và sẽ ký kết trong tương lai ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ quy tắc phụ trợ của Trọng tài ICSID.

2. Bộ quy tắc trọng tài của UNCITRAL.

CETA: EU and Canada agree on new approach on investment in trade agreement <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-399_en.htm>.

Concept paper, "Investment in TTIP and beyond - the path for reform", <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF>.

3. Công ước về Giải quyết tranh chấp đầu tư giữa các quốc gia và công dân của các quốc gia khác (Công ước ICSID 1965).

4. Hiệp định Thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA).

5. Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam - Liên minh châu Âu (EVFTA).

6. Hiệp định Thương mại tự do xuyên Đại Tây Dương giữa Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu (TTIP).

Lê Nết (2006), "ICSID còn gay hơn cả kiện bán phá giá", Vietnamese Law Consultants, <http://www.vietnamese-law-consultancy.com/vietnamese/content/browse.php?action=shownews&id=37&topicid=1119>.

7. Quy chế phối hợp trong giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế đã được ban hành kèm theo Quyết định số 04/2014/QĐ-TTg ngày 14/01/2014 và có hiệu lực từ ngày 03/3/2014, Quyết định số 1063/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ban hành và có hiệu lực ngày 14/6/2016.

8. Tài liệu khoá đào tạo nâng cao "Luật đầu tư quốc tế và giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và chính phủ nước tiếp nhận đầu tư" do EUMUTRAP- VIAC phối hợp Trường Đại học Luật Hà Nội tổ chức, Hà Nội, ngày 07-11/11/2016.

9. Trịnh Hải Yến, Các quy định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư trong EVFTA, Tài liệu dùng cho Khóa học "Khuyến khích và bảo hộ đầu tư nước ngoài theo Hiệp định Thương mại Tự do giữa EU và Việt Nam", Học viện Ngoại giao, Hà Nội, tháng 3/2016.

WTO, Political & quasi-adjudicative dispute settlement models in european union free trade agreement – Is the quasi – adjudicative model a trend or is it just another model? <https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd200609_e.pdf>.

34 Điều 459 Bộ luật Tố tụng dân sự 2015.

QUYỀN TỰ DO LỰA CHỌN LOẠI HÌNH DOANH NGHIỆP TRONG PHẠM VI QUYỀN TỰ DO KINH DOANH

Nguyễn Văn Lâm*
* ThS, Viện Kinh tế và Quản lý, Trường Đại học Bách khoa Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: quyền tự do kinh doanh; quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 06/04/2017
Biên tập: 02/06/2017
Duyệt bài: 09/06/2017

Tóm tắt:

Quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp là một quyền cơ bản trong quyền tự do kinh doanh của nhà đầu tư; là quyền của nhà đầu tư được lựa chọn và đăng ký loại hình doanh nghiệp phù hợp với điều kiện và nhu cầu của mình để khởi nghiệp kinh doanh. Bài viết phân tích các khía cạnh của quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp, phân tích thực trạng pháp luật và đưa ra một số kiến nghị đảm bảo quyền tự do kinh doanh ở Việt Nam.

Article Infomation:

Keywords: freedom right of business; freedom right to choose the type of business.

Article History:

Received: 06 Apr. 2017
Edited: 02 Jun 2017
Appproved: 09 Jun 2017

Abstract:

The freedom right to choose the type of business is a fundamental right in the freedom right of the business of the investors. The freedom right to choose the type of enterprise is the right of the investors to choose and register the type of business appropriate to their conditions and needs to start a business. This article provides the analyses of the freedom right of choice for the type of business, analyses of the applicable law and recommendations to ensure the freedom right of the business in Vietnam.

1. Quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp là quyền cơ bản của quyền tự do kinh doanh

Quyền tự do kinh doanh được ghi nhận lần đầu tiên tại Hiến pháp năm 1992 (Điều 57). Kế thừa tinh thần đó, Điều 33 Hiến pháp năm 2013 khẳng định người dân có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm; và quyền này được cụ thể hóa trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 và Luật Đầu tư năm 2014.

Quyền tự do kinh doanh về cơ bản được cụ thể hóa qua một số quyền như quyền tự do thành lập doanh nghiệp, lựa chọn ngành nghề kinh doanh, quyền tiếp cận thị trường, quyền bình đẳng, tự do cạnh tranh lành mạnh, quyền được đảm bảo sở hữu tài

sản của doanh nghiệp[1]. Hay nói cách khác, quyền tự do kinh doanh được hiểu là hệ thống các quyền gắn với chủ thể kinh doanh, mà chủ yếu và trước hết là: quyền được bảo đảm sở hữu đối với tài sản; quyền tự do thành lập doanh nghiệp (bao gồm quyền tự do lựa chọn ngành nghề kinh doanh, địa điểm kinh doanh, lựa chọn mô hình doanh nghiệp); quyền tự do hợp đồng; quyền tự do cạnh tranh theo pháp luật; quyền tự định đoạt trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp[2].

Quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp là quyền của nhà đầu tư được lựa chọn và đăng ký loại hình doanh nghiệp phù hợp với điều kiện và sở thích của mỗi nhà đầu tư. Bởi thế, mở rộng quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp đồng nghĩa với việc nhà đầu tư có quyền lựa chọn và đăng ký nhiều loại hình doanh nghiệp hơn.

Hiện nay, nhà đầu tư có quyền lựa chọn các loại hình doanh nghiệp khác nhau với đặc trưng riêng và những hạn chế hay lợi thế của từng loại hình để thực hiện các hoạt động kinh doanh của mình. Về cơ bản, những sự khác biệt giữa các loại hình doanh nghiệp có thể kể đến như khả năng huy động vốn; tính chịu trách nhiệm của chủ sở hữu; cơ cấu tổ chức nội bộ; sự tham gia quản lý của chủ sở hữu… Cá nhân, tổ chức muốn thành lập doanh nghiệp thì việc lựa chọn loại hình phù hợp là rất quan trọng, ảnh hưởng lớn đến quá trình hoạt động và phát triển của doanh nghiệp sau khi thành lập.

Bất kỳ một loại hình doanh nghiệp nào cũng có những ưu điểm và hạn chế nhất định. Việc lựa chọn loại hình doanh nghiệp nào hoàn toàn phụ thuộc vào yêu cầu hoạt động của những nhà đầu tư. Vì vậy, để tạo điều kiện thuận lợi nhất cho các nhà đầu tư lựa chọn loại hình doanh nghiệp phù hợp, Luật Doanh nghiệp cần quy định nhiều loại hình doanh nghiệp khác nhau.

Trong thực tiễn, các nhà đầu tư muốn liên kết với nhau để thực hiện hoạt động kinh doanh nhất định, sự liên kết này sẽ tạo ra các quyền và nghĩa vụ cho bên tham gia. Sự khác nhau về quyền và nghĩa vụ (trách nhiệm) sẽ tạo ra các lợi thế (sức mạnh) và sự chia sẻ rủi ro khác nhau. Vì thế, bản chất hình thành các loại hình doanh nghiệp khác nhau xuất phát từ sự khác nhau về quyền và nghĩa vụ của các chủ sở hữu, và mỗi loại hình có lợi thế, rủi ro khác nhau. Đối với những loại hình doanh nghiệp một chủ, thì sự liên kết là gián tiếp. Những sáng kiến của các nhà đầu tư về các loại hình kinh doanh, phải được pháp luật ghi nhận và phát triển.

Ở các nước có nền kinh tế thị trường phát triển, các loại hình doanh nghiệp tồn tại dưới nhiều hình thức rất phong phú và đa dạng. Sự đa dạng và phong phú đó tạo cho nhà kinh doanh có nhiều cơ hội lựa chọn cho mình hình thức doanh nghiệp thích hợp, tạo điều kiện cho họ thực hiện tốt quyền tự do kinh doanh của mình. Sự đa dạng của các loại hình doanh nghiệp còn góp phần bảo vệ về mặt pháp lý lợi ích của nhà kinh doanh khi họ bỏ vốn vào hoạt động sản xuất kinh doanh[3].

Ở Cộng hòa Liên bang Đức, "các quy định về công ty của Đức phản ánh rõ nét sự linh hoạt và mềm dẻo của hệ thống pháp luật, phù hợp với sự biến chuyển không ngừng của nền kinh tế. Các quy định này không chỉ phục vụ cho mục tiêu quản lý của Nhà nước mà còn phục vụ đắc lực cho sự phát triển một cách trật tự, minh bạch của nền kinh tế. Các hình thức công ty được

1 Lê Bích Trâm, Châu Huy Quang (2016), Quyền tự do kinh doanh: Tương thích và bất cập, xem http://www.thesaigon-times.vn/145579/Quyen-tu-do-kinh-doanh-Tuongthich-va- batcap.html truy cập ngày 30/4/2016.

2 Bùi Ngọc Cường, Một số vấn đề về quyền tự do kinh doanh trong pháp luật Việt Nam hiện hành, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2004.

3 Nguyễn Thị Thu Vân, Một số vấn đề về công ty và hoàn thiện pháp luật về công ty ở Việt Nam hiện nay, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội,1998, tr. 144.

thiết lập phù hợp với nhu cầu đầu tư và kinh doanh đa dạng của cá nhân, tổ chức, tạo điều kiện và khuyến khích nhà đầu tư bỏ vốn đầu tư kinh doanh, qua đó, thức đẩy sự phát triển của nền kinh tế"[4].

Như vậy, một trong những đặc tính cần thiết nổi bật của pháp luật là phải mang tính dự báo, một mặt để đáp ứng kịp thời với điều kiện hoàn cảnh xã hội, đồng thời tạo ra hướng mở cho những sự lựa chọn trong kinh doanh của người dân. Chỉ có thế, pháp luật mới ghi nhận thực tiễn của đời sống và mang tính ổn định và bền vững.

2. Quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp trong pháp luật Việt Nam

Ở Việt Nam, trong mỗi thời kỳ, từ những điều kiện, đặc điểm của nền kinh tế thị trường ở nước ta, Nhà nước quy định những mô hình doanh nghiệp cơ bản với những điều kiện để thành lập, ban hành quy chế quản lý đối với những ngành nghề bị cấm kinh doanh, kinh doanh có điều kiện hoặc được khuyến khích kinh doanh để trên cơ sở đó người đầu tư thực hiện quyền tự do lựa chọn của mình[5].

Hệ thống pháp luật Việt Nam cũng đã có những bước đi quan trọng trong việc đa dạng hóa các loại hình doanh nghiệp nhằm tạo ra khả năng lựa chọn rộng rãi cho các doanh nghiệp, các nhà đầu tư. Từ một vài loại hình doanh nghiệp trong hệ thống pháp luật trước 1990, hiện nay, trong hệ thống pháp luật nước ta đã có một danh mục khá dài các loại hình doanh nghiệp. Đó là doanh nghiệp liên doanh, doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài (trong lĩnh vực đầu tư nước ngoài); doanh nghiệp nhà nước, hợp tác xã, doanh nghiệp tư nhân, công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty trách nhiệm hữu hạn một chủ, công ty hợp danh v.v.. (trong lĩnh vực đầu tư trong nước). Tuy nhiên, so với hệ thống pháp luật các nước thì loại hình doanh nghiệp hiện có ở nước ta vẫn còn đang thiếu nhiều[6]. Vì vậy, có ý kiến cho rằng,"Mặc dù đã có những tiến bộ nhất định, nhưng sự thừa nhận và đi đến bảo hộ pháp lý đối với sự đa dạng của các hình thức pháp lý kinh doanh là chưa đầy đủ. Mỗi loại hình doanh nghiệp đều có những đặc điểm kinh tế, pháp lý và rủ ro kinh doanh không giống nhau, có khi đối lập nhau. Vì vậy, từ thực tiễn, phản ánh nhu cầu của thực tiễn, của bài toán kinh doanh, pháp luật doanh nghiệp cần thừa nhận và bảo hộ rộng rãi hơn nữa một số hình thức pháp lý kinh doanh để có những sự lựa chọn cho các nhà đầu tư"[7]. Việc hạn chế các loại hình doanh nghiệp sẽ dẫn đến một hệ quả tất yếu là không thể thực hiện được nhu cầu chuyển đổi và cũng không tạo điều kiện cho sự lựa chọn của nhà đầu tư.

Hơn nữa, việc quy định hạn chế các loại hình doanh nghiệp vừa không phù hợp với xu hướng hoàn thiện của pháp luật doanh nghiệp về mở rộng quyền tự do kinh doanh, vừa không phù hợp với thực tiễn phát triển của nền kinh tế. Pháp luật về doanh nghiệp các nước trên thế giới ghi nhận các loại hình doanh nghiệp đa dạng, phong phú, nhằm đảm bảo cho các nhà đầu tư được quyền tự do lựa chọn. Bên cạnh đó, việc mở rộng thêm các loại hình doanh nghiệp còn là bước đi cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013 về quyền tự do kinh doanh và Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị nhằm "xây dựng và hoàn thiện pháp luật về sở hữu, quyền tự do kinh doanh. Hoàn thiện cơ chế bảo vệ quyền tự do kinh doanh theo

4 Viện Nghiên cứu Quản lý kinh tế Trung ương (CIEM) (2016), Thể chế pháp luật kinh tế một số quốc gia trên thế giới, Trung tâm Thông tin - Tư liệu CIEM.

5 Nguyễn Hợp Toàn (Chủ biên), Giáo trình pháp luật kinh tế, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 2005, tr. 38.

6 Bùi Ngọc Cường, Vai trò của pháp luật kinh tế trong việc bảo đảm quyền tự do kinh doanh, Tạp chí Khoa học pháp lý; 2002

7 Nguyễn Như Phát, Quyền tự do thành lập doanh nghiệp theo Hiến pháp, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 10 (342) năm 2016, tr. 29.

nguyên tắc mọi người được làm tất cả những gì pháp luật không cấm"[8].

Ngoài ra, một trong những vấn đề không hợp lý được quy định trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 là việc đưa ghép quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp trong các nhóm quyền của doanh nghiệp. Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định quyền của doanh nghiệp: "1. Tự do kinh doanh trong những ngành, nghề mà luật không cấm; 2. Tự chủ kinh doanh và *lựa chọn hình thức tổ chức kinh doanh*; chủ động lựa chọn ngành, nghề, địa bàn, hình thức kinh doanh; chủ động điều chỉnh quy mô và ngành, nghề kinh doanh". Tuy nhiên, theo quy định của Hiến pháp năm 2013, quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp để khởi nghiệp phải là quyền của mọi người - nhà đầu tư, chứ không chỉ là quyền của doanh nghiệp. Vì vậy, quy định nêu trên của Luật Doanh nghiệp năm 2014 chưa phù hợp với nội dung và tinh thần của Hiến pháp năm 2013 về quyền tự do kinh doanh của mọi người.

3. Một số kiến nghị nhằm đảm bảo quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp

Mục đích của luật pháp không phải là loại bỏ và hạn chế tự do, mà là bảo vệ và phát triển tự do[9]. Quyền tự do kinh doanh được xem là một bộ phận trong hệ thống các quyền của mọi người/ công dân, nó là lẽ tất yếu, là một giá trị tự thân của con người mà Nhà nước thừa nhận và đảm bảo cho nó những điều kiện để thực hiện. Khi pháp luật bảo đảm tốt quyền tự do kinh doanh sẽ góp phần cải thiện môi trường kinh doanh, phát triển doanh nghiệp, tăng cường và thu hút mọi nguồn lực vào sản suất kinh doanh.

Chúng tôi cho rằng, để bảo đảm quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp của mọi người hiện nay, cần phải thực hiện một số giải pháp sau đây:

Thứ nhất, cần thiết phải cụ thể hóa quyền tự do kinh doanh nói chung và quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp nói riêng theo Hiến pháp năm 2013: Quyền tự do kinh doanh được tiếp cận theo hướng "mọi người được làm những gì pháp luật không cấm". Quy định này tạo điều kiện cho mọi người được quyền chủ động lựa chọn và thực hiện các hoạt động kinh doanh của mình mà pháp luật không cấm. Vì vậy, pháp luật chuyên ngành phải cụ thể hóa Hiến pháp năm 2013, đảm bảo tối đa quyền tự do kinh doanh đối với mọi hoạt động của công dân. Trong Luật Doanh nghiệp, cần phải nhấn mạnh quyền tự do kinh doanh là quyền của mọi người/công dân, chứ không chỉ là quyền của doanh nghiệp.

Thứ hai, nhận thức rõ tầm quan trọng của quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp trong các quy định của pháp luật: Pháp luật chỉ nên ghi nhận và đảm bảo thực hiện các quyền tự do kinh doanh của mọi người/ công dân. Vì thế, cần rà soát, đánh giá tính hợp lý, minh bạch, khả thi và thống nhất của pháp luật liên quan đến hoạt động đầu tư kinh doanh[10]. Nhà nước có trách nhiệm cung cấp các công cụ bảo hộ cần thiết để người dân có thể thực hiện quyền tự do của mình[11].

Thứ ba, bổ sung các loại hình công ty mới vào luật doanh nghiệp: Trong điều kiện nền kinh tế - xã hội phát triển dẫn đến yêu cầu hình thành một số loại hình công ty mới. Vì vậy, cần sửa đổi, bổ sung Luật Doanh nghiệp năm 2014 về một số loại hình doanh nghiệp

(Xem tiếp trang 54)

8 Bộ Chính trị, Nghị quyết 48-NQ/TW về chiến lược xây dựng hoàn thiện pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020, ngày 24/5/2005.

9 John Locke, trích theo Bùi Xuân Hải, Tự do kinh doanh: Một số vấn đề lý luận và thực tiễn, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật; 2011

10 Mai Hồng Quỳ, Tự do kinh doanh và vấn đề bảo đảm quyền con người tại Việt Nam, Nxb. Lao Động, Hà Nội, 2012, tr.233.

11 Phạm Duy Nghĩa, Giáo trình Luật Kinh tế, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2010, tr. 102-103

TIẾP CẬN DỰA TRÊN QUYỀN TRONG VIỆC XÂY DỰNG, THI HÀNH PHÁP LUẬT VỀ QUYỀN CỦA NGƯỜI ĐỒNG TÍNH, SONG TÍNH VÀ CHUYỂN GIỚI

Trương Hồng Quang*
* NCS, Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tiếp cận dựa trên quyền; đồng tính; song tính; chuyển giới; LGBT.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 11/01/2017
Biên tập: 12/02/2017
Duyệt bài: 26/02/2017

Tóm tắt:

Bài viết đánh giá thực trạng sử dụng phương pháp tiếp cận dựa trên quyền trong xây dựng, thi hành pháp luật về quyền của người đồng tính, song tính và chuyển giới (LGBT) tại Việt Nam. Trên cơ sở đó, bài viết đưa ra một số khuyến nghị góp phần nâng cao hiệu quả của hoạt động này.

Article Infomation:

Keywords: Human rights-based approach; homosexual; bisexual; transgender; LGBT.

Article History:

Received: 11 Jan. 2017
Edited: 12 Feb. 2017
Appproved: 26 Feb. 2017

Abstract:

This article provides the assessments of the human rights-based approach in developing and enforcing the laws and regulations of the rights of homosexual, bisexual and transgender persons (LGBT) in Vietnam. Based on the assessments, it also provides proposals to improve the effectiveness of the appoach.

1. Một số đánh giá về việc áp dụng phương pháp tiếp cận dựa trên quyền trong quá trình xây dựng, thi hành pháp luật về quyền của người LGBT

Trước hết, có thể hiểu khái quát một số khái niệm công cụ như sau:

- Tiếp cận dựa trên quyền con người là phương pháp tiếp cận lấy các tiêu chuẩn về quyền con người làm cơ sở để xác định kết quả mong đợi và lấy các nguyên tắc về quyền con người làm điều kiện, khuôn khổ cho quá trình đạt được kết quả đó. Sử dụng các tiêu chuẩn và nguyên tắc về quyền con người làm cơ sở và mục tiêu cho hoạt động là đích mà cách tiếp cận dựa trên quyền con người hướng tới. Đây là một phương pháp

khá mới mẻ, chưa được phổ biến rộng rãi tại Việt Nam (mặc dù nội dung của phương pháp ít nhiều đã được vận dụng trong quá trình nội luật hóa các Công ước quốc tế về Quyền con người, xây dựng, thi hành pháp luật về quyền con người);

- Người đồng tính: người có tình cảm, cảm xúc với người có cùng giới tính sinh học với mình;

- Người song tính: người có tình cảm, cảm xúc với cả người có cùng/khác giới tính sinh học với mình;

- Người chuyển giới: người cảm nhận, mong muốn mình có giới tính sinh học khác giới tính sinh học khi sinh ra.

Nhóm người LGBT được xem là những xu hướng tính dục, bản dạng giới bình thường trong một xã hội đa dạng hiện nay. Tuy nhiên, nhận thức về nhóm này chưa thực sự thống nhất xét dưới nhiều góc độ, lĩnh vực khác nhau. Tại Việt Nam, vấn đề quyền của nhóm người LGBT đã bắt đầu được đề cập trong quá trình xây dựng, thi hành pháp luật tại Việt Nam thời gian gần đây, đặc biệt là giai đoạn sửa đổi Luật Hôn nhân và Gia đình (HN&GĐ) năm 2000[1], Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005[2]. Thời gian qua, vấn đề này đã có những đổi mới tích cực như: Hiến pháp năm 2013 đặt chương về Quyền con người, quyền công dân ở Chương II, trong đó có những quy định chung về quyền con người, quyền công dân như: các điều kiện hạn chế quyền con người, quyền bình đẳng mọi mặt trong đời sống xã hội…; Luật HN&GĐ năm 2014 bỏ quy định "cấm kết hôn giữa những người cùng giới tính" của Luật HN&GĐ năm 2000 (khoản 5 Điều 10), thay vào đó là "không thừa nhận hôn nhân giữa những người cùng giới tính" (khoản 2 Điều 8); BLDS năm 2015 thừa nhận vấn đề chuyển đổi giới tính (của người chuyển giới); Bộ luật Hình sự năm 2015 bổ sung thành tố "thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác" cũng đồng thời được đưa vào các điều về tội hiếp dâm, hiếp dâm người dưới 16 tuổi, cưỡng dâm,...; Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015 quy định người đồng tính, người chuyển giới nếu bị tạm giữ, tạm giam thì có thể được bố trí giam giữ ở buồng riêng;... Tuy nhiên, do nhiều nguyên nhân khác nhau (nhận thức, năng lực cán bộ...) nên cách tiếp cận trong việc xây dựng, thi hành pháp luật về quyền của người LGBT vẫn còn một số hạn chế, bất cập. Điều này được thể hiện qua một số nhận định dưới đây.

1.1 Chưa có sự tiếp cận đầy đủ với pháp luật quốc tế

Việc xây dựng, thi hành pháp luật về quyền của người LGBT tại Việt Nam thời gian qua chưa có sự tiếp cận đầy đủ với pháp luật quốc tế (bao gồm nội dung các công ước, tuyên ngôn, nguyên tắc, tuyên bố, khuyến nghị,...) nên chưa thực sự dựa trên những tiêu chuẩn quốc tế chung về quyền con người. Gần đây, Việt Nam đã chấp nhận một số khuyến nghị tại kỳ Kiểm điểm Định kỳ Phổ quát của Liên hiệp quốc (tháng 6/2014): "Tiếp tục thực thi các chính sách để xóa bỏ phân biệt đối xử đối với những người thuộc các nhóm yếu thế, bao gồm việc cung cấp cho họ tiếp cận với an sinh xã hội, chăm sóc sức khỏe, giáo dục và nhà ở (số 143.86 của Serbia); Thông qua một luật chống lại phân biệt đối xử đảm bảo bình đẳng cho tất cả công dân, bất kể xu hướng tính dục và bản dạng giới (số 143.88 của Chile)"[3].

---

1 Trong quá trình này đã có nhiều thảo luận sôi nổi về vấn đề quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới.

2 Xem: Hồng Khánh (2006), Người chuyển đổi giới tính phải được thừa nhận, http://vnexpress.net/tin-tuc/thoi-su/nguoi-chuyen-doi-gioi-tinh-phai-duoc-thua-nhan-2072247.html, truy cập ngày 27/10/2006.

3 Trước đó, tại kỳ Kiểm định Định kỳ Phổ quát năm 2009, Việt Nam cũng từng chấp nhận khuyến nghị: "Tăng cường nỗ lực gia tăng nhận thức xã hội về những vai trò giới tích cực, đặc biệt hướng đến việc xóa bỏ những khác biệt do giới đang tồn tại trong giáo dục và thị trường lao động. Tiếp tục thực thi những nỗ lực lớn hơn để thúc đẩy quyền của những người dễ bị tổn thương về xã hội, bao gồm người khuyết tật (Khuyến nghị số 28, 29 của Bangladesh và Hàn Quốc)".

Có thể nhận thấy, dưới góc độ pháp luật quốc tế, các văn kiện quốc tế cũng như quan điểm của các tổ chức quốc tế hiện nay đã ghi nhận sự bình đẳng giữa các xu hướng tính dục và bản dạng giới, chống lại các hành động phân biệt, kỳ thị. Vấn đề bảo vệ quyền của người LGBT đang thực sự dần trở thành một trong những mối quan tâm, lo ngại của các quốc gia trên thế giới. Trong đó, quyền được sống, được hưởng chính sách an sinh xã hội bình đẳng như các chủ thể khác trong xã hội và quyền được kết hôn là những quyền đặc biệt, ảnh hưởng lớn đến chất lượng nhân quyền của những đối tượng dễ bị tổn thương trong xã hội. Ví dụ như hôn nhân cùng giới là một vấn đề về quyền công dân và là vấn đề chính trị, xã hội, đạo đức và tôn giáo ở nhiều quốc gia phương Tây. Chấm dứt kỳ thị trong tiếp cận hôn nhân dân sự đã trở thành vấn đề bức bách ở nhiều quốc gia. Đây cũng chính là những điều mà pháp luật Việt Nam cần xem xét, cân nhắc đưa ra những thay đổi nhất định để hòa nhập với sự thay đổi trong quan niệm về nhân quyền với thế giới. Chúng ta cũng phải nhìn nhận thẳng thắn rằng, quyền của LGBT là vấn đề mới phát sinh trong xã hội và thực tế còn gây nhiều tranh luận trên thế giới. Tuy nhiên, việc tiếp cận với các tiêu chuẩn, khuyến cáo, khuyến nghị mới là hết sức cần thiết trong quá trình hội nhập quốc tế về nhân quyền.

1.2 Việc đánh giá tình hình, nhu cầu về quyền của người LGBT trong quá trình xây dựng luật còn thiếu tính chủ động

Mặc dù các cơ quan soạn thảo đã có sự tìm hiểu nhất định về thực trạng cộng đồng LGBT và nhu cầu của họ nhưng thực tế chủ yếu lấy thông tin từ các tổ chức xã hội hoạt động trong lĩnh vực này. Các hoạt động của quá trình xây dựng luật có liên quan đến quyền của LGBT chưa có sự quan tâm thích đáng trong việc đánh giá thực trạng, nhu cầu của người LGBT. Ví dụ, Báo cáo đánh giá tác động kinh tế - xã hội của dự án BLDS không lựa chọn vấn đề nên hay không nên cho phép phẫu thuật chuyển đổi giới tính để đánh giá, mặc dù đây là một trong những vấn đề có nhiều ý kiến trái chiều trong dự thảo…

1.3 Cách tiếp cận trong việc xây dựng luật về quyền chưa thực sự hợp lý

Cách thức xây dựng luật vẫn theo thông lệ cũ: thường chỉ ghi nhận một vấn đề nào đó đã rõ ràng về lý luận cũng như thực tiễn nên hiếm khi chấp nhận những vấn đề mới, còn nhiều tranh cãi như quyền của người LGBT (mặc dù đã có những nghiên cứu chứng minh đây là những quyền tự nhiên và chính đáng). Bên cạnh đó, khi xem xét, đánh giá để ghi nhận một quyền nào đó của người LGBT, cơ quan lập pháp thường chỉ tập trung đánh giá xem nếu ghi nhận quyền đó sẽ ảnh hưởng như thế nào đến truyền thống, văn hóa, xã hội, kinh tế… và ít khi đánh giá theo hướng ngược lại: nếu không ghi nhận quyền này thì người LGBT sẽ bị ảnh hưởng như thế nào, nhu cầu thực tế của họ ra sao? Các cơ quan nhà nước sẽ gặp khó khăn gì khi giải quyết các hậu quả do việc không thừa nhận quyền đó gây ra? Những hạn chế này được thể hiện thông qua quá trình xem xét ghi nhận quyền kết hôn của cặp đôi cùng giới (khi sửa đổi Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000)[4]...

4 Có thể xem các phân tích về vấn đề này trong một số nghiên cứu: Trương Hồng Quang (2014), Người đồng tính, song tính, chuyển giới tại Việt Nam với nhu cầu đổi mới hệ thống pháp luật, Sách chuyên khảo, Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội; Trương Hồng Quang (2013), "Một số kiến nghị bảo vệ quyền của người đồng tính tại Việt Nam", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, (11), tr. 21-29, 38; Trương Hồng Quang (2014), "Quyền kết hôn của người đồng tính", Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, (4), tr. 27-36;...

1.4 Các yếu tố văn hóa, truyền thống còn ảnh hưởng khá nhiều đến việc xây dựng luật về quyền của người LGBT

Quá trình xây dựng pháp luật về quyền của người LGBT thời gian qua cho thấy, Việt Nam còn chịu ảnh hưởng khá nhiều bởi các yếu tố văn hóa, truyền thống. Có thể lấy ví dụ thông qua vấn đề xem xét hợp pháp hóa quan hệ sống chung của cặp đôi cùng giới trong quá trình sửa đổi Luật HN&GĐ năm 2000 được phân tích dưới đây.

Quan điểm của xã hội Việt Nam bị chi phối bởi tư tưởng Nho giáo, do đó, người Việt luôn coi trọng việc xây dựng gia đình, sinh con đẻ cái để duy trì nòi giống, "trai khôn tìm vợ, gái ngoan tìm chồng" hay "bất hiếu hữu tam, vô hậu vi đại". Đặc điểm này đã chi phối đáng kể đến các quan điểm của người dân Việt Nam đối với người đồng tính. Chính vì vậy, nhiều người cho rằng không nên cổ vũ đồng tính, không nên cho cặp đôi đồng tính được phép kết hôn vì sẽ làm suy thoái hôn nhân, suy giảm nòi giống của xã hội. Một câu hỏi luôn được đặt ra khi xem xét chủ đề hôn nhân cùng giới tại Việt Nam, đó là liệu hôn nhân cùng giới có làm suy thoái đạo đức, thay đổi chuẩn mực truyền thống hay không? Hôn nhân cùng giới liệu sẽ làm suy thoái nòi giống, đi ngược lại giá trị của cuộc sống hay không? Từ trước đến nay, khái niệm *kết hôn* vẫn được hiểu là việc nam và nữ xác lập quan hệ vợ chồng với nhau theo quy định của Luật HN&GĐ về điều kiện kết hôn và đăng ký kết hôn, còn gia đình là tập hợp những người gắn bó với nhau do hôn nhân, quan hệ huyết thống hoặc quan hệ nuôi dưỡng, làm phát sinh các quyền và nghĩa vụ giữa họ với nhau theo quy định của Luật này[5]. Từ đó, khái niệm gia đình cũng được hiểu là của một cặp đôi dị tính[6]. Tuy nhiên, sự thay đổi hệ giá trị chức năng của gia đình đã và đang diễn ra ngay ở bản thân các gia đình dị tính (cặp đôi khác giới). Nguyên nhân cơ bản của sự thay đổi giá trị gia đình lại nằm ở những biến động của đời sống kinh tế - xã hội - văn hóa, và không liên quan gì đến liên kết hôn nhân dị tính hay đồng tính. Nếu sự phá vỡ những tiêu chí giá trị truyền thống có thể xảy ra ở cả các gia đình dị tính, thì việc dự báo rằng hôn nhân đồng tính làm xói mòn giá trị truyền thống gia đình, phải chăng là sự kết án khiên cưỡng?

1.5 Quan niệm về bình đẳng giới ảnh hưởng đến quá trình xây dựng, thi hành pháp luật về quyền của người LGBT

Quan niệm về bình đẳng giới dường như đã được thống nhất ở nhiều góc độ và trong thực tế, các quốc gia, cơ quan, tổ chức chỉ còn xem xét vấn đề đấu tranh bình đẳng giới giữa nam và nữ được đến đâu, mức độ cao hay thấp. Bởi vậy, sự thể hiện của quan niệm về bình đẳng giới tại Việt Nam cũng không nằm ngoài những xu hướng chung. Tại Việt Nam hiện nay, bản chất của bình đẳng giới là sự tôn trọng, tạo điều kiện cho cả nam và nữ cùng phát triển, cùng nhau cống hiến nhiều nhất cho xã hội và đáp ứng các nhu cầu của cá nhân. Theo chúng tôi, quan niệm này đúng nhưng dường như chưa đầy đủ, chưa đáp ứng được xu hướng phát triển về giới hiện nay. Mặc dù thuật ngữ gender (giới tính) là khái niệm rộng, nhưng hiện tại chỉ mới được hiểu ở mức độ biological sex/ gender (giới tính sinh học) mà chưa có sự ghi nhận bình đẳng giữa những xu hướng tính dục, bản dạng giới khác nhau.

5 Khoản 2, 5, Điều 3 Luật HN&GĐ năm 2014.

6 Xem: Định nghĩa gia đình, http://phunudanang.org.vn/vn/giadinh.aspx?act=detail&id=11&idpa=7, truy cập ngày 10/1/2013.

Không thể phủ nhận quan niệm bình đẳng giới là bình đẳng giữa nam và nữ rất phổ biến hiện nay. Tuy nhiên, ngay trong chính giới nam hoặc nữ lại có những bất bình đẳng nhất định mà pháp luật Việt Nam còn đang bỏ ngỏ. Ví dụ, với một người đàn ông dị tính và một người đàn ông đồng tính thực sự còn khác nhau rất nhiều ở sự kỳ thị, phân biệt đối xử. Hiến pháp và pháp luật không tỏ rõ thái độ thừa nhận hay cấm hiện tượng đồng tính và cũng không ghi nhận nguyên tắc cấm sự kỳ thị, phân biệt đối xử đối với các vấn đề về xu hướng tính dục. Như vậy, chưa tính đến các quyền khác như quyền kết hôn, quyền thừa kế, cho nhận con nuôi… thì chỉ ở riêng khía cạnh không phân biệt đối xử ngay trong cùng một giới đã có sự khác nhau rõ rệt. Nếu không đề cập đến việc cấm phân biệt đối xử trong cùng một giới liệu có công bằng? Liệu có cơ sở để bảo vệ những đối tượng thiểu số trong xã hội vốn rất cần sự bảo hộ của Nhà nước? Cũng chính vì quan niệm bình đẳng giới bị bó hẹp như vậy nên trong thực tiễn hiện nay, người LGBT còn bị kỳ thị, phân biệt đối xử trong nhiều lĩnh vực (đời sống, việc làm,…). Có lẽ, nếu không ghi nhận việc cấm phân biệt đối xử dựa trên xu hướng tính dục, bản dạng giới thì pháp luật sẽ ít nhiều mất đi giá trị xã hội vốn có của nó. Vì vậy, bình đẳng giới cần đề cập đến sự bình đẳng ngay trong một giới (giữa các bản dạng giới, xu hướng tính dục).

Hiện nay, ở các nước tiến bộ thường có sự ghi nhận về bình đẳng giữa các xu hướng tính dục, bản dạng giới (ví dụ như cấm sự kỳ thị đồng tính), nghĩa là hướng đến sự bình đẳng ngay trong cùng một giới. Như vậy, quan niệm về bình đẳng giới phải rộng hơn, không chỉ bó hẹp trong mối quan hệ bình đẳng giữa nam và nữ. Các nước cũng thể hiện thái độ khác nhau đối với bình đẳng về xu hướng tính dục, ví dụ như có nước cấm sự kỳ thị nhưng có nước lại cấm hiện tượng đồng tính (44 quốc gia trên thế giới), cấm tuyên truyền về đồng tính (ví dụ như thành phố Saint Petersburg của Nga), xem đồng tính là tội phạm hình sự (ví dụ như ở Sudan, Yemen…)[7]. Việc ghi nhận nguyên tắc cấm sự kỳ thị về xu hướng tính dục, bản dạng giới là điều hoàn toàn phù hợp với xu hướng nhân quyền hiện nay. Chính điều đó sẽ làm cho quan niệm về bình đẳng giới được toàn diện hơn nữa.

1.6 Pháp luật hiện hành về quyền của LGBT chưa đảm bảo được năng lực thực hiện quyền của các chủ thể có liên quan

Thứ nhất, người LGBT Việt Nam hiện nay chưa được ghi nhận một số quyền cơ bản mặc dù thực tế cho thấy đây là nhu cầu chính đáng, nên gây khá nhiều hậu quả trong thực tiễn. Hiện nay, người LGBT tại Việt Nam chưa được ghi nhận một số quyền như sau: Quyền kết hôn/kết hợp dân sự giữa hai người cùng giới tính; Quyền nhận con nuôi chung của cặp đôi cùng giới; Quyền được nhờ người mang thai hộ cho cặp đôi LGBT; Các quyền sở hữu tài sản chung, đại diện cho nhau trong quá trình sống chung của cặp đôi cùng giới,...

Thứ hai, một số quyền mặc dù được ghi nhận chung cho tất cả các công dân trong xã hội nhưng trong quá trình thực thi bộc lộ nhiều hạn chế đối với người LGBT. Ví dụ như quyền về hình ảnh, bí mật đời tư, quyền trong lĩnh vực tư pháp hình sự, quyền tiếp cận pháp luật, quyền được trợ giúp pháp lý (TGPL) miễn phí… Ví dụ, vì hầu hết người

7 Nguồn: Trương Hồng Quang (2012), "Nhận thức về người đồng tính và quyền của người đồng tính", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật (Viện Nhà nước và Pháp luật), (3), tr. 25-34, 44.

LGBT sống khép kín nên khó liệt kê được đầy đủ những vấn đề mà cộng đồng LGBT cần TGPL. Theo những quan sát, tìm hiểu và tham vấn một số người LGBT của chúng tôi, những vấn đề chính mà họ có thể gặp và cần sự trợ giúp pháp luật như: phẫu thuật chuyển giới và xác định lại giới tính khác nhau như thế nào? bồi thường thiệt hại về tổn thương danh dự, nhân phẩm, sức khỏe, tính mạng; các quy định về hôn nhân, gia đình, con nuôi; chế độ tài sản; đặc biệt là vấn đề phân biệt đối xử, kỳ thị; bạo lực gia đình… Nếu coi khung pháp luật, chính sách là công cụ để thực hiện TGPL thì có một vấn đề dễ thấy là chúng ta đang thiếu công cụ để thực hiện TGPL đối với cộng đồng LGBT. Tính đến thời điểm hiện nay, các quy định pháp luật, chính sách đối với cộng đồng LGBT là một khoảng trống khá lớn tại Việt Nam. Vai trò của việc TGPL cho đối tượng LGBT không chỉ dừng lại ở việc trợ giúp những vấn đề, lĩnh vực cụ thể mà còn phải nhìn nhận trên phạm vi rộng hơn, bao gồm cả việc thúc đẩy xây dựng, sửa đổi pháp luật liên quan đến cộng đồng LGBT...

Thứ ba, công tác thực thi pháp luật cũng bộc lộ những hạn chế nhất định. Chính vì thiếu kiến thức về LGBT, quyền LGBT cũng như áp dụng sai pháp luật nên trước đây đã có những trường hợp xử phạt/ngăn cản các đám cưới cùng giới (mặc dù pháp luật chỉ cấm đăng ký kết hôn cùng giới (Luật HN&GĐ năm 2000) và hiện nay là không thừa nhận hôn nhân cùng giới (Luật HN&GĐ năm 2014)). Ví dụ, đám cưới của hai người đồng tính nam tại Kiên Giang năm 2012 đã bị Ủy ban nhân dân xử phạt hành chính[8].

2. Một số khuyến nghị nhằm nâng cao phương pháp tiếp cận dựa trên quyền trong xây dựng, thi hành pháp luật về quyền của người LGBT thời gian tới

2.1. Thay đổi cách tiếp cận trong việc xây dựng, thi hành pháp luật về quyền của người LGBT

(1) Cần có cách tiếp cận dựa trên quyền một cách đúng đắn và toàn diện

Thời gian tới không nên chỉ chú trọng việc ghi nhận quyền sẽ ảnh hưởng như thế nào đến xã hội. Ngược lại, cần xem xét nếu không ghi nhận quyền này thì sẽ ảnh hưởng như thế nào đến chủ thể đó. Ví dụ như ở đây quyền của LGBT là những quyền đã được thừa nhận theo tiêu chuẩn quốc tế/nhiều quốc gia ghi nhận/đang xem xét ghi nhận. Bên cạnh đó, việc ghi nhận một quyền cần đi kèm theo các yếu tố đảm bảo chủ thể có quyền có khả năng thực hành quyền đó…

(2) Cần có sự đổi mới trong quan niệm về truyền thống, văn hóa

Bản chất của yếu tố văn hóa, truyền thống mang tính bối cảnh, mang tính chính trị và vì vậy luôn biến đổi không ngừng. Chúng ta có thể tạo truyền thống mới và điều này diễn ra ở mọi lúc, mọi nơi[9]. Chính vì vậy, không thể dùng truyền thống, văn hóa để biện minh cho sự kỳ thị, phân biệt đối xử đối với người LGBT. Xã hội Việt Nam đang ngày càng tiếp cận với nền văn hóa hiện đại của thế giới nên chúng tôi cho rằng, thái độ của xã hội đối với cộng đồng LGBT sẽ dần tích cực hơn. Từ đó, những giá trị mới sẽ dần được định hình rõ nét trong xã hội cũng như đời sống pháp luật nước ta. Các nhà lập pháp cũng cần nhìn nhận mọi vấn đề dưới góc độ

8 Xem: Tiến Trình, Hồng Cúc (2012), Bị phạt vì tổ chức đám cưới đồng tính, nguồn: http://www.thanhnien.com.vn/pages/20120528/bi-phat-vi-to-chuc-dam-cuoi-dong-tinh.aspx, truy cập ngày 29/5/2012.

9 Xem: Eric Hobsbawm (1992) (Birkbeck College), Terence Ranger (University of Oxford), The Invention of Tradition, Cambridge University Press.

toàn diện và nhân văn hơn; tích cực hơn trong việc thừa nhận những yếu tố mới trong quá trình phát triển của quyền con người.

(3) Đổi mới quan niệm về bình đẳng giới

Đã đến lúc cần có sự đổi mới quan niệm về bình đẳng giới như đã nêu ở phần trên, theo đó phải là sự bình đẳng giữa các xu hướng tính dục và bản dạng giới. Cũng có thể có ý kiến cho rằng, đề xuất này là không cần thiết vì Hiến pháp đã ghi nhận mọi người đều bình đẳng trước pháp luật. Tuy nhiên, theo chúng tôi, trong bối cảnh xã hội và nhận thức ngày càng phát triển, mở rộng, việc hoàn thiện quan niệm về bình đẳng giới là hợp lý. Quy định của Hiến pháp cũng cần được cụ thể hoá, làm sâu sắc và phù hợp với đời sống hơn nữa[10]. Dưới góc độ tâm lý xã hội, cũng có thể có ý kiến cho rằng nếu đưa vấn đề bình đẳng trong cùng một giới thì dễ gây ra tâm lý bị tổn thương cho bản thân những người LGBT. Tuy vậy, điều đó chỉ xảy ra khi đồng tính, song tính hay chuyển giới là những giới tính khác biệt, còn thực chất như đã nêu ở trên, họ chỉ khác nhau ở xu hướng tính dục, bản dạng giới.

2.2 Đổi mới một số lĩnh vực pháp luật về quyền của người LGBT[11]

(1) Thừa nhận một hình thức pháp lý về quyền sống chung của cặp đôi cùng giới

Qua nghiên cứu cho thấy, việc ban hành các quy định mới trong luật pháp ở Việt Nam để hợp pháp hóa quan hệ sống chung của người đồng tính là thực sự rất cần thiết. Điều này sẽ có tác dụng góp phần ổn định xã hội, đáp ứng nhu cầu của người đồng tính được sống chung (có sự bảo hộ của Nhà nước), làm cho người đồng tính sống có trách nhiệm với bản thân và đời sống chung hơn. Bên cạnh đó, Việt Nam là quốc gia vẫn còn khá nặng nề trong việc gìn giữ quan niệm phổ biến, truyền thống về hôn nhân, gia đình và thực sự khó để thay đổi ngay trong một thời gian ngắn. Hơn nữa, mối quan hệ đồng giới, các nghiên cứu về quan điểm liên quan đến hôn nhân cùng giới vẫn chưa thực sự rõ nét và người đồng tính chưa thực sự là mối quan tâm của nhiều người trong xã hội Việt Nam. Chính vì vậy, dù Luật HN&GĐ mới được ban hành năm năm 2014 nhưng chúng tôi vẫn đề nghị thời gian tới nên công nhận hình thức sống chung có đăng ký (kết hợp dân sự) đối với cặp đôi đồng tính tại Việt Nam. Đây có thể là một bước đệm để tạo điều kiện xem xét, đánh giá thêm mối quan hệ đồng giới trước khi công nhận hôn nhân bình đẳng đối với cặp đôi đồng tính trong thời gian tới.

Như đã nêu, khuyến nghị này xuất phát từ nhiều nguyên nhân khác nhau. Trong đó, việc không quy định cấm nhưng cũng quy định không thừa nhận gây sự hiểu nhầm nhất định[12]. Nhiều người cho rằng

10 Xem: Trương Hồng Quang (2014), Người đồng tính, song tính, chuyển giới tại Việt Nam với nhu cầu đổi mới hệ thống pháp luật, Sách chuyên khảo, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội.

11 Đối với các quyền khác có thể tham khảo một số nghiên cứu của chúng tôi: "Các vấn đề xã hội và pháp lý về cộng đồng người đồng tính, song tính và chuyển giới tại Việt Nam hiện nay", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật (Viện Nhà nước và Pháp luật), số tháng 6/2013; "Người chuyển giới tại Việt Nam dưới góc nhìn pháp lý", Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 21, tháng 11/2013; "Một số kiến nghị bảo vệ quyền của người đồng tính tại Việt Nam", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số tháng 11/2013; Tìm hiểu một số vấn đề dưới góc độ pháp lý về đồng tính, song tính và chuyển giới tại Việt Nam hiện nay, Sách tham khảo, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, tháng 11/2013; "Quyền kết hôn của người đồng tính", Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 4, tháng 2/2014; Người đồng tính, song tính, chuyển giới tại Việt Nam với nhu cầu đổi mới hệ thống pháp luật, Sách chuyên khảo, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2014; "Các quy định về quyền nhân thân trong Dự thảo BLDS (sửa đổi)", Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5/2015;…

12 Tuy câu chữ khác nhau nhưng thực chất đều chưa thừa nhận quyền kết hôn của một cặp đôi cùng giới.

quy định như vậy là nửa vời. Quy định của Luật HN&GĐ hiện hành không thực sự đáp ứng yêu cầu đang đặt ra của xã hội về nhu cầu sống chung có đăng ký của người đồng tính, từ đó liên quan đến các quyền về nhân thân, tài sản, con cái. Nếu không hợp pháp hóa quan hệ sống chung của người đồng tính dưới hình thức có đăng ký sẽ dễ gây bất ổn trong xã hội và thực thi pháp luật. Việc không công nhận quan hệ sống chung có đăng ký của cặp đôi đồng tính cũng dễ dẫn đến sự kỳ thị trong xã hội và sự cẩu thả trong hoạt động thi hành pháp luật. Hơn nữa, không công nhận mối quan hệ sống chung có đăng ký sẽ tiếp tục khiến cho nhiều người đồng tính vì sức ép từ gia đình, vì sự kỳ thị mà phải cưới người dị tính. Và do vậy, mục đích và nguyên tắc của hôn nhân sẽ không thực sự được đảm bảo.

Việc cho phép sống chung có đăng ký sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho Nhà nước xem xét, đánh giá quan hệ đồng giới một cách chính xác, có cơ sở hơn so với việc chỉ đưa ra quy định giải quyết hậu quả do việc sống chung không có đăng ký. Nếu không tạo cơ hội cho người đồng tính chứng minh sự bền vững trong việc sống chung thì xã hội khó đạt được tính căn bản bền vững, giá trị xã hội của pháp luật cũng khó được đảm bảo và phát huy. Sự thừa nhận của pháp luật sẽ cho phép họ chung sống công khai, được đảm bảo quyền lợi và nghĩa vụ trong mối quan hệ và đẩy lùi một cách cơ bản những định kiến, kỳ thị của xã hội, tạo điều kiện cho họ sống tốt và cống hiến cho xã hội. Quan hệ sống chung có đăng ký cũng không làm ảnh hưởng đến chế định hôn nhân truyền thống, chưa gây xáo trộn lớn trong đời sống xã hội Việt Nam. Việc quy định sống chung có đăng ký (kết hợp dân sự này) phải được hiểu là áp dụng cho cặp đôi gồm hai người cùng giới tính (hai người đồng tính, song tính hoặc cũng có thể là người chuyển giới đã phẫu thuật và đăng ký sống chung với người cùng có cùng giới tính sau khi phẫu thuật…).

Một số quan điểm lo ngại việc hợp pháp hóa quan hệ sống chung (đặc biệt là quan hệ hôn nhân) sẽ ảnh hưởng đến gia đình và xã hội. Quan ngại này thực sự không hoàn toàn đúng đắn. Trên thế giới, nhiều nghiên cứu đã cho thấy điều ngược lại: hôn nhân cùng giới tốt cho gia đình và xã hội. Thực tế ở các nước thừa nhận quan hệ đồng giới như Đan Mạch, Hà Lan, Na Uy... đã chứng minh điều này[13]. Hôn nhân đồng giới không ảnh hưởng đến quan niệm xã hội về tầm quan trọng của hôn nhân truyền thống. Hôn nhân đồng giới có tính bình đẳng tương đối cao vì hai người ít có sự phân công lao động hay trách nhiệm theo giới. Nghiên cứu tiến hành trong ba năm ở Vermont, Mỹ về chất lượng cuộc sống lứa đôi của các cặp đồng tính sống chung có đăng ký và các cặp kết hôn truyền thống cho thấy, các cặp đồng tính sống chung có đăng ký có mối quan hệ hài hòa hơn, gần gũi nhau và ít xảy ra xung đột hơn so với các cặp kết hôn giữa nam và nữ[14]. Quan sát ở các nước Bắc Âu cho thấy, sau khi thông qua luật cho phép những người đồng giới đăng ký chung sống, sự gắn bó của các cá nhân có tính lâu dài bởi đăng ký sống chung đồng nghĩa với cam kết hành vi chung thủy và do đó giảm lây truyền các bệnh qua đường tình dục. Sau 5 năm kể từ khi luật kết hôn đồng giới được thông qua

13 Xem: Nguyễn Thị Thu Nam (2012), Hôn nhân cùng giới tốt cho gia đình và xã hội, nguồn: http://phunuonline.com.vn/xa-hoi/phap-luat/hon-nhan-dong-gioi-tot-cho-gia-dinh-va-xa-hoi/a78291.html, truy cập ngày 31/10/2012.

14 Xem: Nguyễn Thị Thu Nam, Hôn nhân cùng giới tốt cho gia đình và xã hội, tlđd.

tại Canada, nghiên cứu trên một nhóm quần thể đăng ký kết hôn đầu tiên cũng chỉ ra, các cặp đôi này có chỉ số thỏa mãn với cuộc sống chung tăng lên, lòng tự tin tăng lên và sự kỳ thị giảm đáng kể[15]. Điều quan trọng là sự thay đổi này không chỉ diễn ra ở các cặp đăng ký sống chung mà còn cho cả cộng đồng những người đồng giới nói chung. Như vậy, các quy định luật pháp cho kết hôn đồng giới có ảnh hưởng rất tích cực đến sức khỏe cộng đồng và chi phí hiệu quả đối với các vấn đề liên quan phúc lợi xã hội.

(2) Hiện thực hóa quyền chuyển đổi giới tính của người chuyển giới

Mặc dù BLDS năm 2015 đã chính thức thừa nhận vấn đề chuyển đổi giới tính nhưng theo chúng tôi, có một số vấn đề cần quan tâm như sau:

- Nếu so với các quyền khác trong Mục Quyền nhân thân thì các quyền khác đều được ghi nhận là "quyền" trong tên Điều luật. Trong khi đó, chỉ duy nhất vấn đề chuyển đổi giới tính tại Điều 37 là chưa kèm theo từ "quyền". Bản thân nội dung Điều 37 cũng chưa rõ ràng và mới chỉ quy định chung là "thực hiện theo quy định của luật". Đánh giá một cách khách quan, quy định mới này dù tiến bộ nhưng vẫn chưa có sự dứt khoát. Điều này khá dễ hiểu bởi theo chúng tôi, Ban soạn thảo cũng như các cơ quan có liên quan cũng đã cố gắng nhưng đây vẫn là một vấn đề khá mới trong thực tiễn lập pháp của Việt Nam.

- BLDS năm 2015 đã bắt đầu có hiệu lực từ ngày 1/1/2017. Chính phủ đang tổ chức soạn thảo văn bản luật để hướng dẫn chi tiết Điều 37 của Bộ luật này. Văn bản này sẽ phải quy định các vấn đề về điều kiện, quy trình, thủ tục chuyển đổi giới tính cụ thể. Bên cạnh đó, quy định của Điều 37 Bộ luật này cũng sẽ tác động đến các lĩnh vực pháp luật khác có liên quan (nghĩa vụ quân sự, thể thao,…).

- Trong các đạo luật quy định chi tiết và các văn bản pháp luật có liên quan, một số vấn đề sẽ phải làm rõ hơn về quan điểm như sau:

+ Có phải chuyển đổi giới tính 100% (hoàn toàn) thì mới được công nhận? Ví dụ một người chỉ phẫu thuật một phần ngực thì người đó có thể thay đổi giới tính trên giấy tờ hay không? Hiện nay, ở một số quốc gia trên thế giới (Argentina, Hàn Quốc, Canada, Đài Loan…) là chỉ cần giấy xác nhận tâm lý về giới tính và sử dụng hóc-môn liên tục ít nhất 12 tháng là có thể thay đổi giới tính trên giấy tờ cá nhân[16].

+ Tình trạng hôn nhân của người muốn chuyển đổi giới tính phải đang độc thân? Pháp luật các nước trên thế giới có cách xử lý khác nhau về quan hệ này khi thừa nhận quyền của người chuyển giới. Có nước đặt ra yêu cầu người đó phải đang độc thân, không có quan hệ hôn nhân thì mới được chuyển giới (nếu đúng là người chuyển giới thực sự). Có nước không yêu cầu chưa kết hôn nhưng sau đó quan hệ giữa hai người họ sẽ chuyển thành hôn nhân cùng giới (nếu luật đã công nhận hôn nhân cùng giới) hoặc kết hợp dân sự (một hình thức kết đôi khác bên cạnh hôn nhân - nếu luật đã ghi nhận hình thức này). Đối với Việt Nam, hiện nay chỉ thừa nhận quyền kết hôn dị tính, nếu thừa nhận quyền chuyển đổi giới tính thì có thể đặt ra yêu cầu là người đó đang độc thân, hiện tại không có quan hệ hôn nhân hoặc nếu không đặt ra yêu cầu này thì sau khi chuyển giới bắt buộc phải hủy quan hệ hôn nhân trước đó do không phù hợp với pháp luật hiện hành.

---

15 Xem: Nguyễn Thị Thu Nam, Hôn nhân cùng giới tốt cho gia đình và xã hội, tlđd.

16 Xem: Vũ Ngân (2015), Cần xây dựng pháp luật về chuyển đổi giới tính trước khi BLDS sửa đổi năm 2015 có hiệu lực, Cổng thông tin điện tử Bộ Tư pháp (moj.gov.vn), truy cập ngày 18/12/2015.

+ Để đảm bảo "phong trào chuyển giới" không diễn ra như e ngại của nhiều người (dù trên thực tế không ai lại bỏ ra hàng trăm triệu và chịu đau đớn do phẫu thuật chỉ vì theo phong trào), chúng ta có thể tham khảo kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới xây dựng một quy trình tư vấn tâm lý và pháp lý giúp người chuyển giới hiểu bản thân và chuẩn bị cho cuộc sống với giới tính mới của họ. Ví dụ, người chuyển giới cần được tư vấn về tâm lý để họ thực sự xác định đúng nhu cầu chuyển giới của mình, có thời gian sống thử với giới tính mong muốn trước khi được kê đơn sử dụng hóc-môn. Hầu hết các bác sỹ phẫu thuật chuyển đổi giới tính đều có yêu cầu rất nghiêm khắc và theo quy trình trước khi đồng ý phẫu thuật cho bệnh nhân[17]. Nhiều bác sỹ phẫu thuật đòi hỏi phải có hai giấy xác nhận đánh giá của bác sỹ tâm lý/tâm thần có hiểu biết về vấn đề giới tính trước khi đồng ý cho phẫu thuật. Các bản đánh giá này phải khai rằng cá nhân đã đáp ứng đủ các tiêu chuẩn cho phẫu thuật giới tính. Ngay cả khi đã có thư giới thiệu từ chuyên môn tư vấn tâm lý sinh học, bác sỹ phẫu thuật vẫn có cuộc họp mặt nói chuyện thêm và đánh giá trước ngày phẫu thuật để đảm bảo người chuyển giới chắc chắn việc phẫu thuật là hoàn toàn cần thiết cho họ, vì một khi đã phẫu thuật là không thể thay đổi trở lại tình trạng như trước khi phẫu thuật… Việc chuyển đổi giới tính là một quá trình rất cá nhân của người chuyển giới. Phát hiện và hỗ trợ chuyên môn tâm lý giúp họ biết được quá trình chuyển giới rõ ràng, cũng như ngăn chặn chuyện chuyển giới không có sơ sở của người không phải là người chuyển giới. Sau đó, dịch vụ phẫu thuật và chăm sóc hậu phẫu mới được cung cấp và thực hiện nếu các điều kiện được thỏa mãn.

+ Tác động đến pháp luật về nghĩa vụ quân sự. Hiện nay có khoảng 18 nước trên thế giới quy định người chuyển giới có quyền tham gia quân đội[18]. Tại Việt Nam hiện nay, người chuyển giới nữ (nam giới cho rằng mình mang giới tính nữ) vẫn phải đi khám nghĩa vụ quân sự nếu có yêu cầu và vẫn phải thực hiện nghĩa vụ này nếu như đủ điều kiện (thực tế cho thấy một số trường hợp người chuyển giới đã và đang tham gia thực hiện nghĩa vụ này). Bản thân cơ quan xét tuyển có thể loại người chuyển giới vì nhiều lý do khác nhau như: trông bề ngoài ẻo lả, mặc quần áo, trang điểm như nữ giới. Một số ý kiến cho rằng, Thông tư liên tịch số 36/2011/TTLT-BYT-BQP của Bộ Y tế, Bộ Quốc phòng ngày 17/10/2011 hướng dẫn việc khám sức khỏe thực hiện nghĩa vụ quân sự đang quy định người chuyển giới là một bệnh lý nên họ không phải thực hiện nghĩa vụ quân sự. Thực tế, theo mục số 144, Phụ lục số 1 của Thông tư liên tịch này thì nếu một người không có dương vật sẽ được miễn thực hiện nghĩa vụ quân sự. Có thể khi xây dựng văn bản này, các nhà soạn thảo chỉ mới đề cập đến đối tượng liên giới tính (không có dấu hiệu sinh học rõ là nam hay nữ) để liệt kê trường hợp miễn nghĩa vụ quân sự. Tuy nhiên, nếu áp dụng quy định này thì một người chuyển giới từ nam sang nữ, đã phẫu thuật, dù pháp luật chưa công nhận thì họ có quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ quân sự nếu được yêu cầu vì hiện tại họ không còn dương vật. Câu chuyện quan trọng là nếu một người chuyển giới từ nữ sang nam, pháp luật thừa nhận thì họ có phải là một đối tượng phải thực hiện nghĩa vụ quân sự hay không? Điều này do các nhà lập pháp quyết định bởi trên thế giới, không phải nước nào cũng quy định họ có quyền/phải thực hiện nghĩa vụ quân sự sau khi thực hiện chuyển giới hợp pháp.

17 Xem: http://dienngon.vn/Blog/Article/lam-sao-ngan-chan-viec-chuyen-doi-gioi-tinh-bua-bai-o-viet-nam, truy cập ngày 26/4/2015

18 Nguồn: Đại diện người chuyển giới trong quân đội của 18 nước họp tại Mỹ, http://www.baomoi.com/dai-dien-nguoi-chuyen-gioi-trong-quan-doi-cua-18-nuoc-hop-tai-my/c/15109883.epi, truy cập ngày 24/10/2014.

+ Trong lĩnh vực thể thao, trên thế giới cũng có nhiều quan điểm khác nhau. Một số quốc gia không cho phép người chuyển giới thi đấu. Tại Olympic thì người chuyển giới thi đấu theo giới tính mới, nếu đã phẫu thuật và đã dùng hóc-môn trong 2 năm. Một số môn/giải đấu riêng yêu cầu xét nghiệm nhiễm sắc thể và phải thi đấu theo nhiễm sắc thể XX/XY (người chuyển giới sau khi phẫu thuật thì không thay đổi nhiễm sắc thể). Gần đây, Liên đoàn Bóng đá thế giới (FIFA) cũng đã bắt đầu cho phép các cầu thủ chuyển giới thi đấu theo giới tính mới của mình. Năm 2015, Liên đoàn Bóng đá Việt Nam (VFF) khẳng định sẽ không cho những người chuyển giới tham gia giải Vô địch quốc gia nữ dù FIFA đã từng công nhận và động viên những cầu thủ chuyển giới[19]. Lý do được đưa ra là để đảm bảo tính cạnh tranh công bằng của giải đấu, đồng thời giúp bóng đá nữ Việt Nam phát triển.

Thực chất, Luật Thể dục, thể thao năm 2006 và các văn bản hướng dẫn thi hành chỉ nghiêm cấm hành vi gian lận giới tính trong thi đấu thể thao, chưa có quy định nghiêm cấm người đã chuyển giới được thi đấu thể thao. Có thể khi xây dựng các văn bản này, các nhà lập pháp chưa biết đến đối tượng người chuyển giới? Hiện nay, pháp luật Việt Nam cho phép chuyển giới, thừa nhận quyền của người chuyển giới thì có thể nghiên cứu, xem xét vấn đề tham gia thi đấu thể thao của họ cụ thể hơn (thi đấu theo giới tính mới/nhiễm sắc thể/giải đấu riêng). Theo chúng tôi, nếu quy định tiến bộ nhất là cho thi đấu theo giới tính mới nhưng có lẽ đôi khi gây ra sự không công bằng (ví dụ chuyển giới từ nam sang nữ); còn quy định có thể khả dĩ nhất là thi đấu theo nhiễm sắc thể/có giải đấu riêng.

+ Trong tương lai xa hơn, có thể mở rộng phạm vi của vấn đề mang thai hộ. Hiện nay, việc mang thai hộ chỉ được thực hiện ở mức độ: một người họ hàng, thân thích cùng hàng có thể tiến hành mang thai hộ cho cặp vợ chồng đó. Tuy vậy, như đã nêu, người chuyển giới sau khi phẫu thuật sẽ không còn khả năng sinh sản. Sau này, pháp luật nên quy định trước khi họ phẫu thuật họ có thể gửi tinh trùng/trứng của mình vào ngân hàng lưu giữ. Sau khi phẫu thuật có thể nhờ người mang thai hộ (kết hợp trứng/tinh trùng của mình với tinh trùng/trứng được xin trong ngân hàng). Như vậy, người chuyển giới có thể có con đẻ của mình. Việc mở rộng phạm vi mang thai hộ như vậy sẽ thể hiện tính nhân văn rất lớn của pháp luật.

- Cần chỉ định một số cơ sở y tế có thẩm quyền thực hiện các thủ tục y khoa liên quan đến chuyển đổi giới tính của người chuyển giới. Các cơ sở y tế này cần có sự chuẩn bị kỹ lưỡng trong việc tiếp thu, học hỏi kinh nghiệm của các quốc gia khác, nhất là về kỹ thuật phẫu thuật (trong đó, chuyển giới từ nữ sang nam sẽ phức tạp hơn so với trường hợp chuyển giới từ nam sang nữ). Các cơ sở y tế này có thể kế thừa từ các cơ sở y tế đang thực hiện kỹ thuật xác định lại giới tính cho người liên giới tính hiện nay.

Bên cạnh hai vấn đề nêu trên, cần quan tâm đến một số vấn đề khác như: Quyền về con cái và mang thai hộ của cặp đôi LGBT; Quyền tiếp cận pháp luật, được TGPL; Tích cực nâng cao kiến thức về quyền con người, quyền của nhóm đối tượng dễ bị tổn thương, LGBT; Phương pháp thực hành quyền con người cho các tầng lớp xã hội; Cần có những biện pháp tuyên truyền phù hợp đối với mỗi đối tượng, môi trường khác nhau; Đổi mới quy trình xây dựng pháp luật, tích cực thúc đẩy sự tham gia của công chúng vào quá trình xây dựng, thi hành pháp luật;... ■

19 Xem: VFF "cấm cửa" cầu thủ chuyển giới, http://laodong.com.vn/the-thao/vff-cam-cua-cau-thu-chuyen-gioi-292864.bld, truy cập ngày 30/01/2015.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Trương Hồng Quang (2014*), Người đồng tính, song tính, chuyển giới tại Việt Nam với nhu cầu đổi mới hệ thống pháp luật*, Sách chuyên khảo, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội.

2. Hồng Khánh (2006), *Người chuyển đổi giới tính phải được thừa nhận*, http://vnexpress.net/tin-tuc/thoi-su/nguoi-chuyen-doi-gioi-tinh-phai-duoc-thua-nhan-2072247.html, truy cập ngày 27/10/2006.

3. Nguyễn Thị Thu Nam (2012), *Hôn nhân cùng giới tốt cho gia đình và xã hội*, nguồn: http://phunuonline.com.vn/xa-hoi/phap-luat/hon-nhan-dong-gioi-tot-cho-gia-dinh-va-xa-hoi/a78291.html, truy cập ngày 31/10/2012.

4. Tiến Trình, Hồng Cúc, *Bị phạt vì tổ chức đám cưới đồng tính*, nguồn: http://www.thanhnien.com.vn/pages/20120528/bi-phat-vi-to-chuc-dam-cuoi-dong-tinh.aspx, truy cập ngày 29/5/2012.

5. Định nghĩa gia đình, http://phunudanang.org.vn/vn/giadinh.aspx?act=detail&id=11&idpa=7, truy cập ngày 10/1/2013.

6. http://dienngon.vn/Blog/Article/lam-sao-ngan-chan-viec-chuyen-doi-gioi-tinh-bua-bai-o-viet-nam, truy cập ngày 26/4/2015.

7. VFF "cấm cửa" cầu thủ chuyển giới, http://laodong.com.vn/the-thao/vff-cam-cua-cau-thu-chuyen-gioi-292864.bld, truy cập ngày 30/1/2015.

8. Eric Hobsbawm (Birkbeck College), Terence Ranger (University of Oxford), The Invention of Tradition, Cambridge University Press, 1992./.

HÌNH PHẠT VÀ CÁC BIỆN PHÁP ...

(Tiếp theo trang 64)

đe dọa lớn nhất đối với pháp nhân là sự mất mát lợi nhuận.

Thứ năm, giống với nhiều nước, BLHS năm 2015 quy định biện pháp đình chỉ hoạt động có thời hạn. Biện pháp này được hiểu là việc hạn chế hoạt động của pháp nhân trong một khoảng thời gian nhất định, thường được áp dụng để xử lý các hành vi vi phạm nghiêm trọng pháp luật lao động hoặc pháp luật về môi trường do pháp nhân thực hiện và gây ra hậu quả. Do biện pháp đình chỉ hoạt động có thời hạn ít nhiều có ảnh hưởng đến người lao động làm việc trong pháp nhân (giảm lương, mất lương, không có việc làm trong thời gian pháp nhân bị đình chỉ hoạt động), nên trong quá trình áp dụng biện pháp này cần phải cân nhắc kỹ lưỡng và cần tính đến hiệu quả của việc áp dụng biện pháp này.

Thứ sáu, khác với pháp luật hình sự nhiều nước, BLHS năm 2015 không quy định về biện pháp công bố các quyết định hoặc lệnh công khai là biện pháp trừng phạt đối với hoạt động tội phạm của pháp nhân. Thực tiễn của nhiều nước cho thấy, các biện pháp này cũng có tác dụng răn đe quan trọng bởi vì các thiệt hại ngẫu nhiên nếu được công khai sẽ gây tác động tiêu cực đến hoạt động kinh doanh của pháp nhân. Tuy nhiên, việc áp dụng biện pháp này có thể kéo theo những thiệt hại khác như: đóng cửa cơ sở sản xuất, kinh doanh đình trệ, gây ảnh hưởng tới người lao động.

Trên cơ sở nghiên cứu, so sánh BLHS năm 2015 với pháp luật hình sự một số nước, có thể khẳng định được rằng, xu thế xác định TNHS của pháp nhân là xu thế tất yếu và ngày càng được nhiều nước ủng hộ. Việc nghiên cứu hệ thống hình phạt và các biện pháp tư pháp cũng giúp để củng cố và làm rõ nhận định rằng, pháp nhân phạm tội vẫn có thể bị xử lý hình sự bằng bất kỳ biện pháp nào, thậm chí cả biện pháp được hiểu như là tước đi quyền sống, quyền tự do như đối với cá nhân phạm tội.

Dù mới lần đầu tiên được quy định trong BLHS năm 2015, chế định TNHS của pháp nhân, về cơ bản, vẫn đáp ứng và theo kịp pháp luật hình sự các nước trên thế giới ■

BỘ LUẬT LAO ĐỘNG (SỬA ĐỔI)

CẦN QUY ĐỊNH VỀ XÂY DỰNG CƠ QUAN HÒA GIẢI TRANH CHẤP LAO ĐỘNG QUỐC GIA

Đào Xuân Hội*
* ThS, Phó trưởng Khoa Luật, Đại học Lao động - Xã hội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tranh chấp, tranh chấp lao động, hòa giải tranh chấp lao động, cơ quan hòa giải tranh chấp lao động quốc gia, hòa giải viên

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 09/03/2017
Biên tập: 07/05/2017
Duyệt bài: 16/05/2017

Tóm tắt:

Bài viết phân tích về tổ chức bộ máy quản lý hòa giải viên (HGV) theo quy định pháp luật một số nước và đề xuất xây dựng cơ quan hòa giải tranh chấp lao động (TCLĐ) quốc gia, hệ thống cơ quan hòa giải TCLĐ độc lập, đưa ra mô hình cơ quan hòa giải TCLĐ cho Việt Nam.

Article Infomation:

Keywords: Dispute; labor dispute; resolve of labor disputes, national labor dispute body, adjudicators

Article History:

Received: 09 Mar. 2017
Edited: 07 May 2017
Appproved: 16 May 2017

Abstract:

This articles provides the analysis of the organization of the adjudicator management apparatus in accordance with the laws of a number of countries and proposals for establishment of a national labor dispute resolution body, as well as the establishment of a model for labor dispute settlement for Vietnam.

1. Tổ chức bộ máy quản lý hòa giải viên theo quy định pháp luật một số nước và Việt Nam

HGV lao động trên thế giới có hai xu hướng là kiêm nhiệm và độc lập. HGV độc lập là cơ chế được nhiều nước nước áp dụng hơn, như Ấn Độ, Nhật Bản, Philippines, Thái Lan, Mỹ, Thụy Điển, Singaprore, Canada, Bỉ…[1]. Để HGV có thể hoạt động

1 Đặng Đức San, Tài liệu tham khảo pháp luật lao động nước ngoài, Nxb. Lao động - Xã hội, Hà Nội, 2010.

độc lập, phải có cơ quan quản lý, sử dụng HGV. Người hòa giải là người thực hiện hòa giải trong sự quản lý của một cơ quan nhất định. Cơ quan quản lý HGV (hay còn gọi là cơ quan hòa giải) là cơ quan thống nhất quản lý hoạt động của HGV, đảm bảo về tổ chức quản lý, nghiệp vụ đối với HGV. Cơ quan này tiếp nhận các yêu cầu hòa giải, cung cấp HGV để thực hiện việc hòa giải. Cơ quan quản lý HGV được thành lập thành một hệ thống từ trung ương tới địa phương và có mối quan hệ nhất định với cơ quan quản lý nhà nước.

Cơ quan quản lý hòa giải

Hệ thống cơ quan hòa giải gồm:

Cơ quan hòa giải trung ương có chức năng chủ yếu là thống nhất quản lý, đào tạo và hướng dẫn hoạt động đối với các trung tâm hòa giải và các HGV, một cơ quan thống nhất toàn quốc việc xử lý và quản lý hòa giải các TCLĐ. Cơ quan này có thể gọi là Cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia. Pháp luật nhiều nước như Hoa Kỳ, Phần Lan, Na Uy... đều xây dựng cơ quan này. Tại Phần Lan, Na Uy, trách nhiệm chính về hòa giải thường được giao cho Cơ quan hòa giải TCLĐ cấp quốc gia[2]. Ở Hoa Kỳ, Cơ quan Hòa giải Liên bang (Federal Mediation and Conciliation - FMCS) được thành lập theo Luật Quan hệ Chủ - thợ năm 1947 dưới sự điều hành của Văn phòng Tổng thống Hoa Kỳ[3]. Cơ quan này có thể là một cơ quan độc lập thuộc hệ thống cơ quan nhà nước như một cơ quan tố tụng đặc biệt chỉ sử dụng cho quan hệ lao động.

Cơ quan hòa giải địa phương có thể gồm các cơ quan hòa giải cấp tỉnh và cơ quan hòa giải cấp huyện. Tại Pháp có Hội đồng hòa giải cấp quận có nhiệm kỳ 5 năm gồm các HGV là những người do đại diện giới chủ doanh nghiệp và người lao động tự bầu ra[4], hay như tại Trung Quốc, cơ quan hòa giải gồm hội đồng hòa giải doanh nghiệp, cơ quan chức năng hòa giải được thành lập tại các thị xã, huyện, xã[5]. HGV làm việc tại những cơ quan này có thể mang trong mình tư cách của một công chức nhà nước, cơ quan hòa giải TCLĐ là cơ quan nhà nước như theo pháp luật của Anh, Malaysia, Isarael[6]...

Cơ quan hòa giải tư là cơ quan hòa giải tồn tại song song với cơ quan hòa giải địa phương nhằm mục đích thúc đẩy hoạt động hòa giải mang tính tư nhân. Phần lớn các nước có xu hướng vừa duy trì các cơ chế giải quyết TCLĐ của nhà nước, vừa thừa nhận và khuyến khích các cơ chế giải quyết TCLĐ do các bên tranh chấp tự thiết lập[7]. Nghiên cứu so sánh cho thấy, ở Hoa Kỳ (cũng như ở Anh, Philippines,…), cơ chế giải quyết tranh chấp tư nhân đóng vai trò quan trọng hơn cơ chế giải quyết tranh chấp của nhà nước. Tại Hoa Kỳ, cơ quan trung gian và hòa giải liên bang (Federal Mediation and Conciliation Service) đã thực hiện nhiều chương trình hỗ trợ về mặt kỹ thuật cho các cơ chế giải quyết TCLĐ có tính tư nhân. Hoặc như ở Úc, Bộ trưởng Bộ Lao động (Ministry of Labour) và Tổng Chưởng lý (Attorney - General) đã phối hợp với các tổ chức đại diện của người lao động và người sử dụng lao động để ban hành các hướng dẫn về phòng ngừa và hạn

2 Đặng Đức San, Tài liệu tham khảo pháp luật lao động nước ngoài, tlđd.
3 T. Hanami & R. Blanpain. (1989). Industrial Conflict Resolution in Market Economies: A Study of Australia, the Federal Republic of Germany, Italy, Japan and the USA,. Kluwer Law and Taxation Publishers.
4 Đặng Đức San, Tài liệu tham khảo pháp luật lao động nước ngoài, tlđd.
5 Đặng Đức San, Tài liệu tham khảo pháp luật lao động nước ngoài, tlđd.
6 Đặng Đức San, Tài liệu tham khảo pháp luật lao động nước ngoài, tlđd.
7 International Labour Office. (1980). Conciliation and Arbitration Procedures in Labour Disputes: A Comparative Study. ILO.

chế TCLĐ[8]. Hay như ở Philippines, những khiếu nại mà không được giải quyết bằng thương lượng trong vòng 7 ngày từ khi nhận được thì được tự động chuyển đến Cơ quan hòa giải tự nguyện như đã quy định trong Thỏa ước thương lượng tập thể[9].

Cùng với các quy định về điều kiện bổ nhiệm, thẩm quyền bổ nhiệm HGV lao động cũng góp phần trong việc nêu bật tầm quan trọng của công tác hoà giải cũng như vị thế của người làm công tác hoà giải. HGV lao động do các cơ quan cấp cao lựa chọn dễ tạo được vị thế và uy tín với các bên tranh chấp hơn. Vì lý do này, nhiều quốc gia quy định thẩm quyền bổ nhiệm HGV lao động thuộc về những người đứng đầu cơ quan quản lý nhà nước về lao động. Ở Đan Mạch, HGV được bổ nhiệm bởi Bộ trưởng Bộ Lao động thông qua sự giới thiệu của Toà án Lao động; Ở Indonexia, HGV ghi danh tại cơ quan quản lý nhà nước về lao động được Bộ trưởng Bộ Lao động trao bằng chứng nhận hợp pháp…[10]. Ở một số nước khác, HGV lao động được đích thân người đứng đầu Nhà nước hoặc Nội các Chính phủ bầu (New Zealand, HGV được đề cử bởi Toàn quyền; Ở Nauy, HGV trung ương và cơ sở được chỉ định bởi Nhà Vua; Ở Phần Lan, hai viên chức hoà giải quốc gia được bổ nhiệm bởi Tổng thống, HGV cấp cơ sở được chỉ định bởi Hội đồng Nhà nước)[11].

Trong khi đó, ở Việt Nam, theo quy định của Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 1994 (sửa đổi, bổ sung năm 2002 và 2006) thì HGV lao động do Chủ tịch Uỷ ban nhân dân (UBND) cấp huyện bổ nhiệm, miễn nhiệm. BLLĐ năm 2012 đã sửa đổi quy định này theo hướng trao quyền bổ nhiệm, bổ nhiệm lại, miễn nhiệm HGV cho cơ quan quản lý nhà nước cao hơn - Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Quy định thẩm quyền bổ nhiệm HGV thuộc về Chủ tịch UBND cấp tỉnh sẽ tạo được vị thế và góp phần nâng cao hơn uy tín của HGV với các bên tranh chấp. Tuy nhiên, để nâng cao vai trò của HGV, cần thiết phải bổ nhiệm HGV cấp tỉnh, cấp quốc gia để tham gia vào những vụ việc tranh chấp lớn, ở những đơn vị sử dụng lao động thuộc thẩm quyền quản lý của đơn vị hành chính cấp tỉnh hoặc những TCLĐ tập thể hoặc những tranh chấp lớn ở tầm quốc gia. Hiện nay, pháp luật Việt Nam chưa quy định nhiều và cụ thể về một tổ chức quản lý HGV - cơ quan thống nhất quản lý mọi mặt, mọi hoạt động của HGV một cách chuyên nghiệp, độc lập. Theo quy định tại Điều 11 Thông tư số 08/2013/TT-BLĐTBXH ngày 10/6/2013 của Bộ trưởng Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội (LĐ-TB&XH) về việc hướng dẫn Nghị định số 46/2013/NĐ-CP ngày 10/5/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của BLLĐ về TCLĐ (sau đây gọi tắt là Thông tư số 08) thì: "Phòng LĐ-TB&XH có trách nhiệm quản lý, lưu trữ hồ sơ, biên bản giải quyết TCLĐ của HGV". Như vậy, có thể hiểu Phòng LĐ-TB&XH là cơ quan quản lý HGV. Tuy nhiên, đây là cơ quan hành chính với chức năng, nhiệm vụ quản lý hành chính nhà nước trong lĩnh vực lao động - xã hội.

Quản lý HGV

Trong pháp luật Việt Nam, quy định về quản lý HGV hiện đang dừng lại ở việc quy định bổ nhiệm, bổ nhiệm lại HGV, quy định về việc đánh giá mức độ hoàn thành nhiệm vụ của HGV, miễn nhiệm HGV, chế

8 International Labour Office. (1980). Conciliation and Arbitration Procedures in Labour Disputes: A Comparative Study. ILO.

9 Vụ Pháp chế, Bộ LĐ-TB&XH, Pháp luật lao động các nước Asean, Nxb. Lao động - Xã hội, Hà Nội, 2010,

10 Trần Hoàng Hải, Pháp luật về giải quyết TCLĐ tập thể - Kinh nghiệm của một số nước đối với Việt Nam (sách chuyên khảo), Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011.

11 Trần Hoàng Hải, Pháp luật về giải quyết TCLĐ tập thể - Kinh nghiệm của một số nước đối với Việt Nam (sách chuyên khảo), sđd.

độ báo cáo của HGV và đảm bảo điều kiện hoạt động HGV.

Bổ nhiệm, bổ nhiệm lại HGV được tiến hành theo trình tự thủ tục được quy định tại khoản 2 Điều 5 Nghị định số 46 và khoản 1 Điều 9 Thông tư số 08 có thể tóm tắt như sau:

Thứ nhất, công dân Việt Nam có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật có thể tự đăng ký hoặc được Phòng LĐ-TB&XH, công đoàn cấp huyện, công đoàn khu công nghiệp, khu chế xuất giới thiệu tham gia dự tuyển HGV.

Thứ hai, người tự đăng ký hoặc được giới thiệu dự tuyển HGV phải nộp hồ sơ dự tuyển HGV bao gồm: Đơn dự tuyển HGV lao động; sơ yếu lý lịch; giấy chứng nhận sức khoẻ; bản sao các văn bằng, chứng chỉ (nếu có); văn bản giới thiệu tham gia dự tuyển của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền,

Thứ ba, trong các thời hạn do pháp luật quy định cho mỗi loại cơ quan, kể từ ngày hết hạn nhận hồ sơ, Phòng LĐ-TB&XH lập danh sách người đạt tiêu chuẩn báo cáo Chủ tịch UBND cấp huyện. Sau đó, Chủ tịch UBND cấp huyện có văn bản đề nghị Chủ tịch UBND cấp tỉnh bổ nhiệm HGV lao động, đồng thời gửi Giám đốc Sở LĐ-TB&XH để thẩm định và trình Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Tiếp theo, Giám đốc Sở LĐ-TB&XH thẩm định và trình Chủ tịch UBND cấp tỉnh xem xét, quyết định, đồng thời gửi Chủ tịch UYND cấp huyện đã đề nghị bổ nhiệm HGV lao động. Cuối cùng, Chủ tịch UBND cấp tỉnh ra quyết định bổ nhiệm HGV lao động.

Thứ tư, sau khi đã bổ nhiệm xong, Giám đốc Sở LĐ-TB&XH và Chủ tịch UBND cấp huyện có trách nhiệm công khai danh sách HGV lao động để người sử dụng lao động, tổ chức đại diện tập thể lao động tại cơ sở và người lao động biết.

Đánh giá kết quả thực hiện mức độ hoàn thành nhiệm vụ của HGV lao động được quy định theo Điều 8 Thông tư số 08: Định kỳ hằng năm, Phòng LĐ-TB&XH có trách nhiệm đánh giá mức độ hoàn thành nhiệm vụ của HGV lao động với các nội dung sau: số vụ được cử tham gia hoà giải, số vụ đã tham gia hoà giải, số vụ hoà giải thành, việc chấp hành quy định của pháp luật về giải quyết TCLĐ, việc chấp hành quyết định của Chủ tịch UBND cấp huyện cử tham gia giải quyết TCLĐ. Theo đó, HGV lao động được coi là hoàn thành nhiệm vụ khi đáp ứng được các điều kiện ngoài việc chấp hành các quy định của pháp luật khi giải quyết TCLĐ, chấp hành quyết định về cử tham gia giải quyết tranh chấp của Chủ tịch UBND cấp huyện và hiệu quả đạt trên 50% số vụ hòa giải thành so với số vụ tham gia hoà giải.

Miễn nhiệm HGV lao động được quy định tại khoản 1 Điều 6 Nghị định số 46 và Khoản 1 Điều 9 Thông tư số 08: HGV sẽ bị Chủ tịch UBND cấp tỉnh quyết định miễn nhiệm theo đề nghị của Chủ tịch UBND cấp huyện và Giám đốc Sở LĐ-TB&XH trong hai trường hợp. Một là sự tự nguyện của HGV khi có đơn xin thôi tham gia HGV; hai là bị miễn nhiệm khi không hoàn thành nhiệm vụ trong hai năm liên tục hoặc có các hành vi vi phạm pháp luật, lợi dụng uy tín, thẩm quyền, trách nhiệm của mình khi tham gia giải quyết tranh chấp, có hành vi tham nhũng hoặc không vô tư, khách quan hoặc từ chối nhiệm vụ hòa giải từ hai lần trở lên mà không có lý do chính đáng.

Chế độ báo cáo của HGV được quy định tại Điều 11 Thông tư số 08. Theo đó, HGV lao động có trách nhiệm báo cáo kết quả hòa giải từng vụ việc hòa giải kèm theo Biên bản các vụ hòa giải cho Phòng LĐ-TB&XH.

Bảo đảm điều kiện cho hoạt động hòa giải của HGV lao động được quy định theo Điều 7 Nghị định số 46, trong những ngày

được cử để hòa giải TCLĐ, tranh chấp hợp đồng đào tạo nghề, HGV được hưởng chế độ bồi dưỡng như đối với Hội thẩm theo quy định về chế độ bồi dưỡng đối với người tham gia phiên tòa, phiên họp giải quyết dân sự; được thanh toán công tác phí; được bảo đảm các điều kiện cần thiết về phòng họp, tài liệu, văn phòng phẩm phục vụ hòa giải TCLĐ.

Kinh phí hoạt động của HGV lao động do ngân sách nhà nước bảo đảm theo quy định phân cấp quản lý ngân sách hiện hành. Việc lập dự toán, quản lý và quyết toán kinh phí bảo đảm hoạt động của HGV lao động thực hiện theo quy định của pháp luật về ngân sách nhà nước.

2. Xây dựng cơ quan hòa giải tranh chấp lao động cấp quốc gia và hệ thống cơ quan hòa giải độc lập cho Việt Nam

2.1 Xây dựng cơ quan hòa giải TCLĐ cấp quốc gia

Việt Nam hiện nay thiếu nhiều quy định liên quan đến cơ quan hòa giải TCLĐ trên toàn quốc và chưa có một cơ quan quốc gia để thống nhất quản lý HGV. Do vậy, cần thiết phải xây dựng một cơ quan thống nhất quản lý hòa giải TCLĐ cấp quốc gia. Có thể gọi là cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia.

Cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia không phải là cơ quan xây dựng hay thực thi pháp luật, vì vậy HGV ở cơ quan này không có vai trò thực thi luật lao động, thanh tra các vấn đề lao động hay hướng dẫn thực hiện luật lao động như các cán bộ lao động - xã hội. Thay vào đó, họ thực hiện việc thống nhất quản lý HGV và sử dụng các HGV để giải quyết các TCLĐ theo thủ tục hòa giải. Những HGV chuyên trách của cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia trước hết là các chuyên gia về quan hệ lao động có kinh nghiệm[12]. Kinh nghiệm thực tế về quan hệ lao động là tiêu chí quan trọng nhất đối với một HGV. Vì vậy hầu hết các HGV ở cơ quan này cần phải có kinh nghiệm nhất định và đã có nhiều thời gian làm việc ở những môi trường liên quan như pháp luật, quan hệ lao động.

Cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia là cơ quan độc lập cung cấp dịch vụ hòa giải và giải quyết các xung đột khác để quản lý và tăng cường mối quan hệ giữa lao động và người sử dụng lao động. Cơ quan này có thể chịu sự quản lý của các cơ quan hành chính nhưng hoạt động độc lập và được thiết kế để giúp đỡ các bên trong quá trình đàm phán. Cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia có chức năng thống nhất quản lý HGV và hoạt động hòa giải trong phạm vi cả nước bao gồm cả các HGV và hoạt động hòa giải của các cơ quan hòa giải TCLĐ cấp tỉnh và cơ quan hòa giải TCLĐ cấp huyện cũng như các trung tâm hòa giải TCLĐ tư nhân. Bên cạnh đó, cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia có thể cung cấp HGV để giải quyết tranh chấp theo yêu cầu bởi bất kỳ bên nào liên quan đến việc TCLĐ mà có thể đe dọa đến sức khỏe cộng đồng hoặc sự an toàn, hoặc có thể có tác động đáng kể đến nền kinh tế quốc dân nếu nó gây ra cuộc đình công hoặc "bế xưởng". Cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia cũng cung cấp các HGV trong trường hợp tranh chấp khẩn cấp mang tính quốc gia theo quy định pháp luật hoặc nếu các bên có mong muốn, từ danh sách HGV phù hợp.

Các thỏa thuận cá nhân và tập thể liên quan đến quan hệ lao động nhất định đều phải có điều khoản giải quyết tranh chấp bắt buộc hoặc cho phép giải quyết một số loại TCLĐ nhất định. Như ở Nhật Bản, hòa giải bắt buộc được áp dụng đối với các doanh

12 Đào Xuân Hội, Giải quyết TCLĐ ở Hoa Kỳ và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam, Tạp chí Dân chủ Pháp luật điện tử, năm 2015.

nghiệp nhà nước[13]. Cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia hỗ trợ trong việc giải quyết tranh chấp thông qua thương lượng. Thông qua một HGV, cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia đưa ra các chương trình và dịch vụ giải quyết xung đột cho người lao động và người sử dụng lao động trên cơ sở tự nguyện để giảm thiểu hoặc ngăn ngừa các xung đột trong quá trình thương lượng tập thể và tăng cường mối quan hệ giữa các bên. Đây là một quá trình tự nguyện, trong đó các HGV hoạt động như các bên thứ ba trung lập để hỗ trợ cho quá trình giải quyết các vấn đề và bất đồng, thông thường là trong việc thương lượng thỏa ước lao động tập thể giữa người sử dụng lao động và công đoàn đại diện cho người lao động trong các lĩnh vực tư nhân, cộng đồng hay nhà nước. Cơ quan này cũng đóng vai trò hòa giải mang tính phòng ngừa để đưa ra dịch vụ và đào tạo trong các quy trình hợp tác để giúp người lao động và người quản lý xây dựng các mối quan hệ công việc tốt đẹp hơn.

Về địa vị pháp lý của cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia, cần đảm bảo sự độc lập của cơ quan này. Cơ quan này không trực thuộc bất kỳ cơ quan hành chính nào từ trung ương đến địa phương, nó hoạt động độc lập giống như một tổ chức phi chính phủ, một tổ chức mang tính xã hội nghề nghiệp chuyên biệt (tương tự như Trọng tài Thương mại) và thống nhất về tất cả các vấn đề liên quan đến HGV và hòa giải TCLĐ. Tuy vậy, các cơ quan nhà nước có thể có những hỗ trợ đặc biệt về tài chính, cơ chế hoạt động, đặc biệt là trong thời gian đầu mới thành lập. Cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia cần đảm bảo một số điều kiện sau về địa vị pháp lý và cơ cấu tổ chức:

Thứ nhất, đây là tổ chức phi chính phủ, không nằm trong hệ thống cơ quan nhà nước;

Thứ hai, cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia, các cơ quan hòa giải TCLĐ cấp dưới cần phải thỏa mãn các điều kiện về pháp nhân theo pháp luật hiện nay như: được thành lập hợp pháp, có cơ cấu tổ chức chặt chẽ, có tài sản độc lập và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản đó, nhân danh mình tham gia vào các quan hệ một cách độc lập;

Thứ ba, hoạt động hòa giải của các cơ quan này được tiến hành bởi HGV của chính cơ quan hòa giải đó;

Thứ tư, hoạt động quản lý của Nhà nước đối với cơ quan này là bằng việc quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật về địa vị pháp lý, cơ cấu tổ chức, nguyên tắc hoạt động, điều kiện thành lập, hoạt động, tiêu chuẩn HGV…; bằng việc áp dụng pháp luật, kiểm tra, thanh tra hoạt động; tạo lập các cơ chế bảo đảm cho việc chấp hành các thỏa thuận đạt được tại biên bản hòa giải thành.

2.2 Thiết lập cơ quan hòa giải độc lập khuyến khích cơ chế hòa giải tư nhân

Việc thiết lập một hệ thống cơ quan hòa giải độc lập từ trung ương đến địa phương là hết sức cần thiết nhằm bù đắp cho thực tế thiếu một cơ quan thống nhất của HGV ở Việt Nam hiện nay. HGV chỉ có thể hoạt động tốt, độc lập trong trường hợp có một cơ quan thống nhất, chịu trách nhiệm quản lý về tổ chức và nghiệp vụ đối với hòa giải. Cần phải có những biện pháp để khuyến khích các cơ chế giải quyết TCLĐ có tính tư nhân như: ghi nhận các cơ chế như vậy trong pháp luật lao động; quy định bắt buộc các bên phải thỏa thuận về cơ chế giải quyết tranh chấp trong thỏa ước lao động tập thể (tham khảo kinh nghiệm một số nước khi yêu cầu thỏa ước tập thể phải quy định về cơ chế giải quyết tranh chấp nói chung, nhưng có nước chỉ đòi hỏi thỏa ước tập thể có quy

13 Tsukahara Nagaaki, Các phương thức giải quyết TCLĐ ở Nhật Bản., tham luận tại Hội thảo: "Giải quyết các TCLĐ theo pháp luật lao động của Việt Nam và Đức", Hà Nội, 2014.

định về giải quyết các tranh chấp liên quan đến việc giải thích và áp dụng thỏa ước hoặc các tranh chấp về lợi ích)[14]; đẩy mạnh sự hỗ trợ của các cơ quan quản lý lao động.

Bên cạnh việc xây dựng cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia, việc thành lập các cơ quan hòa giải TCLĐ độc lập theo cơ chế tư nhân cần phải được tính đến những đặc điểm sau:

- Là cơ quan dịch vụ mang tính nghề nghiệp được thành lập hợp pháp theo các quy định của pháp luật và có tư cách pháp nhân. Cơ quan này chịu sự quản lý về nghề nghiệp của cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia.

- HGV (người làm việc tại cơ quan hòa giải TCLĐ độc lập) là người có trình độ, tiêu chuẩn HGV, được cấp giấy chứng nhận HGV do cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia cấp. Giấy chứng nhận này như một chứng chỉ nghề nghiệp chỉ được cấp cho người đạt đủ những tiêu chuẩn quy định.

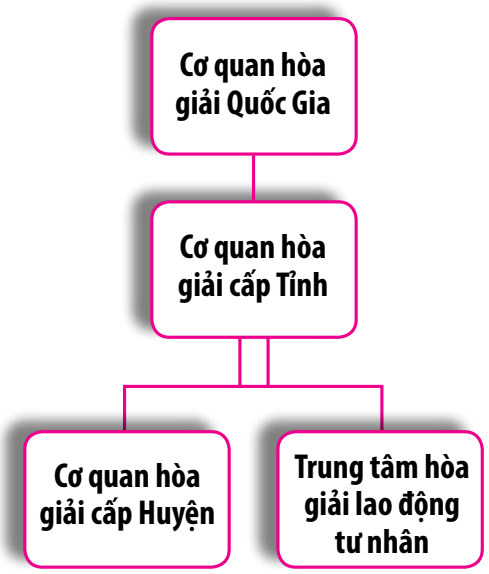
- Những HGV thuộc cơ quan hòa giải TCLĐ nằm trong khu vực địa giới hành chính nào có quyền tiếp cận với cơ sở dữ liệu về thỏa ước tập thể tại nơi đó để có thể chủ động liên lạc hay giới thiệu về dịch vụ hòa giải của mình.

- Cơ quan hòa giải TCLĐ và HGV có đầy đủ chức năng, nhiệm vụ hòa giải TCLĐ theo quy định của pháp luật, dựa theo những trình tự tối thiểu, có thể lập những trình tự hòa giải mang đặc trưng riêng và có hiệu quả trong hoạt động hòa giải.

- Chi phí cho hoạt động của cơ quan hòa giải TCLĐ theo cơ chế tự quản có thể xây dựng theo mô hình doanh nghiệp. Chi phí cho việc hòa giải có thể do người sử dụng lao động, người lao động là người yêu cầu hòa giải hoặc do hai bên cùng nhau chi trả theo thỏa thuận của mỗi bên.

2.3 Mô hình hóa cơ quan quản lý và phát triển HGV

Mô hình quản lý HGV, như đã phân tích, cần có một cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia và các cơ quan hòa giải TCLĐ độc lập cấp huyện hoặc cấp tỉnh. Cơ quan hòa giải TCLĐ quốc gia là một cơ quan độc lập thống nhất quản lý HGV trong cả nước. Tiếp đến là cơ quan hòa giải TCLĐ độc lập cấp tỉnh, thống nhất quản lý HGV cấp tỉnh, có đội ngũ HGV cấp tỉnh để giải quyết TCLĐ tập thể hoặc hòa giải các TCLĐ tại những doanh nghiệp thuộc quản lý của đơn vị cấp tỉnh. Cuối cùng là cơ quan hòa giải TCLĐ cấp huyện và Trung tâm hòa giải lao động tư nhân gồm các HGV cấp huyện, giải quyết TCLĐ cá nhân và tranh chấp tại các doanh nghiệp thuộc quản lý của đơn vị cấp huyện. HGV phải trở thành chuyên nghiệp, không kiêm nhiệm và làm việc toàn thời gian cho các cơ quan hòa giải. Có thể khái quát thành sơ đồ sau:



Sơ đồ: Cơ quan quản lý HGV được đề xuất.

14 Trần Hoàng Hải, Pháp luật về giải quyết TCLĐ tập thể - Kinh nghiệm của một số nước đối với Việt Nam (sách chuyên khảo), sđd.

THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP THÚC ĐẨY XUẤT KHẨU NÔNG SẢN CỦA VIỆT NAM[1]

Nguyễn Trọng Khương*
Trương Thị Thu Trang**
*, ** Viện Chính sách và Chiến lược phát triển nông nghiệp nông thôn

Thông tin bài viết:

Từ khóa: kim ngạch xuất khẩu, hàng rào kỹ thuật, hiệp định xuất khẩu, tự do thương mại, biện pháp bảo hộ

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 12/06/2017
Biên tập: 22/06/2017
Duyệt bài: 30/06/2017

Tóm tắt:

Trong những năm qua, giá trị xuất khẩu nông sản của Việt Nam đạt mức cao, đóng góp một phần không nhỏ vào tổng giá trị xuất khẩu hàng hóa và GDP của Việt Nam. Nông sản của Việt Nam ngày càng khẳng định được vị thế trên thị trường quốc tế. Đặc biệt, khi Việt Nam tham gia hội nhập vào kinh tế thế giới sẽ mở ra nhiều cơ hội cho hoạt động xuất khẩu nông sản của Việt Nam. Tuy nhiên, đi liền với đó là không ít những thách thức. Bài viết phân tích một số khó khăn, rào cản đối với xuất khẩu nông sản của Việt Nam và đề xuất một số giải pháp thực hiện.

Article Infomation:

Keywords: Export turnover, technical barriers, export agreements, free trade, protection measures

Article History:

Received: 12 Jun 2017
Edited: 22 Jun 2017
Appproved: 30 Jun 2017

Abstract:

For the past years, the value of the Vietnam's agricultural exports has been high, which makes considerable contribution to its total exports and GDP. Vietnam's agricultural products are increasingly asserting their position in the international market. Especially, once Vietnam joins the world economy, which opens up opportunities for Vietnam's export of its agricultural products. However, there are several challenges ahead. This article provides analysis of some key barriers to Vietnam's agricultural exports and also suggested solutions.

Đẩy mạnh xuất khẩu nông sản đang là một trong những chính sách quan trọng trong quá trình tái cơ cấu nông nghiệp theo hướng nâng cao giá trị gia tăng và phát triển bền vững. Nghị quyết Đại hội XII của Đảng cũng xác định định hướng về "Đẩy mạnh cơ cấu lại nông nghiệp công nghệ cao, hàng hóa lớn, mở rộng thị trường xuất khẩu". Điều này phản ánh những thay đổi mạnh mẽ trong tư duy quản lý ngành, chuyển từ tập trung tăng năng suất, sản lượng sang quản lý định hướng thị trường, dựa trên nhu cầu. Thực tiễn xuất khẩu nông sản của Việt Nam những năm qua cho thấy, bên cạnh rất nhiều thành tựu đã đạt được vẫn còn không ít những khó khăn, hạn chế đòi hỏi phải nhanh chóng có các giải pháp phù hợp để tìm ra con đường xuất khẩu nông sản của Việt Nam một cách hiệu quả và bền vững.

1 Bài viết dựa trên kết quả nghiên cứu của Đề tài "Nghiên cứu chính sách nhập khẩu nông sản của Nhật Bản, Hàn Quốc, Hoa Kỳ và đề xuất giải pháp thúc đẩy xuất khẩu nông sản Việt Nam vào các thị trường này" của Viện Chính sách và Chiến lược phát triển nông nghiệp nông thôn, năm 2017.

1. Thực trạng xuất khẩu một số nông sản chính của Việt Nam

Từ năm 2009 đến nay, giá trị xuất khẩu nông sản của Việt Nam luôn ở mức cao, đóng góp một phần không nhỏ vào tổng giá trị xuất khẩu hàng hóa và GDP của Việt Nam. Theo thống kê của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, tổng kim ngạch xuất khẩu nông sản tăng từ 16,5 tỷ USD năm 2008 lên 32,1 tỷ USD năm 2016 (tăng trưởng 8,7%/năm). Trong đó, một số mặt hàng có kim ngạch xuất khẩu tăng mạnh và đều qua các năm như hạt điều (tăng trưởng 15,3%/năm), nhóm hàng rau quả (tăng trưởng 25,2%), hạt tiêu (tăng trưởng 21%/năm), riêng mặt hàng gạo có tăng trưởng âm (-3,5%/năm).

Lúa gạo

Mặt hàng lúa gạo của Việt Nam hiện nay không còn xếp nhất, nhì thế giới về kim ngạch xuất khẩu như giai đoạn trước nữa. Năm 2016, kim ngạch xuất khẩu chưa đến 2,2 tỷ USD[2], chiếm khoảng 12% thị phần thế giới và là nước xuất khẩu gạo lớn thứ 4 thế giới sau Ấn Độ, Thái Lan và Hoa Kỳ[3]. Gạo của Việt Nam thường xuất khẩu ở dạng hạt xát trắng (nguyên hạt hoặc trộn tấm) chiếm tới 93%, còn lại là gạo xay (6%) hoặc thóc (1%)[4]. Đặc biệt, cơ cấu gạo xuất khẩu đã có bước chuyển biến tích cực khi tỷ lệ gạo thơm, gạo chất lượng đang tăng cao. Theo Báo cáo tình hình xuất nhập khẩu năm 2016 của Bộ Công thương năm 2017, cơ cấu gạo cao cấp chiếm tới 21,6%, gạo cấp trung bình 13,4%, gạo cấp thấp 7,2%, gạo thơm 28,5%, gạo Japonica 3,2%, gạo nếp 20,8%, gạo tấm 3,6% và gạo đồ 0,8%[5].

Thị trường xuất khẩu gạo chính của Việt Nam hiện nay là Trung Quốc (chiếm 31%), Philipines (17%), Indonesia (9%) và Malaysia (8%)[6].

- Thị trường Trung Quốc: Đây là quốc

Bảng 1: Kim ngạch xuất khẩu một số nông sản chính, giai đoạn 2008-2016

Nông sản chính	Kim ngạch xuất khẩu (triệu USD)					Tăng trưởng 2008-2016
	2008	2010	2012	2014	2016	
Cà phê	2.111	1.851	3.673	3.557	3.336	5,9
Hạt điều	911	1.135	1.470	1.992	2.843	15,3
Hàng rau quả	406	451	827	1.489	2.458	25,2
Gạo	2.894	3.248	3.673	2.935	2.172	-3,5
Cao su	1.604	2.388	2.860	1.780	1.672	0,5
Hạt tiêu	311	421	793	1.201	1.429	21,0
Sắn & sản phẩm từ sắn	364	564	1.361	1.137	999	13,5
Chè	147	200	225	228	217	5,0

Nguồn: Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông nghiệp nông thôn, 2017

2 Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, 2017

3 Nguồn: http://www.trademap.org/Country_SelProduct_TS.aspx?nvpm=1 (Trade Map là một hệ thống cơ sở dữ liệu cập nhật về tình hình thương mại (đặc biệt là xuất nhập khẩu) của các nước do Trung tâm Thương mại Quốc tế (ITC) thiết lập. Đây là một công cụ đặc biệt hữu hiệu cho cả các doanh nghiệp và các nhà nghiên cứu để có được những số liệu cập nhật và đầy đủ nhất về tình hình thương mại của các nước nhằm phục vụ công việc kinh doanh hay nghiên cứu).

4 http://www.trademap.org/Product_SelCountry_TS.aspx?nvpm=1

5 Bộ Công thương, 2017, Báo cáo tình hình xuất nhập khẩu năm 2016, trang 18

6 http://www.trademap.org/Country_SelProductCountry_TS.aspx?nvpm=1|704

gia sản xuất và tiêu thụ gạo lớn trên thế giới, chiếm khoảng 1/3 tổng sản lượng toàn cầu. Một trong những chính sách của Trung Quốc có ảnh hưởng đến thương mại gạo là lập hàng rào kỹ thuật trong việc nhập khẩu gạo từ Việt Nam bằng cách chỉ cấp giấy phép cho 22 doanh nghiệp xuất khẩu gạo từ Việt Nam. Những đối thủ cạnh tranh chính của Việt Nam trên thị trường Trung Quốc là Thái Lan và Pakistan. Nhưng Việt Nam có lợi thế cạnh tranh hơn về địa lý so với các nước này trong cung cấp gạo cho thị trường Trung Quốc.

- Thị trường Đông Nam Á (Philipines, Indonesia, Malaysia): Tại thị trường Philippines, gạo Việt Nam chiếm hơn 48% (cao hơn so với 42,4% của Thái Lan)[7]. Tại thị trường Indonesia, gạo Việt Nam chiếm 57,6% (cao hơn so với 19% của Thái Lan, và 18% của Pakistan)[8]. Tại thị trường Malaysia, gạo Việt Nam chiếm gần 29%, thấp hơn Thái Lan (38,5%) nhưng cao hơn Pakistan (14,3%), Ấn Độ (10,2%) và Campuchia (7,7%)[9]. Sản xuất gạo trong nước của các nước này chưa đáp ứng đủ nhu cầu tiêu dùng nên phải nhập khẩu. Nhưng các nước này cũng luôn có các chính sách đẩy mạnh sản xuất trong nước để giảm phụ thuộc vào nhập khẩu, các hiệp định xuất khẩu của chính phủ đang có xu hướng giảm. Những đối thủ cạnh tranh chính của Việt Nam trên thị trường này chủ yếu là Thái Lan, Pakistan và Ấn Độ. Thái Lan là đối thủ chính trong xuất khẩu sang thị trường này (thường thông qua đấu thầu giữa Việt Nam và Thái Lan). Ngoài ra, một số nước như Ấn Độ, Pakistan cũng đang đẩy mạnh xuất khẩu gạo vào thị trường này.

Về đối thủ cạnh tranh, Thái Lan được coi là đối thủ cạnh tranh chính của gạo Việt Nam trên các thị trường xuất khẩu. Thái Lan có thế mạnh là nước sản xuất và xuất khẩu gạo lớn cả về khối lượng và chất lượng. Tuy nhiên, hiện nay Thái Lan đang có định hướng giảm 112.000 ha vào niên vụ 2017-2018 để chuyển sang trồng mía. Như vậy, sản lượng gạo sản xuất của Thái Lan có khả năng giảm bớt trong thời gian tới. Đây cũng là cơ hội cho khối lượng gạo Việt Nam được xuất khẩu nhiều hơn.

Tóm lại, gạo của Việt Nam vẫn chiếm lĩnh các thị trường truyền thống và trong khu vực như Trung Quốc và một số nước ASEAN và có xu hướng mở rộng sang các nước Trung Đông do lợi thế về giá thấp hơn các đối thủ cạnh tranh, phù hợp với thị trường cấp thấp và các hợp đồng dạng G2G mang yếu tố quan hệ chính trị hợp tác. Hiên tại, việc thâm nhập các thị trường khó tính còn nhiều hạn chế về yêu cầu chất lượng và chủng loại. Tóm lại, thị trường gạo của Việt Nam vẫn là các quốc gia truyền thống và tập trung vào gạo phẩm cấp trung bình phù hợp với nhu cầu của các thị trường cấp thấp.

Cà phê

Giá trị xuất khẩu cà phê của Việt Nam năm 2016 đạt 3,3 tỷ USD, chiếm gần 11% tổng giá trị xuất khẩu cà phê thế giới, là nước xếp thứ 2 thế giới sau Brazil 16%[10]. Sản phẩm cà phê xuất khẩu của Việt Nam chủ yếu là hạt cà phê xanh chưa rang, chiếm tới 92,7% tổng giá trị xuất khẩu, hay nói cách khác là xuất khẩu thô. Các loại sản phẩm khác chiếm tỷ lệ rất nhỏ, chẳng hạn như hạt đã rang chỉ chiếm 0,5% và cà phê hòa tan 6,5%[11].

Thị trường xuất khẩu lớn nhất của cà phê Việt Nam là Đức (chiếm 13,44% tổng giá trị xuất khẩu), tiếp đến là Hoa Kỳ

7 http://www.trademap.org/Country_SelProductCountry_TS.aspx?nvpm=1|608
8 http://www.trademap.org/Country_SelProductCountry_TS.aspx?nvpm=1|360
9 http://www.trademap.org/Country_SelProductCountry_TS.aspx?nvpm=1|458
10 http://www.trademap.org/Country_SelProduct_TS.aspx?nvpm=1
11 http://www.trademap.org/Product_SelCountry_TS.aspx?nvpm=1

(11,74%), Tây Ban Nha (8,63%) và Italia (7,43%)[12].

Thị trường Đức là đầu mối nhập khẩu cà phê vào các nước châu Âu và có vai trò lớn trong cộng đồng Châu Âu (EC) nên Đức áp dụng tiêu chuẩn chất lượng châu Âu cho cà phê nhập khẩu từ Việt Nam. Những đối thủ cạnh tranh chính của Việt Nam trên thị trường này gồm Brazil (chiếm 26%), Honduras (7%) và Colombia (6%)[13]. Như vậy Brazil là đối thủ lớn với thị phần gấp hai lần Việt Nam. Cà phê của Brazil có thế mạnh về Arabica nhưng cũng xuất khẩu cả Robusta, trong khi Việt Nam chủ yếu là Robusta. Tuy nhiên, Việt Nam có thế mạnh là nhà sản xuất Robusta lớn nhất thế giới.

Thị trường Hoa Kỳ là thị trường có nhiều biến động trong thời gian gần đây, nhất là vấn đề tự do thương mại, nhiều biện pháp bảo hộ áp dụng như kiện bán phá giá, tiêu chuẩn vệ sinh an toàn thực phẩm. Những đối thủ cạnh tranh chính của Việt Nam trên thị trường này gồm Brazil (chiếm 23%) Colombia (21%) Việt Nam (6%) và Indonesia (5%)[14]. Các nước này có lợi thế về địa lý là gần Hoa Kỳ hơn so với Việt Nam.

Thị trường Tây Ban Nha cũng là một thị trường tiêu thụ lớn về cà phê. Những đối thủ cạnh tranh chính của Việt Nam trên thị trường này gồm Brazil (chiếm 14%) Colombia (7%) (thấp hơn mức 23% của Việt Nam)[15]. Brazil và Colombia là có lợi thế về sản phẩm cà phê Arabica nhưng lại kém Việt Nam về cà phê Robusta. Vì vậy, Việt Nam có thế mạnh là nhà sản xuất Robusta lớn nhất thế giới, và đã ký hiệp định tự do thương mại giữa Việt Nam - EU.

Tại các thị trường mới nổi tại Châu Á là Nhật Bản, Hàn Quốc, Việt Nam là nhà cung cấp lớn thứ hai sau Brazil. Việt Nam có lợi thế về địa lý và đã ký hiệp định thương mại tự do giữa hai nước. Nhưng đây cũng là các thị trường yêu cầu cao với các mặt hàng thực phẩm, đồ uống nói chung, cà phê nói riêng. Cụ thể, Luật bảo vệ thực vật (BVTV) của Nhật Bản quy định rõ là hạt cà phê xanh sấy khô chưa qua xử lý nhiệt được coi là sản phẩm tươi và buộc phải tuân thủ quy trình kiểm dịch thực vật. Khi đó, các thủ tục kiểm dịch được tiến hành tại sân bay và cảng biển dưới sự kiểm soát của cơ quan kiểm dịch địa phương. Cà phê xay và các sản phẩm chế biến được miễn tuân thủ quy định của Luật BVTV, chỉ cần tuân theo quy trình kiểm dịch an toàn vệ sinh thực phẩm theo Luật An toàn vệ sinh thực phẩm. Theo đó, luật này sẽ kiểm tra và siết chặt hơn các thành phần trong sản phẩm cà phê nhập khẩu. Khi xuất khẩu sang Nhật, cà phê Việt Nam buộc phải kiểm tra loại và thành phần các chất phụ gia, dư lượng thuốc trừ sâu, độc tố nấm (mycotoxin) và nhiều chất khác. Các sản phẩm có những thành phần bị cấm tại Nhật Bản hoặc là vượt quá mức độ cho phép, hoặc lượng độc tố nấm trên mức cho phép sẽ bị cấm nhập khẩu vào thị trường này. Ngoài ra, các sản phẩm cà phê nhập từ Việt Nam phải ghi rõ nguồn gốc xuất xứ hàng hóa và thành phần sản phẩm. Các quy định của Hàn Quốc cũng tương tự.

Việt Nam đang tiếp tục duy trì những thị trường truyền thống như EU, Hoa Kỳ và mở rộng sang các thị trường tiềm năng như Nhật Bản, Hàn Quốc. Nhưng để đáp ứng được yêu cầu của các thị trường tiềm năng, cà phê Việt Nam cần phải nâng cao chất lượng và đảm bảo về tồn dư thuốc BVTV cũng như đảm bảo vệ sinh an toàn thực phẩm. Về mặt sản phẩm, ngoài việc duy trì

12 http://www.trademap.org/Country_SelProductCountry_TS.aspx?nvpm=1
13 http://www.trademap.org/Country_SelProductCountry_TS.aspx?nvpm=1
14 http://www.trademap.org/Country_SelProductCountry_TS.aspx?nvpm=1
15 http://www.trademap.org/Country_SelProductCountry_TS.aspx?nvpm=1

các sản phẩm cà phê xanh cần tăng cường sản phẩm chế biến như cà phê hòa tan, cà phê rang xay…

Rau quả

Rau quả là mặt hàng nông sản có kim ngạch xuất khẩu tăng mạnh trong năm 2016 và cũng là mặt hàng mà Việt Nam đã có nhiều thành công trong mở rộng thị trường. Kim ngạch xuất khẩu rau quả năm 2016 đạt 2,5 tỷ USD, tăng mạnh 33,6% so với năm 2015 (theo Báo cáo của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn năm 2016). Đây là ngành hàng có tăng trưởng nổi bật nhất trong nhóm các mặt hàng nông sản. Theo Báo cáo của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn năm 2016 thì trong khi các ngành hàng khác gặp khó khăn do sụt giảm lượng và giá xuất khẩu thì ngành hàng này liên tục tăng trưởng mạnh trong những năm gần đây (cụ thể, năm 2014 tăng 28,4%, năm 2015 tăng 23,7%).

Trung Quốc là thị trường nhập khẩu lớn nhất các loại rau quả của Việt Nam, tiếp theo là Hoa Kỳ, EU, Hàn Quốc, Nhật Bản với mức tăng trưởng cao[16]. Trong thời gian qua, nhiều loại trái cây Việt Nam đã thâm nhập được và mở rộng xuất khẩu vào các thị trường "có yêu cầu cao về tiêu chuẩn, chất lượng" như nhãn, vải thiều, thanh long vào thị trường Hoa Kỳ; vải thiều vào thị trường Australia, Malaysia, EU (Pháp, Đức, Anh, Hà Lan); thanh long, xoài vào thị trường Nhật Bản, Hàn Quốc; cam, quýt, thanh long vào thị trường Singapore… Đặc biệt, những năm gần đây, lượng tiêu thụ các loại rau và năm loại quả chuối, dứa, đu đủ, xoài, bơ trên thị trưởng Nhật Bản và Hàn Quốc tăng cao. Mà đây là những đặc sản thế mạnh của Việt Nam nên Việt Nam có khả năng mở rộng được sang các thị trường này. Tuy nhiên, Nhật Bản, Hàn Quốc và cả Hoa Kỳ đều là các thị trường khó tính với các hàng rào kỹ thuật cao đặc biệt đối với các mặt hàng nông sản tươi. Quy định nhập khẩu của các thị trường "khó tính" này là tương đối giống nhau, đặc biệt là Hàn Quốc gần như "bắt chước" quy định của Nhật Bản, nhưng việc thực hiện giám sát chất lượng lại khác nhau. Theo kết quả khảo sát của Viện Chính sách và Chiến lược phát triển nông nghiệp nông thôn, 100% các doanh nghiệp được khảo sát nhận định rằng, trong ba nước Nhật Bản, Hàn Quốc, Hoa Kỳ, tiêu chuẩn và việc giám sát chất lượng của Nhật Bản là cao nhất, sau đó đến Hoa Kỳ và cuối cùng là Hàn Quốc. Nhật Bản kiểm soát rất chặt chẽ khâu vệ sinh an toàn thực phẩm và kiểm dịch thực vật nên việc đưa trái cây tươi vào thị trường này không dễ, phụ thuộc nhiều vào việc đàm phán giữa các cơ quan chức năng hai bên. Chẳng hạn, trước khi Nhật Bản cho phép nhập trái thanh long (ruột trắng) từ Việt Nam vào năm 2009, Việt Nam và Nhật Bản phải mất 4 - 5 năm đàm phán, chuẩn bị. Tương tự, để xuất lô xoài Cát Chu tươi vào Nhật Bản mới đây cũng mất gần bốn năm đàm phán. Điều đáng mừng, cả xoài và thanh long Việt Nam khi vào các hệ thống siêu thị lớn tại Nhật như Aeon, Simachu... đã được người tiêu dùng Nhật đón nhận. Quy trình thực tế để một doanh nghiệp Việt Nam xuất khẩu được sang Nhật Bản phải trải qua các bước rất chặt chẽ. Bước 1: Doanh nghiệp Nhật Bản gửi bảng hỏi khoảng 1.000 câu hỏi bằng tiếng Anh để tìm hiểu về doanh nghiệp và sản phẩm. Bước 2: Gửi mẫu, có thể phải gửi khoảng 10 - 20 lần để họ đánh giá và góp ý cho sản phẩm. Bước 3: Cử cán bộ sang kiểm tra vùng sản xuất (vùng trồng, khu vực sơ chế, khu nhà ở, khu vệ sinh, máy móc thiết bị sản xuất,...). Bước 4: Ký hợp đồng chính thức. Bước 5: Có cán bộ sang kiểm tra, đánh giá hàng năm.

16 Theo báo cáo tình hình xuất khẩu 2016 của Bộ Công thương, tăng trưởng kim ngạch xuất khẩu rau quả sang Trung Quốc ở mức cao 45,8% đạt kim ngạch 1,74 tỷ USD; tiếp theo là Hoa Kỳ tăng 44,2% đạt 84,5 triệu USD, EU tăng 22,1% đạt 93,2 triệu USD; Hàn Quốc tăng 23,4% đạt 82,6 triệu USD; ASEAN tăng 14,3% đạt 133,7 triệu USD...

Như vậy, mặc dù Việt Nam có thế mạnh của nước nhiệt đới, sản xuất được rất nhiều mặt hàng rau quả đặc sản, phong phú nhưng muốn có chỗ đứng vững trên các thị trường cao cấp, nông nghiệp Việt Nam không còn cách nào khác là phải cải thiện từ khâu chọn giống, tổ chức sản xuất đến bảo quản sau thu hoạch, xử lý kiểm dịch, đóng gói và vận chuyển...

2. Những khó khăn, vướng mắc trong xuất khẩu nông sản

Xuất khẩu nông sản Việt Nam dự báo có nhiều triển vọng do nhu cầu thị trường tăng và cơ hội được hưởng ưu đãi lớn về thuế, song nhiều mặt hàng và thị trường vẫn gặp khó khăn.

Đối với các thị trường truyền thống (Trung Quốc, Nga,…) là các thị trường quan trọng với tỷ trọng xuất khẩu sang các thị trường này lớn, yêu cầu về tiêu chuẩn chất lượng không cao. Tuy nhiên, cũng chính vì hầu hết nông sản của Việt Nam phụ thuộc quá lớn vào các thị trường này nên người nông dân Việt Nam thường rơi vào tình trạng "được mùa rớt giá", đặc biệt có những vụ nông sản rơi vào thảm cảnh lịch sử như vụ thanh long tháng 9/2015, giá sụt thảm hại với hàng loạt thanh long đổ cho gia súc ăn, đổ đầy ra đường, hoặc gần đây nhất là mặt hàng thịt lợn xuất sang Trung Quốc.

Các thị trường cao cấp (EU, Úc, Nhật Bản, Hàn Quốc, Hoa Kỳ,…) là các thị trường chủ lực của Việt Nam trong tiến trình đa dạng hóa thị trường, thúc đẩy xuất khẩu bền vững và thu được giá trị gia tăng cao. Sự hấp dẫn của các thị trường này đồng nghĩa với sự cạnh tranh quyết liệt với những đối thủ cạnh tranh lớn như Trung Quốc, Thái Lan, Indonesia,… là những nước tương đồng với Việt Nam về các mặt hàng nông sản xuất khẩu. Bên cạnh đó, những rào cản kỹ thuật về dư lượng hóa chất, an toàn thực phẩm, nguồn gốc xuất xứ do các thị trường này đặt ra là những khó khăn không nhỏ đối với các doanh nghiệp xuất khẩu của Việt Nam. Một số nông sản như chè, rau quả tươi đã có tỷ lệ hàng bị trả lại cao do vượt ngưỡng tồn dư thuốc BVTV.

Kết quả khảo sát đánh giá khả năng đáp ứng của nông sản Việt Nam sang các thị trường khó tính như Nhật Bản, Hàn Quốc, Hoa Kỳ đã chỉ ra những điểm đáp ứng và chưa đáp ứng được của các tác nhân liên quan đến xuất khẩu nông sản của Việt Nam như sau:

- Phía người sản xuất: Người nông dân Việt Nam có đặc điểm rất cần cù, chịu khó, thông minh và rất dày kinh nghiệm trong việc sản xuất, canh tác các loại nông sản. Tuy nhiên phần lớn họ lại đang sản xuất theo phương thức truyền thống, manh mún, nhỏ lẻ, sử dụng nhiều yếu tố đầu vào (phân bón, thuốc trừ sâu,...), phụ thuộc vào thời tiết (mưa, nắng,...). Người nông dân rất khó thay đổi phương thức sản xuất. Đặc biệt, trong việc thực hiện đúng loại thuốc BVTV, đúng liều lượng và đúng thời gian cách ly là một điều hết sức khó khăn. Nhiều doanh nghiệp chưa quản lý được việc sử dụng thuốc BVTV của người dân nên hàng nông sản không đảm bảo chất lượng, yêu cầu về dư lượng thuốc BVTV, ảnh hưởng đến uy tín của doanh nghiệp xuất khẩu.

- Phía doanh nghiệp: Các doanh nghiệp Việt Nam ngày càng năng động và linh hoạt hơn trong việc tiếp cận các khách hàng "khó tính", đổi mới công nghệ sản xuất - chế biến, thay đổi mẫu mã sản phẩm phù hợp với yêu cầu của khách hàng. Tuy nhiên, phần lớn doanh nghiệp nông nghiệp Việt Nam là doanh nghiệp vừa và nhỏ nên còn tồn tại một số hạn chế như: (i) ít vốn đầu tư nên khó đổi mới khoa học kỹ thuật, đầu tư máy móc, áp dụng sản xuất công nghệ cao, (ii) hạn chế về việc tiếp cận các thông tin thị trường nước ngoài; (iii) còn nhiều doanh nghiệp có tư tưởng "ăn xổi", chưa kiên nhẫn đáp ứng các yêu cầu kỹ lưỡng của khách hàng "khó tính" hoặc có tư tưởng xuất

khẩu được một vài lô hàng rồi, các lô hàng sau lại lơ là việc giám sát chất lượng; (iv) phần lớn doanh nghiệp còn thu mua nông sản trên thị trường, chưa có vùng nguyên liệu riêng để đảm bảo sản lượng, chất lượng, giám sát được dịch bệnh và việc sử dụng thuốc BVTV; (v) doanh nghiệp không có đất (vùng sản xuất) thuộc quyền sử dụng của doanh nghiệp mà phải đi ký hợp đồng thuê đất 5 năm -10 năm với rất nhiều hộ dân, nên doanh nghiệp phải đối mặt với rủi ro bị phá vỡ hợp đồng từ phía người dân hoặc khi hết thời hạn thuê đất, không ký tiếp được thì lại phải xin cấp lại mã số vùng trồng khác gây tốn chi phí và thời gian.

- Hỗ trợ của Nhà nước: Nhà nước đã và đang kiên nhẫn, tích cực đẩy mạnh đàm phán cấp Chính phủ Việt Nam với Chính phủ Nhật Bản, Hàn Quốc, Hoa Kỳ nhằm giới thiệu các nông sản mới và đồng thời yêu cầu sự cho phép nhập khẩu của các nước này. Ví dụ Việt Nam đã mất 4 -5 năm thậm chí là 7 năm để đám phán, chuẩn bị để xuất thành công một loại quả tươi vào Nhật Bản, Hàn Quốc hoặc Hoa Kỳ. Tuy nhiên, sự hỗ trợ xuất khẩu của Việt Nam còn nhiều hạn chế: (i) chưa có cơ quan tìm hiểu thông tin thị trường, nhu cầu người tiêu dùng tại nước ngoài và kết nối doanh nghiệp Việt Nam - doanh nghiệp nước ngoài; (ii) cơ sở vật chất phục vụ chiếu xạ/xử lý hơi nước nóng còn hạn chế, nếu như ở Thái Lan chỉ mất 0,3 đô la Mỹ/kg cho chi phí chiếu xạ thì ở Việt Nam là 0,5 đến 0,8 đô la Mỹ/kg[17]; (iii) chưa có chính sách phù hợp hỗ trợ giảm chi phí vận chuyển nội địa và vận chuyển bằng đường biển, đường hàng không; chi phí vận chuyển chiếm hơn 30% giá[18], chi phí vận chuyển nội địa rất cao, như chi phí vận chuyển một container từ cảng Hải Phòng về Hà Nội đắt gấp ba lần so với từ Hàn Quốc, Trung Quốc về Việt Nam, tạo gánh nặng chi phí lớn cho doanh nghiệp, khiến cho giá nông sản kém khả năng cạnh tranh; (iv) chưa quy hoạch được vùng/khu công - nông nghiệp gồm từ vùng nguyên liệu, nhà máy sản xuất - chế biến, nhà máy chiếu xạ/xử lý hơi nước nóng hay kèm các dịch vụ nông nghiệp; (v) kinh phí dành cho hoạt động xúc tiến thương mại ít và có xu hướng giảm mạnh, cách thức triển khai không đổi mới, hiệu quả thấp.

3. Giải pháp thúc đẩy xuất khẩu nông sản

3.1 Tổ chức lại sản xuất nhằm nâng cao chất lượng, đảm bảo các yêu cầu an toàn vệ sinh thực phẩm

- Xác định quy mô sản xuất theo từng ngành hàng, cụ thể: sản xuất lúa hay cây ăn trái cần quy mô lớn, tập trung để đưa cơ giới hóa vào sản xuất cũng như đảm bảo chất lượng đồng đều; đối với nhóm rau củ có thể không cần quy mô lớn (có thể học hỏi mô hình của một thương nhân Hàn Quốc trồng lá tía tô với diện tích 800m^2, canh tác theo mô hình tầng cùng 14 nhân lực, thu hoạch được 15 tấn/lứa, xuất khẩu sang Nhật Bản thu được 35 triệu USD).

- Chuyển đổi cơ cấu sản phẩm theo chuỗi giá trị, từ xuất khẩu nguyên liệu thô sang sản phẩm chế biến; từ sản phẩm chế biến đơn giản sang chế biến sâu; từ sản phẩm giá trị gia tăng thấp sang sản phẩm giá trị gia tăng cao.

- Đầu tư đổi mới và nâng cao chất lượng máy móc, thiết bị; công nghệ sản xuất; quy trình sản xuất; phương thức quản trị doanh nghiệp; chất lượng nguồn nhân lực.

- Tăng cường các mối liên kết giữa các khâu sản xuất - vận chuyển - chế biến - tiêu thụ; giữa doanh nghiệp cung ứng nguyên phụ liệu với doanh nghiệp sản xuất sản

17 http://sofri.org.vn/NewsDetail.aspx?l=&id=815&cat=3&catdetail=0

18 http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/kinh-doanh/2016-11-25/chi-phi-logistics-viet-nam-dat-do-nhat-the-gioi-38308.aspx

phẩm cuối; giữa nhà nông - nhà nước - nhà khoa học - nhà doanh nghiệp (trong nông nghiệp); giữa doanh nghiệp trong nước với doanh nghiệp FDI;

- Áp dụng các tiêu chuẩn phù hợp với thị trường xuất khẩu gồm tiêu chuẩn kỹ thuật, tiêu chuẩn vệ sinh an toàn thực phẩm, tiêu chuẩn môi trường: Tận dụng sự hợp tác giữa Việt Nam và các nước theo phương thức "Investment Partnership" (hợp tác đầu tư), nghĩa là đối tác họ đầu tư tiền vào Việt Nam, thuê người dân Việt Nam sản xuất theo tiêu chuẩn của họ. Như vậy, có thể không quan tâm đến VietGap hay GlobalGap mà sản xuất theo tiêu chuẩn "Made in Lotte"- nghĩa là sản xuất theo tiêu chuẩn của chuỗi siêu thị Lotte Hàn Quốc hoặc "Made in Aeon"- sản xuất theo tiêu chuẩn của chuỗi siêu thị Aeon Nhật Bản.

- Tăng cường công tác quản lý chất lượng của các doanh nghiệp xuất khẩu: Doanh nghiệp xuất khẩu là mắt xích quan trọng trong việc đảm bảo hàng hóa xuất khẩu tuân thủ các tiêu chuẩn và yêu cầu của thị trường sở tại. Các cơ quan có chức năng kiểm soát chất lượng vệ sinh an toàn thực phẩm cần tăng cường năng lực kiểm tra kiểm nghiệm để có thể phát hiện sớm những doanh nghiệp không đáp ứng được các yêu cầu về vệ sinh an toàn thực phẩm, xây dựng các chế tài phù hợp với pháp luật để ngăn chặn những doanh nghiệp này tham gia vào hoạt động xuất khẩu những mặt hàng có nguy cơ vi phạm cao. Đồng thời, đây là nhóm theo dõi, giám sát nhập khẩu các cơ quan chức năng Nhật Bản, Hàn Quốc, Hoa Kỳ nên có thể cân nhắc việc giới hạn số lượng doanh nghiệp xuất khẩu trên cơ sở lựa chọn những doanh nghiệp có hệ thống quản lý chất lượng tốt, có năng lực chế biến xuất khẩu.

- Quản lý chất lượng của các hộ gia đình và doanh nghiệp nuôi trồng, xây dựng chuỗi giá trị khép kín. Bên cạnh công tác quản lý chất lượng của các doanh nghiệp cũng cần chú trọng đến công tác quản lý chất lượng của các hộ gia đình và doanh nghiệp nuôi trồng vì đây chính là nguồn cung cấp nguyên liệu cho các doanh nghiệp chế biến xuất khẩu. Thực tế các vụ việc vướng mắc liên quan đến vấn đề vệ sinh kiểm dịch của hàng nông sản xuất khẩu cho thấy, trong nhiều trường hợp, mặc dù quy trình sản xuất của các doanh nghiệp chế biến xuất khẩu tuân thủ chặt chẽ các quy chuẩn liên quan nhưng hàng hóa vẫn không đạt các tiêu chí về vệ sinh kiểm dịch do ngay từ đầu vào, nguyên liệu đã có dư lượng hóa chất vượt quá mức cho phép. Vì vậy, cần phải kiểm soát theo chuỗi cung ứng ngay từ khâu cung cấp đầu vào cho sản xuất cho đến xuất khẩu mới là giải pháp bền vững.

3.2 Chính sách hỗ trợ của Nhà nước

- Nhà nước đứng ra xây dựng hệ thống tìm hiểu thông tin thị trường tại các nước, huy động hệ thống tham tán thương mại, kết nối với các tổ chức chuyên nghiên cứu thị trường ở các nước xuất khẩu. Doanh nghiệp muốn sử dụng thông tin phải đóng phí để đảm bảo hệ thống có thể tự vận hành, đáp ứng nhu cầu của doanh nghiệp mà không tạo gánh nặng cho ngân sách.

- Đổi mới cách thức làm xúc tiến thương mại, trong điều kiện ngân sách hạn hẹp có thể giảm bớt tỷ lệ chi đoàn đi, tăng tỷ lệ chi cho hiệp hội, doanh nghiệp đầu tàu có kế hoạch dài hơi thâm nhập một thị trường mới, chi đi gặp đối tác để trực tiếp đàm phán, ký kết hợp đồng, hỗ trợ doanh nghiệp xây dựng và bảo vệ thương hiệu (sở hữu trí tuệ).

- Hỗ trợ doanh nghiệp giảm chi phí và hạ giá thành thông qua:

+ Phát triển hạ tầng cơ sở và logistics

+ Cải thiện môi trường kinh doanh, nâng cao năng lực cạnh tranh quốc gia.

- Hỗ trợ doanh nghiệp tiếp cận được đất đai, nhất là các dự án đầu tư vào chế biến

sâu sản phẩm, cụm liên hoàn sản xuất - sơ chế - bảo quản - chế biến công nghiệp để giảm tổn thất sau thu hoạch.

- Có chính sách hỗ trợ doanh nghiệp nhập khẩu công nghệ sản xuất hiện đại như thuế nhập khẩu nhà kính, cập nhật các loại máy móc hiện đại phục vụ sản xuất - kinh doanh nông sản (máy chiếu xạ, máy xử lý hơi nước nóng) trong danh sách máy móc được hưởng ưu đãi thuế nhập khẩu.

- Chính phủ tăng cường đàm phán để tiếp tục mở cửa thị trường cho các nông sản mới, đặc biệt là nhóm rau, hoa quả đang có nhiều tiềm năng.

4. Một số lưu ý đối với doanh nghiệp khi thâm nhập các thị trường cao cấp

- Đối với thị trường Nhật Bản: Các doanh nghiệp Việt Nam cần biết rằng, khi Nhật Bản nhập khẩu nông sản, họ không chỉ xem kết quả xét nghiệm tồn dư về thuốc BVTV hoặc dư lượng kháng sinh mà còn muốn biết việc trồng trọt, nuôi trồng theo kỹ thuật nào, bón những loại phân gì, xử lý sâu bệnh ra sao… Mặt khác, các doanh nghiệp lần đầu tạo quan hệ hợp tác với đối tác Nhật Bản phải kiên trì, đáp ứng được những yêu cầu ban đầu của họ như trả lời bộ câu hỏi hàng nghìn câu bằng tiếng Anh hoặc gửi mẫu cho đối tác kiểm tra có thể đến 10 - 20 lần để họ đánh giá. Giai đoạn này có thể rất mất thời gian (2 - 3 năm chỉ để trả lời câu hỏi của họ) nhưng khi đã hợp tác được với họ thì việc hợp tác sẽ dễ dàng hơn.

- Đối với thị trường Hàn Quốc: Khi muốn thúc đẩy xuất khẩu nông sản sang Hàn Quốc, các doanh nghiệp Việt Nam cần nỗ lực đổi mới cách làm, chú ý kỹ đến các tiêu chuẩn an toàn, chất lượng, sự phù hợp với sở thích tiêu thụ của người tiêu dùng Hàn Quốc như tính tiện lợi trong sử dụng sản phẩm, chú trọng đầu tư cho bao gói, truyền tải thông tin rõ ràng, chi tiết và hấp dẫn về sản phẩm...

- Đối với thị trường Hoa Kỳ: Các doanh nghiệp Việt Nam nếu có mong muốn đưa hàng hóa xuất khẩu nhanh chóng có mặt trên thị trường Hoa Kỳ thì cần phải thông qua kênh phân phối sẵn có của các đại gia bán lẻ như Wal-mart, Kroger, Costco, H-Mart… Các công ty này đã có sẵn mạng lưới phân phối với hàng ngàn siêu thị, đại siêu thị phức hợp, kho bãi, phương tiện vận chuyển… trải khắp 50 bang của Hoa Kỳ. Việc tiếp cận, đàm phán, giới thiệu sản phẩm và đáp ứng được các tiêu chuẩn về an toàn thực phẩm, tem nhãn, điều kiện lao động, tiền lương, an toàn cháy nổ… ban đầu tuy rất khó khăn; nhưng một khi đã đáp ứng được những tiêu chuẩn này, doanh nghiệp Việt Nam có thể mở rộng và phát triển ổn định hoạt động sản xuất. Thêm nữa, việc đáp ứng được những tiêu chuẩn quốc tế đó cũng giúp doanh nghiệp có thể nhanh chóng tiếp cận được các thị trường khó tính khác như Nhật Bản, Canada, EU ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1 Bộ Công thương, 2017, Báo cáo xuất nhập khẩu Việt Nam 2016

2 Bộ Nông nghiệp & Phát triển nông thôn, 2017, Báo cáo thống kê hàng tháng, hàng năm

http://www.mard.gov.vn/Pages/statisticreport.aspx?TabId=thongke

3 IPSARD, 2017, Báo cáo nghiên cứu "Nghiên cứu chính sách nhập khẩu nông sản của Nhật Bản, Hàn Quốc, Hoa Kỳ và đề xuất giải pháp thúc đẩy xuất khẩu nông sản Việt Nam vào các thị trường này"

Trademap ITC: http://www.trademap.org/Index.aspx.

ĐÁNH GIÁ MỘT SỐ ĐIỂM MỚI VỀ THỦ TỤC TRANH TỤNG TẠI PHIÊN TÒA HÌNH SỰ SƠ THẨM

Nguyễn Ngọc Kiện*

* TS, Phó Trưởng khoa, Khoa luật hình sự, Trường Đại học Luật Huế.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tranh tụng, phiên tòa hình sự sơ thẩm.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 07/04/2017

Biên tập: 08/05/2017

Duyệt bài: 22/05/2017

Tóm tắt:

Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2015 đã thể hiện hợp lý, cụ thể hơn các quy định về thủ tục tranh tụng tại phiên tòa hình sự sơ thẩm. Tuy nhiên, vẫn còn có ý kiến khác nhau về các quy định này. Bài viết phân tích, đánh giá những quy định đó.

Article Infomation:

Keywords: Litigation, criminal trial of first instance.

Article History:

Received: 07 Apr. 2017

Edited: 08 May 2017

Appproved: 22 May 2017

Abstract:

The Criminal Procedure Code of 2015 provides a more concise and detailed provisions of the procedural rules at the first instance criminal court. However, there are still controversial viewpoints on those provisions and this article provides the analysis and assessments of those ones.

1. Thủ tục xét hỏi tại phiên tòa hình sự sơ thẩm

1.1 Thủ tục công bố cáo trạng

Điều 306 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định "Trước khi tiến hành xét hỏi, kiểm sát viên công bố bản cáo trạng và trình bày ý kiến bổ sung (nếu có). Ý kiến bổ sung không được làm xấu đi tình trạng của bị cáo". So với Bộ luật TTHS năm 2003, Điều luật này bổ sung quy định mới là kiểm sát viên trình bày ý kiến bổ sung cáo trạng không được làm xấu đi tình trạng của bị cáo. Quy định này nhằm mục đích bảo đảm quyền của người bị buộc tội. Tuy nhiên, cách thể hiện của Điều luật không nêu rõ việc bổ sung của kiểm sát viên chỉ để làm rõ, giải thích cáo trạng hay bao gồm cả những tình tiết, chứng cứ và các vấn đề khác của vụ án. Đó là những vấn đề gì? Mặt khác, quy định này lại chưa đề cập đến lời buộc tội của kiểm sát viên. Kiểm sát viên trình bày lời buộc tội là cơ sở để bị cáo, người bào chữa, người đại diện hợp pháp của bị cáo đưa ra lập luận về nội dung buộc tội, có nhận tội hay không, nhận tội đến đâu, vì sao, trước khi bước vào phiên tranh tụng.

Chúng tôi cho rằng, để bảo đảm quyền chứng minh, quyền nhận tội hay không của bị cáo, không những phải quy định kiểm sát viên trình bày lời buộc tội thông qua bản cáo trạng, mà còn phải quy định thủ tục chủ tọa phiên tòa hỏi bị cáo về việc có nhận tội hay không trước khi bước vào xét hỏi[1].

1.2 Trình tự xét hỏi

Điều 307 Bộ luật TTHS năm 2015 bổ sung trách nhiệm của chủ tọa phiên tòa về điều hành xét hỏi, quyết định người hỏi trước, hỏi sau theo thứ tự hợp lý. Quy định này được đánh giá là phù hợp với từng vụ án và diễn biến cụ thể tại các phiên tòa xét xử, bảo đảm cho hoạt động tranh tụng được thực hiện ngay trong phần xét hỏi tại phiên tòa[2]. Tuy nhiên, quy định này đã làm tăng vai trò của chủ tọa phiên tòa, ít nhiều làm lu mờ vai trò của kiểm sát viên với tư cách là chủ thể buộc tội tại phiên tòa. Điều này chưa phù hợp với chủ trương cải cách tư pháp, tăng tính tranh tụng và bảo đảm nguyên tắc tranh tụng tại phiên tòa. Bên cạnh đó, nó có thể làm lẫn lộn các chức năng tố tụng. Chúng tôi cho rằng, chủ tọa phiên tòa nên tập trung vào nhiệm vụ dẫn dắt phiên tranh tụng, chỉ nên hỏi bổ sung và sau cùng, nếu thấy cần thiết. Nếu hội đồng xét xử và chủ tọa phiên tòa đảm trách việc hỏi, công bố lời khai, vật chứng, tài liệu để buộc tội thì vô hình trung, Tòa án đã đứng về phía cơ quan buộc tội. Cách làm này của hội đồng xét xử sẽ không tránh được định kiến là buộc tội và thiên vị (hỏi để buộc tội), cũng như sẽ gây bất lợi cho bị cáo và làm cho phiên tranh tụng thiếu tính khánh quan, công bằng. Trong phiên tòa, trách nhiệm xét hỏi chính thuộc về kiểm sát viên - người giữ vai trò buộc tội.

Có thể nói rằng, ở giai đoạn tranh tụng, thủ tục xét hỏi và tranh luận đóng vai trò quan trọng nhất. Bởi lẽ, quá trình chứng minh làm rõ sự thật khách quan của vụ án phụ thuộc rất lớn vào phần xét hỏi.

Đổi mới thủ tục xét xử và đổi mới phiên tòa theo hướng tăng cường yếu tố tranh tụng là mục tiêu lớn của quá trình cải cách tư pháp ở nước ta, nhưng quy định này của Bộ luật TTHS năm 2015 vẫn chưa tạo ra được sự chuyển biến căn bản về hoạt động tranh tụng.

1.3 Thủ tục công bố lời khai trong giai đoạn điều tra, truy tố

Điều 308 Bộ luật TTHS năm 2015 bổ sung thêm các trường hợp công bố lời khai tại phiên tòa hình sự sơ thẩm. Đó là, khi người được xét hỏi không nhớ những lời khai của mình trong giai đoạn điều tra, truy tố; khi người được xét hỏi đề nghị công bố lời khai của họ trong giai đoạn điều tra, truy tố và quy định không được công bố các tài liệu trong hồ sơ vụ án có liên quan đến bí mật nhà nước, giữ gìn thuần phong mỹ tục, bí mật nghề nghiệp, bí mật kinh doanh, bí mật đời tư v.v.. Đây là những điểm bổ sung hợp lý để mở rộng quyền chứng minh cho bị cáo và người tham gia tố tụng khác tại phiên tòa. Tuy nhiên, điều luật này vẫn chưa quy định trường hợp phải công bố lời khai khi bị cáo chối tội, không thừa nhận hành vi nào đó xuyên suốt quá trình điều tra cho đến tại phiên tòa và khi cần phải đối chất, chứ không chỉ đơn thuần là có lời khai mâu thuẫn. Bên cạnh đó, khoản 1 Điều 308 vẫn quy định thẩm quyền của hội đồng xét xử được công bố lời khai trong giai đoạn điều tra, truy tố là chưa hợp lý. Bởi lẽ, hội đồng xét xử chủ động công bố lời khai sẽ không tránh khỏi được định kiến buộc tội, cũng như sự phàn nàn của người tham gia phiên tòa về tính khách quan của hoạt động tranh tụng.

1.4 Phạm vi xét hỏi

Điều 309, Điều 310 và Điều 311 Bộ

1 Quy định về thủ tục nhận tội của bị cáo trước và trong khi thẩm vấn tại phiên tòa hình sự sơ thẩm được nhiều nước trên thế giới đặt ra như Mỹ, Nhật và nhiều nước ở châu Âu theo hệ tố tụng tranh tụng.

2 Nguyễn Hòa Bình (chủ biên), Những nội dung mới trong Bộ luật TTHS năm 2015, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2016, tr. 320.

luật TTHS năm 2015 quy định thủ tục xét hỏi đối với bị cáo, bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án hoặc người đại diện của họ, và người làm chứng. Điểm mới trong các quy định này là việc mở rộng phạm vi xét hỏi của kiểm sát viên và người bào chữa. Theo đó, kiểm sát viên hỏi bị cáo về những chứng cứ, tài liệu, đồ vật và các tình tiết khác của vụ án; người bào chữa không những được hỏi về các tình tiết liên quan đến việc bào chữa, mà còn được hỏi về các tình tiết khác của vụ án. Quy định này nhằm định hướng mục đích cho hoạt động xét hỏi của kiểm sát viên và người bào chữa, tránh kéo dài, lan man. Tuy nhiên, việc mở rộng phạm vi xét hỏi như vậy sẽ gây khó khăn cho kiểm sát viên và người bào chữa trong xác định phạm vi xét hỏi vì không thể phân biệt rõ ràng được chứng cứ, tài liệu, đồ vật, tình tiết liên quan hoặc không liên quan đến buộc tội và bào chữa.

1.5 Quyền đặt câu hỏi của bị cáo và người tham gia tố tụng khác

Để mở rộng quyền của bị cáo trong thủ tục xét hỏi, Điều 309, Điều 310 và Điều 311 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định quyền trực tiếp xét hỏi của bị cáo. Theo đó, bị cáo có quyền hỏi bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án hoặc người đại diện hợp pháp của họ, và cả người làm chứng - nếu được chủ tọa phiên tòa đồng ý. Bị cáo có quyền đặt câu hỏi trực tiếp với người tham gia tố tụng khác về các vấn đề có liên quan đến bị cáo, mà không phải truyền đạt câu hỏi của mình cho chủ tọa phiên tòa như trước đây[3]. Tuy nhiên, quyền đặt câu hỏi của bị cáo vẫn bị phụ thuộc vào việc đề nghị của bị cáo có được chủ tọa phiên tòa đồng ý hay không. Chúng tôi cho rằng, chỉ nên giới hạn là chủ tọa phiên tòa cắt những câu hỏi của bị cáo không liên quan đến vụ án hoặc câu hỏi trùng lặp, vòng vo. Mặt khác, quy định nêu trên của Bộ luật TTHS năm 2015 vẫn chưa mở rộng quyền đặt câu hỏi trực tiếp của những người tham gia tố tụng khác là bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án hoặc người đại diện của họ. Đây là điểm hạn chế cần phải được khắc phục để bảo đảm quyền chứng minh cho người tham gia tố tụng tại phiên tòa hình sự sơ thẩm.

1.6 Thủ tục nghe, xem nội dung được ghi âm, ghi hình có âm thanh và thủ tục điều tra viên, kiểm sát viên và người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng khác trình bày ý kiến

Điều 313 và Điều 317 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định về thủ tục nghe, xem nội dung được ghi âm, ghi hình có âm thanh và thủ tục điều tra viên, kiểm sát viên và người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng khác trình bày ý kiến. Thực tế xét xử cho thấy, hoạt động xét hỏi tại phiên tòa hình sự sơ thẩm có sự kết hợp với việc nghe, xem băng ghi âm, ghi hình xảy nhưng chưa được pháp luật tố tụng hình sự ghi nhận. Vì vậy, việc bổ sung những quy định này sẽ làm tăng tính tranh tụng tại phiên tòa. Bên cạnh đó, quy định thủ tục điều tra viên, kiểm sát viên hoặc người tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng khác trình bày ý kiến trước phiên tòa sẽ giúp cho việc giải thích rõ ràng những quyết định, hành vi tố tụng trong giai đoạn điều tra, truy tố, xét xử; đặc biệt là trường hợp bị cáo không nhận tội, không thừa nhận hành vi phạm tội nào đó, hoặc thay đổi lời khai vì cho rằng, trong quá trình điều tra, bị cáo bị ép cung, mớm cung.

2. Thủ tục tranh luận tại phiên tòa hình sự sơ thẩm

2.1 Bản luận tội của kiểm sát viên

Điều 321 Bộ luật TTHS năm 2015 bổ sung một số yêu cầu đối với bản luận tội,

3 Điểm mới khác là, người làm chứng có thể được Tòa án hỏi thông qua mạng máy tính, mạng viễn thông (khoản 5 Điều 311 Bộ luật TTHS năm 2015). Thủ tục này phù hợp và thuận lợi cho cả người làm chứng và Tòa án.

trong đó đáng chú ý là yêu cầu trong bản luận tội phải "đề nghị mức hình phạt chính, hình phạt bổ sung, các biện pháp tư pháp, trách nhiệm bồi thường thiệt hại, xử lý vật chứng". Chúng tôi cho rằng, quy định này chưa hợp lý. Bởi lẽ, luận tội được trình bày sau khi kết thúc việc xét hỏi, mở đầu cho một phiên tranh luận. Trong khi việc tranh luận chưa xảy ra, các bên chưa đưa ra ý kiến lập luận để làm sáng tỏ các tình tiết, chứng cứ còn mâu thuẫn, thì kiểm sát viên đã đề xuất chi tiết về mức án, trách nhiệm dân sự. Điều này vô hình trung sẽ gây áp lực cho bị cáo và người bào chữa. Vì vậy, sẽ hợp lý hơn khi kiểm sát viên chỉ đưa ra lập luận, kết luận về tội danh và khung hình phạt đối với bị cáo, còn mức án và trách nhiệm bồi thường thiệt hại nên để cho hội đồng xét xử kết luận khi tuyên án; hoặc, sau khi các bên đã tranh luận xong, kiểm sát viên đưa ra lời đề nghị cụ thể về hình phạt, trách nhiệm bồi thường thiệt hại và các vấn đề khác (nếu thấy cần thiết) trước khi hội đồng xét xử vào phòng nghị án.

2.2 Thủ tục đối đáp

Điều 322 Bộ luật TTHS năm 2015 bỏ quy định bị cáo, người bào chữa ..."trình bày ý kiến về luận tội", thay vào đó, họ được trình bày ý kiến liên quan đến vụ án, kết hợp với đưa ra chứng cứ, tài liệu và những lập luận của mình để đối đáp lại quan điểm buộc tội của kiểm sát viên v.v.. Như vậy, việc đưa ra ý kiến của bị cáo và người bào chữa không còn bị bó hẹp như trước đây, đồng thời thông qua việc đối đáp, bị cáo, người bào chữa, người tham gia tố tụng khác có quyền đưa ra đề nghị của mình.

Bên cạnh đó, Điều 322 bổ sung quy định về trách nhiệm của kiểm sát viên khi đối đáp phải đưa ra những chứng cứ, tài liệu và những lập luận của mình và phải đối đáp đến cùng với từng ý kiến của bị cáo, người bào chữa và người tham gia tố tụng khác tại phiên tòa. Đồng thời, chủ tọa phiên tòa có quyền yêu cầu kiểm sát viên phải đáp lại những ý kiến của người bào chữa, người tham gia tố tụng khác mà những ý kiến đó chưa được kiểm sát viên tranh luận. Những điểm mới này có giá trị tích cực, tạo ra sự bình đẳng, dân chủ trong hoạt động tranh tụng.

2.3 Thủ tục trở lại việc hỏi

Điều 323 Bộ luật TTHS năm 2015 bổ sung quy định, trường hợp hội đồng xét xử "phải" quyết định trở lại việc xét hỏi nếu còn tình tiết vụ án chưa được hỏi, chưa được làm sáng tỏ. Quy định này nhằm mục đích ràng buộc trách nhiệm của hội đồng xét xử trong việc làm rõ chứng cứ, tình tiết vụ án trong phần xét hỏi ■

QUYỀN TỰ DO LỰA CHỌN ...

(Tiếp theo trang 22)

mới nhằm đáp ứng yêu cầu thực tiễn. Chỉ khi đó, công dân/mọi người mới được đảm bảo tối đa quyền tự do lựa chọn loại hình doanh nghiệp để thực hiện hoạt động kinh doanh của mình.

Trước những yêu cầu đổi mới nền kinh tế và cải thiện môi trường đầu tư, việc hoàn thiện pháp luật về công ty ở Việt Nam phải thực hiện trên cơ sở tiếp thu một cách có chọn lọc kinh nghiệm của nước ngoài, sao cho pháp luật Việt Nam ngày càng tiếp cận, tiến tới sự hòa nhập với pháp luật thế giới[12] ■

12 Nguyễn Thị Thu Vân, Một số vấn đề về công ty và hoàn thiện pháp luật về công ty ở Việt Nam hiện nay, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội,1998, tr.142.

QUAN HỆ PHỐI HỢP, KIỂM SOÁT GIỮA CƠ QUAN ĐIỀU TRA VÀ VIỆN KIỂM SÁT TRONG KHỞI TỐ, ĐIỀU TRA VỤ ÁN HÌNH SỰ

Đào Anh Tới*
* ThS., Cục Pháp chế Bộ Công an.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Viện kiểm sát; Cơ quan điều tra; khởi tố, điều tra án hình sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 22/03/2017
Biên tập: 13/04/2017
Duyệt bài: 27/04/2017

Tóm tắt:

Trong giai đoạn khởi tố, điều tra vụ án hình sự, Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát tuy có chức năng, nhiệm vụ khác nhau nhưng có mối quan hệ tố tụng chặt chẽ với nhau. Đây là mối quan hệ quan trọng và cần được pháp luật tố tụng hình sự (TTHS) quy định rõ ràng, rành mạch để tránh chồng chéo, đồng thời bảo đảm sự phối hợp kiểm soát giữa các cơ quan trong thực hiện quyền tư pháp ở giai đoạn khởi tố, điều tra vụ án hình sự. Bài viết tập trung phân tích một số quy định của Bộ luật TTHS về quan hệ phối hợp, kiểm soát giữa Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát.

Article Infomation:

Keywords: The People's Procuracy; Investigation Agency; investigation of criminal cases.

Article History:

Received: 22 Mar. 2017
Edited: 13 Apr. 2017
Appproved: 27 Apr. 2017

Abstract:

Although the Investigation Agencies and the People's Procuracy have different functions and responsibilities, they have closed legal relationship during the stage of investigation and prosecution in the criminal cases. This is an important criminal procedure relationship which must be clearly and explicitly defined by the criminal procedure law in order to avoid the overlapped functions and tasks between the Investigation Agencies and the People's Procuracy. This article focuses on the analysis of the provisions of the Criminal Procedure Code related to criminal procedure relationships between the Investigation Agencies and the People's Procuracy

Khởi tố, điều tra án hình sự là giai đoạn đầu tiên của TTHS, có vai trò, ý nghĩa quan trọng đối với toàn bộ quá trình TTHS. Trong hoạt động khởi tố, điều tra án hình sự, Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát có mối quan hệ chặt chẽ và là các chủ thể chính tiến hành hoạt động này. Đây là mối quan hệ tố tụng quan trọng trong TTHS,

là biểu hiện của nguyên tắc phân công, phối hợp, kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước trong hoạt động tư pháp. Mối quan hệ này được hình thành ngay từ khi có tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố và trong toàn bộ quá trình điều tra (kể cả điều tra lại, điều tra bổ sung). Nếu quan hệ này được vận hành tốt, nhịp nhàng, hiệu quả sẽ góp phần bảo đảm việc phát hiện tội phạm, điều tra, xử lý các vụ án hình sự đúng người, đúng tội, đúng pháp luật, không để xảy ra oan, sai hoặc bỏ lọt tội phạm, tiết kiệm thời gian và chi phí vật chất trong hoạt động TTHS.

Bộ luật TTHS năm 2015 đã có nhiều quy định nhằm đổi mới mối quan hệ tố tụng giữa Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát theo hướng tăng cường quan hệ phối hợp nhưng có sự kiểm tra, kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện quyền tư pháp.

1. Trong quan hệ phối hợp khởi tố, điều tra vụ án hình sự

Phối hợp là một trong các hình thức và nguyên tắc hoạt động không thể thiếu giữa các cơ quan nhà nước. Trong TTHS, Viện kiểm sát có quan hệ phối hợp trực tiếp với Tòa án, Cơ quan điều tra và Cơ quan thi hành án.

Trong giai đoạn khởi tố, điều tra vụ án hình sự, Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát có quan hệ phối hợp nhằm bảo đảm phát hiện, điều tra và xử lý tội phạm một cách nhanh chóng, kịp thời, hiệu quả và đúng pháp luật. Tuy nhiên, mỗi cơ quan có chức năng, nhiệm vụ khác nhau, nên sự phối hợp giữa Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát biểu hiện bằng sự ràng buộc, phụ thuộc lẫn nhau trong việc thực hiện chức năng, nhiệm vụ.

Trong giai đoạn điều tra, Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát đều được giao những nhiệm vụ, quyền hạn rất cụ thể. Hoạt động điều tra chủ yếu do Cơ quan điều tra tiến hành nhưng phải phối hợp với Viện kiểm sát để Viện kiểm sát thực hiện kiểm sát điều tra, bảo đảm hoạt động điều tra tuân thủ đúng quy định của pháp luật.

Theo quy định tại các điều 183, 189, 190, 191, 201, 202, 204 Bộ luật TTHS năm 2015, khi tiến hành các hoạt động hỏi cung, đối chất, nhận dạng, nhận biết giọng nói, khám nghiệm hiện trường, khám nghiệm tử thi, thực nghiệm điều tra, Cơ quan điều tra phải báo cho Viện kiểm sát cùng cấp biết và cử kiểm sát viên tham gia các hoạt động điều tra trên; Cơ quan điều tra cũng phải thông báo, cung cấp cho Viện kiểm sát các tài liệu, chứng cứ thu thập được, tiến độ giải quyết vụ án hình sự, các vấn đề phức tạp phát sinh để phối hợp giải quyết; Cơ quan điều tra có trách nhiệm lập hồ sơ vụ án hình sự nhưng phải phối hợp chặt chẽ với Viện kiểm sát, vì hồ sơ vụ án là căn cứ pháp lý quan trọng để Viện kiểm sát ban hành các quyết định TTHS và thực hành quyền công tố tại phiên tòa.

Trong quá trình kiểm sát điều tra, Viện kiểm sát cũng phải có trách nhiệm phối hợp chặt chẽ với Cơ quan điều tra. Đối với các hoạt động điều tra bắt buộc phải có sự tham gia của Viện kiểm sát, khi nhận được thông báo của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát phải kịp thời cử kiểm sát viên có mặt để kiểm sát hoạt động điều tra; thông báo kịp thời ban hành các quyết định, yêu cầu bảo đảm cho hoạt động điều tra được tiến hành một cách khẩn trương, đầy đủ, chính xác; kiểm tra các thủ tục tố tụng để phát hiện vi phạm và yêu cầu Cơ quan điều tra khắc phục, bổ sung. Trong công tác phối hợp, Viện kiểm sát cũng phải tuân thủ các quy định của Bộ luật TTHS, cân nhắc một cách toàn diện giữa yêu cầu chính trị, pháp luật, nghiệp vụ để phối hợp với Cơ quan điều tra khám phá, điều tra vụ án hình sự, không vì kiểm sát điều tra mà cản trở hoặc làm chậm tiến độ điều tra vụ án hình sự.

Bên cạnh yêu cầu phân công rõ ràng, rành mạch về chức năng, nhiệm vụ, trong

quan hệ phối hợp giữa Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát đòi hỏi phải có nguyên tắc để làm cơ sở hình thành những chuẩn mực pháp lý và cách ứng xử của các chủ thể trong quá trình giải quyết vụ án hình sự. Về nguyên tắc của quan hệ phối hợp, Điều 20 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định "Viện kiểm sát thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong TTHS, quyết định việc buộc tội, phát hiện vi phạm pháp luật nhằm bảo đảm mọi hành vi phạm tội, người phạm tội, pháp nhân phạm tội, vi phạm pháp luật đều phải được phát hiện và xử lý kịp thời, nghiêm minh, việc khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án đúng người, đúng tội, đúng pháp luật, không để lọt tội phạm và người phạm tội, pháp nhân phạm tội, không làm oan người vô tội". Điều đó có nghĩa là Viện kiểm sát là cơ quan "quyết định việc buộc tội", quyền năng pháp lý mà Nhà nước giao cho duy nhất cơ quan công tố thực hiện. Quy định này có tính nguyên tắc, khẳng định rõ hơn vị trí, vai trò của Viện kiểm sát trong việc thực hiện quyền tư pháp. Cùng với Viện kiểm sát, Cơ quan điều tra cũng tham gia buộc tội nhưng Viện kiểm sát đóng vai trò là cơ quan quyết định. Viện kiểm sát cần sử dụng kết quả hoạt động điều tra của Cơ quan điều tra để quyết định việc luận tội bị can tại phiên tòa. Bằng các biện pháp điều tra theo quy định của pháp luật, Cơ quan điều tra phải thu thập đầy đủ chứng cứ để chứng minh tội phạm, làm sáng tỏ toàn bộ nội dung vụ án, lập hồ sơ vụ án, làm cơ sở để Viện kiểm sát quyết định ra bản cáo trạng truy tố bị can trước phiên tòa; nếu quá trình điều tra không thu thập được đầy đủ chứng cứ, có thiếu sót thì Viện kiểm sát sẽ không tiến hành buộc tội bị can mà yêu cầu Cơ quan điều tra điều tra bổ sung, tạm đình chỉ hoặc đình chỉ điều tra theo quy định của pháp luật.

Là cơ quan "quyết định việc buộc tội" nên Viện kiểm sát quyết định tội danh mà người phạm tội phải bị truy cứu theo quy định của Bộ luật Hình sự. Điều này được thể hiện qua việc Viện kiểm sát thực hiện phê chuẩn quyết định khởi tố bị can của Cơ quan điều tra, nếu thấy Cơ quan điều tra khởi tố bị can chưa đủ căn cứ hoặc chưa phù hợp với tài liệu, chứng cứ thu thập được thì Viện kiểm sát yêu cầu Cơ quan điều tra hủy bỏ quyết định khởi tố bị can hoặc ra quyết định khởi tố bị can về một tội danh khác phù hợp hơn. Ngay cả khi Cơ quan điều tra đã hoàn tất việc điều tra, ra bản kết luận điều tra đề nghị truy tố bị can, nhưng nếu xét thấy không đủ căn cứ buộc tội, Viện kiểm sát sẽ trả hồ sơ cho Cơ quan điều tra để điều tra bổ sung hoặc quyết định đình chỉ vụ án, quyết định đình chỉ vụ án đối với bị can nếu có căn cứ theo quy định của pháp luật.

Để tạo cơ sở pháp lý cho Viện kiểm sát thực hiện vai trò "quyết định buộc tội", Bộ luật TTHS năm 2015 bổ sung cho Viện kiểm sát nhiều chức năng, nhiệm vụ mới, đặc biệt là quy định Viện kiểm sát thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật ngay từ giai đoạn giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố. Theo đó, khi Cơ quan điều tra tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố, Viện kiểm sát có quyền đề ra yêu cầu kiểm tra, xác minh và yêu cầu Cơ quan điều tra thực hiện; hủy bỏ quyết định tạm giữ, quyết định khởi tố vụ án hình sự, quyết định không khởi tố vụ án hình sự, quyết định tạm đình chỉ giải quyết nguồn tin về tội phạm và các quyết định tố tụng khác trái pháp luật của Cơ quan điều tra và nhiệm vụ, quyền hạn khác trong việc thực hành quyền công tố và kiểm sát việc giải quyết nguồn tin về tội phạm theo quy định của Bộ luật này nhằm chống bỏ lọt tội phạm, chống làm oan người vô tội (các điều 159, 160). Đến giai đoạn điều tra, Viện kiểm sát đề ra yêu cầu điều tra và yêu cầu Cơ quan điều tra thực hiện để làm rõ tội phạm, người phạm tội; trực tiếp tiến hành các hoạt động điều tra để bổ sung tài liệu, chứng cứ khi phát hiện có dấu hiệu

oan, sai, bỏ lọt tội phạm, vi phạm pháp luật mà Viện kiểm sát đã yêu cầu bằng văn bản nhưng không được khắc phục hoặc trường hợp để kiểm tra, bổ sung tài liệu, chứng cứ khi quyết định việc truy tố (Điều 165); tham gia cùng Cơ quan điều tra tiến hành các hoạt động điều tra như: khám nghiệm hiện trường, khám nghiệm tử thi, hỏi cung, đối chất, nhận dạng,...

Xét cho cùng, những nhiệm vụ, quyền hạn nêu trên của Viện kiểm sát nhằm bảo đảm cho Viện kiểm sát chủ động nắm chắc và kiểm sát chặt chẽ toàn bộ quá trình điều tra vụ án, đưa ra quyết định buộc tội bị can đúng người, đúng tội, đúng pháp luật, thuyết phục, hạn chế oan, sai ngay từ những giai đoạn đầu của TTHS.

2. Trong quan hệ kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở giai đoạn khởi tố, điều tra vụ án hình sự

Kiểm soát quyền lực cũng là một nguyên tắc cơ bản của quá trình tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước. Bất cứ lĩnh vực nào có quyền lực nhà nước cũng cần phải có cơ chế kiểm tra, giám sát việc thực hiện.

Theo quy định tại Điều 20 Bộ luật TTHS năm 2015, Viện kiểm sát là cơ quan thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong TTHS, nhằm phát hiện vi phạm pháp luật, bảo đảm mọi hành vi phạm tội, người phạm tội, pháp nhân phạm tội, vi phạm pháp luật đều phải được phát hiện và xử lý kịp thời, nghiêm minh, việc khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án đúng người, đúng tội, đúng pháp luật, không để lọt tội phạm và người phạm tội, pháp nhân phạm tội, không làm oan người vô tội.

Thực chất hoạt động kiểm sát hoạt động điều tra, xét xử và thi hành án của Viện kiểm sát là việc kiểm soát quyền lực nhà nước trong hoạt động tư pháp hình sự. Để thực hiện chức năng hiến định quan trọng này, pháp luật TTHS trao cho Viện kiểm sát các quyền hạn nhất định trong hoạt động điều tra, đó là: quyền giám sát, quyền yêu cầu và quyền hủy bỏ các quyết định, hành vi tố tụng không có căn cứ pháp luật của Cơ quan điều tra. Nghiên cứu các quy định của Bộ luật TTHS năm 2015 cho thấy, các quyền năng này của Viện kiểm sát được biểu hiện dưới các hình thức chủ yếu như sau:

- Viện kiểm sát thực hiện quyền giám sát hoạt động điều tra của Cơ quan điều tra một cách trực tiếp, như việc kiểm sát các hoạt động: khám nghiệm hiện trường (Điều 201), khám nghiệm tử thi (Điều 202), hỏi cung bị can (Điều 183)… hoặc giám sát gián tiếp thông qua việc nghiên cứu hồ sơ, tài liệu phản ánh hoạt động điều tra. Quyền giám sát của Viện kiểm sát thể hiện rõ nhất trong việc kiểm sát việc thực hiện các quyền năng, hành vi tố tụng của Cơ quan điều tra bằng việc nhất trí hoặc không nhất trí với Cơ quan điều tra thông qua việc phê chuẩn hoặc không phê chuẩn các quyết định tố tụng quan trọng của Cơ quan điều tra như: quyết định khởi tố bị can (Điều 179, Điều 180); quyết định áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt (Điều 225); quyết định áp dụng các biện pháp bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp (Điều 110), bắt bị can để tạm giam (Điều 113), gia hạn tạm giữ (Điều 118),…

Từ trước đến nay, Viện kiểm sát thực hiện quyền giám sát hoạt động điều tra của Cơ quan điều tra vẫn được coi là một nguyên tắc trong TTHS. Bởi vì, bất kỳ cơ chế hoạt động nào, quyền hạn nào cũng cần có sự kiểm tra, giám sát. Qua thực hiện quyền giám sát, Viện kiểm sát mới có cơ sở để xác định được hoạt động điều tra được thực hiện đúng hay sai, có khách quan, đầy đủ không.

- Viện kiểm sát thực hiện quyền yêu cầu Cơ quan điều tra thực hiện các hoạt động điều tra khi thông qua hoạt động giám sát hoạt động điều tra mà phát hiện thấy việc điều tra chưa đầy đủ, chính xác hoặc có vi

phạm pháp luật. Quyền yêu cầu của Viện kiểm sát đối với Cơ quan điều tra được quy định rõ trong Bộ luật TTHS năm 2015. Cụ thể, trong trường hợp xét thấy Cơ quan điều tra khởi tố bị can chưa khởi tố vụ án, khởi tố bị can hoặc khởi tố chưa đúng tội danh hoặc còn bỏ lọt tội phạm, Viện kiểm sát có quyền: yêu cầu Cơ quan điều tra khởi tố hoặc thay đổi, bổ sung quyết định khởi tố vụ án hình sự, khởi tố bị can (Khoản 1 Điều 165); yêu cầu Cơ quan điều tra truy nã bị can, áp dụng biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt (Khoản 6 Điều 165); yêu cầu Cơ quan điều tra xử lý nghiêm minh người tham gia tố tụng vi phạm pháp luật (Khoản 2 Điều 166); yêu cầu Cơ quan điều tra cung cấp tài liệu liên quan để kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong việc khởi tố, điều tra khi cần thiết (Khoản 4 Điều 166).

Khi phát hiện việc điều tra không đầy đủ, vi phạm pháp luật thì Viện kiểm sát có quyền: yêu cầu Cơ quan điều tra phải tiến hành hoạt động điều tra đúng pháp luật; kiểm tra việc điều tra và thông báo kết quả cho Viện kiểm sát; cung cấp tài liệu liên quan đến hành vi, quyết định tố tụng có vi phạm pháp luật trong việc điều tra; yêu cầu Cơ quan điều tra khắc phục vi phạm trong việc khởi tố, điều tra; yêu cầu Thủ trưởng Cơ quan điều tra thay đổi điều tra viên, cán bộ điều tra, xử lý nghiêm minh điều tra viên, cán bộ điều tra vi phạm pháp luật trong hoạt động tố tụng (các khoản 5, 6, 7 Điều 166)...

Cơ quan điều tra có trách nhiệm phải thực hiện các yêu cầu, quyết định của Viện kiểm sát.

- Viện kiểm sát có quyền huỷ bỏ các quyết định trái pháp luật của Cơ quan điều tra. Đây là một trong những quyền năng quan trọng mà pháp luật quy định cho Viện kiểm sát, là phương tiện của hoạt động kiểm sát, bảo đảm cho việc kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động điều tra. Theo quy định của Bộ luật TTHS, Viện kiểm sát có quyền: hủy bỏ quyết định áp dụng biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế, biện pháp điều tra tố tụng đặc biệt; hủy bỏ quyết định tạm đình chỉ việc giải quyết nguồn tin về tội phạm của Cơ quan điều tra (Điều 41); hủy bỏ quyết định khởi tố, quyết định thay đổi hoặc bổ sung quyết định khởi tố vụ án hình sự, quyết định không khởi tố vụ án hình sự và các quyết định tố tụng khác không có căn cứ và trái pháp luật của Cơ quan điều tra (Điều 161, Điều 165).

Có thể nói rằng, quyền giám sát và quyền hủy bỏ của Viện kiểm sát đối với các quyết định trái pháp luật của Cơ quan điều tra là các quyền độc lập của Viện kiểm sát nhưng có mối liên hệ chặt chẽ, hỗ trợ lẫn nhau. Vì nếu chỉ có quyền giám sát mà không có quyền hủy bỏ thì quyền yêu cầu chỉ là hình thức; ngược lại, kết quả thực hiện quyền giám sát là tiền đề để Viện kiểm sát thực hiện quyền yêu cầu, quyền hủy bỏ. Thực tế cho thấy, không phải lúc nào Viện kiểm sát cũng thực hiện đầy đủ các quyền năng trên, nhất là khi hoạt động điều tra đã tuân thủ các quy định của pháp luật thì Viện kiểm sát chỉ thực hiện quyền giám sát đối với Cơ quan điều tra; khi Cơ quan điều tra tiến hành điều tra vụ án chưa đầy đủ hoặc có hoạt động tố tụng không có căn cứ, Viện kiểm sát sẽ thực hiện cả quyền giám sát, yêu cầu và hủy bỏ. Tuy nhiên, về mặt pháp lý, Viện kiểm sát cần có đầy đủ các quyền năng trên mới có khả năng kiểm soát trực tiếp, toàn diện và hữu hiệu hoạt động điều tra vụ án hình sự của Cơ quan điều tra, góp phần quan trọng làm cho hoạt động điều tra tuân thủ các quy định của pháp luật, đồng thời phát huy được vai trò là cơ quan "quyết định việc buộc tội", tăng cường trách nhiệm công tố trong giai đoạn điều tra, hạn chế oan, sai, bảo đảm quyền, lợi ích của cá nhân, tổ chức trong TTHS theo quy định của pháp luật ■

HÌNH PHẠT VÀ CÁC BIỆN PHÁP TƯ PHÁP

ÁP DỤNG ĐỐI VỚI PHÁP NHÂN PHẠM TỘI TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM VÀ PHÁP LUẬT MỘT SỐ NƯỚC

Hà Lệ Thủy*
* ThS, Khoa Luật Hình sự, Trường Đại học Luật Huế.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bộ luật Hình sự, trách nhiệm hình sự của pháp nhân, xử lý tội phạm do pháp nhân thực hiện

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 28/03/2017
Biên tập: 13/04/2017
Duyệt bài: 20/04/2017

Tóm tắt:

Bộ luật Hình sự (BLHS) Việt Nam mới được ban hành năm 2015 lần đầu tiên quy định về chủ thể chịu trách nhiệm hình sự là pháp nhân, đồng thời dành một chương riêng quy định những vấn đề liên quan đến pháp nhân, trong đó có hình phạt và các biện pháp tư pháp. Thông qua việc nghiên cứu những quy định của BLHS một số nước có quy định về trách nhiệm hình sự của pháp nhân, bài viết đưa ra những nhận xét, so sánh giữa BLHS Việt Nam với BLHS các nước để có thể tham khảo kinh nghiệm lập pháp và áp dụng pháp luật hình sự vào việc xử lý tội phạm do pháp nhân thực hiện, đáp ứng nhu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm của nước ta.

Article Infomation:

Keywords: The Penal Code; criminal liability of legal entity; handle of the crime by legal entities.

Article History:

Received: 28 Mar. 2017
Edited: 13 Apr. 2017
Appproved: 20 Apr. 2017

Abstract:

The Vietnam Penal Code of 2015 has for the first time regulated the subject of criminal liability as a legal entity and devotes a separate chapter dealing with matters relating to the legal entity in which the figure fines and judicial measures. Through the study of the provisions of the criminal code of the countries in the world with provisions on the criminal liability of the legal entity, this article provides the comparative remarks between the Vietnam Penal Code and the ones in a number of countries for reference as the legislative experience and the application of criminal law to the handling of the crime by legal entities, meeting the needs of the fight against the crime in Vietnam.

Thực tế chỉ ra rằng, trách nhiệm pháp lý được đặt ra đối với pháp nhân vi phạm gồm trách nhiệm dân sự và trách nhiệm hành chính thực sự không đem lại hiệu quả như mong muốn. Rõ ràng là pháp luật hình sự được xem là tốt hơn so với pháp luật dân sự, pháp luật hành chính trong việc răn đe pháp nhân phạm tội. Trách

nhiệm hình sự (TNHS) đặt ra đối với pháp nhân có tác dụng ngăn ngừa tội phạm, một phần bởi vì nó sẽ gây thiệt hại đến danh tiếng của pháp nhân, một phần vì nó có thể giúp quản lý có hiệu quả hơn và một phần nữa, nó tạo ra cơ cấu giám sát để bảo đảm pháp nhân tuân thủ.

Ở cấp độ quốc tế, số lượng các công ước quốc tế quy định nghĩa vụ của quốc gia tham gia công ước luật hóa TNHS của pháp nhân ngày được tăng cường như: Công ước Phòng, chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, Công ước Liên hiệp quốc về chống tham nhũng, Công ước về Phòng, chống rửa tiền...

BLHS năm 2015 lần đầu tiên đã coi chủ thể của TNHS bao gồm cả cá nhân và pháp nhân. Khoản 2 Điều 2 BLHS năm 2015 quy định: "Chỉ pháp nhân thương mại nào phạm một tội đã được quy định tại Điều 76 của Bộ luật này mới phải chịu TNHS". Ngoài ra, Bộ luật cũng dành một chương riêng để quy định những vấn đề liên quan đến pháp nhân thương mại phạm tội (Chương XI) trong đó có quy định chi tiết về hình phạt và các biện pháp tư pháp áp dụng đối với chủ thể này. Đây là điểm đổi mới nổi bật, mang tính đột phá trong chính sách hình sự nước ta, làm thay đổi nhận thức truyền thống về vấn đề tội phạm và hình phạt.

1. Hình phạt và các biện pháp tư pháp áp dụng đối với pháp nhân phạm tội trong Bộ luật Hình sự Việt Nam

Cũng giống như hệ thống hình phạt áp dụng đối với người phạm tội, hình phạt áp dụng đối với pháp nhân phạm tội bao gồm hình phạt chính và hình phạt bổ sung được quy định từ Điều 78 đến Điều 81 của BLHS năm 2015.

Trong số hình phạt chính, phạt tiền được xem như một công cụ pháp lý hữu hiệu để thể hiện cách ứng xử của Nhà nước đối với pháp nhân khi có hành vi gây thiệt hại cho xã hội. Tuy nhiên, khác với hình phạt tiền đối với cá nhân phạm tội chỉ được áp dụng trong trường hợp phạm tội ít nghiêm trọng, phạm tội nghiêm trọng hoặc phạm tội rất nghiêm trọng xâm phạm trật tự quản lý kinh tế, môi trường, trật tự công cộng, an toàn công cộng và một số tội phạm khác, BLHS năm 2015 không quy định các trường hợp cụ thể áp dụng hình phạt tiền đối với pháp nhân phạm tội. Vì vậy, có thể hiểu là hình phạt tiền được áp dụng đối với tất cả các loại tội phạm do pháp nhân thực hiện, không phân biệt tính chất tội phạm[1]. Bên cạnh đó, BLHS năm 2015 quy định mức tối thiểu của hình phạt tiền đối với pháp nhân phạm tội là 50 triệu đồng. Mức phạt này đã cho thấy được sự phân hóa TNHS giữa pháp nhân và cá nhân phạm tội, cho thấy được tính nghiêm khắc của hình phạt này so với mức phạt tiền trong chế tài hành chính hay dân sự mà pháp nhân phải chịu khi có hành vi vi phạm.

Hai hình phạt chính khác áp dụng đối với pháp nhân phạm tội là hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn và đình chỉ hoạt động vĩnh viễn. Trong đó, hình phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn trong BLHS năm 2015 có tên gọi và nội dung giống với biện pháp xử phạt đình chỉ hoạt động có thời hạn áp dụng đối với pháp nhân vi phạm hành chính (VPHC) được quy định trong Luật Xử lý VPHC[2]. Nội dung của hai hình phạt này là tạm dừng hoặc 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 đến tính mạng, sức khỏe con người, môi trường hoặc an ninh, trật tự, an toàn xã hội và hậu quả gây ra có khả năng

1 Theo Điều 76 BLHS năm 2015, pháp nhân phải chịu trách nhiệm hình sự về 31 tội danh thuộc chương các tội phạm xâm phạm trật tự quản lý kinh tế và chương các tội phạm về môi trường.

2 Xem khoản 2 Điều 5 Luật Xử lý VPHC năm 2012 và Điều 78 BLHS năm 2015.

khắc phục trên thực tế. Hình phạt này có thể ảnh hưởng gián tiếp đến những người làm việc trong các pháp nhân như không có việc làm, không có lương trong thời gian pháp nhân bị đình chỉ hoạt động.

Các hình phạt bổ sung áp dụng đối với pháp nhân phạm tội bao gồm: cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định và cấm huy động vốn. Thời hạn cấm đối với các hình phạt này là từ 01 năm đến 03 năm. Cấm huy động vốn là một hình phạt bổ sung lần đầu tiên xuất hiện trong BLHS năm 2015. Đây là một biện pháp mạnh nhằm xử lý nghiêm, đồng thời ngăn ngừa khả năng pháp nhân tái phạm. Biện pháp này ảnh hưởng đến sự sống còn của một pháp nhân thương mại, chẳng hạn như đối với các tổ chức tín dụng, nếu bị cấm huy động vốn thì gần như đồng nghĩa với việc cấm hoạt động, vì sẽ nhanh chóng dẫn đến tình trạng mất khả năng thanh toán.

Các biện pháp tư pháp áp dụng đối với pháp nhân phạm tội được chia làm hai nhóm:

Thứ nhất, nhóm các biện pháp tư pháp áp dụng đối với người phạm tội vừa đồng thời là biện pháp áp dụng đối với pháp nhân phạm tội: biện pháp tịch thu vật, tiền trực tiếp liên quan đến tội phạm; trả lại tài sản, sửa chữa hoặc bồi thường thiệt hại; buộc công khai xin lỗi;

Thứ hai, nhóm các biện pháp tư pháp áp dụng riêng đối với pháp nhân phạm tội: biện pháp buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu; buộc thực hiện một số biện pháp nhằm khắc phục, ngăn chặn hậu quả tiếp tục xảy ra.

Xét về mặt hình thức, một số hình phạt và biện pháp tư pháp được quy định trong BLHS năm 2015 không khác gì các biện pháp cưỡng chế trong Luật Xử lý VPHC. Tuy nhiên, bản chất và tính chất của các biện pháp này có sự khác nhau. Cụ thể, trong xử lý VPHC, việc áp dụng các biện pháp nói trên chỉ mang tính chất phê bình, nhắc nhở thì trong hình sự, việc áp dụng hình phạt tiền, đình chỉ hoạt động, cấm kinh doanh, cấm huy động vốn... mang tính răn đe nghiêm khắc hơn và vì thế, có hiệu quả hơn so với các biện pháp xử lý hành chính.

Có thể nói rằng, so với BLHS năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009, BLHS năm 2015 bao hàm những quy định mới hoàn toàn về TNHS của pháp nhân. Những quy định này, một mặt đáp ứng được yêu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm ở nước ta hiện nay, mặt khác tạo cơ sở pháp lý cho việc thực hiện các Công ước quốc tế về phòng, chống tội phạm xuyên quốc gia mà Việt Nam đã ký kết, tham gia.

2. Hình phạt và biện pháp tư pháp áp dụng đối với pháp nhân phạm tội trong luật hình sự một số nước

Pháp luật hình sự nhiều nước đã quy định TNHS của pháp nhân phạm tội. BLHS một số nước còn dành một chương riêng quy định TNHS của pháp nhân phạm tội.

Ở các nước, mặc dù các chế tài hình sự áp dụng đối với các pháp nhân phạm tội có sự khác nhau, nhưng có một điểm chung là hình phạt tiền được xác định là hình phạt chính và chủ yếu đối với pháp nhân phạm tội.

Pháp luật hình sự một số nước quy định, pháp nhân phải chịu TNHS có thể là pháp nhân có hoặc không có tư cách pháp nhân: pháp nhân theo luật tư (pháp nhân có mục đích sinh lời như các pháp nhân dân sự, pháp nhân thương mại và pháp nhân không có mục đích sinh lời như các hiệp hội, các giáo đoàn, công đoàn, các đảng phái và các nhóm chính trị), pháp nhân theo luật công - trừ nhà nước, pháp nhân nước ngoài... Ngoài các pháp nhân, TNHS còn áp dụng đối với các hiệp hội, các tổ chức khác mà về phương diện pháp luật, chúng không phải là

các pháp nhân[3].

Theo quy định của Điều 121-2 BLHS Pháp, để có tư cách chủ thể chịu TNHS thì pháp nhân cần phải có tư cách pháp nhân, một nhóm hoặc tổ chức không có tư cách pháp nhân sẽ không phải là "nhân" và cũng có nghĩa không phải là chủ thể pháp luật. Bên cạnh đó, Điều 131 BLHS Pháp cũng quy định xử phạt tiền là hình phạt chính duy nhất áp dụng đối với pháp nhân phạm tội. Các biện pháp xử phạt khác đối với pháp nhân được quy định bao gồm: cấm thực hiện trực tiếp hoặc gián tiếp một hoặc nhiều hoạt động xã hội hoặc hoạt động nghề nghiệp vĩnh viễn hoặc trong một thời gian tối đa là năm năm; đặt dưới sự giám sát tư pháp trong thời hạn tối đa là năm năm, đóng cửa vĩnh viễn hoặc đóng cửa cho đến năm năm hoặc đóng cửa một hoặc nhiều cơ sở của doanh nghiệp đã được sử dụng để thực hiện hành vi phạm tội; truất quyền thi đấu từ đấu thầu rộng rãi hoặc vĩnh viễn hoặc trong một thời gian tối đa là năm năm; cấm sử dụng thẻ thanh toán trong thời hạn tối đa là năm năm; tịch thu những vật đã được sử dụng hoặc dự định thực hiện hành vi phạm tội hoặc những vật có được do việc phạm tội, v.v..

Một điểm lưu ý về các biện pháp xử phạt khác đối với pháp nhân được quy định trong BLHS Pháp là: ngoài các TNHS trên đây, pháp nhân còn phải chịu trách nhiệm dân sự (bồi thường thiệt hại cho các nạn nhân), đối mặt với lệnh trừng phạt hành chính từ cơ quan chính phủ. Loại hình phổ biến của xử phạt đối với hai thủ tục tố tụng dân sự và hành chính là phạt tiền[4].

Điều 5 BLHS Bỉ có nét tương đồng với BLHS Pháp khi quy định, pháp nhân với tư cách là chủ thể của TNHS là pháp nhân có mục đích sinh lời trên cơ sở các hoạt động của pháp nhân như pháp nhân thương mại, pháp nhân dân sự. Trường hợp pháp nhân được thành lập và hoạt động không vì mục đích sinh lời nhưng có đăng ký hoạt động hợp lệ như các hiệp hội, giáo hội, công đoàn, đảng phái và nhóm chính trị... vẫn phải chịu TNHS theo quy định tại Điều 5 của Bộ luật này.

Điều 7 bis-BLHS Bỉ quy định cụ thể các loại hình phạt áp dụng đối với pháp nhân phạm tội như: phạt tiền, tịch thu tài sản của pháp nhân, giải thể pháp nhân, tước quyền sử dụng giấy phép hoặc tạm đình chỉ hoạt động của pháp nhân, đóng cửa pháp nhân, niêm yết quyết định đã được tòa án tuyên hoặc thông báo quyết định đó trên các phương tiện nghe nhìn. Trong đó, hình phạt tiền là hình phạt chính áp dụng đối với tất cả các tội phạm do pháp nhân thực hiện. Các hình phạt còn lại đều là hình phạt bổ sung.

Hình phạt tịch thu tài sản của pháp nhân được áp dụng nhằm để tịch thu những lợi ích về tài sản có được trực tiếp từ việc thực hiện tội phạm, tịch thu các khoản thu nhập có từ nguồn lợi ích trên. Tuy nhiên, việc tịch thu này không được áp dụng cho đối tượng là vật được người phạm tội sử dụng hoặc chuẩn bị cho việc phạm tội nếu những vật này là tài sản thuộc về pháp nhân theo luật công[5]. Ngoài ra, các biện pháp giải thể pháp nhân phạm tội, cấm pháp nhân phạm tội tiến hành những hoạt động nhất định, đóng cửa một hoặc nhiều cơ sở của pháp nhân phạm tội hay niêm yết quyết định đã được tòa án tuyên hoặc thông báo quyết định đó trên các phương tiện nghe nhìn không được áp dụng đối với các cơ sở được giao nhiệm vụ tiến hành các hoạt động phục vụ công cộng.

Theo quy định của Điều 51 BLHS Hà Lan, pháp nhân với tư cách là chủ thể của tội phạm bao gồm: pháp nhân theo luật tư, pháp

3 Xem Vũ Hải Anh, TNHS của pháp nhân theo quy định của một số nước trên thế giới, Tạp chí Nghề Luật, số 2/2012.

4 Xem bài viết của Phillipe Xavier Bender, TNHS của công ty Pháp, trên trang web www.lexmundi.com/Document.áp?DocID=1065.

5 Xem Trịnh Quốc Toản, TNHS của pháp nhân trong pháp luật hình sự, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 145.

nhân theo luật công và các tổ chức không có tư cách pháp nhân. Trong khi nhiều nước chỉ đặt ra TNHS của pháp nhân khi hành vi phạm tội của cơ quan hoặc người đại diện của pháp nhân được thực hiện trên danh nghĩa pháp nhân, thì ngược lại, BLHS Hà Lan quy định, pháp nhân phải chịu TNHS khi có hành vi phạm tội do một hoặc nhiều cá nhân thực hiện trên danh nghĩa và vì lợi ích pháp nhân[6].

BLHS Hà Lan quy định các biện pháp cưỡng chế hình sự áp dụng đối với pháp nhân phạm tội bao gồm: phạt tiền, giải thể, tịch thu tài sản, buộc bồi thường thiệt hại, đình chỉ một phần hoặc toàn bộ các hoạt động của pháp nhân, ra lệnh buộc chấm dứt hoặc phải thực hiện một hành động hoặc không hành động. Ngoài ra, pháp nhân có thể còn bị áp dụng biện pháp đóng cửa các doanh nghiệp kinh doanh, biện pháp kiểm chế pháp lý của doanh nghiệp (tức cũng giống với biện pháp chịu sự giám sát tư pháp).

Một điểm đặc biệt cần được quan tâm xem xét là: nhiều nước coi các biện pháp tư pháp cũng là một loại biện pháp mang tính trừng phạt hay còn gọi là biện pháp an ninh. Ví dụ, Luật TNHS của các pháp nhân của Montenegro quy định, Tòa án có thể áp dụng một hoặc nhiều biện pháp an ninh đối với một pháp nhân khi các điều kiện áp dụng được đáp ứng bao gồm: tịch thu các hạng mục, công bố bản án, lệnh cấm kinh doanh nhất định hoặc các hoạt động khác (Điều 28). Pháp nhân được điều chỉnh trong Luật này bao gồm: công ty trong nước, công ty nước ngoài và chi nhánh công ty nước ngoài, doanh nghiệp, tổ chức trong và ngoài nước mà không phải là tổ chức chính phủ, các quỹ đầu tư, quỹ khác, tổ chức thể thao, đảng chính trị, các hiệp hội (khoản 1 Điều 3). Các biện pháp an ninh áp dụng đối với pháp nhân phạm tội trên đây chính là các biện pháp tư pháp áp dụng bên cạnh hình phạt.

3. Những điểm tương đồng và khác biệt của pháp luật hình sự Việt Nam và pháp luật hình sự nước ngoài về hình phạt và biện pháp tư pháp áp dụng đối với pháp nhân phạm tội

Thứ nhất, cũng giống như pháp luật hình sự các nước, BLHS năm 2015 không xác định rõ khái niệm pháp nhân là chủ thể chịu TNHS. Tuy nhiên, BLHS năm 2015 có quy định về điều kiện và phạm vi chịu TNHS của pháp nhân.

Thứ hai, nếu như các nước theo hệ thống Common Law chỉ áp dụng hình phạt tiền đối với pháp nhân phạm tội, thì các nước theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa áp dụng đa dạng các hình phạt đối với pháp nhân phạm tội, bao gồm các nhóm hình phạt như:1) Các hình phạt gây hại cho thanh danh của pháp nhân phạm tội; 2) các hình phạt về tài sản; 3) các hình phạt hạn chế các hoạt động của pháp nhân phạm tội; 4) các hình phạt nhằm vào sự tồn tại của pháp nhân phạm tội[7]. BLHS năm 2015 áp dụng đa dạng các loại hình phạt đối với pháp nhân phạm tội.

Thứ ba, khác với BLHS năm 2015, pháp luật hình sự ở đa số các nước không có quy định riêng về biện pháp tư pháp đối với pháp nhân phạm tội, mà quy định trong một văn bản luật khác không phải là BLHS.

Thứ tư, phạt tiền là hình thức xử phạt và là hình phạt phổ biến nhất được quy định trong tất cả các BLHS các nước có quy định TNHS của pháp nhân. Xử phạt tiền có ưu điểm là nó sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến pháp nhân, đồng thời số tiền phạt sẽ tạo ra nguồn vốn cần thiết để bồi thường cho các nạn nhân và hơn hết, nó có tác động đủ mạnh để ngăn chặn hành vi phạm tội. Mối đe dọa lớn nhất đối với cá nhân là mất sự tự do còn mối

(Xem tiếp trang 34)

6 Xem Trịnh Quốc Toản, Tlđd, tr.119.

7 Xem Cao Thị Oanh, Nghiên cứu so sánh cơ sở lý luận và thực tiễn của việc áp dụng TNHS đối với tổ chức, Báo cáo tổng thuật công trình nghiên cứu khoa học cấp bộ, Viện Khoa học pháp lý, Hà Nội, 2011, tr. 41.