

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn



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



Số 20 (372)
Kỳ 2 - Tháng 10/2018

- ❖ XÂY DỰNG CHÍNH QUYỀN TRUNG ƯƠNG TẬP QUYỀN MẠNH MẼ: MỘT TIỀN ĐỀ CHO PHÁT TRIỂN BỀN VỮNG
- ❖ NÂNG CAO HƠN NỮA HIỆU QUẢ ĐẤU TRANH PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG TRONG TÌNH HÌNH MỚI
- ❖ TĂNG THUẾ THUỐC LÁ Ở VIỆT NAM VÀ KINH NGHIỆM CẢI CÁCH THUẾ THUỐC LÁ Ở MỘT SỐ QUỐC GIA

PHÒNG BIÊN TẬP TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP ĐÓN NHẬN HUÂN CHƯƠNG LAO ĐỘNG HẠNG BA

Ngày 28/5/2018, Chủ tịch Nước Cộng hoà XHCN Việt Nam đã ký Quyết định số 853/QĐ-CTN tặng thưởng Huân chương Lao động hạng Ba cho Phòng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, Viện Nghiên cứu Lập pháp thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội.

Ngày 18/10/2018, tại Nhà Quốc hội, thừa ủy quyền Chủ tịch nước, đồng chí Nguyễn Hạnh Phúc, Ủy viên Trung ương Đảng, Tổng Thư ký Quốc hội, Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội đã trao Huân chương Lao động hạng Ba cho Phòng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, ghi nhận thành tích xuất sắc của Tập thể Phòng Biên tập đã góp phần vào sự nghiệp xây dựng chủ nghĩa xã hội và bảo vệ Tổ quốc.



Tổng Thư ký Quốc hội - Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội Nguyễn Hạnh Phúc trao tặng Huân chương Lao động cho các tập thể, cá nhân có thành tích xuất sắc trong quá trình công tác, góp phần vào sự nghiệp xây dựng chủ nghĩa xã hội và bảo vệ Tổ quốc

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 20/2018

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Xây dựng chính quyền trung ương tập quyền mạnh mẽ: một tiền đề cho phát triển bền vững

PGS. TS. Phạm Duy Nghĩa

- 10** Hoàn thiện Luật Tố tụng hành chính bảo đảm quyền con người, quyền công dân

PGS. TS. Bùi Thị Đào

- 15** Quy định của pháp luật quốc tế về quyền tổ chức, quyền thương lượng tập thể và một số yêu cầu

ThS. Trần Hà Thu

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 22** Nâng cao hơn nữa hiệu quả đấu tranh phòng, chống tham nhũng trong tình hình mới

TS. Đỗ Đức Hồng Hà - Phùng Lê Mai

- 28** Một số bất cập và kiến nghị hoàn thiện các quy định pháp luật có liên quan đến người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam

TS. Lê Ngọc Thạnh - ThS. Hà Lâm Hồng

- 33** Thực trạng pháp luật về Cảnh sát biển và một số kiến nghị hoàn thiện

TS. Nguyễn Quốc Khánh - TS. Phí Thị Thanh Tâm

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 41** Luật Trọng tài thương mại năm 2010: những bất cập và kiến nghị hoàn thiện

TS. Dương Quỳnh Hoa

- 47** Hoàn thiện chế định quản tài viên trong Luật Pháp sản

ThS. Đặng Văn Huy

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

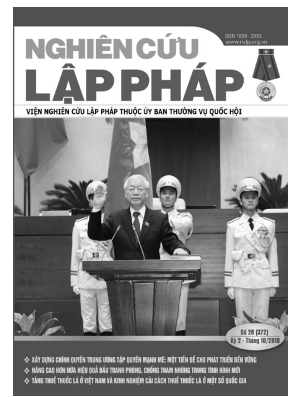
- 50** Kinh nghiệm của Nhật Bản về đánh giá tác động sáp nhập doanh nghiệp

ThS. Trương Trọng Hiếu - ThS. Nguyễn Ngọc Thứ

- 59** Tăng thuế thuốc lá ở Việt Nam và kinh nghiệm cải cách thuế thuốc lá ở một số quốc gia

ThS. Nguyễn Hạnh Nguyên

TS. Phan Thị Lan Phương



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS. TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS. TS. ĐÌNH VĂN NHÃ
PGS. TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS. TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN
PGS. TS. NGÔ HUY CƯƠNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

BÙI HUYỀN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Đồng chí Nguyễn Phú Trọng, Tổng Bí thư Ban chấp hành TƯ Đảng, tuyên thệ nhậm chức Chủ tịch Nước Cộng hòa XHCN Việt Nam nhiệm kỳ 2016 - 2021

Ảnh: Cổng TTĐT Văn phòng Quốc hội

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

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

Legis No 20/2018

STATE AND LAW

- 3** Development of Strong Centralized Administration: Precondition for Sustainable Development

Prof. Dr. Pham Duy Nghia

- 10** Improvement of Administrative Procedure Law for Assurance of the Human Rights and Citizen Rights

Prof. Dr. Bui Thi Dao

- 15** Provisions of International Laws on the Rights for Organization, Right to Collective Bargaining and Concerned Conditions

LLM. Tran Ha Thu

DISCUSSION OF BILLS

- 22** Further Improvement of Effectiveness of Prevention, Fighting against Corruption under Coming Circumstance

**Dr. Do Duc Hong Ha
Phung Le Mai**

- 28** Inadequacies of and Recommendations for Further Improvements of Legal Provisions on Foreign Labourers in Vietnam

**LLM. Le Ngoc Thanh
LLM. Ha Lam Hong**

- 33** Reviews of and Recommendations for Improvements of Law on Vietnam Coast Guard

**Dr. Nguyen Quoc Khanh
Dr. Phi Thi Thanh Tam**

LEGAL PRACTICE

- 41** Law on Commercial Arbitration of 2010: Inadequacies and Recommendations for Improvements

Dr. Duong Quynh Hoa

- 47** Recommended Improvements of Provisions on Asset Management Officer in Law on Bankruptcy

LLM. Dang Van Huy

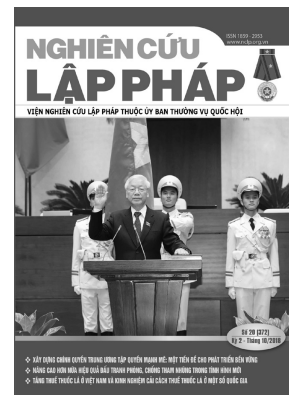
FOREIGN EXPERIENCE

- 50** Japan's Experience in Assessment of Business Merger Impacts

**LLM. Truong Trong Hieu
LLM. Nguyen Ngoc Thu**

- 59** Increase in Tobacco Taxation in Vietnam and Experience Tax Reform in Some Countries

**LLM. Nguyen Hanh Nguyen
Dr. Phan Thi Lan Phuong**



EDITORIAL BOARD:

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

CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

BUI HUYEN

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19.500 VND

XÂY DỰNG CHÍNH QUYỀN TRUNG ƯƠNG TẬP QUYỀN MẠNH MỀ: MỘT TIỀN ĐỀ CHO PHÁT TRIỂN BỀN VỮNG

Phạm Duy Nghĩa*

* PGS.TS. Đại học Fulbright Việt Nam.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: phân tán thể chế, xây dựng nhà nước, hiệu lực chính quyền

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 03/10/2018

Biên tập : 18/10/2018

Duyệt bài : 26/10/2018

Tóm tắt:

Khi thảo luận về các thách thức xây dựng chính quyền trong Chiến lược phát triển nước ta cho tới năm 2035, các chuyên gia trong và ngoài nước đều thống nhất rằng: một trong các thách thức đáng kể nhất đối với bộ máy chính quyền nước ta là tính manh mún, cát cứ, phân tán, làm suy yếu khả năng ban hành và thực thi các chính sách của chính quyền trung ương¹. Vì vậy, một trong những giải pháp quan trọng, làm tiền đề cho phát triển bền vững là xây dựng chính quyền trung ương tập quyền mạnh mẽ.

Article Information:

Keywords: Institutional fragmentation, state-building, Government's efficiency.

Article History:

Received : 03 Oct. 2018

Edited : 18 Oct. 2018

Approved : 26 Oct. 2018

Abstract

When it is discussed for the challenges for administration establishment in our country's development strategy until 2035, both national and foreign experts agree that some of the most significant challenges facing the administration structure are scatter, self-separation, fragmentation, which lead to undermining the capability of the central government to enact and enforce the policies. Therefore, one of the important solutions, as the premise for sustainable development, is to develop a powerful centralized government.

1. Dẫn đề và phương pháp tiếp cận

Từ hơn 30 năm nay, các nhà kinh tế và hoạch định chính sách nước ta đã thảo luận rất nhiều về tự do, mở cửa thị trường, hội nhập. Nhiều tới mức, Nhà nước lùi dần,

nhường sân cho thị trường. Tư duy ấy tràn lan (tranh luận mới đây về “học giá”, “trạm thu giá”... là vài thí dụ). Người dân nước ta cũng chào đón, ủng hộ kinh tế thị trường (theo điều tra quốc tế, cứ 100 người Việt

1 Xem thêm: Ngân hàng Thế giới và Bộ Kế hoạch đầu tư, 2016, Việt Nam 2035: Hướng tới thịnh vượng, Sáng tạo, Công bằng và Dân chủ, tr. 97-99.

Nam được hỏi thì 95 người ủng hộ kinh tế thị trường, chỉ có 3 người phản đối². Nước ta cũng đã mở cửa thị trường nội địa một cách hăng hái. Nếu đo mức độ mở của nền kinh tế bằng tỷ lệ kim ngạch xuất nhập khẩu trên GDP, Việt Nam đã thuộc nhóm 7 quốc gia dẫn đầu thế giới trong việc chấp nhận mở cửa thị trường nội địa³.

Cải cách thể chế được khởi đầu bằng việc xây dựng luật lệ cần cho đổi mới kinh tế. Hiển nhiên, các quyền tự do dân chủ, các nỗ lực đổi mới chính quyền và cải cách hệ thống chính trị, cũng theo đó mà xuất hiện. Con đường du nhập các thể chế thị trường, dù đôi mắt không ít lực cản, song về đại thể vẫn có thể tiên liệu, dự đoán trước được, bởi lẽ các nguyên tắc vận hành của kinh tế thị trường là các giá trị phổ quát, được chấp nhận rộng rãi toàn cầu, chúng dựa trên nền tảng của tự do sở hữu, tự do tổ chức kinh doanh, kế ước và tài phán, cạnh tranh và điều tiết. Cũng không thiếu hình mẫu cho các thiết chế thực thi tương ứng.

Tất cả những điều đó đã góp phần tạo ra đổi mới, tăng trưởng, tạo ra phúc lợi và giải thích thành công trong cải cách kinh tế. Việt Nam thuộc số quốc gia ít ỏi trên thế giới duy trì được mức độ tăng trưởng tương đối cao, trong một thời gian dài, và khá liên tục. Đó là những sự thật, những mặt lấp lánh dễ nhìn thấy, đã được ca ngợi nhiều, của tầm huy chương.

Ngược lại, cải cách hệ thống chính trị, đổi mới chính quyền diễn ra khó khăn hơn nhiều. Sự chậm trễ, lỗi nhịp giữa tự do hóa kinh tế, mở cửa thị trường và các cuộc cải cách chính trị, đổi mới chính quyền một cách cần thiết có thể dẫn tới những trục trặc, đe dọa thành tựu kinh tế. Vấn nạn thâm tóm tài nguyên quốc gia vào tay “tư bản thân hữu” trong và ngoài nước, bóc lột lao động giá rẻ, ô nhiễm môi trường, tham nhũng, bộ

máy hành chính công kênh, thủ tục hành chính rườm rà... làm cho các thành tựu kinh tế như những tượng đài chông chênh, có thể đổ vỡ nhanh chóng khi bất ổn diễn ra trên diện rộng.

Thật hiển nhiên, phát triển nhanh và bền vững cần sự hậu thuẫn của một chính quyền mạnh mẽ, một nhà nước hiệu quả. Bằng chứng cho luận điểm này đã có quá nhiều. Chỉ có điều làm thế nào để xây dựng được một hệ thống chính trị ổn định, một nhà nước hiệu quả... luôn là một thách thức lớn. Bất hạnh và tìm cách đổ lỗi khi một nhà nước đổ vỡ thì dễ thấy, song làm thế nào xây dựng được chính quyền quản trị nhà nước hiệu quả, vững bền, luôn là điều bí ẩn. Thông thường, các truyền thống và thói quen quản trị quốc gia tồn tại rất vững bền.

Trong bối cảnh hiện nay của nước ta, chúng tôi cho rằng, nguy cơ phân tán, cát cứ, cản trở việc xây dựng một chính quyền trung ương tập quyền mạnh mẽ là một thách thức đang làm suy yếu Nhà nước.

Chúng tôi cho rằng, trước khi vay mượn các chủ thuyết từ nước ngoài, cần học cũ để hiểu mới, gạn lọc những kinh nghiệm quý của nền hành chính cổ truyền của tổ tiên để xây dựng chính quyền hiện nay. Ở Việt Nam trong hơn 100 năm qua, chúng ta đã xem nhẹ những giá trị của nền hành chính cổ truyền. Chế độ khoa cử, chính quyền quân chủ, tự trị làng xã đã mục ruỗng và sụp đổ tan tành. Chúng đã được xem là thời nát, hủ lậu, không còn đáng quan tâm. Các nhà kiến thiết quản trị quốc gia, dù theo xu hướng chính trị nào, hết thầy đều ngoảnh mặt sang phương Tây để tìm lời giải. Từ nền cộng hòa dân chủ nhân dân, mô hình chính quyền Xô-viết đến nhà nước pháp quyền XHCN.

Nay là chế độ pháp quyền XHCN thời hội nhập, hết thầy các lời giải cho các thách thức quản trị quốc gia đều được vay mượn

2 Xem các cuộc điều tra của PEW <http://www.pewglobal.org/2014/10/09/emerging-and-developing-economies-much-more-optimistic-than-rich-countries-about-the-future/#free-market-seen-as-best-despite-inequality> và điều tra của VCCI, <http://vneconomicstimes.com/article/vietnam-today/market-economy-preferred>

3 <http://baochinhphu.vn/Kinh-te/Can-kiem-soat-do-mo-cua-nen-kinh-te/337433.vgp>

và nhìn từ các lý thuyết quản trị quốc gia. Vì việc xây dựng chính quyền cần dựa trên những truyền thống bản địa lâu đời, nên cần tìm lời giải cho các thách thức hiện tại và trong tương lai từ bài học quá khứ. Vài năm gần đây, trong các nỗ lực ôn cũ đề hiểu mới, người ta đã bàn nhiều tới *tự trị làng xã* (trong mối quan hệ phân quyền giữa trung ương, địa phương và cấp cơ sở), *ché độ khoa cử* (trong tuyển dụng công chức qua các kỳ thi quốc gia, quốc khảo, có tính cạnh tranh, bình đẳng), *quy định hôn tỵ* (điều cần né tránh nhằm phòng ngừa xung đột lợi ích trong nền quan chế).

Thực ra góc nhìn này rất phổ biến ở các quốc gia Đông Bắc Á và Singapore. Trong các nỗ lực cải thiện quản trị quốc gia, người ta không ngừng gạn lọc để áp dụng các giá trị truyền thống của nền hành chính Nho giáo cổ truyền vào thời đại ngày nay⁴. Thậm chí, ở phương Tây cũng xuất hiện trào lưu học hỏi kinh nghiệm quản trị quốc gia cổ truyền từ phương Đông. Các Viện Khổng Tử mọc lên như nấm (dù có bị nghi vấn nhằm quảng bá sức mạnh mềm của nước Trung Hoa), song sự xuất hiện của hàng trăm viện như thế ngay tại Hoa Kỳ đã minh chứng cho sự hấp dẫn kỳ lạ của các giá trị cổ truyền phương Đông trong quản trị và vận hành xã hội, kể cả ở phương Tây.

2. Chống nguy cơ cát cứ, xây dựng một chính quyền trung ương tập quyền mạnh mẽ

Khi thảo luận về các thách thức xây dựng chính quyền trong Chiến lược phát triển nước ta cho tới năm 2035, các chuyên gia trong và ngoài nước đều thống nhất rằng: một trong các thách thức đáng kể nhất đối với bộ máy chính quyền nước ta là *tính manh mún, cát cứ, phân tán, làm suy yếu khả năng ban hành và thực thi các chính sách của chính quyền trung ương*⁵.

Thực ra, nếu đọc sử Việt và sử Trung Hoa, từ thượng cổ tới ngày nay, chế ngự phân tán, cát cứ là mối quan tâm hàng đầu của bất kỳ chính quyền trung ương nào. Thực vậy, ứng xử với các trào lưu phân tán, cát cứ là một thách thức triền miên đối với chính quyền trung ương ở Việt Nam. Thường khi chính quyền trung ương mạnh thì nguy cơ cát cứ tạm lắng xuống (minh chứng số tỉnh thành giảm xuống đáng kể thời vua Gia Long, vua Minh Mạng, hoặc vào thời thống nhất đất nước sau năm 1975 dưới thời Tổng Bí thư Lê Duẩn có thể làm rõ nhận định trên). Khi chính quyền trung ương yếu dần thì cát cứ địa phương trở dậy. Xu thế phân ly hàng thế kỷ giữa Đảng Ngoài - Đảng Trong, phân ly Nam - Bắc trong thế kỷ XX là một phần đặc trưng trong lịch sử của nước ta. Nhìn lại sử Việt, thời gian quốc gia thống nhất với chính quyền trung ương mạnh mẽ tuân theo pháp trị thì ngắn, thời gian ly tán, chấp nhận sự cát cứ quyền lực thì dài. Sự khác nhau giữa chính quyền Việt Nam và Trung Hoa thường nằm ở chỗ, Trung Hoa xây dựng được các nhà nước tập quyền mạnh mẽ, các nhà nước tập quyền Trung Hoa có tính kế thừa, còn ở Việt Nam điều ấy chưa thật thành công.

Nguy cơ phân tán, cát cứ trong quản trị quốc gia ở nước ta có thể được xem từ nhiều bình diện khác nhau:

Về mặt hành chính, từ thời Gia Long cho tới nay, quy mô cấp tỉnh, cấp huyện của nước ta ngày càng liên tục phân tán, cát cứ. Tính trên diện tích, dân số và GDP, các tỉnh của Việt Nam rất nhỏ bé so với các quốc gia Đông Bắc Á. Các nhà nước Trung Hoa, Nhật, Hàn đều tập quyền mạnh mẽ hơn Việt Nam. Điều này là sức mạnh, là tiền đề cần thiết cho chính quyền ở các nước này ban hành, thực thi các chính sách phát triển một cách dài hơi, hiệu quả.

Nguy cơ cát cứ, phân tán là một sự

4 Tham khảo: Kim Kyong Dong, 2017, Confucianism & Modernization in East Asia: Critical Reflexions, Palgrave McMillan.

5 Xem thêm: Ngân hàng Thế giới và Bộ Kế hoạch Đầu tư, 2016, Việt Nam 2035: Hướng tới thịnh vượng, Sáng tạo, Công bằng và Dân chủ, tr. 97-99.

thật có từ lâu đời. Có ý trách sự rườm rà, cồng kềnh của nền quan chế dưới sự trị vì của con trai mình, Phật hoàng Trần Nhân Tông có câu rằng: “Có bao giờ một nước to bằng bàn tay mà lại đặt triều ban nhiều đến thế này”⁶. Lây ý của Ngài mà soi vào thời bây giờ, chúng ta có thể minh họa sự phân tán, cồng kềnh của nền hành chính nước ta với nhiều ví dụ. Theo Bộ Nội vụ, cập nhật đến tháng 3/2018, từ dưới lên trên, nước ta có 136.824 xóm, xã, thị trấn, 11.162 xã, phường, 713 đơn vị hành chính cấp huyện (gồm: 69 thành phố trực thuộc tỉnh, 50 thị xã, 49 quận và 545 huyện), và 63 tỉnh thành⁷. Số lượng người hưởng lương và phụ cấp từ ngân sách ước tính là 11 triệu người⁸, trong đó ở cấp xóm, xã, thị trấn, xã phường là 1,3 triệu người⁹. Nếu số liệu đúng như vậy, thì về đại thể cứ bình quân 9 người Việt có một 1 người làm việc, hưởng lương hoặc phụ cấp từ ngân sách.

Xét về nền kinh tế, trên thực tế nền kinh tế Việt Nam cũng bị cồng kềnh theo nhiều lát cắt khác nhau: *thứ nhất*, cồng kềnh theo nền kinh tế các địa phương của 63 tỉnh thành, với thẩm quyền quy hoạch, sử dụng đất, kêu gọi đầu tư, quản lý dự án... được phân quyền rộng rãi từ 2006 cho tới nay. Lây tăng trưởng GDP làm thước đo tăng trưởng cho các địa phương, điều này đã làm hàng nghìn dự án công xuất hiện, nhiều dự án dở dang, hiệu quả thấp; *thứ hai*, cồng kềnh các nguồn lực được giao cho 07 tập đoàn và 76 tổng công ty nhà nước (mặc dù hiện nay chúng ta đang nỗ lực thực hiện cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước); *thứ ba*, cồng kềnh theo các khu vực kinh tế tách rời, bao gồm doanh nghiệp FDI với trọng tâm tận dụng nhân công rẻ và khai thác tài nguyên, doanh nghiệp tư nhân trong nước và khu vực doanh nghiệp nhà nước.

Vì vậy, vượt lên trên sự chia cắt cồng

kềnh này để xây dựng một chính quyền trung ương tập quyền mạnh mẽ là một thách thức thực sự hiện nay.

Xét về chính trị, các thiết chế quyền lực trong hệ thống chính trị đều có dấu hiệu phân tán, nhất là phân tán theo cấu trúc quyền lực địa phương. Cơ quan cao nhất của Đảng được tập hợp từ 68 Đoàn đại biểu trong các kỳ Đại hội Đảng toàn quốc, về cơ bản bao gồm 63 Đoàn đại biểu từ các tỉnh, với mỗi đại biểu một phiếu bầu. Quốc hội cũng hoạt động dựa trên 63 Đoàn đại biểu các tỉnh, với mỗi đại biểu một phiếu bầu (hiếm có quốc gia nào chia Quốc hội thành các Đoàn theo địa giới hành chính như nước ta, nếu cần có đại diện theo địa phương người ta sẽ lập Hội đồng địa phương hoặc Thượng viện). Trong bối cảnh quyền lực chính trị phân tán như thế, xây dựng các liên minh để đạt đa số để cầm quyền luôn là thách thức lớn trong quản trị nhà nước ở nước ta. Điều này có thể lý giải đặc trưng đồng thuận, tập thể trong các thể chế lãnh đạo ở Việt Nam, khác với xu thế độc quyền, gia trưởng trong tầng lớp quyền thế ở Trung Hoa, Hàn Quốc.

Về pháp lý, quan niệm các Bộ là các pháp nhân độc lập dẫn tới sự thiếu vắng của pháp nhân công quyền thống nhất đại diện cho chính quyền trung ương và các pháp nhân công quyền đại diện cho các địa phương. Từ năm 2006 cho đến nay, Việt Nam tiến hành những chính sách phi tập trung hóa (phân cấp quản lý) trao quyền mạnh mẽ cho các địa phương trong quản lý kinh tế, ngân sách, đất đai, tổ chức chính quyền, quản lý cán bộ, công chức - viên chức, quản lý y tế, giáo dục. Nhiều chính sách phân quyền, trong bối cảnh một quốc gia phân tán về hành chính, có thể làm cho hiệu quả điều tiết của chính quyền trung ương suy yếu nhanh chóng. Ví dụ: phân quyền cho các tỉnh (nhất là khi quy mô tỉnh rất nhỏ bé, chỉ bằng 3-5% so với

6 Lê Quý Đôn, Kiến văn tiểu lục, Quyển 2, tr. 112.

7 <https://moha.gov.vn/danh-muc/linh-vuc-chinh-quyen-dia-phuong-dia-gioi-hanh-chinh-26074.html>

8 <http://vietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/tai-chinh/11-trieu-nguoi-huong-luong-chi-ngan-sach-cho-bo-may-con-qua-lon-407330.html>

9 <http://vietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/tai-chinh/gan-1-3-trieu-can-bo-thon-xa-moi-nam-32-400-ty-tien-luong-404523.html>

Trung Quốc, nếu xét về quy mô dân số, diện tích, và GDP) tham gia quản lý nhà nước về bậc đại học, tham gia thẩm định tác động môi trường trong các dự án đầu tư, trong quy hoạch và quản lý các nguồn tài nguyên có liên quan đến nhiều vùng kinh tế, trong tuyển dụng cán bộ, công chức của nền hành chính công... có thể là những chính sách sai lầm, làm trầm trọng thêm tính cát cứ của nền kinh tế.

Trong tác phẩm “Quan và lại ở miền Bắc Việt Nam” gần đây mới được dịch sang tiếng Việt, tác giả Emmanuel Poisson đã phân tích và chứng minh các triều đại từ nhà Trần, Lê, cho tới triều Nguyễn đều nhận biết nguy cơ phân tán, cát cứ này và nỗ lực tinh giản bộ máy hành chính một cách liên tục. Các vương triều đều cố gắng duy trì một hệ thống quan lại nhỏ gọn, chỉ trả lương cho quan lại từ các bộ tới cấp huyện mà thôi. Vì lẽ đó, số viên chức cả nước thời Hồng Đức (1470-1497) được Lê Quý Đôn tính toán chỉ có 5.398 người. Thời Minh Mạng (1831), viên chức tất cả các tỉnh phía Bắc cũng chỉ có 1.072 người¹⁰.

Dù biết rằng mọi so sánh đều có thể khập khiễng, song nếu đối chiếu với quá khứ thời các vương triều xưa, thời nay bộ máy nhân sự bám vào ngân sách đã phình ra quá mức. Năm 2019 sắp tới, tổng biên chế chỉ riêng cho bộ máy công chức nước ta đã là 259.590 người¹¹ (lưu ý: tuy là rất nhiều so với thời xưa, song 25 vạn công chức cũng chiếm số nhỏ trong 11 triệu người đang hưởng lương, phụ cấp từ ngân sách, bao gồm viên chức, cán bộ, nhân viên, người bán chuyên trong hệ thống chính trị từ trung ương xuống thôn xóm, xóm phố đã nêu ở trên). Tỷ lệ chỉ riêng công chức và viên chức trên dân số ước tính ở Việt Nam là 4,8%, đây

là mức cao so với các quốc gia châu Á¹².

Tóm lại, nếu đã nhìn thấy nguy cơ cát cứ từ dưới lên trên, phân tán ra từ chính trị, hành chính, kinh tế, cho tới pháp lý, thì các chiến lược tập trung quyền lực trở lại về tay chính quyền trung ương cũng nên đa dạng, hiển nhiên nên được làm từ dưới lên và nên tiến hành cùng một lúc trên nhiều bình diện khác nhau (để phân tán các áp lực chống đối).

Về mặt hành chính, Đề án sắp xếp lại hành chính cấp xã có thể là bước thử phù hợp¹³, với hy vọng, sau khi sắp xếp thành công ở cấp xã, tư duy này sẽ lan dần tới cấp huyện, và tiến tới sắp xếp giảm dần số tỉnh ở nước ta¹⁴. Để bàn thêm, thu lại quyền lực cho chính quyền trung ương, có một vài cách tiếp cận.

Thứ nhất, nếu giữ nguyên thẩm quyền của cấp tỉnh như hiện nay, điều đáng mơ ước là sáp nhập các tỉnh một cách hợp lý, nước Việt Nam trở lại có 38 tỉnh như thời Tổng Bí thư Lê Duẩn, hoặc tốt hơn là chỉ có 27 tỉnh như thời vua Gia Long, với các trấn lớn bao gồm các địa phương có địa thổ nhưỡng, khí hậu, văn hóa giống nhau (ví dụ Trấn Sơn Nam Hạ bao gồm địa giới của nhiều tỉnh ngày nay, từ Hưng Yên, Thái Bình, cho tới Nam Định).

Thứ hai, nếu việc sáp nhập tỉnh quá khó, có thể rút dần thẩm quyền cấp tỉnh, sau đó thành lập và trao các quyền đó cho chính quyền cấp vùng, chia nước ta thành các vùng (tựa như ranh giới các quân khu trong Quân đội nhân dân Việt Nam), với những quyền quy hoạch, quản lý kinh tế, bảo vệ tài nguyên, cấp phép đầu tư tương đối rộng rãi, được trao quyền từ trung ương. Các cơ quan tòa án, thanh tra, kiểm toán, thuế vụ, quản lý giáo dục, an sinh, môi trường... đều nên

10 Emmanuel Poisson, Quan và lại ở Miền Bắc Việt Nam, NXB Trí Thức 2018, tr. 55-56.

11 <https://vnexpress.net/tin-tuc/thoi-su/chinh-phu-giam-hon-5-500-cong-chuc-nam-2019-3792997.html>

12 <https://vnexpress.net/tin-tuc/goc-nhin/ban-thao/viet-nam-dong-cong-chuc-vien-chuc-nhat-dong-nam-a-3669338.html>

13 <http://baochinhphu.vn/Thoi-su/Hoi-nghi-Toan-quoc-gop-y-de-an-sap-xep-lai-don-vi-hanh-chinh-cap-xa-huyen/343548.vgp>

14 Đại biểu Quốc hội đưa ra ý kiến nghiên cứu sáp nhập các tỉnh nhỏ, ví dụ: <https://vov.vn/chinh-tri/quoc-hoi/de-xuat-hop-nhat-de-giam-tu-3-den-4-bo-la-co-co-so-690306.vov>

được phân quyền theo vùng lãnh thổ, hơn là cát cứ theo địa giới cấp tỉnh hiện nay. Ví dụ, các tòa án hành chính giám sát các tỉnh, nếu được đặt tại cấp vùng, sẽ độc lập đáng kể với hệ thống quyền lực cấp tỉnh. Khi ấy, cấp tỉnh được thu hẹp thẩm quyền, chỉ thực thi dịch vụ công và tự quản địa phương, các chức năng điều tiết kinh tế sẽ được chuyển cho chính quyền cấp vùng. Việc phân tách dịch vụ công thuần túy theo địa giới hành chính tách ra khỏi các chức năng điều tiết tập trung từ trung ương (đất đai, tài nguyên, quy hoạch, bảo vệ môi trường, thuế, y tế công cộng...) hy vọng sẽ đẩy lùi xu thế cát cứ và phân tán hiện nay.

Thứ ba, cần kiên trì phân tách công vụ ra khỏi tổ chức chính trị - xã hội và dịch vụ công. Song song với nỗ lực thu hẹp lại cấp xã, cấp huyện và cấp tỉnh, cần phân tách công vụ, công chức ra khỏi các nhà chính trị trung ương và địa phương, các viên chức làm việc theo hợp đồng trong khu vực công, từng bước tách dần các tổ chức chính trị, chính trị xã hội, xã hội và xã hội nghề nghiệp ra khỏi khu vực công. Đây là một chiến lược đúng, đã và đang từng bước được thực hiện ở nước ta. Về mặt kinh tế, tập trung quyền sở hữu vốn thuộc doanh nghiệp nhà nước về Ủy ban Quản lý vốn nhà nước tại doanh nghiệp cũng là một giải pháp chống phân tán cát cứ cần phải làm. Tương tự, ở các địa phương, việc sáp nhập các sở, vận hành các trung tâm hành chính - chính trị cũng giúp tập trung dần quyền lực, tránh phân tán, cát cứ nguồn lực ở các Sở.

Tóm lại, thu lại quyền lực điều tiết, tập quyền về trung ương, chặn đứng xu thế cát cứ địa phương là một tầm nhìn đúng. Để tìm thêm các giải pháp khả thi về chính trị, trọng tâm của các cuộc thảo luận nên làm rõ các lực cản, tìm cách xây dựng các liên minh ủng hộ cải cách, và lựa chọn các điểm đột phá để hối thúc cải cách một cách khả thi, nhằm thu hẹp đáng kể nền công vụ, phân tách công vụ ra khỏi hệ thống chính trị

theo nghĩa rộng, và dùng nguồn lực công chi trả xứng đáng cho các công chức thực tài trong một nền công vụ đã được tinh gọn, sáp nhập ở số lượng và quy mô tối ưu.

3. Chế độ khoa cử: Có thể học được gì từ quá khứ để xây dựng hệ thống công chức thực tài?

Các quốc gia Đông Bắc Á (Nhật, Hàn, Trung Hoa) đều thừa hưởng một nền hành chính tập quyền hiệu quả, với một hệ thống công vụ có quy trình chặt chẽ (quan liêu, theo nghĩa tích cực của chữ này nghĩa là không tùy tiện, mà phải bám sát những gì đã được chỉ định từ trên xuống và một nề nếp làm việc hà khắc, tuân theo kỷ cương), các công chức thực tài, mẫn cán, được tuyển lựa dựa trên các kỳ thi quốc gia (quốc khảo) có tính cạnh tranh cực kỳ cao, mở ra cơ hội bình đẳng với nhiều tầng lớp dân cư, quan chức được rèn luyện để làm quan cai trị qua nhiều thủ tục từ tập sự, tới luân chuyển, được giám sát và đánh giá nghiêm khắc¹⁵.

Chế độ khoa cử, chỉ ít liên quan đến ba lĩnh vực: (i) một nền giáo dục dựa trên các tinh thần Nho giáo, được Nhà nước khuyến khích, đốc thúc (đặt quan đốc học ở cấp phủ, ưu đãi Nho sinh), được toàn xã hội đầu tư và tôn trọng; (ii) một hệ thống thi tuyển cạnh tranh bình đẳng, song nghiêm ngặt, từ khảo khóa hàng năm ở các tỉnh, thi hương (thời Gia Long tổ chức toàn quốc thành 06 điểm thi hương lựa chọn tú tài và cử nhân, thi hội (được tổ chức từ năm 1374 dưới thời Trần) tuyển lựa nhân tài trong số các cử nhân, và thi đình với chủ đề thường do nhà vua chọn để tuyển lựa tiến sĩ và phó bảng, những người thực tài cho bộ máy cai trị; (iii) một nền quan chế tinh gọn, quy chuẩn, người làm quan được đào tạo và chuẩn bị năng lực một cách cẩn trọng.

Thay vì cách tân, làm mới dựa trên vốn cổ, điều đáng tiếc là chúng ta chỉ nhìn thấy mặt trái của truyền thống nói trên, và tìm mọi cách để chối bỏ di sản quý báu ấy.

15 https://fukuyama.stanford.edu/sites/default/files/basic-page/patterns_of_history.pdf

Ở nước ta, Nho giáo không còn được nghiên cứu và giảng dạy như một hệ tư tưởng giáo dục dạy làm người, dạy làm chính trị, dạy cai trị. Đây là một sai lầm nghiêm trọng, bởi điều ấy tạo ra vết đứt văn hóa, khoét sâu tự ti dân tộc, cổ võ sùng bái tư tưởng phương Tây trong giới tinh hoa và xã hội nước ta.

Trong khi quốc khảo vẫn được duy trì ở Trung Hoa, Việt Nam lại phân cấp quản lý cho các địa phương và các ngành trong tuyển dụng, đào tạo, đánh giá công chức. Đáng ra, chúng ta vẫn cần tìm mọi cách tuyển lựa, đào tạo, đánh giá công chức một cách tập trung, thông qua các kỳ quốc khảo minh bạch, có tính cạnh tranh cực kỳ cao¹⁶, như đã từng diễn ra hơn 1.000 năm qua trong các triều đại phong kiến. Nếu làm được như thế, vẫn nạn con ông cháu cha đã không phổ biến. Việc phân cấp quản lý cho các địa phương, thậm chí cho các cơ quan tự tuyển dụng công chức một cách phân tán, có thể đã là một tính toán sai về chiến lược, làm giảm tính cạnh tranh và minh bạch trong tuyển dụng công chức.

Nếu xem công chức là người tham gia bộ máy cai trị, dẫn dắt dân chúng, hành vi của họ mà có sai phạm thì hậu quả rất lớn, thì sau khi tuyển dụng, việc đào tạo công chức phải hết sức liên tục, tỷ mỉ, khắt khe. Đây cũng là điều mà nền quan chế cổ truyền không thiếu kinh nghiệm quý. Việc phi tập trung trong lĩnh vực này dẫn tới tùy tiện, vì vậy, cần phải được tập trung hóa trở lại vào tay chính quyền trung ương.

4. Khuyến khích các hình thức tự quản cộng đồng từ kinh nghiệm tự trị làng xã

Đã có nhiều nhà nghiên cứu thảo luận rất chi tiết về vốn cổ tự trị làng xã ở Việt Nam. Không muốn nhắc lại các đặc trưng của tự trị làng xã, chúng tôi chỉ lưu ý rằng, trong nền quan chế cổ truyền ở Việt Nam, làng xã được tự trị, chức dịch phục vụ ở làng xã được chi trả từ các nguồn thu của cộng đồng, và hầu như không được trả lương từ

ngân sách trung ương. Vì lẽ đó, tự trị làng xã giúp cho bộ máy chính quyền trung ương được gọn nhẹ, giúp cho Nhà nước chỉ tập trung tuyển dụng và chi trả lương bổng cho số lượng công chức hạn chế. Mặt khác, tự trị làng xã cũng như duy trì bản sắc văn hóa, gắn kết xã hội, duy trì sự bền vững của các cộng đồng, góp phần chống trả một cách thành công các nỗ lực Hán hóa lâu dài hàng nghìn năm. Nói thế đủ hiểu rằng, cấu trúc xã hội làng xã đã là một nhân tố quyết định tạo nên tính cách Việt, con người Việt.

Để đánh giá về tự trị làng xã và sự hữu dụng của nó trong thời buổi chuyển sang nền cai trị ngày nay, chắc nên trích nhận xét của Toàn quyền Đông Dương (1897-1902), Paul Doumer: “làng xã là một nước cộng hòa nhỏ bé chịu cống nạp... hệ thống này thật tiện cho chúng ta, nó đem lại cho tổ chức xã một sức mạnh lớn”¹⁷. Thực dân Pháp đã dùng ngay hệ thống cổ truyền này làm trung gian thu thuế, trấn áp và cai trị. Và, thật sự, những thành tựu cai trị trong nhiệm kỳ 5 năm của Paul Doumer đã là minh chứng hùng hồn cho nhận xét trên của ông ta.

Đó là chuyện ngày xưa. Nay, vì nhiều lý do, tự trị làng xã đã biến mất. Sau năm 1945, nhất là sau 1953, hợp tác xã kiểu Xô viết và chính quyền cấp xã đã thay thế tự trị làng xã ở nông thôn. Từ vài chục năm gần đây, có một vài chính sách cổ súy cho việc khôi phục hương ước, những mong phục dựng được phần nào tính tự quản, chỉ ít trong các hoạt động tự quản cộng đồng. Đình làng và sinh hoạt tín ngưỡng có thể phục chế, song quyền lực tự trị của hội đồng tiên chỉ, hội đồng kỳ mục đối với cư dân địa phương, cách thức trao quyền hành pháp thông qua lý trưởng, xã trưởng và bộ máy giúp việc, các thiết chế đại diện cư dân thông qua hàng giáp, hội tư văn... vĩnh viễn đã trở thành quá khứ xa xôi. Xét về quyền lực tự cai trị tại đơn vị làng xã, mô hình tự trị làng xã đã thực sự tiêu vong ở nước ta.

(Xem tiếp trang 14)

16 Tại kỳ thi hương năm 1897 mà toàn quyền Paul Doumer chứng kiến ở Nam Định, số lượng đỗ cử nhân chỉ đạt 3%.

17 Paul Doumer, Xứ Đông Dương, Nxb. Thế giới, 2015, tr. 271

HOÀN THIỆN LUẬT TỔ TỤNG HÀNH CHÍNH BẢO ĐẢM QUYỀN CON NGƯỜI, QUYỀN CÔNG DÂN

Bùi Thị Đào*

* PGS. TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: vụ án hành chính; khiếu kiện quyết định, hành vi hành chính; văn bản quy phạm trái pháp luật

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 22/06/2017

Biên tập : 08/03/2018

Duyệt bài : 15/03/2018

Article Information:

Keywords: Administrative cases; lawsuits against decisions and administrative acts; unlawful legal documents.

Article History:

Received : 22 Jun 2017

Edited : 08 Mar. 2018

Approved : 15 Mar. 2018

1. Đối tượng khởi kiện

Đối tượng khởi kiện vụ án hành chính bao gồm quyết định hành chính, hành vi hành chính; quyết định kỷ luật buộc thôi việc công chức giữ chức vụ từ Tổng cục trưởng và tương đương trở xuống; quyết định giải quyết khiếu nại về vụ việc cạnh tranh; khiếu

Tóm tắt:

Việc "công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm"¹ quyền con người, quyền công dân đã trở thành xu hướng tất yếu, được khẳng định trong Hiến pháp năm 2013. Sau Hiến pháp, hàng loạt văn bản pháp luật được ban hành thể hiện tinh thần này trong các quy định cụ thể, một trong số đó là Luật Tổ tụng hành chính năm 2015.

Abstract

That the "recognition, respectation, protection, security" of the human rights and citizenship have become an indispensable orientation and are recognised in the Constitution of 2013. Following the Constitution, a series of legal documents have been issued to enact this spirit in specific regulations, one of which is the Law on Administrative Procedures of 2015.

kiện danh sách cử tri². Trong số 4 nhóm đối tượng khởi kiện nói trên, nhóm quyết định hành chính, hành vi hành chính khó xác định và gây nhiều tranh luận, bởi lẽ, thế nào là quyết định hành chính, hành vi hành chính hiện nay vẫn còn nhiều quan niệm khác nhau kể cả trong các quy định của pháp luật cũng

1 Khoản 1 Điều 14 Hiến pháp năm 2013.

2 Điều 30 Luật TTHC năm 2015.

như trong khoa học pháp lý³. Nếu không xác định rõ khái niệm này thì sẽ không xác định rõ đối tượng khởi kiện và cũng đồng nghĩa với việc không xác định được quyền con người, quyền công dân trong trường hợp nào thì có thể được Tòa án bảo vệ thông qua hoạt động tố tụng hành chính (TTHC). Điều 3 Luật TTHC năm 2015 định nghĩa “Quyết định hành chính là văn bản do cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan, tổ chức được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước ban hành hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó ban hành quyết định về vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể” và “Hành vi hành chính là hành vi của cơ quan hành chính nhà nước hoặc của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước hoặc cơ quan, tổ chức được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước thực hiện hoặc không thực hiện nhiệm vụ, công vụ theo quy định của pháp luật”.

Mặc dù vậy, không phải mọi quyết định hành chính, hành vi hành chính với những dấu hiệu được mô tả ở trên đều được khởi kiện tại Tòa án. Theo Điều 30 của Luật, Tòa án không giải quyết khiếu kiện đối với:

- Quyết định hành chính, hành vi hành chính thuộc phạm vi bí mật nhà nước trong các lĩnh vực quốc phòng, an ninh, ngoại giao theo quy định của pháp luật;

- Quyết định, hành vi của Tòa án trong việc áp dụng biện pháp xử lý hành chính, xử lý hành vi cản trở hoạt động tố tụng;

- Quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức.

Trong số các quyết định, hành vi nói trên, các quyết định, hành vi liên quan đến bí mật nhà nước bao giờ cũng có những cách giải quyết riêng để đảm bảo bí mật nhà nước; quyết định, hành vi của Tòa án trong việc áp dụng biện pháp xử lý hành chính cũng đã có quy định riêng về việc xem xét lại tính hợp pháp của chúng nên các quyết định, hành vi này dĩ nhiên không thuộc đối tượng khởi

kiện vụ án hành chính. Bên cạnh đó, quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ cũng không phải đối tượng khởi kiện để tránh sự can thiệp quá sâu của Tòa án vào vấn đề nội bộ của các cơ quan khác là hợp lý.

Tuy nhiên, việc quy định Tòa án không giải quyết khiếu kiện quyết định, hành vi hành chính của Tòa án trong việc xử lý hành vi cản trở hoạt động tố tụng thì cần xem xét lại. Hành vi cản trở hoạt động tố tụng tại phiên tòa có thể cấu thành vi phạm hành chính, có thể cấu thành tội phạm. Trong trường hợp hành vi này cấu thành vi phạm hành chính thì Thẩm phán chủ tọa phiên tòa, Chánh án Tòa án có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính. Quyết định xử phạt vi phạm hành chính này cũng là quyết định hành chính. Theo quy định nói trên, vì Tòa án không giải quyết khiếu kiện quyết định xử phạt vi phạm hành chính này, nếu người bị xử phạt có căn cứ cho rằng quyết định xử phạt vi phạm hành chính là trái pháp luật thì người bị xử phạt chỉ có thể khiếu nại quyết định đó theo quy định của Luật Khiếu nại mà không thể khởi kiện vụ án hành chính theo Luật TTHC. Có thể cách quy định như vậy dựa trên lập luận là dù khiếu nại hay khởi kiện thì cơ quan có thẩm quyền giải quyết đều là Tòa án nên không cần thiết phải phức tạp hóa hoạt động giải quyết tranh chấp bằng việc quy định có thể giải quyết theo cả phương thức hành chính và phương thức tư pháp. Lập luận này có điểm không hợp lý là: mặc dù cơ quan giải quyết đều là Tòa án nhưng thực chất vẫn có sự khác nhau đáng kể giữa hai phương thức giải quyết này. Sự khác nhau thứ nhất là về thẩm quyền giải quyết: nếu giải quyết khiếu nại thì thẩm quyền giải quyết thuộc về một người (Chánh án), trong khi đó, giải quyết vụ án hành chính thì thẩm quyền thuộc về một tập thể (Hội đồng xét xử). Sự khác nhau thứ hai là về thủ tục giải quyết. Theo chúng tôi, thủ tục giải quyết vụ án hành chính theo Luật TTHC chặt chẽ, để tiếp cận hơn thủ tục

3 Xem Bùi Thị Đào, Tính hợp pháp và tính hợp lý của quyết định hành chính, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2015.

giải quyết khiếu nại. Trong trường hợp này, không có cơ sở nào để cho rằng hoạt động giải quyết khiếu nại có ưu thế hơn hoạt động xét xử và là phương thức duy nhất cần thiết để giải quyết tranh chấp, nếu không muốn nói ngược lại rằng, khả năng bảo đảm quyền con người, quyền công dân của người bị xử phạt bằng phương thức tố tụng tốt hơn. Vì vậy, ngay cả quyết định, hành vi hành chính xử lý hành vi vi phạm hành chính cản trở hoạt động tố tụng cũng nên được coi là đối tượng khởi kiện vụ án hành chính.

2. Thẩm quyền xét xử của Tòa án

Luật TTHC năm 2015 có sự thay đổi về thẩm quyền xét xử vụ án hành chính của Tòa án, đó là những khiếu kiện quyết định hành chính, hành vi hành chính của Ủy ban nhân dân (UBND) cấp huyện, Chủ tịch UBND cấp huyện thuộc thẩm quyền xét xử của Tòa án nhân dân (TAND) cấp tỉnh, thay vì thuộc thẩm quyền của TAND cấp huyện như trước đây.

Theo quy định của pháp luật, “Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật”⁴ nhưng trên thực tế, các quan hệ công tác và quan hệ xã hội giữa Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân với UBND, Chủ tịch UBND có giá trị chi phối mạnh mẽ tới tính độc lập, khách quan trong khi xét xử của Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân. Đặc biệt, mối tương quan quyền lực (mặc dù thực chất không thể so sánh chính xác) giữa Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân với UBND và Chủ tịch UBND trong cùng cấp hành chính luôn tạo ra tâm lý phán xét ngược. Tức là, Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân dường như phải phán xét sự đúng, sai của người có quyền lực hơn mình. Chính điều này cản trở khả năng bảo vệ quyền, lợi ích của công dân trong các vụ án hành chính khi quyết định, hành vi hành chính của UBND, Chủ tịch UBND trái pháp luật. Trước thực tế này, Luật TTHC đã chuyển các khiếu kiện đối với quyết định, hành vi hành chính của UBND, Chủ tịch UBND cấp huyện lên TAND cấp tỉnh giải quyết. Đây rõ ràng là một sự thay

đổi góp phần đáng kể vào khả năng bảo đảm quyền con người, quyền công dân của người khởi kiện vụ án hành chính.

3. Xem xét, xử lý văn bản quy phạm pháp luật có liên quan trong vụ án hành chính

Điểm mới quan trọng của Luật TTHC năm 2015 so với pháp luật TTHC trước đó là quy định về việc xem xét, xử lý văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) có liên quan trong vụ án hành chính.

Thẩm quyền của Tòa án trong các vụ án hành chính là kết luận về tính hợp pháp của quyết định, hành vi bị khởi kiện. Điều đó có nghĩa là Tòa án xem xét cơ sở pháp lý của quyết định, hành vi bị khởi kiện là gì để đánh giá tính hợp pháp của quyết định, hành vi đó. Trên thực tế, tồn tại một số VBQPPL trái Hiến pháp, luật hay các văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn. Về lý thuyết, các văn bản này phải là vô hiệu. Tuy nhiên, do chưa có quyết định của cơ quan có thẩm quyền tuyên bố bãi bỏ nên văn bản đó vẫn được thực hiện. Trong trường hợp, những văn bản này được lấy làm cơ sở pháp lý cho việc ban hành quyết định, hành vi bị khởi kiện mà Tòa án chỉ xem xét sự phù hợp giữa quyết định, hành vi với văn bản đó và thấy hoàn toàn phù hợp thì quyết định, hành vi bị khởi kiện được coi là hợp pháp. Như vậy, hai cái *sai* (sai khi ban hành văn bản quy phạm trái pháp luật và sai khi ban hành quyết định, hành vi trên cơ sở văn bản vô hiệu) đã trở thành một cái *đúng*. Trong trường hợp này, về căn bản, người khởi kiện mất khả năng tự bảo vệ hay yêu cầu được bảo vệ. Quyền, lợi ích của họ đã bị xâm hại bởi quyết định, hành vi bị khởi kiện đương nhiên không được khôi phục.

Theo quy định của Luật TTHC năm 2015, trong trường hợp VBQPPL là cơ sở ban hành, thực hiện quyết định, hành vi bị khởi kiện có dấu hiệu trái pháp luật thì Tòa án có quyền tạm ngừng phiên tòa, tạm đình chỉ giải quyết vụ án và kiến nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xem xét, sửa

4 Xem khoản 2 Điều 103 Hiến pháp năm 2013, khoản 1 Điều 13 Luật TTHC năm 2015.

đổi, bổ sung, bãi bỏ VBQPPL đó. Điều này rất có ý nghĩa trong việc bảo đảm quyền con người, quyền công dân không chỉ trong từng vụ án hành chính đơn lẻ mà là toàn bộ các vụ án có quyết định, hành vi bị khởi kiện có chung cơ sở pháp lý. Bên cạnh đó, quy định này cũng góp phần nâng cao chất lượng của hệ thống pháp luật nói chung.

Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, để bảo đảm có hiệu quả quyền con người, quyền công dân, Luật TTHC cần được tiếp tục hoàn thiện về những vấn đề sau:

Một là, theo quy định của Luật TTHC, việc phát hiện VBQPPL là công việc của Tòa án. Bởi lẽ, Tòa án là cơ quan đại diện cho công lý, bảo vệ và thực thi công lý, thẩm phán là người am hiểu pháp luật nên có điều kiện, có khả năng phát hiện và phát hiện chính xác VBQPPL có dấu hiệu trái pháp luật. Tuy nhiên, Luật đã bỏ qua một chủ thể cũng có khả năng phát hiện dấu hiệu trái pháp luật của VBQPPL đó là chính người khởi kiện. Xét về khả năng am hiểu, đánh giá chất lượng VBQPPL thì có thể người khởi kiện không bằng thẩm phán là người chuyên nghiệp, có chuyên môn cao, nhưng lợi thế của người khởi kiện là tha thiết bảo vệ quyền, lợi ích của mình. Không những thế, người khởi kiện còn có thể có được sự hỗ trợ tích cực về chuyên môn của luật sư cũng là người rất am hiểu pháp luật. Vì thế, Luật TTHC nên bổ sung quy định người khởi kiện có quyền đề nghị Hội đồng xét xử, Chánh án Tòa án xem xét VBQPPL có liên quan khi có căn cứ cho rằng, VBQPPL đó trái pháp luật. Điều này không có nghĩa là người khởi kiện quyết định, hành vi hành chính đồng thời có quyền kiện VBQPPL có liên quan mà chỉ đơn giản là để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình, họ đề nghị Hội đồng xét xử, Chánh án xem xét các văn bản đó. Trong trường hợp Hội đồng xét xử, Chánh án thấy văn bản quy phạm có liên quan có dấu hiệu trái pháp luật thì thực hiện quy trình kiến nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xem xét giống như

trường hợp Hội đồng xét xử phát hiện thấy (đã được quy định trong Luật). Nếu xét thấy đề nghị của người khởi kiện không có căn cứ thì Tòa án bác đề nghị, nêu rõ lý do bác đề nghị đó.

Hai là, theo quy định của Luật TTHC, khi phát hiện VBQPPL có liên quan có dấu hiệu trái pháp luật thì Chánh án là người có quyền kiến nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ VBQPPL đó. Khi Chánh án kiến nghị thì có hai trường hợp xảy ra: một là, cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền trả lời bằng văn bản; hai là, nếu cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền không trả lời trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được văn bản kiến nghị thì Tòa án áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn để giải quyết vụ án. Trong hai trường hợp trên, trường hợp thứ hai rất rõ ràng, nhưng trường hợp thứ nhất thì văn bản trả lời của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền có nội dung gì và có giá trị như thế nào? Nếu văn bản trả lời khẳng định văn bản quy phạm có liên quan không trái pháp luật trong khi thực chất văn bản đó là trái pháp luật (điều này hoàn toàn có thể xảy ra) thì Tòa án vẫn áp dụng văn bản đó để giải quyết vụ án hành chính cho đến khi vì một lý do nào đó văn bản kia được sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ. Như vậy, nguy cơ không bảo đảm được quyền con người, quyền công dân của Tòa án trong vụ án hành chính vẫn tồn tại. Nếu văn bản trả lời cho rằng VBQPPL có liên quan là trái pháp luật thì Tòa án có phải chờ đến khi văn bản đó được sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ mới giải quyết vụ án không. Trong khi đó, quy trình sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ VBQPPL không hề đơn giản và mất khá nhiều thời gian. Vì vậy, quyền, lợi ích của người khởi kiện chắc chắn không được bảo vệ kịp thời.

Bên cạnh đó, theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, “Trong trường hợp các VBQPPL có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn”⁵. Vận dụng

5 Xem khoản 2 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015.

nguyên tắc này vào trường hợp văn bản có hiệu lực pháp lý thấp có dấu hiệu trái pháp luật, chúng tôi cho rằng, cần áp dụng văn bản có hiệu lực cao hơn. Vì vậy, sẽ là hợp lý hơn nếu Luật TTHC quy định trong mọi trường hợp khi thấy VBQPPL có liên quan có dấu hiệu trái pháp luật và văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn có quy định khác thì Tòa án áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn để giải quyết vụ án. Lẽ dĩ nhiên, ở đây phải đề cao hơn nữa vai trò của Tòa án

trong việc lập luận và chịu trách nhiệm về việc lựa chọn cơ sở pháp lý để giải quyết vụ án. Việc kiến nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ văn bản đó không nhằm mục đích phục vụ trực tiếp cho việc giải quyết vụ án hiện tại mà để tạo sự thống nhất của pháp luật, tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho việc ban hành quyết định, thực hiện hành vi của các cơ quan, tổ chức, cá nhân trong quản lý hành chính nhà nước về sau■

XÂY DỰNG CHÍNH QUYỀN TRUNG ƯƠNG

(Tiếp theo trang 9)

Chúng tôi cho rằng, ngày nay không có căn cứ để hy vọng về sự phục sinh của tự trị làng xã trong cấu trúc quyền lực chính quyền và hệ thống chính trị nước ta. *Thứ nhất*, làng như cấp tự quản hình thành tự nhiên đã không còn nhiều ý nghĩa trong cấu trúc chính quyền địa phương. Ngày nay chính quyền cơ sở là cấp xã, với sự phân chia thành các xóm, khóm, khu dân cư, làng cổ truyền không còn nhiều ý nghĩa. *Thứ hai*, đô thị hóa diễn ra rất nhanh, trên diện rộng, ở các khu vực được công nghiệp hóa và đô thị hóa, làng đang trở thành phường, một phần không thể tách rời của những chính quyền đô thị rộng lớn hơn. Các sức ép xây dựng chính quyền đô thị sẽ vĩnh viễn đẩy lùi mọi cơ hội của tự trị làng xã theo kiểu cũ.

Tuy vậy, bài học tự trị làng xã vẫn có giá trị nên được tham khảo khi xây dựng các chính sách khuyến khích tự quản cộng đồng, nhằm giảm bớt sức ép cho nền công vụ. Phục dựng hương ước, thúc đẩy các hình thức tự quản trong các sinh hoạt văn hóa, tín ngưỡng là một hướng đi đúng. Ngay cả trong quá trình đô thị hóa cũng nên quan tâm thảo luận tự quản cộng đồng ở các đô thị

mới. Đô thị mới thường được hình thành bởi các nhà kinh doanh phát triển bất động sản. Họ có viễn kiến, lập ra dự án, hùn vốn xây ra các đô thị hoặc tiểu đô thị hiện đại. Họ thường cũng cung cấp các dịch vụ cho cộng đồng dân cư (bảo vệ, cây xanh, môi trường, giữ trẻ, các tiện ích công khác). Chính quyền địa phương, thay vì thành lập các phường mới trùm lên các đô thị này, nên khuyến khích các hình thức cư dân tự quản, kê cả giao cho doanh nghiệp cung cấp những dịch vụ và tiện ích công cộng cho các khu dân cư này. Cần nghiên cứu để áp dụng ngay kinh nghiệm “tự trị làng xã”, hiện nhiên là với những cải biên cho hợp thời, đối với 136.824 tổ dân phố, khóm, xóm, thôn. Hiện nay, cấp tự quản này đã được hành chính hóa một phần, với cơ cấu nhân sự bán chuyên hàng triệu người, chi phí ngân sách hàng năm để duy trì bộ máy này là 32.400 tỷ đồng¹⁸. Cấp tự quản này không nên trở thành một cấp hành chính sơ khai, mà ngược lại, cần quay trở lại tự quản cộng đồng, tách bạch với khu vực hành chính■

18 <http://vietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/tai-chinh/gan-1-3-trieu-can-bo-thon-xa-moi-nam-32-400-ty-tien-luong-404523.html>

QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT QUỐC TẾ VỀ QUYỀN TỔ CHỨC, QUYỀN THƯƠNG LƯỢNG TẬP THỂ VÀ MỘT SỐ YÊU CẦU¹

Trần Hà Thu*

* ThS. Viện Nghiên cứu Lập pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: thương lượng tập thể, quyền lao động, pháp luật quốc tế, Bộ luật Lao động.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/07/2018

Biên tập : 10/08/2018

Duyệt bài : 18/08/2018

Article Infomation:

Keywords: Collective bargaining, labour rights, international law, Labour Code

Article History:

Received : 13 Jul. 2018

Edited : 10 Aug. 2018

Approved : 18 Aug. 2018

Tóm tắt:

Từ việc thống kê và phân tích các quy định của pháp luật quốc tế về chủ thể, nội dung, nguyên tắc và các biện pháp bảo đảm quyền tổ chức, thương lượng tập thể cho cả khu vực công và khu vực tư trong các văn kiện của Tổ chức Lao động quốc tế và Liên hiệp quốc, bài viết đề xuất phương hướng sửa đổi, bổ sung Bộ luật Lao động.

Abstract

This article provides systematical summary and analysis of the international provisions on the subjects, the contents, the principles and measures for ensuring the rights to organize and the ones to collective bargaining in the Conventions of ILO and UN for the private and public sectors and also specific recommendations for further amendment of the Labour Code.

1. Quy định của pháp luật quốc tế về quyền tổ chức và thương lượng tập thể

1.1 Về chủ thể quyền

Điều 55 Hiến chương Liên hiệp quốc (LHQ) năm 1945², với nguyên tắc tôn trọng và tuân thủ triệt để quyền tự do nói chung,

- 1 Bài viết là một phần kết quả nghiên cứu của Đề tài khoa học cấp cơ sở năm 2018 “Quyền tổ chức và thương lượng tập thể: Tiêu chuẩn pháp luật quốc tế, thực trạng và giải pháp cho Việt Nam” do Viện Nghiên cứu lập pháp chủ trì, Ths. Trần Hà Thu làm chủ nhiệm.
- 2 Điều 55 của Hiến chương 1945 quy định “Sự tôn trọng và tuân thủ triệt để các quyền và các tự do cơ bản của tất cả mọi người không phân biệt chủng tộc nam nữ, ngôn ngữ hay tôn giáo”.

đã đặt nền tảng cho các quy định cụ thể về quyền tự do lập hội, trong đó bao hàm quyền tổ chức quy định tại Điều 20, 23 Tuyên ngôn Quốc tế về Nhân quyền (UDHR) năm 1948³ và Điều 22 Công ước Quốc tế về các Quyền Kinh tế, Xã hội và Văn hóa (ICCPR)⁴ năm 1966. Theo đó, nếu như quy định tại UDHR cho phép khẳng định nguyên tắc không giới hạn chủ thể thực hiện quyền tổ chức và tham gia hội đoàn thì nội dung của Điều 22 ICCPR cho phép: “Mọi người có quyền tự do lập hội với những người khác, kể cả quyền lập và gia nhập các công đoàn để bảo vệ lợi ích của mình”. Điều 8 ICCPR nhấn mạnh “...a) Quyền của mọi người được thành lập và gia nhập công đoàn do mình lựa chọn, theo quy chế của tổ chức đó, để thúc đẩy và bảo vệ các lợi ích kinh tế và xã hội của mình...; b) Quyền của các tổ chức công đoàn được thành lập các liên hiệp công đoàn quốc gia và quyền của các liên hiệp công đoàn quốc gia được thành lập hay gia nhập các tổ chức công đoàn quốc tế...”. Quy định của điều luật này đã chỉ ra một cách chi tiết hơn chủ thể của quyền tổ chức, đồng thời, phát triển quyền đó lên một bước cao hơn đó là quyền được thành lập tổ chức của tổ chức. Như vậy, chủ thể của quyền tổ chức bao gồm: Mọi cá nhân và mọi tổ chức của cá nhân.

Chi tiết hơn nữa, Công ước số 87 của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO)⁵ đã chỉ rõ chủ thể của quyền tổ chức bao gồm: người lao động (NLĐ) và người sử dụng lao động (NSDLĐ) (Điều 2); tổ chức của NLĐ và tổ

chức của NSDLĐ (Điều 3).

Riêng ở khu vực công, ILO ban hành Công ước số 151. Theo đó, Điều 9 của Công ước khẳng định: “Cũng như những NLĐ khác, công chức phải được các quyền dân sự và chính trị thiết yếu cho việc thực thi bình thường quyền tự do công đoàn...”. Như vậy, tương tự như NLĐ và NSDLĐ ở khu vực tư nhân, trong lĩnh vực công, “công chức” là chủ thể của quyền tổ chức. Đồng thời, tổ chức của công chức cũng là chủ thể của quyền tổ chức và được tổ chức hoạt động để thực thi các chức năng của họ⁶.

Đối với quyền thương lượng tập thể, Điều 4 Công ước số 98 của ILO khẳng định “...khuyến khích và xúc tiến việc triển khai và sử dụng hoàn tất các thể thức thương lượng tự nguyện giữa một bên là NSDLĐ và các tổ chức của NLĐ”. Điều 2 Công ước số 154 tiếp tục cho phép xác định chủ thể của quyền thương lượng tập thể: “...thuật ngữ thương lượng tập thể áp dụng cho mọi cuộc thương lượng giữa một bên là một NSDLĐ, một nhóm NSDLĐ hoặc một hay nhiều tổ chức của NSDLĐ, với một bên là một hay nhiều tổ chức của NLĐ”. Điều 3 Công ước này còn nhấn mạnh, thương lượng tập thể còn có thể bao gồm cả những cuộc thương lượng với “đại diện của NLĐ” nếu pháp luật và thực tiễn quốc gia thừa nhận sự tồn tại của các đại diện NLĐ⁷. Các quy định vừa nêu cho phép xác định quyền thương lượng tập thể có thể diễn ra giữa: (1) NSDLĐ/ nhóm NSDLĐ

3 UDHR: The Universal Declaration of Human Rights, Tuyên ngôn Quốc tế về Nhân quyền, Điều 20: “Ai cũng có quyền tự do hội họp và lập hội có tính cách hòa bình. Không ai bị bắt buộc phải gia nhập một hội đoàn” và Điều 23: “Ai cũng có quyền thành lập công đoàn và gia nhập công đoàn để bảo vệ quyền lợi của mình”.

4 ICESCR: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Công ước Quốc tế về các Quyền Kinh tế, Xã hội và Văn hóa năm 1966.

5 ILO: International Labour Organization (Tổ chức Lao động Quốc tế).

6 Phần III quy định về những thuận lợi dành cho tổ chức của công chức đã nhấn mạnh “các đại diện của các tổ chức công chức được dành những thuận lợi thích hợp để họ thi hành nhanh chóng và có hiệu quả những chức năng của họ, cả trong và ngoài giờ làm việc”.

7 Điều 3 Công ước 154 về Xúc tiến thương lượng tập thể năm 1981 quy định: “Khi pháp luật hoặc thực tiễn quốc gia đã thừa nhận sự tồn tại của các đại diện NLĐ như xác định trong Đoạn 1 Điều 3 của Công ước về Các đại diện NLĐ, 1971, pháp luật hoặc thực tiễn quốc gia có thể quy định rằng từ “thương lượng tập thể”, trong Công ước này, cũng có thể bao gồm cả những cuộc thương lượng với các đại diện đó ở mức độ nào...”.

với một hay nhiều tổ chức của NLĐ; (2) Một hay nhiều tổ chức của NSDLĐ với một hay nhiều tổ chức của NLĐ và (3) Nếu các quốc gia có thừa nhận “đại diện của NLĐ” thì thương lượng tập thể còn có thể diễn ra giữa NSDLĐ/nhóm NSDLĐ/một hay nhiều tổ chức của NSDLĐ với đại diện của NLĐ.

Như vậy, chủ thể của quyền thương lượng tập thể ở lĩnh vực tư sẽ bao gồm: NSDLĐ; tổ chức của NSDLĐ; tổ chức của NLĐ; hoặc đại diện của NLĐ nếu pháp luật và thực tiễn quốc gia thừa nhận đại diện của NLĐ⁸.

Ở khu vực công, Điều 7 Công ước 151 quy định: “...cho phép thương lượng những điều kiện phục vụ giữa *chính quyền hữu quan* với các tổ chức công chức...hoặc... cho phép *đại diện của công chức* được tham gia để xác định điều kiện phục vụ nói trên”. Quy định này một lần nữa khẳng định chủ thể của quyền thương lượng tập thể bao gồm: chính quyền, tổ chức của công chức hoặc đại diện của công chức.

Tuy nhiên, phải nhấn mạnh rằng, các quy định về phạm vi áp dụng tại Điều 9 Công ước 87, Điều 5c Công ước 98 và Điều 1 Công ước 151 đã loại trừ các chủ thể là “lực lượng vũ trang” và “cảnh sát”, “quan chức cấp cao” và trao cho quốc gia quyền tự quy định mức độ áp dụng.

1.2 Về nội dung của quyền

Đối với quyền tổ chức, các nội dung của quyền tổ chức ở khu vực tư được nêu chủ yếu tại Công ước số 87, được cụ thể hóa khác nhau theo chủ thể của quyền. Theo đó, chủ thể của quyền tổ chức là cá nhân “... có quyền được tổ chức và gia nhập các tổ chức...” (Điều 2); chủ thể là tổ chức “... có quyền lập ra điều lệ, những quy tắc quản lý, tự do bầu các đại diện, tổ chức việc điều hành

hoạt động và soạn thảo chương trình hoạt động của mình” (Điều 3) và “... có quyền hợp thành các liên đoàn, tổng liên đoàn, và mọi tổ chức, liên đoàn hoặc tổng liên đoàn đó đều có quyền gia nhập, đều có quyền liên kết với các tổ chức quốc tế của NLĐ và NSDLĐ”. Như vậy, nếu như nội dung của quyền tổ chức của cá nhân bao gồm: (1) Quyền tổ chức ra tổ chức của mình hoặc (2) Quyền gia nhập vào bất kỳ tổ chức nào thì đối với chủ thể là tổ chức, một loạt các vấn đề phát sinh sau khi tổ chức được nên như: điều lệ, quy tắc quản lý; tự do bầu đại diện; tổ chức điều hành; hợp thành các liên đoàn/tổng liên đoàn và gia nhập, liên kết với các tổ chức quốc tế hay tự do trong việc giải thể.

Bên cạnh đó, để thực hiện chức năng đại diện của mình, tổ chức của NLĐ còn có thể tổ chức các cuộc đình công hợp pháp hoặc các hoạt động khác nhằm phản đối những chính sách không có lợi cho NLĐ. Có thể thấy rằng, các chuẩn mực quốc tế đã đi từ quyền của cá nhân đến quyền của tổ chức do cá nhân lập ra với mức độ chi tiết tăng lên, đồng nghĩa với việc nội dung của quyền tổ chức của tổ chức rộng hơn nội dung của quyền tổ chức của cá nhân.

Ở khu vực công, mặc dù Công ước số 151 không bao hàm một điều luật cụ thể nào về quyền tổ chức, tuy nhiên việc Công ước thường xuyên sử dụng thuật ngữ công đoàn trong các quy định về bảo vệ quyền tổ chức cho thấy, quyền tổ chức chính là “quyền tạo ra tổ chức của công chức” hay “quyền thành lập ra tổ chức công chức” và “quyền gia nhập tổ chức công chức”.

Đối với quyền thương lượng tập thể, Điều 2 Công ước số 154, khi đưa ra định nghĩa thương lượng tập thể, đã cho phép khẳng định nội dung của quyền gồm: quyền

8 Tổ chức của NLĐ được phân biệt với đại diện của NLĐ theo quy định của Điều 3 Công ước 135 về việc bảo vệ và tạo điều kiện thuận lợi dành cho đại diện NLĐ trong các doanh nghiệp năm 1971, theo đó đại diện NLĐ là: “...các đại diện công đoàn, cụ thể là các đại diện được công đoàn hoặc các đoàn viên công đoàn chỉ định hoặc bầu ra; hoặc các đại diện được bầu ra, cụ thể là các đại diện được những NLĐ tự do bầu ra, theo đúng quy định của pháp luật hoặc quy định hoặc các thỏa ước tập thể mà các chức năng của họ không bao gồm các hoạt động được coi là thuộc đặc quyền riêng của công đoàn trong các nước hữu quan...”

được thảo luận để xác định điều kiện lao động, sử dụng lao động; quyền được thảo luận để giải quyết những vấn đề giữa NSDLĐ với NLD và các vấn đề nảy sinh khác. Đồng thời, Công ước 151 cũng xác định nội dung của quyền thương lượng tập thể ở khu vực công đó là: quyền được thương lượng về những điều kiện phục vụ (Điều 7).

1.3 Các nguyên tắc của quyền

Các Công ước quốc tế bao hàm 04 nguyên tắc cơ bản đối với quyền tổ chức:

Thứ nhất, nguyên tắc tự do thực hiện.

Điều 20 UDHR 1948, khẳng định nguyên tắc của việc tham gia công đoàn là “... không ai bị bắt buộc...”. Tương tự, Điều 8 ICESCR 1966 quy định chủ thể của quyền tổ chức được “... thành lập và gia nhập công đoàn do mình lựa chọn...”; “Quyền của các công đoàn được hoạt động tự do... Bên cạnh đó, Điều 2 Công ước số 87 cũng cho phép việc thực hiện quyền tổ chức của cá nhân “... không phân biệt dưới bất kỳ hình thức nào, đều không phải xin phép trước..., theo sự lựa chọn của mình...”. Điều này có nghĩa là quyền tổ chức phải được thực hiện một cách tự do, bất kể là cá nhân hay tổ chức. Các chủ thể này được tự do lựa chọn, thành lập hay gia nhập theo ý muốn của mình mà không phải chịu bất kỳ sự ép buộc nào. Ngoài ra, Điều 4 Công ước số 87 khẳng định: “Các tổ chức của NLD và của NSDLĐ không thể bị bất cứ một cơ quan hành chính nào buộc phải giải tán hoặc đình chỉ”. Như vậy, khi cá nhân tự do lựa chọn tổ chức để tham gia hoặc tự do thành lập tổ chức thì tổ chức cũng có quyền tự do hoạt động hoặc giải tán.

Ở khu vực công, nguyên tắc này được nhắc lại một cách không rõ ràng trong Công ước số 151 bằng khái niệm tổ chức công

chức: “Mọi tổ chức, bất kỳ thành phần ra sao, có mục đích xúc tiến và bảo vệ lợi ích của công chức” (Điều 3). Do vậy, việc thành lập tổ chức của công chức là tự do và không phân biệt thành phần. Nguyên tắc này gắn với quyền tổ chức ở cả khu vực công và khu vực tư.

Thứ hai, nguyên tắc không bị giới hạn bởi pháp luật trong nước trừ một số trường hợp nhất định.

Phù hợp với sự tự do trong việc thực hiện quyền tổ chức, các văn kiện quốc tế khẳng định việc không bị giới hạn bởi pháp luật của các quốc gia thành viên. Cụ thể, Điều 21 ICCPR 1966, Điều 8 ICESCR 1966 và Điều 8 Công ước số 87 của ILO⁹ đều cho phép hiểu một cách thống nhất rằng: Quyền tổ chức chỉ có thể bị hạn chế cho các mục đích an ninh quốc gia, an toàn, trật tự công cộng; để bảo vệ sức khỏe, đạo đức xã hội; để bảo vệ quyền và tự do của những người khác và cần thiết cho một xã hội dân chủ. Thêm vào đó, việc hạn chế quyền tổ chức phải bằng các quy định của pháp luật; đồng thời, các mục đích nhằm xâm hại đến quyền phải bị loại trừ.

Thứ ba, nguyên tắc bảo vệ khỏi hành vi phân biệt đối xử vì lý do công đoàn.

Các hành vi được coi là xâm hại đến quyền tổ chức được quy định tại Điều 2 Công ước số 98 và Điều 4 Công ước số 151.

Điều 2 Công ước số 98 quy định, quyền tổ chức của cá nhân NLD có thể bị xâm phạm bởi các hành vi: “phụ thuộc việc làm của NLD vào một điều kiện là người đó không được gia nhập công đoàn hoặc phải từ bỏ tham gia công đoàn” hoặc “gây ra việc sa thải NLD hoặc làm phương hại người đó bằng cách khác, với lý do là người đó

9 “...Việc thực hiện quyền này không bị hạn chế, trừ những hạn chế do pháp luật quy định và là cần thiết trong một xã hội dân chủ, vì lợi ích an ninh quốc gia, an toàn và trật tự công cộng, và để bảo vệ sức khỏe và đạo đức xã hội hoặc bảo vệ quyền và tự do của những người khác” (Điều 21, ICCPR 1966) ; “ ...Việc thực hiện quyền này chỉ bị những hạn chế bởi quy định trong pháp luật và là cần thiết đối với một xã hội dân chủ, vì lợi ích an ninh quốc gia và trật tự công cộng, hoặc vì mục đích bảo vệ các quyền và tự do của những người khác...” (khoản a, Điều 8 của ICESCR 1966) và “Pháp luật quốc gia không được có những quy định mang tính xâm hại, cũng như không được áp dụng với mục đích xâm hại tới những đảm bảo đã được quy định trong Công ước này” (khoản 2, Điều 8 của Công ước số 87).

gia nhập công đoàn, hoặc tham gia các hoạt động công đoàn ngoài giờ làm việc hoặc với sự đồng ý của NSDLĐ trong giờ làm việc”.

Đối với khu vực công, cách thức liệt kê hành vi can thiệp được sử dụng tại Điều 4 Công ước 151, cụ thể là “... hành vi có ý đồ:

- Phụ thuộc việc sử dụng một công chức vào điều kiện người đó không được gia nhập một tổ chức của công chức hoặc thôi tham gia vào tổ chức đó;

- Sa thải một công chức hoặc làm hại người đó bằng một thủ đoạn khác vì lý do người đó gia nhập một tổ chức công chức hoặc tham gia những hoạt động bình thường của tổ chức này”.

Các quy định nêu trên cho thấy biểu hiện giống nhau của các hành vi phân biệt đối xử vì lý do công đoàn ở cả khu vực tư và khu vực công, đồng thời, khẳng định nguyên tắc cấm mọi hành vi có các biểu hiện như trên.

Thứ tư, nguyên tắc bảo vệ công đoàn trước hành vi can thiệp.

Hai nội dung của nguyên tắc này được khẳng định tại Công ước số 87 và 98, theo đó, nếu như khoản 2 Điều 1 của Công ước số 98 khẳng định nguyên tắc không can thiệp vào công việc của nhau giữa tổ chức của NLĐ và NSDLĐ thì khoản 2 Điều 3 Công ước số 87 nhấn mạnh khả năng không thể bị can thiệp bởi cơ quan nhà nước. Nghiên cứu các quy định có liên quan, chúng tôi thấy có hai hình thức mà ILO đã vận dụng khi đưa ra những quy định về nguyên tắc này bao gồm:

Một là, khẳng định sự nghiêm cấm các hành vi can thiệp như quy định tại khoản 2, Điều 3 Công ước số 87 rằng “... Các cơ quan có thẩm quyền phải tránh mọi sự can thiệp có tính chất hạn chế quyền đó hoặc cản trở việc thi hành hợp pháp quyền đó” và “Các tổ chức của NLĐ và của NSDLĐ phải được hưởng sự bảo vệ thích đáng chống lại mọi hành vi của những phái viên hay thành viên của mỗi bên để can thiệp vào việc tổ chức điều hành và quản lý nội bộ của phía bên kia” (khoản 1 Điều 2, Công ước số 98). Tương tự, trong hoạt động công vụ, Điều

5 Công ước 151 khẳng định: “Các tổ chức của công chức phải được quyền độc lập hoàn toàn đối với cấp chính quyền. Các tổ chức công chức phải được hưởng sự bảo vệ thích đáng chống lại mọi hành vi của các cấp chính quyền can thiệp vào việc thành lập, điều hành và quản lý các tổ chức đó”. Như vậy, bằng cách thể hiện câu chữ có phần khác nhau nhưng các cụm từ “tránh mọi sự can thiệp”, “độc lập hoàn toàn” cho thấy sự thống nhất về nguyên tắc không chịu sự can thiệp trong các văn bản nêu trên.

Hai là, liệt kê các biểu hiện của hành vi can thiệp như:

- Hành vi nhằm dẫn tới việc tạo ra những tổ chức của NLĐ được sự chế ngự của NSDLĐ hay một tổ chức của NSDLĐ;

- Hành vi nhằm nâng đỡ những tổ chức của NLĐ bằng tài chính hay bằng những cách khác, với ý đồ đặt các tổ chức đó dưới sự điều tiết của những NSDLĐ hay tổ chức của NSDLĐ.

Ở khu vực công, các hành vi có thể là:

- Hành vi nhằm dẫn tới việc tạo ra những tổ chức của công chức dưới sự chế ngự của chính quyền;

- Hành vi nhằm nâng đỡ những tổ chức của công chức bằng tài chính hoặc bằng những cách khác, với ý đồ đặt các tổ chức đó dưới sự điều tiết của chính quyền.

Có thể thấy, các hành vi này thường là trực tiếp đối với chủ thể quyền là cá nhân và gián tiếp/ hoặc dưới dạng khó nhận thấy hơn đối với chủ thể quyền là tổ chức. Đồng thời, những quy định dành cho khu vực công không có sự khác biệt đối với những quy định dành cho khu vực tư, mà theo đó mọi hành vi ra điều kiện đối với người làm công ăn lương, đe dọa sa thải hoặc làm hại đến người đó để làm ảnh hưởng tới việc gia nhập hoặc tham gia vào một tổ chức đều bị coi là “hành vi can thiệp” vào quyền tổ chức của chủ thể quyền.

Bên cạnh việc đưa ra các nguyên tắc cơ bản cho quyền tổ chức, các văn kiện quốc tế còn khuyến khích các quốc gia thành viên

áp dụng những biện pháp cần thiết để bảo đảm việc thực hiện và tuân thủ những nguyên tắc này. Các biện pháp này được thể hiện dưới quy định mang tính khuyến nghị chung như: “Nếu nhất thiết, phải thiết lập những cơ cấu phù hợp với điều kiện quốc gia, để đảm bảo cho việc tôn trọng quyền tổ chức đã được xác định...” (Điều 3, Công ước số 98) hay “Công chức phải được hưởng sự bảo vệ thích đáng đối với mọi hành vi phân biệt đối xử chống công đoàn trong việc làm của họ” (khoản 1 Điều 4, Công ước số 151); “Các đại diện của tổ chức công chức được công nhận phải được dành những thuận lợi thích hợp để họ thi hành nhanh chóng và có hiệu quả những chức năng của họ, cả trong và ngoài giờ làm việc” (khoản 1 Điều 6, Công ước số 151).

So với quyền tổ chức, các quy định về nguyên tắc dành cho quyền thương lượng tập thể có phần chi tiết hơn và thường được lồng ghép cùng với tiêu chuẩn về biện pháp bảo đảm tuân thủ.

Điều 4 Công ước số 98 quy định: “Nếu cần thiết, phải có những biện pháp phù hợp với điều kiện quốc gia để khuyến khích và xúc tiến việc triển khai và sử dụng hoàn tất các thể thức thương lượng tập thể tự nguyện giữa một bên là các tổ chức của NLĐ với một bên là các tổ chức của NSDLĐ, nhằm quy định những điều khoản và điều kiện sử dụng lao động bằng thỏa ước tập thể”. Quy định này vừa khẳng định “nguyên tắc tự nguyện” của thương lượng tập thể, vừa ràng buộc trách nhiệm của quốc gia thành viên để đưa ra các biện pháp bảo đảm thực hiện. Nguyên tắc tự nguyện này được tái khẳng định tại Điều 2 Khuyến nghị số 163 cho chủ thể là tổ chức đại diện cho NLĐ và NSDLĐ.

2. Các yêu cầu đặt ra đối với Việt Nam

Trở lại là thành viên của ILO năm 1992¹⁰, với nỗ lực thực hiện các nghĩa vụ của một thành viên, Việt Nam đã phê chuẩn 21 công ước của ILO, trong đó bao gồm 5 trên tổng số 8 công ước cơ bản. Tuy nhiên, Công ước 87 và Công ước 98 (là 2 trong số 8 công ước cơ bản của ILO); các Công ước 151 và Công ước 154 là những công ước mà Việt Nam chưa phê chuẩn. Đây đều là những công ước có chứa đựng những quy định của pháp luật quốc tế cơ bản về quyền tổ chức và thương lượng tập thể ở khu vực tư và khu vực công lập. Trong khi đó, cả CPTPP¹¹ và EVFTA¹² đều viện dẫn quyền tự do liên kết và công nhận hiệu quả quyền thương lượng tập thể của Tuyên bố 1998, được cụ thể hóa bởi cặp Công ước số 87 và 98 - vốn được coi là các tiêu chuẩn lao động quốc tế nền tảng. Theo thống kê của ILO, trên thế giới hiện nay có 165 quốc gia phê chuẩn Công ước 98, 156 quốc gia phê chuẩn Công ước 87 trong khi đó chỉ có 54 quốc gia phê chuẩn Công ước 151 và 47 quốc gia đã phê chuẩn Công ước 154. Bối cảnh nêu trên đặt ra một số yêu cầu đối với Việt Nam như sau:

Thứ nhất, nhanh chóng thúc đẩy việc phê chuẩn đối với cả hai Công ước số 87 và 98.

Chiến lược Hội nhập quốc tế về lao động - xã hội đến năm 2020, tầm nhìn 2030 theo Quyết định số 145/QĐ-TTg ngày 20/01/2016 của Thủ tướng Chính phủ đã xác định mục tiêu cụ thể: “... Đến năm 2020, phê chuẩn các công ước cơ bản còn lại và một số công ước khác của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO)...” (Điều 2 của Mục II). Tuy nhiên, tại thời điểm hiện nay, chúng ta mới chỉ có kế hoạch cho việc phê chuẩn Công ước số 98 và nâng cao nhận thức đối với Công ước

10 Trước đó, năm 1980 và 1982, Việt Nam đã là thành viên của ILO, vì lý do kỹ thuật nên tới năm 1992 mới quay trở lại là thành viên của ILO.

11 CPTPP: Hiệp định Đối tác Tiến bộ và Toàn diện xuyên Thái Bình Dương (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership).

12 Hiệp định Thương mại Tự do EU - Việt Nam, khi có hiệu lực sẽ miễn thuế hàng hoá xuất nhập khẩu giữa Việt Nam và toàn bộ 28 nước thành viên Liên minh Châu Âu.

số 87¹³. Điều này là chưa hợp lý bởi vì hai công ước này có sự thống nhất về quyền tổ chức (Công ước số 87 đưa ra các nguyên tắc cơ bản cho quyền tự do hiệp hội và quyền tổ chức và Công ước số 98 cụ thể hóa các điều kiện nhằm đảm bảo cho việc thực hiện quyền tự do hiệp hội, quyền tổ chức). Bên cạnh đó, áp lực từ bối cảnh quốc tế và nghĩa vụ là thành viên của ILO buộc “Tất cả các thành viên, dù phê chuẩn hay chưa phê chuẩn các công ước này đều có nghĩa vụ, với tư cách là thành viên của tổ chức, phải tôn trọng, thúc đẩy và hiện thực hóa một cách có thành ý phù hợp với Điều lệ, các nguyên tắc liên quan đến quyền cơ bản và là nội dung của Công ước...” (Điều 2 Tuyên bố 1998). Tính đến nay, ILO có 187 quốc gia thành viên¹⁴, LHQ có 193¹⁵ thành viên đồng nghĩa với việc trên thế giới hiện nay có 193 quốc gia được công nhận. Như vậy, 187/193 quốc gia trên thế giới dù đã phê chuẩn hay chưa phê chuẩn Công ước của ILO về quyền tổ chức và thương lượng tập thể nhưng với vai trò là thành viên của ILO và là đối tác trong tương lai của các hiệp định tự do thương mại, đều phải coi các chuẩn mực quốc tế về quyền tổ chức và thương lượng tập thể có tính ràng buộc nhất định và nỗ lực đảm bảo thực hiện nó. Mặc dù việc thực hiện Công ước số 87 sẽ khó hơn Công ước số 98 bởi lẽ Công ước số 87 nghiêm cấm sự can thiệp của nhà nước đối với hoạt động của tổ chức của NLD cũng như NSDLĐ. Tuy nhiên, hạn chế tối đa sự can thiệp của nhà nước vào quan hệ lao động là phù hợp với định hướng phát triển nền kinh tế thị trường mà chúng ta đang theo đuổi.

Thứ hai, nâng cao nhận thức đối với Công ước số 151 và 154.

Quan hệ lao động ở khu vực công có nhiều đặc thù so với khu vực tư nhân, tuy nhiên, dù trong khuôn khổ nào thì các quyền

tự do cơ bản của con người, của công dân cần phải được tôn trọng. Hơn nữa, một bộ phận công chức làm việc trong các cơ quan thuộc nhà nước nhưng có tính chất công việc không bị ràng buộc bởi khối hành chính và không thuộc đối tượng giữ chức vụ quản lý như: người làm trong cơ quan sự nghiệp nhà nước, doanh nghiệp nhà nước, lao động hợp đồng (chưa thuộc biên chế nhà nước) cần được bảo đảm đầy đủ quyền tổ chức và quyền thương lượng tập thể. Do vậy, các quy định về bảo vệ quyền tổ chức và các quy định xác định điều kiện làm việc trong ngành công vụ tại Công ước 151 cần được nâng cao nhận thức. Ngoài ra, dù ở khu vực tư hay khu vực công thì các kỹ thuật nhằm xúc tiến thương lượng tập thể của Công ước 154 và Khuyến nghị 163 đều nên được tham khảo và áp dụng khi có điều kiện.

Thứ ba, xác định phương hướng đối với việc sửa đổi toàn diện Bộ luật Lao động về các nội dung liên quan đến quyền tổ chức và thương lượng tập thể.

Một là, bổ sung các khái niệm như “tổ chức đại diện của NLD”, “tổ chức của NSDLĐ”, “phân biệt đối xử”, “can thiệp”, “thiện chí”, “tự nguyện” để làm rõ các khái niệm liên quan đến chủ thể và nguyên tắc của quyền tổ chức và thương lượng tập thể;

Hai là, ghi nhận sự tồn tại của tổ chức đại diện của NLD bên cạnh tổ chức công đoàn và quy định nguyên tắc hoạt động giữa hai hình thức tổ chức của NLD này.

Ba là, cần có quy định về nguyên tắc thành lập và hoạt động cho tổ chức của NSDLĐ;

Bốn là, liệt kê được các hành vi vi phạm nguyên tắc thương lượng tập thể, hành vi vi phạm trong quá trình thương lượng tập thể của các chủ thể■

13 Xem thêm bản Dự thảo kế hoạch chi tiết xem xét gia nhập Công ước số 98 và nâng cao nhận thức về Công ước số 87 của ILO do Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội ban hành.

14 Theo số liệu được cung cấp trên trang web chính thức: www.ilo.org

15 Theo số liệu được cung cấp trên trang web chính thức www.un.org

NÂNG CAO HƠN NỮA HIỆU QUẢ ĐẤU TRANH PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG TRONG TÌNH HÌNH MỚI

Đỗ Đức Hồng Hà*

Phùng Lê Mai**

* TS. Ủy viên Thường trực Ủy ban Tư pháp của Quốc hội.

** Ban Nội chính Trung ương.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tham nhũng, hành vi nguy hiểm cho xã hội, chức vụ quyền hạn, vụ lợi, hậu quả nặng nề, hiệu quả đấu tranh phòng, chống

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/07/2018

Biên tập : 04/09/2018

Duyệt bài : 11/09/2018

Article Information:

Keywords: fcorruption; act dangerous to society; entrust power; private gain; severe consequences; efficiency of the fight against corruption

Article History:

Received : 20 Jul. 2018

Edited : 04 Sep. 2018

Approved : 11 Sep. 2018

Tóm tắt:

Tham nhũng là hành vi nguy hiểm cho xã hội, do người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó vì vụ lợi. Tham nhũng gây hậu quả nặng nề cho xã hội, vì vậy, nâng cao hiệu quả đấu tranh phòng, chống tham nhũng (PCTN) là yêu cầu cấp bách ở nước ta hiện nay.

Abstract

Corruption is dangerous acts causing severe consequences to the society, which is caused by highly powerful persons by taking their advantages of the holding positions and powers for the private gains. Therefore, improvement of the efficiency of the fightings against corruptions is an urgent requirements of our country today.

1. Quy định của pháp luật về tham nhũng và hành vi tham nhũng

Khoản 1 Điều 3 Dự thảo Luật Phòng, chống tham nhũng (PCTN) sửa đổi ngày 05/7/2018 (Dự thảo Luật) quy định: “Tham nhũng là hành vi của người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn

đó vì vụ lợi”. Theo Điều 2 Dự thảo Luật, các hành vi tham nhũng bao gồm: “1. Tham ô tài sản. 2. Nhận hối lộ. 3. Lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản. 4. Lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi. 5. Lạm quyền trong khi thi hành nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi. 6.

Lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng với người khác để trục lợi. 7. Giả mạo trong công tác vì vụ lợi. 8. Đưa hối lộ, môi giới hối lộ được thực hiện bởi người có chức vụ, quyền hạn để giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị hoặc địa phương vì vụ lợi. 9. Lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản vì vụ lợi. 10. Những nhiễu vì vụ lợi. 11. Không thực hiện, thực hiện không đúng hoặc không đầy đủ nhiệm vụ, công vụ vì vụ lợi. 12. Lợi dụng chức vụ, quyền hạn để bao che cho người có hành vi vi phạm pháp luật vì vụ lợi; cản trở, can thiệp trái pháp luật vào việc kiểm tra, thanh tra, kiểm toán, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án vì vụ lợi”.

Tùy theo tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội, có hành vi tham nhũng bị coi là tội phạm nhưng cũng có hành vi tham nhũng chỉ bị coi là vi phạm pháp luật khác. Ví dụ, khoản 1 Điều 353 Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015, được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 quy định về Tội tham ô tài sản như sau: “1. Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản mà mình có trách nhiệm quản lý trị giá từ 2.000.000 đồng đến dưới 100.000.000 đồng hoặc dưới 2.000.000 đồng nhưng thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 02 năm đến 07 năm: a) Đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm; b) Đã bị kết án về một trong các tội quy định tại Mục 1 Chương này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm”. Theo đó, nếu tham ô tài sản

thuộc một trong hai trường hợp nêu trên sẽ bị coi là tội phạm tham ô tài sản; nếu tham ô tài sản dưới 2.000.000 đồng nhưng không thuộc một trong hai trường hợp sau đây: i) Đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm; ii) Đã bị kết án về một trong các tội quy định tại Mục 1 Chương này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm, thì không bị coi là phạm Tội tham ô tài sản.

2. Tình hình tham nhũng và đấu tranh phòng, chống tham nhũng hiện nay

Theo Báo cáo của Chính phủ về công tác PCTN, năm 2015: “Tình hình tham nhũng vẫn diễn ra phức tạp. Tình trạng những nhiễu trong khu vực công còn nhiều, biểu hiện qua nạn hối lộ, lót tay, chạy chọt khi giao dịch với các cơ quan công quyền¹. Đã xuất hiện tình trạng tham nhũng có tính lợi ích nhóm trong một số lĩnh vực. Tính chất tham nhũng ngày càng phức tạp, thủ đoạn tinh vi hơn, phạm vi, tính có tổ chức của các vụ việc, vụ án tham nhũng rõ nét hơn. Một số vụ án tham nhũng gây hậu quả rất nghiêm trọng, làm thất thoát lớn tài sản của Nhà nước. Một số vụ tham nhũng có yếu tố nước ngoài, phần nào ảnh hưởng đến nhìn nhận của quốc tế về tình hình tham nhũng ở Việt Nam. Tham nhũng vẫn là một trong những vấn đề bức xúc của xã hội hiện nay, là một nguy cơ gây mất ổn định chính trị, xã hội”².

Báo cáo của Chính phủ về công tác PCTN năm 2016 tiếp tục ghi: “Tình hình tham nhũng vẫn đang diễn biến phức tạp, xảy

1 Thanh tra Chính phủ đã hướng dẫn các bộ, ngành, địa phương đánh giá tình hình tham nhũng và công tác PCTN theo Thông tư số 04/2014/TT-TTCT ngày 18/9/2014 của Thanh tra Chính phủ. Đến nay đã có 19 bộ, ngành, địa phương thực hiện xong việc đánh giá tình hình tham nhũng năm 2015. Kết quả: có 03 bộ, ngành, địa phương đánh giá tình hình tham nhũng trong phạm vi quản lý của mình là rất nghiêm trọng, 05 bộ, ngành, địa phương đánh giá là nghiêm trọng, 07 bộ, ngành, địa phương đánh giá là ít nghiêm trọng và 04 bộ, ngành, địa phương đánh giá là không nghiêm trọng. Do là năm đầu các bộ, ngành, địa phương thực hiện đánh giá theo tiêu chí, chấm điểm nên còn có những vướng mắc, hạn chế nhất định.

2 Xem thêm http://www.thanhtra.gov.vn/ct/news/Lists/TinNongMoi/View_Detail.aspx?ItemID=315, truy cập ngày 05/8/2018.

ra ở nhiều cấp, nhiều ngành, nhiều lĩnh vực với mức độ phổ biến, tính chất rất nghiêm trọng³ và chưa bị đẩy lùi. Công tác PCTN tại các bộ, ngành, địa phương còn chưa đồng đều. Không ít địa phương đã thực hiện chưa tốt công tác PCTN⁴. Công tác PCTN nói chung chưa đạt yêu cầu, mục tiêu đề ra và vẫn còn nhiều hạn chế, yếu kém”⁵.

Theo Báo cáo của Chính phủ về công tác phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật, năm 2017⁶, các tội phạm về tham nhũng nằm trong nhóm nhóm tội phạm có xu hướng tăng. Các tội phạm tham nhũng tăng đến 20,88% số vụ so với năm 2016, nhưng theo Báo cáo thẩm tra của Ủy ban Tư

pháp thì “số lượng các vụ án khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử còn chưa tương xứng với thực trạng tham nhũng...”⁷.

Báo cáo số 460/BC-CP ngày 18/10/2017 của Chính phủ về công tác PCTN năm 2017 chỉ rõ, trong năm qua, “Với sự chỉ đạo quyết liệt của Trung ương, Bộ Chính trị, Ban Chỉ đạo Trung ương về PCTN và nỗ lực của các cơ quan chức năng trong PCTN, các vụ án kinh tế, tham nhũng nghiêm trọng đã được kiên quyết điều tra, xử lý nghiêm”^{8,9}. Tuy nhiên, đến nay, “tham nhũng nhìn chung vẫn diễn ra nghiêm trọng, phức tạp, tinh vi, nhất là trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng; quản lý, sử dụng đất đai;

- 3 Thanh tra Chính phủ đã tiến hành đánh giá tình hình tham nhũng theo Thông tư số 04/2014/TT-TTCP ngày 18/9/2014 tổ chức khảo sát ý kiến đối với 3.204 người, gồm 1.341 người dân, 316 đại diện doanh nghiệp và 1.547 cán bộ, công chức, viên chức thấy như sau:
 - Điểm số về mức độ phổ biến của hành vi tham nhũng là 46/100 điểm, tương ứng với mức “Phổ biến” từ 40 đến 70 điểm, mức 3 trong khung đánh giá 4 mức độ: 1. Không phổ biến, 2. Ít phổ biến, 3. Phổ biến, 4. Rất phổ biến. Tuy nhiên, đây là số điểm thấp trong khung điểm của mức độ này.
 - Điểm số về mức độ thiệt hại kinh tế do tham nhũng là 38,8/100 điểm, tương ứng với mức “Thiệt hại Trung bình” từ 20 đến 40 điểm, mức 3 trong khung đánh giá 05 mức độ: 1. Không thiệt hại, 2. Thiệt hại thấp, 3. Thiệt hại trung bình, 4. Thiệt hại lớn, 5. Thiệt hại rất lớn. Nhưng là số điểm cao trong khung điểm của mức độ “Thiệt hại trung bình” và gần với mức độ “Thiệt hại lớn”.
 - Điểm số về mức độ nghiêm trọng của hành vi tham nhũng là 45,8/100, tương ứng với mức “Rất nghiêm trọng” từ 40 đến 70 điểm, mức 4 trong khung đánh giá 5 mức độ: 1. Không nghiêm trọng, 2. Ít nghiêm trọng, 3. Nghiêm trọng 4. Rất nghiêm trọng, 5. Đặc biệt nghiêm trọng. Tuy nhiên, đây là số điểm thấp trong khung điểm của mức độ này.
- 4 Tổng Thanh tra Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1426/QĐ-TTCP ngày 06/6/2016 phê duyệt Bộ chỉ số đánh giá công tác PCTN năm 2016, trước mắt áp dụng đối với UBND cấp tỉnh, trong đó cụ thể hóa các tiêu chí đánh giá trên các mặt của công tác PCTN, cho điểm từng nội dung công tác dựa trên những căn cứ, bằng chứng cụ thể. Hiện nay đã có 61/63 địa phương hoàn thành việc tự chấm điểm, có hai địa phương không hoàn thành việc đánh giá theo yêu cầu gồm: UBND tỉnh Cà Mau và UBND tỉnh Bà Rịa - Vũng Tàu. Trên cơ sở đó, Thanh tra Chính phủ đang thẩm định, đánh giá các bằng chứng về kết quả công tác PCTN và cho điểm đánh giá công tác PCTN của các địa phương.
- 5 Xem thêm http://www.thanhtra.gov.vn/ct/news/Lists/TinNongMoi/View_Detail.aspx?ItemID=383, truy cập ngày 05/8/2018.
- 6 Xem thêm: Chính phủ (2017), Báo cáo số 475/BC-CP ngày 19/10/2017 của Chính phủ về công tác phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật năm 2017 (Từ 01/10/2016 đến 30/9/2017).
- 7 Xem thêm: Ủy ban Tư pháp của Quốc hội khóa XIV, Báo cáo tóm tắt của Ủy ban Tư pháp ngày 23/10/2017 thẩm tra Báo cáo của Chính phủ về công tác PCTN năm 2017.
- 8 Ngày 25/01/2017, Tổ chức chức minh bạch quốc tế Transparency International công bố chỉ số Cảm nhận Tham nhũng CPI 2016, xếp hạng 176 quốc gia và vùng lãnh thổ. Việt Nam được chấm 33/100 điểm, tăng 2 điểm so với mức điểm 31 đã bị giữ nguyên trong 4 năm từ năm 2012 đến 2015. Transparency International cho rằng đây là dấu hiệu đáng mừng đối với những nỗ lực PCTN của Nhà nước và xã hội Việt Nam.
- 9 Thực hiện các biện pháp phòng ngừa tham nhũng như: cải cách hành chính, công khai, minh bạch trong hoạt động của cơ quan, tổ chức, đơn vị, đổi mới công nghệ quản lý; rà soát, sửa đổi, bổ sung, ban hành mới các chế độ, định mức, tiêu chuẩn; kê khai tài sản, thu nhập; tặng quà và nộp lại quà tặng; xây dựng, thực hiện quy tắc ứng xử, quy tắc đạo đức nghề nghiệp; chuyên đổi vị trí công tác của cán bộ, công chức, viên chức; xử lý trách nhiệm của người đứng đầu khi để xảy ra tham nhũng; đổi mới phương thức thanh toán.

quản lý, khai thác tài nguyên, khoáng sản và đầu tư công”. “Công tác PCTN tại các bộ, ngành, địa phương còn yếu, chưa đồng đều”¹⁰.

Việc thu hồi tài sản tham nhũng trong thời gian qua còn nhiều hạn chế về cả thể chế cũng như tổ chức thực hiện nên kết quả chưa cao, làm thất thoát tài sản của Nhà nước, tổ chức, cá nhân, gây bức xúc trong dư luận. Theo báo cáo của Thanh tra Chính phủ, qua 10 năm thực hiện Luật PCTN, số tài sản thất thoát mà Nhà nước thu hồi được khoảng 4.600 tỷ đồng/59.000 tỷ đồng, đạt 8% trên tổng số tài sản bị tham nhũng¹¹.

3. Dự báo tình hình và giải pháp nâng cao hiệu quả đấu tranh phòng chống tham nhũng trong thời gian tới

3.1 Dự báo tình hình tham nhũng trong thời gian tới

Kết quả PCTN thời gian qua đã có tác dụng phòng ngừa, răn đe nhất định đối với tệ tham nhũng. Bên cạnh đó, tình hình tham nhũng năm 2018 và các năm tiếp theo được dự báo còn xảy ra nhiều, tinh vi và phức tạp hơn do những nguyên nhân chủ yếu sau: i) Còn tình trạng "trên nóng, dưới lạnh", "trên bảo dưới không nghe", kỷ cương phép nước bị buông lỏng¹²; ii) Luật PCTN (sửa đổi) vẫn chưa được thông qua, nên vẫn còn kẽ hở để người tham nhũng lợi dụng và iii) Lòng tham của người tham nhũng là không có giới hạn, và vì vậy, họ sẽ không những không

dừng lại mà còn dùng mọi thủ đoạn để tiếp tục tham nhũng. Tuy nhiên, “phần chìm” của các tội phạm tham nhũng sẽ giảm, “phần nổi” sẽ tăng do “sự tham gia tích cực của cả hệ thống chính trị và toàn xã hội, sự chỉ đạo quyết liệt của Ban Chỉ đạo Trung ương về PCTN, sự chỉ đạo, điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, sự giám sát của Quốc hội, Mặt trận Tổ quốc, cơ quan báo chí, Nhân dân”¹³ trong công tác PCTN. Đặc biệt nhất là do quyết tâm của Đảng “trước đánh từ vai đánh xuống, nhưng giờ đánh trên đầu nhiều hơn”¹⁴ và “từ nay trở đi, bất cứ trường hợp nào mà vi phạm kỷ luật, chúng ta phải xử lý nghiêm, làm nghiêm từ trên xuống dưới để giữ vững kỷ cương, kỷ luật của Đảng, để lấy lại và củng cố lòng tin và tình thương yêu, quý trọng của nhân dân”¹⁵, với sự đồng thuận của các cấp, các ngành; có niềm tin và sự cổ vũ, ủng hộ mạnh mẽ của nhân dân và bạn bè quốc tế.

3.2 Kiến nghị thực hiện các giải pháp nâng cao hiệu quả đấu tranh PCTN

Để nâng cao hiệu quả đấu tranh PCTN trong thời gian tới, các giải pháp sau đây cần phải được thực hiện đồng bộ.

Trước hết, Chính phủ cần thực hiện quyết liệt 10 nhóm giải pháp trong Báo cáo số 458/BC-CP về tình hình kinh tế - xã hội và nhất là 09 nhóm giải pháp trong Báo cáo số 460/BC-CP về công tác PCTN ngày 18/10/2017 của Chính phủ; quán triệt, triển

10 Thanh tra Chính phủ đã tiến hành thí điểm đánh giá công tác PCTN cấp tỉnh 2016 PACA INDEX 2016 dựa trên tiêu chí và thang điểm cụ thể. Kết quả, điểm trung bình toàn quốc là 58,11 trên 100 điểm cho thấy công tác PCTN ở cấp tỉnh hiện nay còn hạn chế, chưa đồng đều.

11 Văn phòng Quốc hội (2018), Bảng ghi âm nội dung thảo luận ở Hội trường về dự án Luật PCTN (sửa đổi), Hà Nội, ngày 13/6/2018.

12 Xem thêm: <http://dantri.com.vn/dien-dan/phong-chong-tham-nhung-tieu-cuc-y-chi-cach-lam-va-hieu-qua>, truy cập ngày 06/8/2018.

13 Chính phủ (2016, 2017), Báo cáo của Chính phủ về công tác PCTN, các năm 2016, 2017.

14 Xem thêm: <http://dantri.com.vn/dien-dan/phong-chong-tham-nhung-tieu-cuc-y-chi-cach-lam-va-hieu-qua>, truy cập ngày 06/8/2018.

15 Nguyễn Phú Trọng (2017), Phát biểu bế mạc Hội nghị Trung ương 6 khóa XII, Hà Nội, ngày 11/10/2017.

khai, thể chế hóa kịp thời các giải pháp Nghị quyết Hội nghị Trung ương 5 và Hội nghị Trung ương 6 của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII.

Hai là, huy động nhân lực, trí lực, tài lực xây dựng Luật PCTN (sửa đổi) có chất lượng, với bốn nhóm giải pháp nhằm thẳng vào tham nhũng mà chúng ta quen gọi là giải pháp bốn không: không muốn tham nhũng; không cần tham nhũng; không thể tham nhũng và không dám tham nhũng.

Ba là, đẩy mạnh cải cách thủ tục hành chính; tăng cường ứng dụng công nghệ thông tin.

Bốn là, phát huy mạnh mẽ mọi nguồn lực, phát huy nhân tố con người, sức sáng tạo và quyền làm chủ của nhân dân. Thực hiện quyết liệt đột phá chiến lược, nâng cao chất lượng nguồn nhân lực, nhất là khâu đào tạo, bồi dưỡng, bổ nhiệm cán bộ, công chức theo vị trí việc làm; bảo đảm chế độ, thu nhập thỏa đáng cho đội ngũ cán bộ, công chức, nhất là người đứng đầu vì “Cán bộ là cái gốc của mọi công việc”¹⁶; “muôn việc thành công hoặc thất bại, đều do cán bộ tốt hoặc kém. Đó là một chân lý nhất định”¹⁷.

Năm là, tăng cường kiểm tra, giám sát, thanh tra, kiểm toán tại các khu vực xảy ra hoặc có nguy cơ xảy ra tham nhũng cao. Chú trọng phòng ngừa, phát hiện, điều tra, xử lý nghiêm minh, kịp thời các tội phạm tham nhũng, nhất là giải pháp kê khai, công khai, minh bạch tài sản; thanh toán không dùng tiền mặt và thu hồi tài sản tham nhũng. Đổi mới công tác xây dựng báo cáo PCTN theo hướng: i) Làm rõ “phần nổi” của tình hình tội phạm và vi phạm pháp luật về tham nhũng gồm bốn thông số: mức độ, diễn

biến, cơ cấu, tính chất; nguyên nhân khách quan, nguyên nhân chủ quan và giải pháp khắc phục. ii) Làm rõ “phần chìm” của tình hình tội phạm và vi phạm pháp luật về tham nhũng, nguyên nhân “chìm ẩn” của tình hình tội phạm và vi phạm pháp luật về tham nhũng. iii) Dự báo tình hình tội phạm và vi phạm pháp luật về tham nhũng trong thời gian tới.

Sáu là, chú trọng giáo dục văn hóa, đạo đức, lối sống và lòng căm thù tham nhũng cho toàn xã hội. Bởi lẽ, văn hóa, đạo đức, lối sống là nền tảng tinh thần của xã hội. Tinh thần tốt thì mới có hành vi tốt; hành vi tốt thì mới có con người tốt; con người tốt thì mới có gia đình tốt; gia đình tốt thì mới có thôn xóm, bản làng và xã hội bình an, ấm no và hạnh phúc. Có như vậy, chúng ta mới có thể ngăn chặn, từng bước đẩy lùi tham nhũng như mong muốn của Đảng và Nhà nước, như kỳ vọng của nhân dân.

Bảy là, tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với việc xử lý hành vi tham nhũng của cán bộ trong các tổ chức đảng, cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội. Nghiên cứu đưa ra các biện pháp kiểm soát thu nhập của xã hội, tiếp tục hoàn thiện các quy định của pháp luật về công khai, minh bạch tài sản, thu nhập. Thực hiện nghiêm việc kê khai, kiểm soát việc kê khai tài sản, quản lý bản kê khai tài sản; xử lý nghiêm những cơ quan, tổ chức, đơn vị, cá nhân chậm tổ chức việc kê khai, không kê khai hoặc kê khai không trung thực; không giải trình được nguồn gốc tài sản tăng thêm; không tổ chức việc công khai bản kê khai. Xây dựng cơ chế thu hồi tài sản tham nhũng không dựa trên kết án về hình sự. Hiện nay, hầu hết tài sản tham nhũng được thu hồi thông qua các vụ án hình sự, tỷ

16 Hồ Chí Minh, Toàn tập, t.5, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 267.

17 Hồ Chí Minh, Toàn tập, t.5, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2000, tr. 237.

lệ thu hồi tài sản tham nhũng thông qua các quyết định hành chính là rất thấp (nếu không nói là hầu như không có). Trong khi đó, tài sản tham nhũng thường bị trộn lẫn với tài sản hợp pháp, các vụ việc tham nhũng từ khi xảy ra đến khi phát hiện thường có độ trễ nhất định nên việc chứng minh tài sản tham nhũng của các cơ quan tiến hành tố tụng thường rất khó khăn và không đầy đủ. Để giải quyết được vấn đề trên, Nhà nước cần nghiên cứu sửa đổi các quy định như: giảm nghĩa vụ chứng minh trong thu hồi tài sản tham nhũng đối với những tội phạm về tham nhũng; chuyển nghĩa vụ chứng minh nguồn gốc hợp pháp của tài sản cho người bị tình nghi tham nhũng sau khi cơ quan có thẩm quyền có chứng cứ đáng tin cậy cho rằng tài sản đó do tham nhũng mà có; cho phép tịch thu tài sản không dựa trên bản án hoặc quyết định hình sự hoặc tòa án nước ngoài; cho phép phong tỏa tài sản và thu hồi tài sản thay thế có giá trị tương đương đã bị thất thoát.

Bên cạnh đó, Nhà nước cần nghiên cứu nội luật hóa yêu cầu của Công ước của Liên hiệp quốc về chống tham nhũng (UNCAC) về hành vi làm giàu bất chính. Việc quy định tội danh trên sẽ dẫn đến yêu cầu sửa đổi Bộ luật Tố tụng hình sự, theo đó chuyển một phần nghĩa vụ chứng minh từ cơ quan nhà nước có thẩm quyền (cơ quan tiến hành tố tụng) sang cá nhân để họ chứng minh nguồn gốc tài sản của mình là hợp pháp hay không hợp pháp. Áp dụng có hiệu quả các biện pháp chống rửa tiền đã được quy định tại Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012. Đồng thời, nghiên cứu nội luật hóa các biện pháp phòng, chống rửa tiền đã được quy định

trong UNCAC, Công ước của Liên hiệp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia (TOC) và Sáng kiến thu hồi tài sản tham nhũng của Cơ quan phòng chống ma túy và tội phạm của Liên hiệp quốc (UNODC)¹⁸ (các tổ chức tài chính áp dụng biện pháp kiểm tra thông tin khách hàng đối với tất cả những người có thể lực chính trị; yêu cầu kê khai về chủ sở hữu hưởng lợi; yêu cầu kê khai về thu nhập và tài sản; tiến hành rà soát định kỳ về các khách hàng là những người có thể lực chính trị và không giới hạn một cá nhân được coi là người có thể lực chính trị...). Hoàn thiện chế định phong tỏa, kê biên, thu giữ và trả lại tài sản do phạm tội mà có của BLHS, nhất là việc phong tỏa, kê biên, thu giữ và trả lại tài sản do phạm tội mà có có yếu tố nước ngoài, theo đó nghiên cứu bổ sung các quy định về trình tự, thủ tục phong tỏa, kê biên tài sản trong trường hợp có yêu cầu của Tòa án nước ngoài. Tăng cường hợp tác quốc tế trong thu hồi tài sản tham nhũng. Gia nhập Nhóm các đơn vị tình báo tài chính (EGMONT), một tổ chức quốc tế của đơn vị tình báo tài chính (FIU) thành lập vào năm 1995¹⁹.

Cuối cùng nhưng quan trọng nhất là, cần tổ chức thực hiện nghiêm minh hệ thống pháp luật liên quan đến PCTN, nhất là BLHS và nếu cần, có thể xem xét sửa đổi, bổ sung các luật có liên quan như: Luật Thuế thu nhập cá nhân, Luật Xử lý vi phạm hành chính, Luật Tố tụng hành chính, Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng dân sự, BLHS, Bộ luật Tố tụng hình sự... để nâng cao hiệu quả đấu tranh PCTN■

18 Xem thêm: <http://vneconomy.vn/the-gioi/wb-va-sang-kien-thu-hoi-tai-san-tham-nhung>, truy cập ngày 06/8/2018.

19 Xem thêm: <http://siteresources.worldbank.org/INTAML/Resources/ReferenceGuideAMLandAFVN.pdf>, truy cập ngày 06/8/2018.

Xem thêm: <http://tapchitaichinh.vn/viet-nam-chong-rua-tien,-tai-tro-khung-bo/nhung-bai-hoc-phong-chong-rua-tien-huu-ich-doi-voi-viet-nam>, truy cập ngày 06/8/2018.

MỘT SỐ BẤT CẬP VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIÊN CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT CÓ LIÊN QUAN ĐẾN NGƯỜI LAO ĐỘNG NƯỚC NGOÀI LÀM VIỆC TẠI VIỆT NAM

Lê Ngọc Thạch*

Hà Lâm Hồng**

* TS. Trường Đại học Lao động - Xã hội Cơ sở II

** ThS. Trường Đại học Lao động - Xã hội Cơ sở II

Thông tin bài viết:

Từ khóa: người lao động nước ngoài, pháp luật lao động

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/08/2018

Biên tập : 04/10/2018

Duyệt bài : 11/10/2018

Tóm tắt:

Bộ luật Lao động năm 2012 điều chỉnh các vấn đề pháp lý liên quan đến lao động người nước ngoài làm việc tại Việt Nam đã tạo cơ sở cho việc quản lý, sử dụng có hiệu quả người nước ngoài làm việc tại nước ta. Tuy nhiên, vẫn còn một số quy định của Bộ luật Lao động năm 2012 bộc lộ những hạn chế cần phải được tiếp tục hoàn thiện.

Article Infomation:

Keywords: foreign employees, law on labour

Article History:

Received : 20 Aug. 2018

Edited : 04 Oct. 2018

Approved : 11 Oct. 2018

Abstract

The Labor Code of 2012 provides the regulations on legal issues related to foreign employees in Vietnam, which has established solid ground for effective management and use of the foreign employees in our country. However, there are still limitations revealed in a number of provisions in the Labor Code of 2012 that needs further improvements.

1. Quy định pháp luật lao động có liên quan đến lao động người nước ngoài

1.1 Điều kiện có liên quan đến việc tuyển dụng lao động người nước ngoài

Thứ nhất, đối với người lao động

Theo quy định của Điều 169 Bộ luật Lao động năm 2012 (BLLĐ), điều kiện yêu cầu đầu tiên đối với người lao động (NLĐ) là người nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải là: *công dân nước ngoài* (điều này có nghĩa, người nước ngoài nhưng không có

quốc tịch thì không được làm việc tại Việt Nam); có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; có trình độ chuyên môn, tay nghề và sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc; không phải là người phạm tội hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài; có giấy phép lao động do cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam cấp, trừ các trường hợp công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam không thuộc diện cấp giấy phép lao động như sau:

- Là thành viên góp vốn hoặc là chủ sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn;

- Là thành viên Hội đồng quản trị của công ty cổ phần;

- Là Trưởng văn phòng đại diện, dự án của tổ chức quốc tế, tổ chức phi chính phủ tại Việt Nam;

- Vào Việt Nam với thời hạn dưới 03 tháng để thực hiện chào bán dịch vụ;

- Vào Việt Nam với thời hạn dưới 03 tháng để xử lý những sự cố, tình huống kỹ thuật, công nghệ phức tạp nảy sinh làm ảnh hưởng hoặc có nguy cơ ảnh hưởng tới sản xuất, kinh doanh mà các chuyên gia Việt Nam và các chuyên gia nước ngoài hiện đang ở Việt Nam không xử lý được;

- Là luật sư nước ngoài đã được cấp giấy phép hành nghề luật sư tại Việt Nam theo quy định của Luật Luật sư;

- Theo quy định của Điều ước quốc tế mà Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên;

- Là học sinh, sinh viên học tập tại Việt Nam, làm việc tại Việt Nam nhưng người sử dụng lao động (NSDLĐ) phải báo trước 07 ngày với cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh;

- Các trường hợp khác theo quy định của Chính phủ¹; trong đó có quy định chuyên gia là NLD nước ngoài thuộc một trong các trường hợp sau: (a) Có văn bản xác nhận là chuyên gia của cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp tại nước ngoài; (b) Có bằng đại học trở lên hoặc tương đương và có ít nhất 03 năm kinh nghiệm làm việc trong chuyên ngành được đào tạo phù hợp với vị trí công việc mà NLD nước ngoài dự kiến làm việc tại Việt Nam; trường hợp đặc biệt do Thủ tướng Chính phủ xem xét, quyết định².

Ngoài ra, lao động là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam phải tuân theo pháp luật lao động Việt Nam, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định

khác và được pháp luật Việt Nam bảo vệ³.

Thứ hai, đối với NSDLĐ

Điều kiện đối với NSDLĐ trong việc tuyển dụng lao động là công dân nước ngoài phải đáp ứng các yêu cầu sau:

Một là, chủ thể được quyền sử dụng NLD là công dân nước ngoài rất đa dạng, bao gồm:

(i) Nhóm chủ thể kinh doanh như:

- Doanh nghiệp hoạt động theo Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư hoặc theo điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là thành viên;

- Nhà thầu nước ngoài hoặc trong nước tham dự thầu, thực hiện hợp đồng; Văn phòng đại diện, chi nhánh của doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức được cơ quan có thẩm quyền cấp phép thành lập; Văn phòng của dự án nước ngoài hoặc của tổ chức quốc tế tại Việt Nam; Văn phòng điều hành của nhà đầu tư nước ngoài trong hợp đồng hợp tác kinh doanh hoặc của nhà thầu nước ngoài được đăng ký hoạt động theo quy định của pháp luật;

- Các tổ chức hành nghề luật sư tại Việt Nam theo quy định của pháp luật;

- Hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã thành lập và hoạt động theo Luật Hợp tác xã;

- Hội, hiệp hội doanh nghiệp được thành lập theo quy định của pháp luật;

- Hộ kinh doanh, cá nhân được phép hoạt động kinh doanh theo quy định của pháp luật.

(ii) Nhóm chủ thể là cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp;

Tổ chức sự nghiệp có thể là công lập hoặc thuộc thành phần kinh tế khác được thành lập theo quy định của pháp luật;

(iii) Nhóm chủ thể là tổ chức phi chính

1 Điều 172 BLLĐ.

2 Khoản 3 Điều 3 Nghị định số 11/2016/NĐ-CP ngày 03/2/2016 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của BLLĐ về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam (NĐ 11).

3 Điều 169, 172 BLLĐ.

phủ nước ngoài, tổ chức quốc tế tại Việt Nam⁴.

Hai là, NSDLĐ trước khi tuyển dụng lao động là công dân nước ngoài vào làm việc trên lãnh thổ Việt Nam phải giải trình nhu cầu sử dụng lao động và được sự chấp thuận bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền⁵.

1.2 Cấp giấy phép lao động cho lao động người nước ngoài

Từ năm 2013 đến nay, việc cấp giấy phép lao động cho lao động là người nước ngoài được điều chỉnh bởi Nghị định số 102/2013/NĐ-CP ngày 05/9/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của BLLĐ về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam (NĐ 102); Nghị định số 87/2014/NĐ-CP ngày 22/9/2014 của Chính phủ quy định về thu hút cá nhân hoạt động khoa học và công nghệ là người Việt Nam ở nước ngoài và chuyên gia nước ngoài tham gia hoạt động khoa học và công nghệ tại Việt Nam (NĐ 87), trong đó Khoản 6 Điều 14 NĐ 87 quy định: “Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội triển khai cấp giấy phép lao động theo trình tự và thủ tục rút gọn cho người Việt Nam ở nước ngoài và chuyên gia nước ngoài tham gia hoạt động khoa học và công nghệ tại Việt Nam”. Trên cơ sở NĐ 102 và NĐ 87, ngày 13/7/2015, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội ban hành Thông tư số 24/2015/TT-BLĐTBXH quy định chi tiết thi hành Khoản 6 Điều 14 NĐ 87 (TT 24). Ngoài ra, Chính phủ còn có NĐ 11 thay thế NĐ 102 và điểm a Mục 4 Nghị quyết số 47/NQ-CP ngày 8/7/2014 của Chính phủ hết hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/4/2016.

Quy định của các văn bản nêu trên có một số điểm đáng chú ý như sau:

Thứ nhất, Điều 175 BLLĐ khẳng định: Chính phủ quy định cụ thể điều kiện cấp, việc cấp, cấp lại, thu hồi giấy phép lao động

đối với lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam. Điều đó có nghĩa, chỉ Chính phủ có thẩm quyền quy định về điều kiện cấp, việc cấp, cấp lại, thu hồi giấy phép lao động cho công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam.

Thứ hai, NĐ 102 và NĐ 11 quy định thẩm quyền cấp giấy phép lao động cho NLD nước ngoài là Sở Lao động - Thương binh và xã hội cấp tỉnh.

Thứ ba, TT 24 trao cho Cục Việc làm (Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội) thẩm quyền cấp giấy phép lao động cho chuyên gia khoa học công nghệ.

Thứ tư, TT 24 được ban hành trên cơ sở NĐ 102. Do vậy, khi NĐ 102 hết hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/4/2016 thì đương nhiên TT 24 cũng không còn hiệu lực nữa (theo Khoản 4 Điều 154 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật - VBQPPL năm 2015)⁶.

1.3 Chủ thể giao kết hợp đồng lao động

Cho dù là lao động trong nước, lao động là công dân nước ngoài bình thường hoặc lao động là chuyên gia nước ngoài thì sự kiện pháp lý làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên phải được thể hiện bằng hợp đồng lao động (HĐLĐ), tức là sự thoả thuận giữa NLD và NSDLĐ về việc làm có trả lương, điều kiện làm việc, quyền và nghĩa vụ của mỗi bên trong quan hệ lao động⁷. Có mấy vấn đề đặt ra liên quan đến nội dung trên như sau:

Thứ nhất, đối tượng áp dụng của BLLĐ theo Điều 2 là: NLD Việt Nam, người học nghề, tập nghề và NLD khác được quy định trong Bộ luật; NSDLĐ; NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam; cơ quan, tổ chức, cá nhân khác có liên quan trực tiếp đến quan hệ lao động. Nói cách khác, *người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam* là chủ thể trong quan hệ pháp luật lao động.

4 Khoản 1 Điều 170 BLLĐ; Khoản 2 Điều 2 NĐ 11.

5 Khoản 2 Điều 170 BLLĐ.

6 Điều 154. Trường hợp VBQPPL hết hiệu lực toàn bộ hoặc một phần trong các trường hợp sau đây: ... 4. VBQPPL hết hiệu lực thì VBQPPL quy định chi tiết thi hành, văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực.

7 Điều 15 BLLĐ.

Thứ hai, liên quan đến khái niệm quốc tịch, quốc tịch nước ngoài, người nước ngoài, pháp luật nước ta quy định: Quốc tịch nước ngoài là quốc tịch của một nước khác không phải là quốc tịch Việt Nam. Người không quốc tịch là người không có quốc tịch Việt Nam và cũng không có quốc tịch nước ngoài. Người nước ngoài cư trú ở Việt Nam là công dân nước ngoài và người không quốc tịch thường trú hoặc tạm trú ở Việt Nam⁸.

Như vậy, khi nói đến *người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam* đã hàm ý đến hai đối tượng: công dân nước ngoài và người không quốc tịch làm việc tại Việt Nam.

Thứ ba, Mục 3 Chương XI BLLĐ về NLD Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài, lao động cho các tổ chức, cá nhân nước ngoài tại Việt Nam, lao động là người nước ngoài tại làm việc tại Việt Nam; trong đó có các quy định sau: Điều 169. Điều kiện của lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam; Điều 170. Điều kiện tuyển dụng lao động là công dân nước ngoài; Điều 171. Giấy phép lao động cho lao động là công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam; Điều 172. Công dân nước ngoài làm việc tại Việt Nam không thuộc diện cấp giấy phép lao động

Bên cạnh đó, Khoản 1 Điều 2 của NĐ 102 và NĐ 11 quy định: Lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam (sau đây viết tắt là người lao động nước ngoài)...

Những quy định trên cho thấy, các văn bản luật hiện hành đã “đánh đồng khái niệm” *lao động nước ngoài* và *lao động là công dân nước ngoài*” nên không quy định các nội dung có liên quan đến *lao động là người nước ngoài không có quốc tịch*.

Do vậy, để cho phép đối tượng này làm việc tại Việt Nam, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ có thể áp dụng pháp luật tương tự. Rõ ràng, nội dung của Điều 2 BLLĐ với các quy định khác trong pháp luật

lao động nước ta thiếu đi sự nhất quán.

Thứ tư, như đã nêu trên, doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, cá nhân, nhà thầu nước ngoài trước khi tuyển dụng lao động là công dân nước ngoài vào làm việc trên lãnh thổ Việt Nam phải giải trình nhu cầu sử dụng lao động và được sự chấp thuận bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Như vậy, ngoài các nguyên tắc trong giao kết HĐLĐ được quy định tại Điều 17 BLLĐ như: tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác và trung thực; tự do giao kết HĐLĐ nhưng không được trái pháp luật, thỏa ước lao động tập thể và đạo đức xã hội, ý chí của lao động là người nước ngoài và NSDLĐ, còn phụ thuộc vào ý chí của Nhà nước. Vì thế, HĐLĐ trong trường hợp này, ngoài yếu tố dân sự còn mang đậm dấu ấn của *yếu tố hành chính*. Đây là đặc trưng dẫn đến tình trạng có thể làm chầm dứt sự kiện pháp lý trong quan hệ lao động mà không phải là lỗi của các bên.

2. Kiến nghị

Thứ nhất, để thống nhất giữa đối tượng áp dụng được quy định tại Khoản 3 Điều 2 BLLĐ: người lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam; đề nghị thay đổi tên gọi của các Điều 169, 170, 171, 172 BLLĐ theo hướng thay cụm từ: “lao động là công dân nước ngoài” bằng cụm từ: “lao động người nước ngoài”; sửa đổi nội dung của các Điều 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175 BLLĐ cho phù hợp với sự thay đổi trên.

Thứ hai, theo quy định của khoản 6 Điều 14 NĐ 87, chuyên gia nước ngoài tham gia hoạt động khoa học và công nghệ tại Việt Nam thuộc đối tượng phải được cấp giấy phép lao động. Thời gian làm việc tại Việt Nam của họ trong hoạt động khoa học công nghệ phụ thuộc vào thời gian của đề tài, công việc mà họ tham gia. Trong khi đó, theo quy định của Điều 173 BLLĐ, thời hạn của giấy phép lao động tối đa là 02 năm. Do vậy, nhằm bảo đảm sự phù hợp với thực tiễn, cần sửa đổi Điều 173 BLLĐ theo hướng để mở thời gian giấy phép lao động đối với một

8 Khoản 1, 2, 5, Điều 3 Luật Quốc tịch.

số trường hợp nhất định. Theo đó, Điều 173 được viết lại như sau:

“Điều 173. Thời hạn của giấy phép lao động

1. Thời hạn của giấy phép lao động tối đa là 02 năm.

2. Trong trường hợp đặc biệt, thời hạn của giấy phép lao động có thể kéo dài hơn 2 năm.

Giao Chính phủ hướng dẫn thi hành.”.

Thứ ba, khoản 2 Điều 170 BLLĐ quy định: “NSDLĐ trước khi tuyển dụng lao động là công dân nước ngoài vào làm việc trên lãnh thổ Việt Nam phải giải trình nhu cầu sử dụng lao động và được sự chấp thuận bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền”⁹ như đã viện dẫn là nhằm hướng đến việc bảo hộ lao động trong nước. Tuy nhiên, khi nền kinh tế nước ta ngày càng hội nhập sâu vào nền kinh tế thế giới, trong bối cảnh Nhà nước ta ký kết nhiều thỏa thuận song phương, đa phương với các nước thì việc lao động người nước ngoài có nhu cầu và được chấp nhận được lao động tại nước ta cũng là điều phổ biến. Bên cạnh đó, theo MRA¹⁰, là thỏa thuận công nhận lẫn nhau trong khuôn khổ AEC (Cộng đồng kinh tế ASEAN) về việc di chuyển lao động giữa các nước trong khu vực trong các lĩnh vực như: dịch vụ tư vấn kỹ thuật (Engineering Services); dịch vụ kiến trúc (Architectural Services); dịch vụ kế toán (Accountancy Services); dịch vụ khảo sát (Surveying Services); dịch vụ điều dưỡng (Nursing Services), hành nghề y (Medical Practitioners); hành nghề dược (Dental Practitioners); hành nghề du lịch (Tourism Professionals), lao động của các nước khu vực ASEAN muốn làm việc tại các quốc gia trong khối phải thực hiện theo quy trình do ASEAN quy định. Ví dụ như đối với dịch vụ kiến trúc (Architectural Services):

- ASEAN thành lập Hội đồng Kiến trúc sư ASEAN (AAC) quản lý việc thực hiện MRA này.

- Mỗi nước ASEAN cũng thành lập một Ủy ban giám sát về dịch vụ kiến trúc tại nước mình để thực hiện quy trình đánh giá và đăng ký cấp phép Kiến trúc sư ASEAN.

- Quy trình đăng ký Kiến trúc sư ASEAN và đăng ký hành nghề tại một nước khác như sau:

Bước 1: Kiến trúc sư đủ điều kiện về trình độ và kinh nghiệm theo quy định trong MRA nộp đơn đăng ký lên Ủy ban Giám sát về dịch vụ Kiến trúc tại nước mình để xin cấp chứng nhận Kiến trúc sư ASEAN (AA);

Bước 2: Ủy ban Giám sát xem xét đơn đăng ký và lập Bản đánh giá, sau đó gửi lên Hội đồng Kiến trúc sư ASEAN để quyết định cấp phép hay không cấp phép chứng nhận Kiến trúc sư ASEAN;

Bước 3: Kiến trúc sư đã được cấp chứng nhận là Kiến trúc sư ASEAN sẽ đủ điều kiện để đăng ký với Cơ quan có thẩm quyền quản lý ngành nghề kiến trúc sư ở một nước ASEAN khác để được cấp phép là Kiến trúc sư nước ngoài có đăng ký (RFA) tại nước đó, nhưng phải tuân theo các quy định và pháp luật liên quan của nước đó;

Bước 4: Kiến trúc sư có RFA có thể hành nghề tự do hoặc phối hợp với các kiến trúc sư của nước sở tại¹¹.

Để đáp ứng yêu cầu nêu trên, cần sửa đổi Điều 170 BLLĐ theo hướng bổ sung quy định: “Đối với lao động người nước ngoài ở quốc gia có thỏa thuận với Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam các nội dung có liên quan đến việc công nhận, trình tự, thủ tục tiếp nhận lao động thì thực hiện theo nội dung thỏa thuận”■

9 Khoản 2 Điều 170 BLLĐ.

10 hay MRAs: Mutual Recognition Arrangements

11 Trần Tố Hào (2016), Các Thỏa thuận thừa nhận lẫn nhau (MRAs) trong Cộng đồng Kinh tế ASEAN (AEC), truy cập tại địa chỉ: [http://congdoan.vn/tin-tuc/lao-dong-nam-chau-507/cac-toa-thuan-thua-nhan-lan-nhau-\(mras\)-trong-cong-dong-kinh-te-asean-\(aec\)-125894.tld](http://congdoan.vn/tin-tuc/lao-dong-nam-chau-507/cac-toa-thuan-thua-nhan-lan-nhau-(mras)-trong-cong-dong-kinh-te-asean-(aec)-125894.tld). Tham khảo đối chiếu với: Building the ASEAN Community Mutual: Recognition Arrangements in Services ASEAN, truy cập tại: <http://www.asean.org/storage/images/2015/October/outreach-document/Edited%20MRA%20Services-2.pdf>.

THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VỀ CẢNH SÁT BIỂN VIỆT NAM VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Nguyễn Quốc Khánh*
Phí Thị Thanh Tâm**

* TS. Đại tá. Trưởng phòng Pháp chế Bộ Tư lệnh Cảnh sát biển Việt Nam.

** TS. Viện Nghiên cứu Lập pháp.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Pháp luật về Cảnh sát biển, lực lượng Cảnh sát biển

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 17/10/2018

Biên tập : 24/10/2018

Duyệt bài : 29/10/2018

Article Infomation:

Keywords: Legal regulations on Coast Guard; Coast Guard

Article History:

Received : 17 Oct. 2018

Edited : 24 Oct. 2018

Approved : 29 Oct. 2018

Tóm tắt:

Ngày 28/3/1998, Ủy ban thường vụ Quốc hội đã ban hành Pháp lệnh Lực lượng Cảnh sát biển Việt Nam¹. Sau 20 năm thực hiện, Pháp lệnh này cùng các văn bản pháp luật liên quan khác đã tạo cơ sở pháp lý để thành lập, xây dựng lực lượng Cảnh sát biển Việt Nam, góp phần tăng cường hiệu lực quản lý nhà nước, hoàn thiện hệ thống pháp luật về biển và thiết lập hệ thống tổ chức bảo đảm thi hành pháp luật trên biển. Tuy nhiên, trước yêu cầu của nhiệm vụ bảo vệ chủ quyền biển đảo của Tổ quốc, pháp luật về Cảnh sát biển Việt Nam đang bộc lộ những hạn chế, bất cập. Vì vậy, hoàn thiện pháp luật về Cảnh sát biển Việt Nam là hết sức cần thiết.

Abstract

On March 28, 1998, the Standing Committee of the National Assembly promulgated the Ordinance on the Vietnam Coast Guard. After 20 years of enforcement, the Ordinance and other relevant legal documents have established a legal ground for the formulation and development of the Vietnam Coast Guard, providing contributions to the strengthening of the state management effectiveness, improvement of the system of legal regulation on sea management and establishment of a governmental force for lawful enforcements on the sea activities. However, upon the requirements of the taskforces protecting the sovereignty of seas and islands, limitations and inadequacies have been revealed in the existing legal regulations on the Vietnam Coast Guard. Therefore, it is necessary for further improvements of the legal regulations on the Vietnam Coast Guard.

Hiện nay, có 04 nhóm văn bản quy phạm pháp luật về cảnh sát biển Việt Nam, đó là: (i). Pháp lệnh Lực

lượng Cảnh sát biển Việt Nam (CSBVN) và các văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Pháp lệnh CSBVN, điều chỉnh

1 Pháp lệnh Lực lượng Cảnh sát biển Việt Nam năm 1998 được sửa đổi, bổ sung năm 2008.

trực tiếp, gián tiếp về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, tổ chức bộ máy, chế độ chính sách của CSBVN; (ii). Các văn bản quy định thẩm quyền của CSBVN, như Bộ luật Tố tụng hình sự, Luật Tố chức cơ quan điều tra hình sự, Luật Xử lý vi phạm hành chính (VPHC), Luật Biển Việt Nam, Bộ luật Hàng hải v.v.; (iii). Các văn bản áp dụng chung với các lực lượng thuộc Bộ Quốc phòng như các văn bản về tổ chức, biên chế; chế độ, chính sách, quản lý nhà nước đối với CSBVN; (iv). Bên cạnh đó, khoảng 16 điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, quy định nhiệm vụ, quyền và nghĩa vụ cam kết quốc tế của Việt Nam do CSBVN trực tiếp hoặc gián tiếp thực hiện. Các văn bản quy phạm pháp luật về cảnh sát biển nêu trên không chỉ là nền tảng pháp lý để xây dựng một lực lượng thực thi pháp luật trên biển mà còn tác động mạnh mẽ đến sự phát triển của lực lượng CSBVN.

1. Thực trạng pháp luật về Cảnh sát biển

1.1 Một số ưu điểm của pháp luật về Cảnh sát biển

Thứ nhất, trong 20 năm qua, các quy định về vị trí, chức năng, nhiệm vụ có tính ổn định, bền vững là cơ sở pháp lý vững chắc để lực lượng CSBVN hoạt động. Đặc biệt, trước yêu cầu thực tiễn, pháp luật về CSBVN đã có những thay đổi kịp thời và quan trọng, như việc quy định Bộ trưởng Bộ Quốc phòng - thành viên Chính phủ quản lý nhà nước đối với CSBVN (trước đây là Bộ Quốc phòng) để tạo điều kiện thuận lợi trong hợp tác quốc tế; hay việc quy định phạm vi hoạt động của lực lượng CSBVN là trên tất cả các vùng biển nội thủy, lãnh hải, tiếp giáp lãnh hải và thềm lục địa của Việt Nam để phù hợp với yêu cầu phòng, chống tội phạm, vi phạm trên biển (trước đây, quy định là từ đường cơ sở trở ra đến ranh giới ngoài của thềm lục địa Việt Nam).

Thứ hai, các quy định về nhiệm vụ hợp tác quốc tế tương đối đầy đủ, phù hợp với các quy định của điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Hiến pháp năm

2013, Luật Biển Việt Nam và Công ước của Liên hiệp quốc về Luật Biển, Bộ luật Hàng hải quốc tế.... là những văn bản pháp lý quan trọng làm cơ sở cho hoạt động đối ngoại của CSBVN. Các văn bản đó vừa là tiền đề, vừa là động lực để lực lượng CSBVN tăng cường hoạt động hợp tác quốc tế.

Thứ ba, quy định pháp luật đã xác định rõ lực lượng CSBVN là cơ quan chuyên trách, một trong những lực lượng nòng cốt bảo vệ an ninh quốc gia.

Thứ tư, quy định về thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của CSBVN tương đối đầy đủ, có sự phát triển phù hợp với yêu cầu giữ gìn an ninh, trật tự, an toàn trên biển.

Thứ năm, quy định về thẩm quyền điều tra hình sự của CSBVN đang từng bước hoàn thiện, tạo điều kiện cho CSBVN thực thi pháp luật trên biển ngày càng hiệu quả, đặc biệt là trong công tác đấu tranh, ngăn chặn tội phạm về ma túy, tội phạm buôn lậu, vận chuyển hàng hóa trái phép qua biên giới trên biển.

1.2 Một số bất cập của pháp luật về Cảnh sát biển

Một là, tính pháp lý của các văn bản pháp luật về Cảnh sát biển còn thấp

Hiện nay, trong hệ thống các văn bản về CSBVN, văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất mới là Pháp lệnh nên hiệu lực thi hành chưa cao, chưa tương xứng với vị trí, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của CSBVN trong tình hình mới. Theo đó, Biển Đông được đánh giá là một trong những vùng biển có nhiều tranh chấp phức tạp nhất thế giới, không chỉ liên quan đến lợi ích của nhiều nước ven Biển Đông, mà còn liên quan đến lợi ích chính trị của nhiều cường quốc hải dương trên thế giới. Tình hình Biển Đông của Việt Nam diễn biến ngày một phức tạp, khó lường, các tình huống liên quan tới quốc phòng - an ninh trên biển liên tiếp xảy ra, do chiến lược, tham vọng kiểm soát biển của một số nước trong khu vực (vụ giàn khoan HD 981 năm 2014; HD 760 năm 2017, các vụ nổ súng vào ngư dân Việt Nam trên biển...);

các mối đe dọa an ninh truyền thống, phi truyền thống, tội phạm có tổ chức, tội phạm xuyên quốc gia về ma túy, buôn lậu, gian lận thương mại; vi phạm pháp luật về an ninh, trật tự, an toàn trên biển. Vì vậy, nhiệm vụ của CSBVN ngày một nặng nề hơn². Ngoài ra, Pháp lệnh đã bộc lộ một số bất cập, hạn chế cần khắc phục để phù hợp với quy định của Hiến pháp năm 2013 và đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật.

Hai là, một số văn bản pháp luật về CSBVN còn quy định chồng chéo, chưa đảm bảo tính thống nhất. Điều này được thể hiện:

Về chức năng CSBVN: Kết quả thực hiện Pháp lệnh đã bộc lộ những hạn chế, bất cập trong việc xác định chức năng với thực hiện chức năng trên thực tiễn. Ngoài ra, những thay đổi lớn của Hiến pháp và hệ thống pháp luật Việt Nam và sự biến động của tình hình kinh tế, xã hội, quốc phòng, an ninh trong vùng biển Việt Nam và biên Đông ngày càng diễn biến căng thẳng hơn, phức tạp hơn là những hạn chế, bất cập và nguyên nhân cơ bản của việc xác định chức năng của CSBVN. Pháp luật hiện hành chưa quy định rõ ràng và thống nhất tính dân sự cho CSBVN.

Về quản lý nhà nước: Điều 2, Điều 23 Pháp lệnh quy định về vai trò quản lý nhà nước của Bộ Quốc phòng đối với CSBVN chưa thống nhất với quy định về vai trò quản lý nhà nước của Bộ trưởng Bộ Quốc phòng tại Nghị định số 96/2013/NĐ-CP ngày 27/8/2013 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều Nghị định số 86/2009/NĐ-CP ngày 19/10/2009 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều Pháp lệnh CSBVN. Khoản 2 Điều 23 Pháp lệnh quy định: “Bộ Quốc phòng chịu trách nhiệm trước Chính phủ thực hiện quản lý nhà nước đối với lực lượng CSBVN...” nhưng Điều 3 Nghị định 96/2013/NĐ-CP

lại quy định: “Bộ trưởng Bộ Quốc phòng chịu trách nhiệm trước Thủ tướng Chính phủ, Quốc hội về quản lý nhà nước đối với lực lượng CSBVN...”. Vì vậy, cần phải có sự sửa đổi, bổ sung và quy định thống nhất trong các văn bản pháp luật về CSBVN.

Về phối hợp hoạt động của CSBVN: Hiện nay có ba Nghị định của Chính phủ, hai Quyết định của Thủ tướng Chính phủ và nhiều thông tư liên tịch, quy chế phối hợp giữa các bộ, ngành điều chỉnh hoạt động phối hợp quản lý nhà nước đối với CSBVN và các lực lượng liên quan, dẫn đến sự chồng chéo nhất định. Ngoài ra, các quy định không thống nhất về thẩm quyền của CSBVN do sự thay đổi của các văn bản pháp luật sau khi Pháp lệnh năm 2008 ra đời, như: quyền trưng dụng tài sản của công dân trong Pháp lệnh năm 2008 không phù hợp với Luật Trưng mua, trưng dụng tài sản năm 2017; Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2018 chưa quy định thẩm quyền điều tra tội cướp biển cho CSBVN...

Ba là, một số quy định còn thiếu, chưa kịp thời bổ sung để đáp ứng các vấn đề thực tiễn đặt ra

Về phạm vi hoạt động của CSBVN: So với phạm vi hoạt động quy định trong Pháp lệnh năm 1998 thì CSBVN hiện nay đã mở rộng phạm vi hoạt động vào nội thủy Việt Nam. Luật Biển Việt Nam năm 2012 cũng quy định, CSBVN hoạt động trong vùng biển Việt Nam. Vì thế, CSBVN có phạm vi hoạt động là trong nội thủy, lãnh hải, vùng tiếp giáp lãnh hải, đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Nhưng pháp luật hiện hành lại chưa quy định phạm vi hoạt động của CSBVN trên vùng biển quốc tế, cụ thể là hoạt động trên vùng biển ngoài vùng biển Việt Nam là vùng biển của quốc gia khác, vùng biển quốc tế được xác định phù hợp với luật pháp quốc tế³.

2 Xem thêm: Tờ trình số 72/TTr-CP/ Tờ trình Dự án Luật CSBVN, ngày 07/3/2018, tr. 2.

3 Công ước 1982 của Liên hiệp quốc về Luật Biển; Hiệp định Hiệp định hợp tác khu vực về chống nạn cướp biển và

Về chức năng tham mưu: CSBVN là lực lượng trực tiếp, thường xuyên hiện diện trên biển. Thông qua hoạt động thực tiễn của mình, CSBVN phát hiện những khó khăn, vướng mắc, bất cập trong thực hiện chính sách, pháp luật về quản lý, bảo vệ biển, đảo; đề xuất với Bộ trưởng Bộ Quốc phòng, kiến nghị với Đảng, Nhà nước về hoàn thiện chính sách, pháp luật và chiến lược quốc phòng, an ninh trong quản lý, bảo vệ biển đảo Việt Nam; kịp thời đề xuất các biện pháp chỉ đạo, đối sách xử lý các tình huống quốc phòng - an ninh trên biển và sửa đổi, bổ sung hoặc thay thế các nội dung của chính sách, pháp luật về CSBVN phù hợp với chức năng, nhiệm vụ được giao. Tuy nhiên, hiện nay Pháp lệnh chưa quy định chức năng tham mưu và chức năng bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia cho CSBVN.

Về chức năng bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia: Hai mươi năm qua, CSBVN đã đấu tranh bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia bằng các biện pháp dân sự, hòa bình (pháp luật, ngoại giao, chính trị, nghiệp vụ..., trong đó biện pháp pháp luật là chủ yếu). Tuy nhiên, Pháp lệnh chưa quy định về chức năng này đối với CSBVN. Mặt khác, thực tế trên thế giới cho thấy, một số quốc gia đã và đang sử dụng các biện pháp dân sự, biện pháp pháp luật để xâm chiếm và xâm phạm chủ quyền, quyền chủ quyền trên biển thông qua “quyền tự do hàng hải”, “quyền đi qua vô hại”; tiến hành khảo sát, đặt giàn khoan... trên biển. Do đó, nếu dùng lực lượng Hải quân với các biện pháp quân sự để chấp pháp thì tính phức tạp và nhạy cảm tăng lên⁴. Vì vậy, để phù hợp với thực tiễn quản lý và bảo vệ biển, đảo Việt Nam trong tình hình mới, chúng ta cần quy định chức

năng bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia cho CSBVN.

Về biện pháp công tác CSBVN: Hiện nay, Pháp lệnh còn thiếu những quy định mang tính nguyên tắc về biện pháp công tác của CSBVN, dẫn đến những khó khăn trong quá trình tổ chức triển khai, trực tiếp hạn chế hiệu quả thu thập thông tin, đấu tranh phòng, chống vi phạm, tội phạm trên biển. Mặt khác, lực lượng nào khi hoạt động cũng phải xác định phương thức hoạt động cần thiết của mình. Tuy nhiên, những nội dung về biện pháp công tác của CSBVN chưa được quy phạm hóa sẽ ảnh hưởng lớn đến sự thống nhất nhận thức và chỉ đạo, điều hành lực lượng thực hiện nhiệm vụ trên thực tế. Do vậy, thực tiễn đặt ra yêu cầu cấp thiết phải luật hóa nội dung này⁵.

Bốn là, một số quy định pháp luật về Cảnh sát biển còn mang tính nguyên tắc, thiếu cụ thể, rõ ràng:

i) Quyền áp dụng các biện pháp nghiệp vụ chưa được quy định cụ thể trong các văn bản quy phạm pháp luật của Chính phủ về biện pháp nghiệp vụ riêng, đặc thù của CSBVN. Vì vậy, CSBVN vẫn tiếp tục áp dụng các biện pháp nghiệp vụ của cơ quan, lực lượng khác. Điều này làm cho hiệu quả công tác thực thi pháp luật của CSBVN bị hạn chế phần nào khi hoạt động nghiệp vụ trong điều kiện, tính chất có nhiều điểm khác biệt so với các lực lượng khác.

ii) Các quy định về nhiệm vụ thu thập, tiếp nhận, xử lý kịp thời thông tin và thông báo cho cơ quan chức năng có liên quan của CSBVN mới chỉ thể hiện rõ trong các văn bản pháp luật về phối hợp trong trao đổi thông tin, tài liệu cần thiết giữa các cơ quan, lực lượng phối hợp. Ngoài ra, công tác thu thập, phân tích và xử lý thông tin vi phạm, tội phạm trên biển được thực hiện thông qua

cướp có vũ trang các tàu thuyền ở châu Á năm 2004 (ReCAAP) quy định lực lượng vũ trang nhân dân hoạt động trên các vùng biển quốc tế, vùng biển đặc quyền kinh tế của các quốc gia khác.

4 Tờ trình số 72/TTr-CP/Tờ trình Dự án Luật CSBVN, tr. 6.

5 Tờ trình số 72/TTr-CP/Tờ trình Dự án Luật CSBVN, tr. 6.

các biện pháp trình sát là những vấn đề quy định trong các văn bản nghiệp vụ ngành; chưa có các văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết, cụ thể vấn đề này.

iii) Chưa quy định rõ chức năng, nhiệm vụ của CSBVN và trách nhiệm phối hợp của các lực lượng, nên đôi khi có sự chồng chéo trong hoạt động trên biển. Thực tiễn hiện nay, trên biển, ngoài CSBVN còn có nhiều lực lượng chức năng khác như lực lượng Hải quân, Hải quan, Kiểm ngư, Biên phòng, Dân quân tự vệ biển, Thanh tra Hàng hải nên cần có quy định rõ ràng, cụ thể hơn về trách nhiệm của các bên trong phối hợp thực hiện chức năng, nhiệm vụ của từng lực lượng, nhất là vai trò của người đứng đầu cơ quan.

iv) Các quy định về nhiệm vụ tham gia tìm kiếm, cứu nạn, khắc phục sự cố trên biển và thực hiện các hoạt động bảo vệ môi trường, tổ chức ứng phó sự cố môi trường biển của CSBVN đang nằm trong các quy định chung, chưa có các quy định riêng cho lực lượng CSBVN, do lực lượng CSBVN chỉ là một trong nhiều lực lượng tìm kiếm, cứu nạn, ứng phó sự cố môi trường trên biển. Hay nói cách khác, CSBVN chỉ được ghi nhận là lực lượng tìm kiếm, cứu nạn, ứng phó sự cố môi trường trong trường hợp được yêu cầu mà không ghi nhận vai trò điều phối của CSBVN trong lĩnh vực này. Điều này trong chừng mực nhất định đã làm hạn chế tính chủ động của CSBVN.

v) Các quy định về nhiệm vụ bảo vệ an ninh quốc gia của CSBVN đã xác định rõ CSBVN là cơ quan chuyên trách, làm nòng cốt bảo vệ an ninh quốc gia trong khu vực biên giới biển, tuy nhiên, các văn bản hướng dẫn thi hành chưa quy định cụ thể, rõ ràng để đảm bảo tránh chồng chéo và tạo thuận lợi khi triển khai thực hiện trong thực tế.

vi) Một số quy định về thẩm quyền

điều tra hình sự của CSBVN chưa phù hợp, chưa cụ thể. Ví dụ, mặc dù cho phép CSBVN khởi tố vụ án, khởi tố bị can, nhưng lại hạn chế quyền áp dụng các biện pháp điều tra như biện pháp ngăn chặn hoặc thẩm quyền giám định. Điều này gây khó khăn cho CSBVN trong hoạt động điều tra tội phạm.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về Cảnh sát biển

2.1 Xây dựng Luật Cảnh sát biển Việt Nam

Hiện nay, tính pháp lý của các văn bản pháp luật về CSBVN còn thấp, văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất về CSBVN mới chỉ là Pháp lệnh, nên hiệu lực thi hành chưa cao. Do vậy, việc xây dựng Luật CSBVN⁶ là cần thiết. Việc xây dựng Luật CSBVN (Luật) cần tập trung vào những vấn đề sau:

Thứ nhất, xác định vị trí pháp lý của CSBVN: Theo chúng tôi, Luật nên quy định rõ: CSBVN là lực lượng vũ trang nhân dân vì: (i) Thực tế thời gian qua, CSBVN thực thi nhiệm vụ trong điều kiện phải đấu tranh với các diễn biến ngày càng phức tạp của các hoạt động xâm phạm chủ quyền, các hành vi vi phạm luật pháp của các đối tượng có vũ trang trên biển. Khi có xung đột vũ trang trên biển thì đây là lực lượng trực tiếp chiến đấu bảo vệ chủ quyền quốc gia trong thế trận chiến tranh nhân dân trên biển. Nếu không xác định là lực lượng vũ trang, tăng cường sức mạnh và phương tiện, trang bị, quản lý vùng biển thì sẽ khó phát huy được vai trò của lực lượng CSBVN; (ii) Mục 5 Điều 3 Luật An ninh quốc gia năm 2004 khẳng định cơ quan chuyên trách bảo vệ an ninh quốc gia thuộc lực lượng vũ trang nhân dân. Khoản c Điều 22 Luật An ninh quốc gia năm 2004 cũng khẳng định CSBVN là cơ quan chuyên trách bảo vệ an ninh quốc gia; (iii) Cảnh sát biển là lực lượng làm nhiệm vụ chấp pháp trên biển, Bộ đội biên phòng làm chấp pháp trên đất liền. Hai lực lượng này liên quan

6 Ngày 8/6/2017, Quốc hội đã thông qua Nghị quyết số 34/2017/QH14 về Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2018 và điều chỉnh Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2017, theo đó Dự thảo Luật CSBVN đã được Quốc hội cho ý kiến tại kỳ họp thứ 5 và dự kiến thông qua tại kỳ họp thứ 6 (khai mạc ngày 22/10/2018).

đến công tác phòng thủ đất nước, khi có chiến tranh xảy ra, khi đất nước bị tấn công thì lực lượng Cảnh sát biển, lực lượng Biên phòng bao giờ cũng phải nổ súng đầu tiên. Bộ đội biên phòng là lực lượng vũ trang nên CSBVN không thể không được xác định là lực lượng vũ trang⁷; iv) Hiện nay, các quốc gia láng giềng nước ta là Trung Quốc đã đưa lực lượng Hải cảnh của họ về Ủy ban Quân sự, Cảnh sát biển của Nhật Bản cũng đã được đưa vào lực lượng phòng vệ quốc gia. Việt Nam cũng nên tham khảo cách làm này.

Thứ hai, về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của CSBVN: Đây là một trong những nội dung quan trọng của Luật. Thực tiễn trên biển hiện nay, ngoài CSBVN còn có nhiều lực lượng chức năng khác, nên cần quy định rõ ràng, cụ thể hơn về trách nhiệm phối hợp trong thực hiện chức năng, nhiệm vụ của từng lực lượng. Những quy định này phải đảm bảo sự phân định cụ thể, không trùng lặp với chức năng, nhiệm vụ của các lực lượng khác. Ví dụ, chức năng của lực lượng CSBVN không trùng lặp với Hải quân, Bộ đội Biên phòng về chức năng bảo vệ chủ quyền quốc gia trên biển; CSBVN với Công an nhân dân, Bộ đội Biên phòng về chức năng quản lý về an ninh trật tự, an toàn xã hội trên biển. Việc xác định chức năng của CSBVN phải phù hợp với tính chất hoạt động của lực lượng, không tạo ra “điểm trống” trên biển nhưng cũng tránh bao trùm và chồng lấn lên chức năng, nhiệm vụ của các lực lượng, cơ quan, tổ chức khác⁸. Đồng thời, Luật cũng cần quy định rõ trách nhiệm phối hợp trong các lĩnh vực cụ thể và của từng bộ, ngành nhằm tránh chồng chéo hoặc bỏ trống địa bàn; bỏ trống lĩnh vực cần quản lý. Bên cạnh đó, Luật cần bổ sung thêm các chức năng, nhiệm vụ của CSBVN như: chức năng bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền

và quyền tài phán quốc gia trên biển; chức năng bảo đảm an ninh, trật tự, an toàn trên biển; nhiệm vụ xử lý các tình huống quốc phòng - an ninh trên biển; biện pháp nghiệp vụ của CSBVN... Ngoài ra, Luật cần quy định cụ thể hơn về nhiệm vụ hợp tác quốc tế của CSBVN. Điều này một mặt tạo cơ sở pháp lý cho CSBVN thực hiện trách nhiệm của quốc gia ven biển; tăng cường mối quan hệ hợp tác quốc tế trong đấu tranh phòng, chống các vi phạm, tội phạm xuyên quốc gia, mặt khác đảm bảo hoàn thiện hệ thống pháp luật về quản lý biển của Việt Nam.

Thứ ba, phạm vi hoạt động: Để đảm bảo an ninh, an toàn cho tàu thuyền Việt Nam hoạt động ở vùng biển quốc tế, vùng biển nước ngoài; để đáp ứng nhu cầu tăng cường hoạt động hợp tác quốc tế của lực lượng CSBVN với các lực lượng thực thi pháp luật trên biển của các quốc gia trong khu vực và thế giới, đấu tranh có hiệu quả với các vi phạm, tội phạm xuyên quốc gia, vi phạm an ninh phi truyền thống, cần quy định trong Luật về phạm vi hoạt động của CSBVN được hoạt động ở vùng biển quốc tế, vùng biển nước ngoài.

Thứ tư, vai trò quản lý nhà nước đối với CSBVN: Luật cần quy định rõ, Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước; Bộ trưởng Bộ Quốc phòng với tư cách thành viên Chính phủ chịu trách nhiệm trước Chính phủ về quản lý nhà nước đối với CSBVN. Quy định này phù hợp với Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 (Điều 33) và các văn bản pháp luật khác có liên quan; đồng thời sẽ đảm bảo tính dân sự trong hoạt động bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia trên biển của CSBVN, trong bối cảnh phức tạp, nhạy cảm của Biển Đông hiện nay.

7 Xem thêm: Thái Bá Dũng, Biên phòng là lực lượng vũ trang, cảnh sát biển cũng phải vậy, <https://tuoitre.vn/bien-phong-la-luc-luong-vu-trang-can-hat-bien-cung-phai-vay-2018060810321847.htm>; Nguyễn Lê, Cảnh sát biển có thuộc lực lượng vũ trang?, <http://vneconomy.vn/canh-sat-bien-co-thuoc-luc-luong-vu-trang-20180608142819429.htm>.

8 Ngọc Thành/VOV.VN, Phải làm rõ vị trí, chức năng của CSBVN, <https://vov.vn/kinh-tri/quoc-hoi/phai-lam-ro-vi-tri-chuc-nang-cua-can-hat-bien-viet-nam-749435.vov>.

Thứ năm, chế độ, chính sách cho CSBVN: Trang bị phương tiện cho CSBVN hiện nay còn khiêm tốn, dù hoạt động của lực lượng CSBVN mang tính đặc thù, chuyên biệt. Cán bộ, chiến sỹ CSBVN phải thường xuyên làm việc trong môi trường khắc nghiệt, nhiều nguy cơ đe dọa đến tính mạng, sức khỏe. Mặt khác, thời gian qua, có nhiều tàu nước ngoài vi phạm lãnh hải Việt Nam nhưng vì lực lượng CSBVN mỏng nên chưa nắm bắt được kịp thời⁹. Vì vậy, Luật cần bổ sung thêm các quy định về chế độ, chính sách để thực hiện mục tiêu trang bị hiện đại cho CSBVN, bảo đảm cho tàu thuyền và trang bị của lực lượng này không chỉ đủ sức quản lý an ninh an toàn trên biển, đấu tranh bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền, quyền tài phán quốc gia trên biển mà còn phải làm chỗ dựa cho ngư dân, bảo đảm cứu hộ cứu nạn trên biển, đủ điều kiện tham gia các hoạt động khác chuyên ngành, quản lý kiểm soát ở khu vực và quốc tế. Việc quy định chế độ chính sách của CSBVN phải phù hợp với thực tiễn của lực lượng, đảm bảo tính kế thừa các quy định của Pháp lệnh CSBVN, Quyết định 25/2012/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về phụ cấp đi biển đặc thù, tạo điều kiện cho CSBVN hoàn thành nhiệm vụ.

2.2 Sửa đổi Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015

Một là, sửa đổi Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015 theo hướng bổ sung thẩm quyền điều tra ban đầu cho CSBVN đối với các tội danh quy định trong Bộ luật Hình sự (BLHS).

Điều 35 Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015¹⁰ quy định: Trong lĩnh vực quản lý của mình, khi thực hiện nhiệm vụ mà phát hiện tội phạm quy định tại Chương XIII (14 Điều quy định các tội xâm phạm an ninh quốc gia) và các điều 188, 189, 227, 235, 236, 237, 242, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 272, 273, 282, 284, 303, 304, 305, 309, 311, 346, 347 và 348 của BLHS xảy ra trên các vùng biển và thềm lục địa của Việt Nam, CSBVN có nhiệm vụ, quyền hạn: quyết định khởi tố vụ án hình sự, khám nghiệm hiện trường, khám xét, lấy lời khai, thu giữ, tạm giữ và bảo quản vật chứng, tài liệu liên quan trực tiếp đến vụ án, trung cầu giám định khi cần thiết, khởi tố bị can, tiến hành các biện pháp điều tra khác theo quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự, kết thúc điều tra và chuyển hồ sơ vụ án cho Viện kiểm sát; áp dụng biện pháp ngăn chặn, cưỡng chế theo quy định. Vấn đề đặt ra là, BLHS có hiệu lực áp dụng đối với mọi hành vi phạm tội hoặc hậu quả của hành vi phạm tội xảy ra trên tàu bay, tàu biển mang quốc tịch Việt Nam hoặc tại vùng đặc quyền kinh tế, thềm lục địa của Việt Nam. Tuy nhiên, CSBVN chỉ được khởi tố theo 39 Điều quy định các tội của BLHS như trên, còn lại đối với các tội khác nếu phát hiện thì chỉ có thể tiến hành một số hoạt động (như tạm giữ, bảo vệ tang vật, hiện trường, thu thập các thông tin... để làm cơ sở, căn cứ cho cơ quan chức năng có thẩm quyền tiến hành các bước xử lý tiếp theo), sau đó phải bàn giao cho các cơ quan chức năng có thẩm quyền xử lý. Mặt khác, có những tội khi xảy ra trên biển¹¹, lực lượng CSBVN là cơ quan chức năng có điều kiện

9 Ngọc Thành, Cần đầu tư để CSBVN đủ mạnh, <https://vov.vn/chinh-tri/quoc-hoi/can-dau-tu-de-can-hat-bien-viet-nam-du-manh-768191.vov>.

10 Ngày 20/6/2017, Quốc hội khóa XIV đã thông qua Luật số 12/2017/QH14 sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Hình sự (BLHS) số 100/2015/QH13 và Nghị quyết số 41/2017/QH14 về việc thi hành BLHS số 100/2015/QH13 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều theo Luật số 12/2017/QH14 và về hiệu lực thi hành của Bộ luật TTHS số 101/2015/QH13, Luật Tổ chức cơ quan ĐTHS số 99/2015/QH13. Ngày 01/01/2018, các Luật trên có hiệu lực.

11 Ví dụ về tội sản xuất, buôn bán, tàng trữ, vận chuyển hàng cấm. Thời gian qua các đối tượng vi phạm, tội phạm trong lĩnh vực này không ngừng gia tăng, đặc biệt là thông qua đường biển để hoạt động (mặt hàng thường xuyên vận chuyển là pháo nỏ, thuốc lá điếu...). CSBVN là lực lượng trực tiếp, thường xuyên hoạt động trên biển, có khả năng cao để phát hiện, bắt giữ. Tuy nhiên, vì không có thẩm quyền nên khi bắt phải bàn giao ngay trong khi địa bàn trên biển rất phức tạp, khó khăn, thời gian có thể kéo dài và nhiều yếu tố chủ và khách quan khác ảnh hưởng đến quá trình xử lý.

nhất để phát hiện, bắt giữ nhưng lại không có thẩm quyền xử lý, không có thẩm quyền khởi tố, điều tra ban đầu nên gây ra rất nhiều khó khăn trong quá trình thực hiện nhiệm vụ được giao. Vì vậy, khi sửa đổi Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015 cần bổ sung thêm thẩm quyền điều tra ban đầu cho CSBVN đối với các tội danh quy định trong BLHS.

Hai là, tăng thêm thời hạn xử lý vụ việc cho CSBVN.

Điều b khoản 1 Điều 35 Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015 quy định: Đối với tội phạm nghiêm trọng, rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng hoặc tội phạm ít nghiêm trọng nhưng phức tạp thì quyết định khởi tố vụ án hình sự, khám nghiệm hiện trường, khám xét, thu giữ, tạm giữ và bảo quản vật chứng, tài liệu liên quan trực tiếp đến việc giải quyết, lấy lời khai, trưng cầu giám định khi cần thiết và chuyển hồ sơ vụ án cho cơ quan điều tra có thẩm quyền trong thời hạn 07 ngày, kể từ ngày ra quyết định khởi tố vụ án. Thực tiễn hoạt động của lực lượng CSBVN cho thấy, việc tuân tra kiểm soát, xử lý vi phạm, tội phạm trên biển gặp rất nhiều khó khăn (khu vực biển xa đất liền, điều kiện thời tiết, khí hậu phức tạp, thông tin liên lạc, đảm bảo an toàn, thu thập, củng cố chứng cứ...) nên quy định thời hạn xử lý 07 ngày đối với các vụ việc phức tạp, liên quan đến nhiều đối tượng là quá ngắn, gặp rất nhiều khó khăn trong quá trình điều tra, xác minh. Vì vậy, khi sửa đổi Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015 cần tăng thêm thời hạn xử lý vụ việc cho CSBVN.

2.3 Sửa đổi Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012

Luật Xử lý vi phạm hành chính (VPHC) năm 2012 được ban hành đã góp phần quan trọng trong công tác đấu tranh, phòng ngừa và chống các hành vi VPHC; đồng thời góp phần giữ vững an ninh trật tự, an toàn xã hội, bảo vệ quyền lợi ích hợp pháp

của nhân dân, nâng cao năng lực quản lý của Nhà nước trên các lĩnh vực của đời sống xã hội. Tuy nhiên, qua sáu năm thực hiện cho thấy vẫn còn những khó khăn, bất cập nhất định. Trên thực tiễn, khi CSBVN thực hiện chức năng, nhiệm vụ rất lúng túng khi áp dụng quy định về thẩm quyền tịch thu tang vật, phương tiện của tổ chức VPHC. Khoản 1 Điều 52 Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định thẩm quyền xử phạt tiền đối với tổ chức gấp 02 lần đối với cá nhân, trong khi đó, thẩm quyền tịch thu tang vật, phương tiện VPHC lại được xác định theo mức tiền phạt (được quy định đối với cá nhân VPHC). Do Luật Xử lý VPHC năm 2012 chưa quy định rõ về thẩm quyền tịch thu tang vật, phương tiện đối với tổ chức VPHC như thẩm quyền phạt tiền đối với tổ chức có hành vi VPHC nên hiện nay có hai cách hiểu và áp dụng khác nhau: (i) Thẩm quyền tịch thu tang vật, phương tiện VPHC đối với hành vi VPHC của tổ chức được xác định theo giá trị tang vật, phương tiện và bằng mức phạt tiền áp dụng đối với hành vi VPHC của cá nhân; (ii) Thẩm quyền tịch thu tang vật, phương tiện VPHC được xác định như thẩm quyền phạt tiền, tức là, thẩm quyền tịch thu tang vật, phương tiện đối với tổ chức VPHC cũng gấp 02 lần đối với cá nhân VPHC. Do vậy, khoản 1 Điều 52 Luật Xử lý VPHC năm 2012 nên được sửa theo hướng: bỏ cụm từ “trong trường hợp phạt tiền” mà chỉ cần quy định “thẩm quyền xử phạt tổ chức gấp hai lần thẩm quyền xử phạt của cá nhân và được xác định theo tỷ lệ phần trăm quy định tại Luật này đối với chức danh đó”. Quy định như vậy sẽ mang tính bao quát hơn, hợp lý hơn vì có thể hiểu thẩm quyền này không chỉ xác định trong trường hợp phạt tiền mà cả đối với trường hợp áp dụng biện pháp tịch thu tang vật, phương tiện VPHC¹²■

12 Thái Thị Tuyết Dung, Những bất cập trong Luật Xử lý VPHC và kiến nghị hoàn thiện, http://nguoibaovequyenloi.com/User/ThongTin_ChiTiet.aspx?MaTT=219201552956312376&MaMT=24

LUẬT TRỌNG TÀI THƯƠNG MẠI NĂM 2010: NHỮNG BẤT CẬP VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Dương Quỳnh Hoa*

* TS. Viện Nhà nước và Pháp luật

Thông tin bài viết:

Từ khóa: trọng tài thương mại, giải quyết tranh chấp, tranh chấp

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 07/08/2018

Biên tập : 24/08/2018

Duyệt bài : 04/09/2018

Article Information:

Keywords: commercial arbitration, dispute resolution, dispute

Article History:

Received : 07 Aug. 2018

Edited : 24 Aug. 2018

Approved : 04 Sep. 2018

Tóm tắt:

Hiệu quả hoạt động của các trung tâm trọng tài chưa thực sự đáp ứng được nhu cầu giải quyết tranh chấp hiện tại của các doanh nghiệp. Một trong những nguyên nhân dẫn đến thực trạng này là do những bất cập, hạn chế trong quy định và việc thực thi Luật Trọng tài thương mại năm 2010. Chính vì vậy, cần có những giải pháp nhằm hoàn thiện Luật này.

Abstract

The performance of the arbitration centers does not really meet the needs of the enterprise community's resolution services for current disputes. One of the reasons leading to the existing situation is the inadequacies and limitations in the regulations and enforcement of the Law on Commercial Arbitration of 2010. Therefore, further improvements to this law is deemed necessary.

Để thúc đẩy hoạt động đầu tư và kinh doanh trong giai đoạn hội nhập hiện nay, Việt Nam đã có nhiều cam kết và hành động mạnh mẽ để cải cách theo hướng kiến tạo nhiều hơn nữa, với mục tiêu xây dựng một môi trường đầu tư kinh doanh với nhiều điều kiện thuận lợi cho nhà đầu tư, đảm bảo quyền lợi hợp pháp của các doanh nghiệp, đồng thời giúp doanh nghiệp có thể làm ăn lâu dài, bền vững tại Việt Nam. Cụ thể là Nhà nước ta đã đặt mục tiêu xây dựng

chính phủ liêm chính, kiến tạo, phát triển, hành động, phục vụ người dân và doanh nghiệp; hoàn thiện thể chế pháp luật, tiếp tục minh bạch hóa hệ thống pháp luật, cải thiện môi trường đầu tư kinh doanh, đảm bảo tính sẵn có và hiệu quả của các phương thức giải quyết tranh chấp để nhà đầu tư có thể an tâm rằng mình có được các phán quyết công bằng cho các tranh chấp của họ, đảm bảo quyền được tự do lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp, đảm bảo hiệu lực thi hành

của các bản án và phán quyết trọng tài.

Tuy nhiên, vẫn còn có một số hạn chế nhất định liên quan đến quy định và thực tiễn thực hiện quy định của Luật Trọng tài thương mại (TTTTM) năm 2010 làm cho nhiều nhà đầu tư nước ngoài còn quan ngại khi lựa chọn phương thức trọng tài để giải quyết tranh chấp. Thực trạng này dẫn đến tỷ lệ các doanh nghiệp FDI đã lựa chọn TTTM để giải quyết tranh chấp thay thế cho tòa án vẫn còn ở mức khiêm tốn (40%)¹, mặc dù đã tăng hơn so với thời gian trước khi có Luật có hiệu lực.

1. Những bất cập của Luật Trọng tài thương mại

Luật TTTM được đánh giá là một bước tiến tích cực nhằm xây dựng cơ chế TTTM tiệm cận với các tiêu chuẩn quốc tế. Luật TTTM đã tiếp thu được những nguyên tắc cơ bản nhất về việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài trên thế giới và trong Luật Mẫu UNCITRAL như nguyên tắc tôn trọng thỏa thuận của các bên, tính độc lập của thỏa thuận trọng tài và quyền được tự xem xét vấn đề thẩm quyền của Hội đồng trọng tài, tính chung thẩm của phán quyết trọng tài, và nguyên tắc bảo mật. Những nguyên tắc cơ bản này là cơ sở đảm bảo hoạt động trọng tài tại Việt Nam hoàn toàn phù hợp với thực tiễn trọng tài thế giới và quan trọng hơn là đưa trọng tài trở thành một phương thức giải quyết tranh chấp hiệu quả, công bằng cho các bên².

Việc ngày càng hoàn thiện khung pháp lý về giải quyết tranh chấp bằng trọng tài đã thể hiện sự phù hợp đối với Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách ngành tư pháp đến năm 2020, là “hoàn thiện chính sách, pháp luật trong lĩnh vực tố tụng tư pháp theo chủ trương khuyến khích giải quyết một số tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải và trọng tài”. Đây là một trong các điều kiện đủ để tạo nên một môi trường đầu tư kinh doanh ổn định và hấp dẫn.

Ở Việt Nam, từ sau khi có Luật TTTM, hoạt động TTTM đã từng bước được củng cố và phát triển. Số lượng vụ, việc được giải quyết bằng trọng tài đang có xu hướng tăng, loại tranh chấp được trọng tài giải quyết cũng đa dạng hơn³, đồng thời, chất lượng giải quyết tranh chấp ngày càng được nâng cao, hoạt động trọng tài đang dần đi theo hướng chuyên nghiệp. Hoạt động trọng tài trong thời gian qua góp phần giải quyết các tranh chấp thương mại nhanh chóng, đảm bảo quyền, lợi ích hợp pháp của các bên tranh chấp, giảm tải cho hoạt động xét xử của Tòa án, nâng cao năng lực cạnh tranh của các doanh nghiệp trong tiến trình hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng của Việt Nam. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đã đạt được nêu trên, trong bối cảnh đất nước đang đẩy mạnh phát triển kinh tế - xã hội và các ngành dịch vụ theo cơ chế thị trường

1 <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/kinh-doanh/2018-05-11/40-dn-fdi-lua-chon-trong-tai-thuong-mai-thay-toa-an-57306.aspx>

2 Nguyễn Mạnh Dũng & Nguyễn Thị Thu Trang, Thực trạng sử dụng TTTM tại Việt Nam - Một số giải pháp nâng cao sức hấp dẫn của trọng tài, <http://dzungsrt.com/category/co-so-du-lieu/hoi-nghi-hoi-thao/>

3 Theo số liệu của Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC), từ năm 2010 đến năm 2016, chỉ tính riêng số lượng vụ việc tranh chấp tại VIAC là 734 việc, tăng 487 việc so với giai đoạn từ năm 2003 đến năm 2009, số vụ việc năm sau tăng cao hơn năm trước. Tham khảo thêm <http://viac.vn/thong-ke/thong-ke-tinh-hinh-giai-quyet-tranh-chap-tai-viac-nam-2017-a1141.html>.

định hướng XHCN, hiện nay vẫn còn một số vấn đề trong việc áp dụng trọng tài để giải quyết tranh chấp thương mại gây ra lo lắng cho các doanh nghiệp, đặc biệt là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Cụ thể như sau:

Thứ nhất, liên quan đến địa điểm tiến hành trọng tài. Trong các vụ việc liên quan đến trọng tài quốc tế, việc lựa chọn địa điểm tiến hành trọng tài đồng nghĩa với việc lựa chọn luật của quốc gia tại nơi tiến hành trọng tài. Đây là điều mà Luật TTTM chưa xác định rõ. Hơn nữa, Luật điều chỉnh tổ tụng trọng tài (Lex arbitri) bị quy định bởi các quy tắc của chính sách công và “trật tự công cộng” (public order) của quốc gia ban hành ra đạo luật này⁴, trong khi ở Việt Nam, khái niệm này không thông dụng, các văn bản hướng dẫn cũng như các tài liệu nghiên cứu cũng chưa đề cập một cách thích đáng. Trước đây, Pháp lệnh TTTM năm 2003 đã dùng khái niệm: “các nguyên tắc của hệ thống pháp luật XHCN” khi quy định: “Trọng tài viên phải tôn trọng thỏa thuận của các bên nếu thỏa thuận đó không vi phạm các nguyên tắc của hệ thống pháp luật XHCN”. Trong quá trình áp dụng Pháp lệnh, đã có nhiều ý kiến cho rằng khái niệm này tạo nhận thức chung chung, mơ hồ, dễ gây tùy tiện cho các bên và cho trọng tài viên trong quá trình giải quyết tranh chấp và đặc biệt gây khó khăn cho các bên là người nước ngoài. Luật TTTM ngoài việc tiếp tục sử dụng khái niệm này, khoản 3, Điều 14 về “Luật áp dụng”, Điều 4(1) quy định “Trọng tài viên phải tôn trọng thỏa

thuận của các bên nếu thỏa thuận đó không vi phạm điều cấm và trái đạo đức xã hội”. Thiết nghĩ rằng, khái niệm “điều cấm” hay “đạo đức xã hội” vẫn tiếp tục là những khái niệm không kém phần khó hiểu và mơ hồ, không có nhiều điểm chung với khái niệm “trật tự công” mà Luật mẫu và các Công ước và nhiều Quy tắc trọng tài trên thế giới đã ghi nhận. Điều đó sẽ là một trong những trở ngại đối với các bên chủ thể tranh chấp có yếu tố nước ngoài, yếu tố quốc tế cũng như đối với các trọng tài viên Việt Nam.

Thứ hai, lý do hủy quyết định trọng tài thường ở dạng “trùng tụng” nên nguy cơ một bên yêu cầu tòa án can thiệp để làm chậm việc thi hành quyết định trọng tài vì trong khi xem xét hủy phán quyết trọng tài thì phán quyết này không thể được thi hành⁵. Một trong các lý do để các doanh nghiệp lựa chọn trọng tài để giải quyết tranh chấp của mình đó là khả năng thi hành của phán quyết trọng tài bởi phán quyết của trọng tài Việt Nam sẽ được thi hành tương tự như bản án của tòa án tại Việt Nam và hơn thế, có khả năng thi hành tại 155 quốc gia thành viên khác của Công ước New York năm 1958 về công nhận và cho thi hành phán quyết trọng tài nước ngoài. Do đó, việc đảm bảo khả năng thi hành của phán quyết trọng tài là một điều kiện tiên quyết để doanh nghiệp cân nhắc khi chọn sử dụng trọng tài để giải quyết tranh chấp. Một trong những mục đích ban hành Luật TTTM là hạn chế việc hủy phán quyết trọng tài. Tuy nhiên, thực tế cho thấy tỷ lệ thi hành phán quyết trọng tài

4 Alan Redfern và Martin Hunter, (1991), Law and Practice of International Commercial Arbitration [Pháp luật và thực tiễn TTTM quốc tế], tái bản lần thứ 2, Nxb. Sweet & Maxwell, London, tr. 100-101.

5 Xem Khoản 1 Điều 66 Luật TTTM năm 2010.

tại Việt Nam là rất đáng lo ngại⁶. Điều này làm giảm niềm tin và hiệu quả của phương thức trọng tài, môi trường pháp lý và kinh doanh của Việt Nam cũng bị ảnh hưởng đáng kể. Một trong số nguyên nhân dẫn đến tình trạng lạm dụng quyền yêu cầu hủy phán quyết trọng tài là do quy định của Luật TTTM không chặt chẽ, thiếu rõ ràng. Điều 68 Luật TTTM về Căn cứ hủy phán quyết trọng tài quy định, “Phán quyết trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam” (điểm đ khoản 2). Phạm trù “nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam” là quá chung chung, không rõ ràng. Vì vậy, việc áp dụng tùy tiện điểm đ khoản 2 Điều 68 Luật TTTM là không thể tránh khỏi. Điều này dẫn đến nguy cơ phán quyết trọng tài bị hủy là rất cao.

Thứ ba, về thủ tục hủy quyết định trọng tài. Theo khoản 10 Điều 71 Luật TTTM, quyết định hủy phán quyết trọng tài là quyết định cuối cùng có hiệu lực thi hành. Điều này có nghĩa, đối với quyết định của Tòa án về hủy phán quyết trọng tài, các bên hội đồng trọng tài không có quyền khiếu nại, các đương sự không có quyền kháng cáo và Viện kiểm sát không có quyền kháng nghị. Quy định này đã thực sự hợp lý hay chưa? Tòa án là cơ chế giám sát bảo đảm tính thượng tôn pháp luật và các giá trị vĩnh cửu của hệ thống pháp luật áp dụng nhưng ai sẽ là người giám sát tòa án nếu Tòa án có vi phạm hoặc ra quyết định chưa thỏa đáng gây ảnh hưởng lớn tới quyền lợi ích hợp pháp của các bên tranh chấp, vì hiện nay không có phúc thẩm và giám đốc thẩm lại các quyết định hủy phán quyết của trọng tài do Tòa án đưa ra.

Thứ tư, Điều 14 Luật TTTM quy định về luật áp dụng giải quyết tranh chấp như sau: “1. Đối với tranh chấp không có yếu tố nước ngoài, Hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật Việt Nam để giải quyết tranh chấp; 2. Đối với tranh chấp có yếu tố nước ngoài, Hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật do các bên lựa chọn; nếu các bên không có thỏa thuận về luật áp dụng thì Hội đồng trọng tài quyết định pháp luật mà Hội đồng trọng tài cho là phù hợp nhất; 3. Trường hợp pháp luật Việt Nam, pháp luật do các bên lựa chọn không có quy định cụ thể liên quan đến nội dung tranh chấp thì Hội đồng trọng tài được áp dụng tập quán quốc tế để giải quyết tranh chấp nếu việc áp dụng không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”. Nếu nhìn nhận quy định này từ góc độ của nguyên tắc quyền tự do định đoạt của các bên tranh chấp thì quy định này là một cản trở pháp lý của quyền tự do. Bởi lẽ, quy định “đối với tranh chấp không có yếu tố nước ngoài Hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật Việt Nam để giải quyết tranh chấp”, đồng nghĩa với việc hạn chế quyền lựa chọn luật áp dụng đối với các bên tranh chấp là công dân Việt Nam.

Luật áp dụng phải bao hàm trong đó luật thủ tục và luật nội dung. Việc lựa chọn luật thủ tục không nhất thiết phải trùng hợp với việc lựa chọn luật nội dung và ngược lại. Khái niệm về *luật điều chỉnh tố tụng trọng tài (lex arbitri)* nhất là trường hợp để cho tố tụng trọng tài được tiến hành ở quốc gia này chịu sự điều chỉnh của luật thủ tục của quốc gia khác đã trở thành chủ đề của nhiều cuộc tranh luận trên các diễn đàn khoa học và thực tiễn trọng tài quốc tế. Nguyên tắc

6 Theo số liệu báo cáo tại Hội nghị Tổng kết 20 năm thực hiện Công ước New York 1958 của Tòa án nhân dân tối cao tại Hà Nội ngày 21/11/2014, từ ngày 01/01/2005 đến ngày 20/06/2014, chỉ có 23 trên tổng số 52 phán quyết trọng tài nước ngoài được công nhận tại Việt Nam (chiếm 44% số phán quyết được yêu cầu).

Theo Báo cáo số 74/BC-BTP ngày 08/4/2016 của Bộ Tư pháp sơ kết 04 năm thi hành Luật TTTM năm 2010, số phán quyết trọng tài được thi hành mới đạt 60% trong tổng số đơn yêu cầu cơ quan thi hành án thi hành phán quyết trọng tài.

bất di bất dịch ở đây là phải cho phép các bên trong tố tụng trọng tài có thể tiến hành thủ tục tố tụng trọng tài theo luật thủ tục mà họ lựa chọn. Nếu luật thủ tục của một quốc gia nào đó có lợi hay quen thuộc đối với các bên khiến họ mong muốn áp dụng thì họ sẽ cố gắng hơn để tiến hành tố tụng trọng tài tại quốc gia đó.

Thứ năm, về trách nhiệm bồi thường thiệt hại của trọng tài viên trong việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời. Theo quy định của Luật TTTM, Hội đồng trọng tài chỉ áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời mà đương sự yêu cầu và đúng với mức tài sản mà đương sự đưa ra. Trong trường hợp, Hội đồng trọng tài áp dụng biện pháp khẩn cấp *khác* hoặc vượt quá yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của bên yêu cầu mà gây ra thiệt hại cho bên bị áp dụng hoặc người thứ ba thì người bị thiệt hại có quyền khởi kiện ra Tòa án để yêu cầu giải quyết bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự⁷. Từ “khác” ở đây được sử dụng không rõ ràng. Có nhiều cách hiểu khác nhau về từ ngữ này: có thể là “khác với yêu cầu của đương sự”, nhưng cũng có thể hiểu là “khác so với luật quy định”, tức là đương sự yêu cầu áp dụng một biện pháp mà không có quy định trong luật và Hội đồng trọng tài vẫn chấp nhận áp dụng theo yêu cầu của đương sự⁸. Nếu trong trường hợp Hội đồng trọng tài áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời khác so với yêu cầu của đương sự mà gây thiệt hại thì phải bồi thường, điều này là đương nhiên. Nhưng đối với trường hợp, Hội đồng trọng tài áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không có quy định trong luật

nhưng vẫn trên cơ sở yêu cầu của các bên đương sự mà gây thiệt hại cho người bị áp dụng hoặc người thứ ba thì Hội đồng trọng tài có phải bồi thường không hay đương sự phải bồi thường? Chính vì sự không rõ ràng này nên thực tế đã dẫn đến nảy sinh một vụ kiện đòi bồi thường thiệt hại đối với Hội đồng trọng tài xảy ra tại trung tâm trọng tài quốc tế bên cạnh Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VIAC)⁹.

Theo chúng tôi, từ “khác” (trong khoản 5 Điều 49) cần phải được hiểu là “khác với yêu cầu của đương sự”. Nếu việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của Hội đồng trọng tài không khác với yêu cầu của đương sự nhưng lại khác với quy định của luật thì các đương sự phải bồi thường thiệt hại. Việc lý giải này xuất phát từ thực tiễn TTTM quốc tế. Hầu hết ở các nước có nền kinh tế thị trường phát triển thì họ đều không có quy định về trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho Hội đồng trọng tài khi áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng, trừ trường hợp vì lý do tham nhũng¹⁰. Việc áp dụng bồi thường thiệt hại không đúng mà gây thiệt hại thì chính người yêu cầu áp dụng phải bồi thường chứ không phải Hội đồng trọng tài vì Hội đồng trọng tài là người được các bên trao cho thẩm quyền xét xử tranh chấp, mang lại công lý cho các bên, chỉ áp dụng biện pháp khẩn cấp theo yêu cầu của các bên. Chính vì thế, luật cũng cần tạo cho Hội đồng trọng tài có một sự độc lập nhất định. Nếu việc áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong trường hợp này dẫn đến nguy cơ bị khởi kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại thì trọng tài viên có thể sẽ rất e dè

7 Khoản 5 Điều 49 Luật TTTM năm 2010.

8 Xem, Trương Duy Lượng (2016), Bình luận Bộ luật Tố tụng dân sự, Luật TTTM và thực tiễn xét xử, Nxb. Tư pháp, H., tr. 250.

9 Theo LS. Nguyễn Mạnh Dũng tại hội thảo về “Trọng tài quốc tế vì thị trường phát triển bền vững và thượng tôn pháp luật” do Trường Đại học Việt Nhật tổ chức ngày 4/8/2017 tại Hà Nội.

10 Xem Trương Duy Lượng, Tlđd, tr. 251

trong việc ra quyết định áp dụng. Mặc khác, việc quy trách nhiệm cho các bên trong trường hợp này để nhằm mục đích nâng cao trách nhiệm của người yêu cầu, hạn chế việc lợi dụng quyền yêu cầu áp dụng để gây thiệt hại cho phía bên kia.

2. Kiến nghị hoàn thiện Luật Trọng tài thương mại

Thứ nhất, cần hướng dẫn cụ thể về các căn cứ hủy phán quyết trọng tài theo hướng thu hẹp phạm vi của căn cứ này bằng việc quy định thế nào là nguyên tắc liên quan đến việc giải quyết tranh chấp trọng tài, những quy định nào được xem là liên quan đến việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, hoặc giới hạn những nguyên tắc đó thuộc Bộ luật Dân sự hay luật nào.

Thứ hai, cần xây dựng cơ chế xét lại quyết định của Tòa án đối với quyết định hủy phán quyết của TTTM. Khi giải quyết yêu cầu hủy phán quyết trọng tài, Tòa án sẽ ra một quyết định, hoặc hủy, hoặc không hủy phán quyết trọng tài. Tuy nhiên, điều đáng nói ở đây là có vụ hủy phán quyết xong thì được xem xét giám đốc thẩm, có vụ lại không được với giải thích “không có quy định về giám đốc thẩm đối với quyết định này”¹¹. Về vấn đề này có ý kiến cho rằng, theo quy định của khoản 10 Điều 71 Luật TTTM, quyết định của Tòa án về việc hủy hoặc không hủy phán quyết trọng tài là quyết định có hiệu lực thì hành ngay, không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm nhưng vẫn có thể bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm nếu phát hiện có vi phạm pháp luật hoặc tình tiết mới. Bởi lẽ, theo quy định của khoản 2 Điều 17 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015: “Bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp

luật mà phát hiện có vi phạm pháp luật hoặc có tình tiết mới theo quy định của Bộ luật này thì được xem xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm hoặc tái thẩm”. Do vậy, không thể hiểu quy định của khoản 10 Điều 71 Luật TTTM theo hướng không áp dụng thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm đối với quyết định của Tòa án. Do đó, quyết định của Tòa án trong trường hợp này vẫn cần thiết phải được xem xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm nếu có vi phạm pháp luật hoặc có tình tiết mới để đảm bảo quyền, lợi ích hợp pháp của các bên¹².

Thứ ba, cần có văn bản hướng dẫn khoản 5 Điều 49 Luật TTTM về trách nhiệm của Hội đồng trọng tài khi áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời khác. Cần giải thích từ “khác” ở đây là *khác so với yêu cầu của đương sự*. Chỉ trong trường hợp Hội đồng trọng tài áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời khác với yêu cầu của đương sự gây ra thiệt hại thì Hội đồng trọng tài mới phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại. Còn khác so với luật định nhưng vẫn trên cơ sở yêu cầu của các đương sự thì Hội đồng trọng tài không phải bồi thường thiệt hại. Trách nhiệm bồi thường trong trường hợp này thuộc về người yêu cầu áp dụng.

Thứ tư, cần loại bỏ quy định hạn chế quyền lựa chọn luật áp dụng đối với các bên tranh chấp là công dân Việt Nam vì quy định đó chỉ trái với nguyên tắc về tự do định đoạt của các bên mà còn trái với nguyên lý về sự phụ thuộc của việc xác định luật áp dụng vào kết quả của sự lựa chọn địa điểm tiến hành trọng tài ■

11 Xem, <http://plo.vn/van-hoa/ho-so-phong-su/moi-lo-huy-phan-quyet-trong-tai-526174.html>

12 Dẫn theo Phạm Thị Hồng Đào, Vai trò của Tòa án đối với hoạt động của TTTM theo Luật TTTM năm 2010 và kiến nghị, <http://www.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=2154>

HOÀN THIỆN CHẾ ĐỊNH QUẢN TÀI VIÊN TRONG LUẬT PHÁ SẢN

Đặng Văn Huy*

* ThS. Cục trưởng Cục Thi hành án dân sự tỉnh Cao Bằng

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Phá sản năm 2014; quản tài viên; phá sản.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/09/2018

Biên tập : 11/10/2018

Duyệt bài : 18/10/2018

Article Information:

Keywords: Law on Bankruptcy of 2014; asset management officer (trustee); bankruptcy

Article History:

Received : 15 Sep. 2018

Edited : 11 Oct. 2018

Approved : 18 Oct. 2018

Tóm tắt:

Một trong những điểm mới quan trọng của Luật Phá sản năm 2014 là quy định về chế định quản tài viên. Để quản tài viên hoạt động có hiệu quả, cần thiết phải làm rõ bản chất pháp lý của chủ thể này, từ đó xác định rõ các nội dung và yêu cầu hoàn thiện pháp luật phá sản nói chung và quy chế pháp lý của quản tài viên nói riêng.

Abstract

One of the important new features of the Law on Bankruptcy of 2014 is the regulations on asset management officer. For the effective performance of the asset management officer, it is necessary to clarify the legal nature of this subject, thereby clearly define the contents and requirements for further improvements of the bankruptcy law in general and the legal regulations on asset management officer in particular

Trong pháp luật thời Việt Nam Cộng hòa, quản tài viên là một *thụ ủy tư pháp* do Tòa án chỉ định và được thù lao bằng tiền phụ cấp do thẩm phán thừa nhiệm thanh quyết toán bằng án lệnh¹. Giải thích cho bản chất thụ ủy tư pháp của quản tài viên, nhóm nghiên cứu và dự hoạch xây dựng Bộ luật Thương mại Việt Nam Cộng hòa năm 1973 cho rằng, “người khánh tận

phải được đại diện vì đã bị tước quyền quản trị tài sản và ở vào tình trạng không còn tiến hành được các hành vi pháp lý đối kháng với chủ nợ; còn các chủ nợ được liên kết thành một khối cá biệt về pháp lý, nên cần phải có một người đại diện hành động nhân danh các chủ nợ”². Tuy nhiên, ở những nước khác trên thế giới, còn có những quan niệm khác hơn về quản tài viên, ví dụ, pháp luật Anh

1 Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ và Nguyễn Tân (1973), Luật Thương mại Việt Nam dẫn giải, Quyển II, Nhóm nghiên cứu và Dự hoạch, Sài Gòn, tr. 1135.

2 Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ và Nguyễn Tân (1973), Luật Thương mại Việt Nam dẫn giải, tldđ, tr. 1135 – 136.

định nghĩa, quản tài viên (trustee) là người nắm giữ các tài sản của con nợ bị phá sản theo quy định của pháp luật để phân bổ cho các chủ nợ³.

Theo quy định của khoản 7, Điều 4 Luật Phá sản năm 2014, “Quản tài viên là cá nhân hành nghề quản lý, thanh lý tài sản của doanh nghiệp, hợp tác xã mất khả năng thanh toán trong quá trình giải quyết phá sản”; trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày ra quyết định mở thủ tục phá sản, thẩm phán tiến hành thủ tục phá sản có quyền chỉ định hoặc thay đổi quản tài viên (khoản 3, Điều 9; khoản 1, Điều 45; và khoản 1, Điều 146).

Bên cạnh đó, Điều 16 Luật Phá sản năm 2014 trao cho quản tài viên có quyền và nghĩa vụ quản lý, giám sát hoạt động kinh doanh của con nợ (khoản 1), đại diện cho con nợ trong trường hợp con nợ không có người đại diện theo pháp luật (khoản 3), báo cáo tình trạng tài sản, công nợ và hoạt động của con nợ, tham gia xây dựng kế hoạch phục hồi hoạt động kinh doanh của con nợ (khoản 3), đề nghị thẩm phán tiến hành các công việc liên quan khác tới thủ tục phá sản (khoản 4), và báo cáo việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình theo yêu cầu của thẩm phán, cơ quan thi hành án dân sự và chịu trách nhiệm trước thẩm phán, cơ quan thi hành án dân sự và pháp luật về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình (khoản 6). Những quy định này cho thấy, theo pháp luật Việt Nam, quản tài viên là người đại diện cho con nợ trong trường hợp con nợ không có đại diện; quản tài viên phải tuân thủ và thực hiện các yêu cầu của thẩm phán, cơ quan thi hành án dân sự.

Ở nhiều nước trên thế giới, “quản tài viên” còn được phân biệt với “người quản lý tài sản do ủy quyền” (official receiver). Theo pháp luật của Úc, người quản lý tài sản do ủy

quyền là người được chỉ định bởi luật hành động như quản tài viên trong thủ tục phá sản khi không có sự chỉ định tư nhân nào đối với người hành nghề phá sản (insolvency practitioner)⁴. Theo pháp luật Anh, người quản lý tài sản do ủy quyền là một viên chức nhà nước thuộc Cơ quan của chính phủ về vỡ nợ (the Government’s Insolvency Service) có nhiệm vụ bảo đảm trật tự phá sản do tòa án chỉ định và có trách nhiệm: (1) điều tra tình trạng tài chính và hoạt động của con nợ (kể cả các chứng cứ bất thường hoặc hoạt động phạm tội); (2) tiến hành ngay lập tức việc soát tài sản và sản nghiệp của con nợ; (3) liên hệ với tất cả các chủ nợ để mời họ chứng minh bất kỳ yêu cầu nào đối với bất kỳ khoản nợ nào chống lại con nợ phá sản; (4) có thể kiểm soát thư từ giao dịch của con nợ bị phá sản; (5) có thể yêu cầu tòa án ra án lệnh thu giữ hộ chiếu của con nợ bị phá sản; (6) dàn xếp việc đóng băng tài khoản của con nợ bị phá sản; (7) trong thời hạn 12 tuần theo trình tự phá sản, tiến hành họp hội nghị chủ nợ để chỉ định quản tài viên; và (8) trở thành quản tài viên, nếu không một quản tài viên nào được chỉ định, trong khi đó quản tài viên là người có quyền kiểm soát toàn bộ sản nghiệp của con nợ và có các trách nhiệm sau: *thứ nhất*, định đoạt tài sản của con nợ và bảo đảm giá bán tài sản công bằng vì lợi ích chi trả cho các chủ nợ; *thứ hai*, bảo đảm toàn bộ quá trình bán tài sản và chia cho các chủ nợ một cách công bằng; *thứ ba*, đối thoại với các chủ nợ và các đại diện thu hồi tài sản của họ; *thứ tư*, thông báo với con nợ một cách đầy đủ về các quyền của con nợ; *thứ năm*, tiến hành các biện pháp ngăn cản vụ kiện (nếu cần thiết); *thứ sáu*, xem xét toàn bộ tình trạng của con nợ và đưa ra những giải pháp chính thức để con nợ thoát khỏi những khoản nợ⁵.

3 Lord Hailsham of St. Marylebone - Lord High Chancellor of Great Britain (1973), Halsbury’s Laws of England, Fourth Edition, Butterworths, London, tr. 286.

4 Mark McKillop (2012), What can creditors do if the “Official Receiver” is the trustee in bankruptcy?, markmckillopbarrister.

5 Bankruptcy Today (2018), Official Receiver & Trustee In Bankruptcy, <http://bankruptcy-today.co.uk/>

Do tính chất là một cơ chế hay một phương thức lấy nợ tập thể, ngăn cản việc lấy nợ riêng rẽ trên tài sản còn lại của con nợ, và tòa án là cơ quan nhà nước có thẩm quyền hỗ trợ cho quá trình phá sản, cho nên quản tài viên có bản chất pháp lý là người thụ ủy tư pháp đứng ở trung tâm của mối quan hệ đại diện phát sinh bởi luật. Quản tài viên vừa đại diện cho con nợ bị phá sản, vừa đại diện cho các chủ nợ⁶. Bởi con nợ có thể theo khuynh hướng tự làm nghèo cho mình để trốn tránh trách nhiệm trả nợ, có thể trả nợ riêng cho chủ nợ theo sự lựa chọn của mình, và xét ở khía cạnh quản trị, con nợ yếu kém về quản trị dễ dẫn đến tình trạng phá sản, nên buộc con nợ phải hành động qua một trung gian trong một số hoạt động, nhất là trong mối quan hệ liên quan tới các chủ nợ. Do đó liên quan tới con nợ, quản tài viên thực hiện nhiệm vụ quản trị sản nghiệp của con nợ. Sản nghiệp là một thuật ngữ pháp lý chỉ tổng thể quyền và nghĩa vụ về tài sản nằm trong nhân cách pháp lý của thể nhân, pháp nhân mà bao gồm phân tích sản và phân tiêu sản⁷. Bởi không con nợ nào được lấy nợ riêng rẽ trên khối tài sản còn lại của con nợ để bảo đảm phá sản là một cơ chế lấy nợ tập thể, nên buộc bất kỳ con nợ nào cũng phải hành động qua một trung gian minh bạch và mọi người có thể kiểm soát được. Do đó liên quan tới các chủ nợ, quản tài viên thực hiện nhiệm vụ là đại diện cho các chủ nợ để không chủ nợ nào được hành động riêng rẽ trên sản nghiệp của con nợ.

Như vậy, so với kinh nghiệm của các nước trên thế giới có chế định quản tài viên tồn tại nhiều năm nay, chế định về quản tài viên trong pháp luật phá sản của nước ta còn nhiều hạn chế. Cụ thể, Luật Phá sản năm 2014 chưa đề cập tới các tiêu chuẩn hành nghề, đạo đức nghề nghiệp, các tranh chấp pháp lý liên quan tới quản tài viên, trách nhiệm pháp lý của quản tài viên và chấm dứt tự cách quản tài viên. Bên cạnh đó, quy định về quyền, trách nhiệm của quản tài viên còn chưa bảo đảm cho chế định này vận hành có hiệu quả trên thực tế.

Vẫn biết rằng một đạo luật không thể bao quát được toàn bộ các vấn đề của phá sản. Song việc lựa chọn cách thức pháp điển hóa luôn luôn phải được coi trọng. Chỉ có thể lựa chọn được cách thức pháp điển hóa khi người ta nắm vững được phạm vi và nội dung, cũng như logic của các vấn đề pháp lý liên quan. Vì vậy nếu không hiểu biết rõ về quản tài viên và không hiểu biết đầy đủ mối liên hệ của nó trong tổng thể luật phá sản thì khó có thể xây dựng được qui chế pháp lý đầy đủ về quản tài viên. Ở Canada, ngoài Đạo luật về Phá sản và Vỡ nợ (The Bankruptcy and Insolvency Act) hiện hành đưa ra các quy tắc chung về quản tài viên, còn có một Bộ quy tắc đạo đức của quản tài viên (The Code of Ethics for Trustees) gắn với đạo luật đó như một phần không thể tách rời. Trong đạo luật này có khoảng 38 điều quy định về quy tắc chung của riêng quản tài viên bao quát khá đầy đủ các nội dung của quy chế pháp lý của quản tài viên. Bên cạnh đó Bộ quy tắc đạo đức của quản tài viên chứa đựng 53 quy tắc cụ thể liên quan tới tiêu chuẩn về nghề nghiệp và thực hành nghề nghiệp quản tài viên.

Để quản tài viên hoạt động có hiệu quả trên thực tế, qua đó nâng cao hiệu lực, hiệu quả của Luật Phá sản năm 2014, góp phần thúc đẩy tăng trưởng kinh tế và bảo đảm môi trường pháp lý lành mạnh cho hoạt động kinh doanh hướng tới hội nhập quốc tế sâu, rộng, chúng tôi nhận thấy, cần thiết phải tiến hành các công việc sau:

Thứ nhất, sửa đổi, bổ sung Luật Phá sản năm 2014 một cách căn bản sau khi đã nghiên cứu kỹ lưỡng về các mô hình luật phá sản và logic bên trong của chúng;

Thứ hai, thiết lập đầy đủ quy chế pháp lý của quản tài viên sau khi đã xác định bản chất và đặc điểm pháp lý của nó theo các mô hình luật phá sản tương ứng;

Thứ ba, xây dựng Bộ quy tắc ứng xử của quản tài viên ở Việt Nam, nâng cao năng lực, phẩm chất của quản tài viên, đáp ứng yêu cầu đặc thù của hoạt động quản lý, thanh lý tài sản trong giải quyết phá sản ■

6 Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ và Nguyễn Tân (1973), Luật thương mại Việt Nam dẫn giải, tidd, tr. 1135.

7 Ngô Huy Cương (2015), Bình luận các quy định về pháp nhân trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi), Tạp chí Dân chủ và Pháp luật – Số chuyên đề sửa đổi, bổ sung Bộ luật Dân sự, Nxb. Tư pháp, tr. 44 – 45.

KINH NGHIỆM CỦA NHẬT BẢN VỀ ĐÁNH GIÁ TÁC ĐỘNG SÁP NHẬP DOANH NGHIỆP

Trương Trọng Hiếu*

Nguyễn Ngọc Thứ**

* ThS. Khoa Luật Kinh tế, Trường ĐH Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh

** ThS. Khoa Luật kinh tế, Trường ĐH Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: sáp nhập, kiểm soát sáp nhập, tác động của sáp nhập, tác động đơn phương, tác động phối hợp.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/09/2017

Biên tập : 24/08/2018

Duyệt bài : 04/09/2018

Article Infomation:

Keywords: merger, merger control, merger impact, unilateral impact, coordinated impact.

Article History:

Received : 14 Sep. 2017

Edited : 24 Aug. 2018

Approved : 04 Sep. 2018

Tóm tắt:

Cơ quan cạnh tranh Nhật Bản (JFTC) luôn áp dụng quy trình rà soát chặt chẽ đối với các vụ sáp nhập doanh nghiệp, đặc biệt là quá trình đánh giá tác động của vụ sáp nhập đó đối với cạnh tranh. Quá trình này được tiến hành trên từng lĩnh vực thương mại có liên quan của vụ việc, với khung đánh giá dựa vào hai cơ chế gây tác động của vụ việc, là tác động đơn phương và tác động phối hợp. Theo đó, bộ tiêu chí sử dụng cũng đa dạng và được phân tích kỹ lưỡng. Cách làm này là những gợi ý hay cho quá trình hoàn thiện quy chế kiểm soát sáp nhập ở Việt Nam trong thời gian tới.

Abstract

The Japan Fair Trade Commission always conducts rigorous reviews of procedures for business mergers, particularly the assessments of the merger impacts on the aspect of competition restriction. This reviewing process is carried out for each of particular trade areas of the case, with a benchmarking based on two impact mechanisms, namely unilateral impact and coordinated one. Accordingly, the applicable benchmark to be used is also variable and thoroughly analyzed. This approach is a good suggestion for the process of finalizing the Merger Regulation in Vietnam in the coming time.

Tại kỳ họp thứ năm Quốc hội khoá XIV, Luật Cạnh tranh sửa đổi năm 2018 đã được Quốc hội thông qua. Luật Cạnh tranh sửa đổi năm 2018 đã thể hiện cách tiếp cận mới trong kiểm soát cạnh tranh của Việt Nam. Một trong những nội dung thể hiện xu

hướng tư duy pháp lý chung của lĩnh vực là các quy định về kiểm soát sáp nhập. Khi Luật này có hiệu lực, trước khi đưa ra quyết định cuối cùng, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia sẽ phải tiến hành đánh giá tác động của vụ sáp nhập doanh nghiệp. Tuy nhiên, do phạm

vi điều chỉnh của hình thức văn bản luật, các quy định về đánh giá tác động sáp nhập chưa được thể hiện đầy đủ, vì vậy, nội dung này cần được tiếp tục chi tiết trong văn bản hướng dẫn thi hành trong thời gian tới. Việc nghiên cứu quy định pháp luật của Nhật Bản về đánh giá tác động sáp nhập doanh nghiệp sẽ góp phần cung cấp thêm thông tin hữu ích cho cơ quan có thẩm quyền trong soạn thảo và hoàn thiện văn bản hướng dẫn thi hành này.

1. Khung đánh giá

Để đánh giá chính xác khả năng gây tác động của vụ sáp nhập, cụ thể là nhóm doanh nghiệp sau sáp nhập, đối với cạnh tranh và thị trường, Cơ quan Cạnh tranh Nhật Bản (JFTC) xem xét cả khả năng nhóm doanh nghiệp sáp nhập đơn phương thực hiện lần kết hợp hành động cùng với các doanh nghiệp đối thủ khác để kiểm soát giá hay các yếu tố khác của thị trường. Vì vậy, khung đánh giá được triển khai theo hai dạng thức: (i) đánh giá tác động đơn phương, và (ii) đánh giá tác động phối hợp. Đương nhiên, một vụ việc cụ thể nên được rà soát ở cả hai góc độ này.

Ngoài ra, để phân tích tác động, khung đánh giá ở mỗi dạng thức cũng đòi hỏi cơ quan cạnh tranh sử dụng những bộ tiêu chí phù hợp. Bên cạnh nhiều tiêu chí giống nhau, mỗi dạng thức sẽ phải huy động thêm các tiêu chí đánh giá riêng cho khung đánh giá của mình. Đặc biệt, tuy có sự giống nhau về tiêu chí, nhưng việc nhìn nhận và sử dụng tiêu chí đó ở các dạng thức cũng có thể khác nhau, tùy theo khung đánh giá của dạng thức đó.

1.1 Đánh giá tác động đơn phương

Để đánh giá khả năng gây hạn chế cạnh tranh của nhóm doanh nghiệp sáp nhập theo dạng thức này, trước hết cần tiến hành xem xét sản phẩm trên thị trường là đồng nhất và khác biệt.

Cụ thể, trên thị trường sản phẩm đồng nhất, nếu nhóm công ty sáp nhập tăng giá

sản phẩm và những người kinh doanh khác không tăng giá, người tiêu dùng sẽ thay đổi nhà cung cấp sang những người kinh doanh khác đó, và nói chung, doanh số bán hàng của nhóm doanh nghiệp sáp nhập sẽ giảm trong khi doanh số bán hàng của những nhà kinh doanh khác sẽ tăng. Vì vậy, trong nhiều vụ việc, sẽ khó khăn cho nhóm công ty sáp nhập kiểm soát giá và các vấn đề khác. Tuy nhiên, có trường hợp, năng lực sản xuất và bán hàng của nhóm doanh nghiệp sáp nhập lớn trong khi những cơ sở kinh doanh khác thì nhỏ. Khi đó, nếu nhóm công ty sáp nhập tăng giá thì trong một vài tình huống nào đó, những người kinh doanh khác có thể không có khả năng gia tăng bán hàng mà không tăng giá; hoặc người sử dụng cũng có thể không có khả năng thay đổi người cung ứng sang người kinh doanh khác. Trong những vụ việc như vậy, trạng thái thị trường có vẻ là nhóm công ty sẽ có chút ít khả năng kiểm soát giá và các nhân tố khác của thị trường. Kết quả, tác động của vụ sáp nhập theo chiều ngang là có thể gây hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể¹. Vì vậy, cũng có thể nói rằng, việc tìm kiếm một hay một vài doanh nghiệp đối thủ có “khả năng” không chế lại nhóm doanh nghiệp sáp nhập khi thị trường có sản phẩm đồng nhất là cực kỳ quan trọng và có ý nghĩa².

Nếu sản phẩm trên thị trường là khác biệt, chẳng hạn như thương hiệu... thì khi giá hàng hoá của một thương hiệu nào đó tăng, người sử dụng sản phẩm thương hiệu đó không có ý định mua sản phẩm của thương hiệu khác để thay thế “một cách bừa bãi”. Hay chí ít, người sử dụng có thể mua sản phẩm thương hiệu khác, nhưng là sản phẩm ở vị trí ưu tiên tiếp theo trong danh sách lựa chọn của họ so với sản phẩm lựa chọn đầu tiên. Đối với các vụ việc như vậy, nếu nhóm công ty sáp nhập tăng giá sản phẩm lựa chọn đầu tiên mà cũng bán luôn sản phẩm có thương hiệu thứ hai (là sản phẩm có khả năng thay thế cao) thì việc tăng doanh số bán

1 JFTC, Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning review of business combination, June 11, 2011, Phần IV Mục 1.

2 Hayashi, Merger Regulation in the Antimonopoly Law, p. 82.

hàng sản phẩm thứ hai sẽ bù đắp cho phần doanh số mất đi của sản phẩm thứ nhất. Điều này cho thấy khả năng nhóm công ty sau sáp nhập có thể sẽ quyết định tăng giá, không giảm hoặc vẫn giữ được mức tổng doanh số bán hàng. Vì vậy, khi sản phẩm khác biệt về thương hiệu... nếu vụ sáp nhập diễn ra giữa các công ty kinh doanh các sản phẩm thay thế và các nhà kinh doanh khác không bán sản phẩm đó, một tình huống có thể xảy ra là nhóm công ty sẽ có khả năng kiểm soát giá và các yếu tố khác của thị trường. Hay nói cách khác, tác động của vụ sáp nhập theo chiều ngang khi đó là có thể gây hạn chế cạnh tranh³.

Thông thường, vụ sáp nhập theo chiều dọc và hỗn hợp không làm giảm số lượng doanh nghiệp cạnh tranh, vì vậy, có mức ảnh hưởng thấp hơn vụ sáp nhập theo chiều ngang. Tuy nhiên, vẫn có vụ việc mà khả năng hạn chế cạnh tranh xảy ra do sự khép kín hay loại trừ của thị trường hoặc do bởi cơ chế phối hợp giữa các công ty sau sáp nhập. Cho nên, việc đánh giá tác động của vụ sáp nhập theo chiều dọc và hỗn hợp vẫn rất cần thiết, và cũng phải tiến hành dựa trên khung đánh giá cơ bản nói trên.

Cụ thể, cơ chế tác động đơn phương trong các vụ việc này được nhìn nhận như sau: khi vụ sáp nhập theo chiều dọc kết thúc, các công ty khác sẽ mất đi cơ hội tiến hành hoạt động thương mại thực sự và các giao dịch trong nhóm công ty sáp nhập có thể làm phát sinh thị trường khép kín hoặc loại trừ. Ví dụ, khi một nhà sản xuất sản phẩm cuối cùng có thị phần lớn và mua nguyên liệu thô từ nhiều nhà cung ứng sáp nhập với một trong số các nhà cung ứng và sau đó chỉ sử dụng nguyên liệu thô của nhà cung ứng đó, các công ty cung ứng khác xem như mất đi cơ hội kinh doanh với nhà sản xuất là một khách hàng lớn. Ngược lại, giả định một cung ty cung ứng nguyên liệu thô có thị phần lớn và cung ứng nguyên liệu cho nhiều

nhà sản xuất sản phẩm cuối cùng. Nếu công ty cung ứng này sáp nhập với một trong số nhà sản xuất và chỉ cung cấp nguyên liệu cho một nhà sản xuất đó thì các nhà sản xuất khác sẽ mất đi cơ hội tiếp cận với một nhà cung ứng nguyên liệu lớn. Nguy hiểm hơn, nếu một nhà sản xuất lớn sáp nhập với một nhà phân phối lớn thì tình huống thật sự khó khăn cho các nhà sản xuất khác tham gia thị trường trừ khi họ thiết lập được hệ thống phân phối của riêng mình, và vì vậy, vụ sáp nhập sẽ có tác động lớn lên cạnh tranh⁴.

Cũng tương tự, vụ sáp nhập hỗn hợp có thể tạo ra thị trường khép kín và loại trừ khi nó tăng cường khả năng kinh doanh nói chung của nhóm công ty sáp nhập. Ví dụ, nếu vụ sáp nhập làm tăng cường khả năng kinh doanh của nhóm công ty, chẳng hạn như khả năng mua sắm nguyên liệu thô, năng lực công nghệ, năng lực marketing, tài chính, thương hiệu hoặc khả năng quảng cáo hay sức cạnh tranh được tăng cường thì các doanh nghiệp đối thủ sẽ rất khó khăn trong việc thực hiện các hành vi cạnh tranh, khả năng khép kín và loại trừ của thị trường của nhóm doanh nghiệp sáp nhập đó có thể càng gia tăng⁵.

1.2 Cơ chế tác động phối hợp

Cơ chế đánh giá tác động phối hợp được sử dụng để cơ quan cạnh tranh rà soát khả năng các công ty sau sáp nhập phối hợp hành động với các công ty đối thủ để kiểm soát thị trường. Theo hướng dẫn của JFTC, khung đánh giá theo dạng thức này có thể được mô tả như sau: khi nhóm công ty sáp nhập tăng giá, những công ty khác sẽ cố gắng tăng doanh số bán hàng mà không tăng giá. Lúc đó, theo lẽ thường, nhóm công ty sáp nhập sẽ giảm giá về mức cũ, thậm chí còn thấp hơn và cố gắng giành lại phần doanh số bán hàng từ các công ty đối thủ.

Tuy nhiên, cần phải lưu ý đến một đặc điểm cực kỳ quan trọng trong sáp nhập theo chiều ngang là cấu trúc thị trường thay đổi và

3 JFTC, Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning review of business combination, June 11, 2011, Phần IV, Mục 1.

4 JFTC, tldd, Phần V, Mục 1.

5 Tldd.

số lượng doanh nghiệp đối thủ giảm xuống. Vì vậy, nhóm doanh nghiệp có thể đoán được hành động của các công ty khác còn lại với khả năng chính xác cao. Từ đó, nhóm công ty sáp nhập sẽ đưa ra các phương thức kinh doanh có thể dễ dàng nhận được sự phối hợp của các công ty đối thủ, vì hành động như vậy cũng sẽ mang lại lợi nhuận cho họ. Trong tình huống đó, quyết định tăng giá của nhóm công ty sáp nhập sẽ được các đơn vị kinh doanh khác cùng thực hiện theo.

Thậm chí, ngay cả khi có đơn vị kinh doanh độc lập nào đó giữ nguyên mức giá để tăng doanh số thì các đơn vị kinh doanh khác cũng dễ đoán được sự khác biệt trong cơ chế giá. Kết quả, các đơn vị kinh doanh độc lập còn lại sẽ giảm giá về mức cũ, kể cả là thấp hơn, để giành lại phần doanh số mà một đơn vị kinh doanh độc lập nào đó đã có được. Lợi nhuận kỳ vọng mà đơn vị kinh doanh độc lập vừa tạm thời có được khi duy trì chiến lược bán hàng giá thấp (giữ nguyên giá cũ mà không tăng) sẽ thấp hơn so với lợi nhuận có được nếu như đơn vị đó tăng giá như giá tăng của nhóm công ty sáp nhập. Trong bối cảnh đó, sự lựa chọn tối ưu của các công ty đối thủ khác rõ ràng không phải là giữ nguyên mức giá, mà phải là giá phối hợp sau khi được nhóm công ty sáp nhập tung ra. Hay nói cách khác, khi các tình huống như vậy xảy ra bởi hiện tượng sáp nhập, giá phối hợp tăng sẽ có khả năng mang lại lợi nhuận cao hơn cho mỗi công ty thay vì phải cố gắng gia tăng doanh số bán hàng bằng cách giữ giá ban đầu. Vì vậy, có vẻ như sẽ xuất hiện tình huống là các công ty sáp nhập có khả năng nhất định trong việc kiểm soát giá và các yếu tố khác thông qua cơ chế phối hợp hành động giữa nó và các công ty đối thủ. Nếu cơ quan cạnh tranh nhận diện được mối nguy cơ này thì vụ sáp nhập có thể được kết luận là có khả năng tạo ra hạn chế cạnh tranh đáng kể trên lĩnh vực thương mại cụ thể đó. Tóm lại, vấn đề quan trọng nhất trong phân tích tác động là xem

xét: (i) có hay không các công ty đối thủ có khả năng tăng cung, (ii) họ có đủ động lực (do các công ty sáp nhập tăng giá) để tăng cung hay không⁶.

Các tình huống này có thể diễn ra trong các vụ sáp nhập chiều dọc hay hỗn hợp theo cơ chế như sau: giả sử, khi một nhà sản xuất và một nhà phân phối tiến hành sáp nhập chiều dọc thì nhà sản xuất có thể biết được thông tin giá cả của đối thủ thông qua các hợp đồng giữa đối thủ với nhà phân phối là một bên sáp nhập. Kết quả, các nhà sản xuất trong đó có nhà sản xuất trong vụ sáp nhập có khả năng rất lớn dự đoán được hành động của nhau. Trong các vụ việc như vậy, có thể xuất hiện tình huống là nhóm công ty sau sáp nhập và các đối thủ có khả năng kiểm soát giá và các yếu tố thị trường khác, vì vậy tác động của vụ sáp nhập chiều dọc có thể gây hạn chế cạnh tranh. Điều này cũng diễn ra tương tự đối với vụ sáp nhập hỗn hợp⁷.

2. Tiêu chí đánh giá

Đối với tiêu chí đánh giá tác động sáp nhập doanh nghiệp ở Nhật Bản, cần lưu ý mấy điểm sau: *một là*, JFTC sử dụng kết hợp nhiều tiêu chí khác nhau đánh giá tác động của vụ sáp nhập. Không một tiêu chí nào trong số đó được xem là tiêu chí quan trọng nhất hay mang tính quyết định; *hai là*, việc lựa chọn tiêu chí đánh giá phụ thuộc vào khung đánh giá của mỗi dạng thức. Như đề cập ở trên, mặc dù có nhiều tiêu chí được sử dụng cả ở khung phân tích tác động đơn phương lẫn đánh giá tác động kết hợp, nhưng ý nghĩa khai thác đối với mỗi tiêu chí trong mỗi dạng thức đánh giá là khác nhau.

2.1 Thị phần và chỉ số HHI

Đối với JFTC, thị phần vẫn là một tiêu chí không thể thiếu trong đánh giá tác động của vụ sáp nhập đối với cạnh tranh trên thị trường. Tuy nhiên, tiêu chí này chỉ là một trong những cơ sở để xác định vị thế và mối tương quan của doanh nghiệp trên thị trường. Vẫn dựa trên cơ sở thị phần, tương

6 Hayashi, *Merger Regulation in the Antimonopoly Law*, p. 86.

7 JFTC, *Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning review of business combination*, June 11, 2011, Phần V, Mục 1.

tự với quy định kiểm soát sáp nhập trong nhiều hệ thống pháp luật, chỉ số HHI được sử dụng như một điểm nhấn đặc biệt trong kiểm soát các vụ việc này so với các vụ việc cạnh tranh khác. Đây là chỉ số phản ánh mức độ tập trung thị trường của doanh nghiệp trên thị trường trong một lĩnh vực thương mại cụ thể nào đó⁸. Tuy nhiên, JFTC không sử dụng tiêu chí này làm căn cứ để khẳng định vụ sáp nhập có khả năng gây hạn chế cạnh tranh mà ngược lại là để kết luận về vụ việc không xảy ra khả năng đó. Vì vậy, JFTC không cần phải tiến hành các bước phân tích tiếp theo.

Cụ thể, đối với vụ sáp nhập theo chiều ngang, khi nhóm công ty sau sáp nhập rơi vào một trong các trường hợp sau đây thì nó thông thường được xem là không có khả năng gây hạn chế cạnh tranh:

a) Chỉ số HHI sau sáp nhập không lớn hơn 1.500.

b) Chỉ số HHI sau sáp nhập cao hơn 1.500 nhưng không cao hơn 2.500 trong khi mức tăng HHI không lớn hơn 250.

c) Chỉ số HHI sau sáp nhập lớn hơn 2.500 trong khi mức tăng không lớn hơn 150⁹.

Đối với vụ sáp nhập chiều dọc hoặc hỗn hợp, JFTC hướng dẫn rằng, khi các chỉ số có liên quan của nhóm công ty sau sáp nhập được mô tả trong trường hợp một hay hai bên dưới thì tác động của vụ sáp nhập chiều dọc hay hỗn hợp có thể được xem là không đáng kể.

a) Thị phần của nhóm công ty sau sáp nhập không lớn hơn 10% trong toàn bộ các lĩnh vực thương mại mà các công ty hoạt động.

b) Chỉ số HHI không lớn hơn 2.500 và thị phần của nhóm công ty sau sáp nhập

cũng không lớn hơn 25% trong toàn bộ các lĩnh vực thương mại mà nhóm công ty hoạt động¹⁰.

Cần nhắc lại là, vụ sáp nhập không thuộc các trường hợp này không có nghĩa là đương nhiên có khả năng gây hạn chế cạnh tranh. Điều này thường được quyết định dựa trên thực tế của mỗi vụ việc. Để xác định một cách chắc chắn, việc đánh giá tác động của vụ việc sẽ phải được tiến hành một cách kỹ lưỡng trước khi JFTC đưa ra kết luận cuối cùng. Tuy nhiên, cũng cần phải nói thêm là từ các vụ việc trước đây, HHI không lớn hơn 2.500 và thị phần của nhóm công ty sau sáp nhập cũng không lớn hơn 35% thì khả năng vụ sáp nhập gây hạn chế cạnh tranh là rất thấp. Đối với vụ sáp nhập chiều dọc hay hỗn hợp, trong nhiều vụ việc trước đây, kết luận tương tự có thể được đưa ra nếu HHI không lớn hơn 2.500 và thị phần sau sáp nhập không lớn hơn 35%¹¹.

Thực ra, trong những thập kỷ trước, Nhật Bản chỉ dựa vào tổng thị phần kết hợp của các bên sáp nhập để chứng minh rằng có hay không vụ sáp nhập “có thể có khả năng hạn chế cạnh tranh ở một lĩnh vực thương mại nào đó”. Ví dụ, trong vụ *Toho - Subaru* năm 1951, Tòa Tối cao Tokyo đưa ra lập luận để dừng lại vụ sáp nhập là thị phần kết hợp vượt quá 50%¹². Sau này, cùng với thị phần kết hợp, JFTC có sự liên kết nhiều yếu tố cạnh tranh thay vì chỉ quan tâm đến cấu trúc thị trường; ví dụ, phân tích trong vụ *the Yawata-Fuji merger* (còn được gọi là vụ *Nippon Steel Corporation*) năm 1969. Theo Akira Inoue, JFTC đã đưa ra tuyên bố như sau khi xem xét vụ việc này: “...ngay cả khi tổng thị phần của các bên rất cao, (...) điều kiện ‘có khả năng gây hạn chế cạnh tranh ở một lĩnh vực thương mại cụ thể nào đó’ cũng không thật sự rõ ràng”¹³

8 JFTC, Tlđđ, Phần IV, Mục 2, Tiêu mục 1.

9 JFTC, Tlđđ, Phần IV, Mục 1, Tiêu mục 3.

10 JFTC, Tlđđ, Phần V, Mục 1, Tiêu mục 3.

11 JFTC, Tlđđ, Phần IV.

12 Akira Inoue, *Antitrust Enforcement in Japan: History, Rhetoric and Law of the Antimonopoly Act* (Japan: Dai Ichi Hoki Co., Ltd., 2012), p. 193.

13 Akira Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual Law, Cases, and Interpretation of Japanese Antimonopoly Act*, vol. 27, *International Competition Law Series* (Kluwer law International, 2007), p. 86.

Đặc biệt, JFTC “không từ chối thắng thừng” một vụ sáp nhập dù có tổng thị phần rất cao từ năm 2001¹⁴. Bởi lẽ, theo JFTC, tiêu chí “có khả năng gây hạn chế cạnh tranh ở một lĩnh vực thương mại bất kỳ” tự nó đã cho thấy cạnh tranh có thể bị ảnh hưởng dù thị phần kết hợp của các bên không cao¹⁵ và ngược lại. Tương tự, trong vụ *Furukawa-Sky - Sumitomo Light Metal*,¹⁶ hoặc vụ *SII Nano Technology - Hitachi High-Technology*¹⁷ năm 2012, JFTC cũng quyết định không dừng lại vụ việc do phân tích dựa trên nhiều yếu tố khác nhau. Hay nói cách khác, trong khoảng thời gian về sau, JFTC đã có thể chấp nhận vụ sáp nhập trong kết luận cuối cùng dù trước đó có thể đã từng khẳng định là hai bên phải dừng lại con số thị phần vượt ngưỡng¹⁸. Trở lại vấn đề, rõ ràng cùng với HHI và nhiều tiêu chí khác, việc đánh giá tác động vụ sáp nhập ngày càng trở nên cần thiết hơn đối với hoạt động kiểm soát sáp nhập ở Nhật Bản.

2.2 Cạnh tranh giữa các bên trong quá khứ

Theo nhận định của JFTC, thị trường có sự cạnh tranh mạnh mẽ giữa các công ty hay có những hoạt động thúc đẩy giá cạnh tranh sẽ có thể giảm thiểu nguy cơ tăng giá cũng như giúp cải thiện chất lượng và sự đa dạng của hàng hoá. Trong những tình huống như vậy, ngay cả khi thị phần kết hợp của các bên hay vị trí của họ không cao, thì vụ sáp nhập cũng có khả năng tác động đáng kể lên cạnh tranh nếu nó loại bỏ cơ hội cắt giảm giá hoặc cải thiện chất lượng sản phẩm. Giả sử, sức cạnh tranh giữa các bên sáp nhập trước khi sáp nhập là rất lớn và việc thị phần của bên này tăng lên sẽ làm cho thị phần của bên kia giảm xuống, khi đó JFTC đã khẳng định, nếu tiến hành sáp nhập, việc sụt giảm doanh số bán hàng của bên này là kết quả có

được của bên kia nên các bên sẽ có khả năng tăng giá mà vẫn không bị mất tổng doanh số bán hàng của nhóm công ty. Vì vậy, điều này sẽ có tác động rất lớn lên cạnh tranh¹⁹.

2.3 Mối tương quan trên thị trường giữa bên sáp nhập và các công ty đối thủ

Theo JFTC, sự khác biệt về thị phần giữa nhóm công ty và đối thủ càng lớn, mức độ ảnh hưởng cạnh tranh của nhóm công ty sáp nhập càng cao. Ngược lại, nếu các công ty đối thủ có thị phần bằng hoặc lớn hơn thị phần của nhóm công ty sáp nhập thì các công ty đó là nhân tố cản trở nhóm công ty kiểm soát giá và hay các yếu tố thị trường khác trong một chừng mực nào đó. Cho nên, vấn đề không phải là thị phần bao nhiêu, mà là mức chênh lệch hay sự bất cân xứng về thị phần giữa các công ty đối thủ và nhóm doanh nghiệp sáp nhập như thế nào. Đặc biệt, JFTC cũng lưu ý rằng, nếu hàng hoá trên thị trường có tính dị biệt về thương hiệu và có khả năng thay thế giữa các sản phẩm của các bên thì sự thay thế giữa sản phẩm của các công ty đối thủ và nhóm công ty sáp nhập cần phải được xem xét. Khi đó, nếu khả năng thay thế của sản phẩm là nhỏ thì ngay cả khi sự khác biệt về thị phần giữa nhóm công ty và đối thủ cạnh tranh không hề lớn, vụ sáp nhập vẫn được xem là có ít tác động đến cạnh tranh²⁰.

2.4 Sức ép nhập khẩu

Khi có sức ép cạnh tranh nhất định từ nhập khẩu, sức ảnh hưởng của vụ sáp nhập đến cạnh tranh có thể sẽ nhỏ hơn. Tiêu chí này được sử dụng tương tự như việc đánh giá sức ép về cung, từ các thị trường lân cận trong nước. Các rào cản có tác động đến nhập khẩu vì vậy sẽ là những nhân tố được xem xét để đánh giá về khả năng và mức độ tự do hành động của các công ty sáp nhập.

14 Inoue, *Antitrust Enforcement in Japan: History, Rhetoric and Law of the Antimonopoly Act.*, p. 192.

15 Hayashi, *Merger Regulation in the Antimonopoly Law*, p. 39.

16 JFTC, *Report on Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2012* (Japan, June 5, 2013), p. 23–43.

17 *Tlđđ.*, p. 57–73.

18 Inoue, *Japanese Antitrust Law Manual Law, Cases, and Interpretation of Japanese Antimonopoly Act*, p. 27:85.

19 JFTC, *Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning review of business combination*, June 11, 2011, Phần IV, Mục 2, Tiểu mục 1.

20 JFTC, *Tlđđ.*

Nhưng trước hết, tiêu chí này được xem xét ở khía cạnh nếu người tiêu dùng có thể dễ dàng chuyển sang dùng sản phẩm nhập khẩu và sự chuyển hướng đó là đáng kể khi mà nhóm công ty tăng giá sản phẩm. Như đã nói, việc có hay không sức ép cạnh tranh từ nhập khẩu đủ lớn có thể được xem xét mà không cần quan tâm có hay không việc nhập khẩu đó đã được thực hiện hay chưa ở hiện tại mà thông qua việc xem xét toàn bộ các điều kiện:

i) Mức độ cản trở về mặt thể chế.

ii) Mức chi phí vận tải hàng nhập khẩu và các tồn tại trong phân phối. Nếu không có vấn đề gì về chi phí và phân phối đối với hàng nhập khẩu thì có thể nói rằng, đó là môi trường thị trường khá thân thiện đối với hàng nhập khẩu.

iii) Khả năng thay thế giữa sản phẩm nhập khẩu và sản phẩm của nhóm công ty sản xuất.

iv) Khả năng cung ứng về cung từ bên ngoài²¹.

2.5 Sức ép từ thị trường lân cận

Theo JFTC, nếu có sức ép cạnh tranh lớn từ thị trường lân cận, hoặc khi có khả năng sản phẩm cạnh tranh sẽ thay thế nhu cầu về hàng hoá là rất lớn trong tương lai thì điều đó cần được đánh giá như là một nhân tố ảnh hưởng đến cạnh tranh trên một lĩnh vực thương mại đặc thù. Điều này cũng phù hợp khi mà sản phẩm cạnh tranh có khả năng thay thế cho nhu cầu đối với những sản phẩm đang bị thu hẹp thị trường. Điều này sẽ được phân tích và đánh giá khi xác định được hai yếu tố: (i) hàng hoá cạnh tranh và (ii) thị trường lân cận²².

2.6 Khả năng gia nhập thị trường

Nếu việc gia nhập thị trường thuận lợi và có vẻ một doanh nghiệp mới sẽ xuất hiện và có thể tìm kiếm lợi nhuận bằng cách bán hàng với mức giá thấp hơn nếu nhóm công

ty tăng giá thì nhóm công ty sẽ không tăng giá bán đó có thể bị mất doanh số bán hàng về tay người chơi mới. Vì vậy, nếu sức ép gia nhập lớn, nó được xem như là một nhân tố cản trở nhóm công ty kiểm soát giá và các yếu tố khác của thị trường trong một chừng mực nào đó:

i) Mức độ cản trở của rào cản thể chế.

ii) Mức độ cản trở gia nhập thị trường trên thực tế.

iv) Mức độ thay thế giữa sản phẩm mới và sản phẩm của nhóm công ty.

v) Khả năng gia nhập thị trường²³.

2.7 Sức ép từ phía cầu

Nếu người tiêu dùng có vị thế trong việc thương lượng trước nhóm công ty sáp nhập thông qua các mối quan hệ thương mại, trong một chừng mực nhất định, điều đó có thể là nhân tố ảnh hưởng đến nhóm công ty trong việc kiểm soát giá và các yếu tố khác của thị trường. Để xem xét có hay không sức ép cạnh tranh từ phía người tiêu dùng, các điều kiện liên quan đến các mối quan hệ kinh doanh giữa nhóm công ty sáp nhập và người tiêu dùng cần phải được đánh giá kỹ lưỡng:

i) Cạnh tranh giữa những người tiêu dùng

ii) Sự dễ dàng thay đổi nhà cung cấp

iii) Thị trường sụt giảm²⁴.

Trong khung đánh giá ở dạng thức tác động phối hợp, các yếu tố sức ép cạnh tranh từ nhập khẩu, gia nhập, hay thị trường lân cận... được nhìn nhận theo khuynh hướng: khi sức ép nhập khẩu đủ lớn, nếu các công ty trong nước tăng giá nội địa thông qua cơ chế phối hợp thì họ sẽ mất ngay doanh số bán hàng bởi sự bành trướng của hàng nhập khẩu. Điều này cho thấy có ít khả năng là các công ty sẽ hành động phối hợp²⁵. Và sức ép cạnh tranh từ thị trường lân cận và từ phía

21 JFTC, Tlđđ., Phần IV, Mục 2, Tiêu mục 2.

22 JFTC, Tlđđ., Phần IV, Mục 2, Tiêu mục 4.

23 Tlđđ, Phần IV, Mục 2, Tiêu mục 3.

24 Tlđđ, Phần IV, Mục 2, Tiêu mục 5.

25 JFTC, Guidelines to Application of the Antimonopoly Act concerning review of business combination, June 11, 2011, Phần IV, Mục 3.

người tiêu dùng có thể là yếu tố loại trừ khả năng phối hợp hành động hoặc loại trừ khả năng nhóm công ty và các đối thủ khỏi việc kiểm soát giá và các yếu tố thị trường khác.

Một số tiêu chí đặc thù khác cũng sẽ được sử dụng khi đánh giá tác động phối hợp là thực tiễn thương mại, khuynh hướng tiêu dùng, đổi mới công nghệ....

3. Thực tế rà soát sáp nhập ở Nhật Bản

Trên thực tế, trong quá trình rà soát các vụ việc sáp nhập tại JFTC, các tiêu chí nêu trên hầu như được huy động tối đa. Điển hình như vụ sáp nhập giữa Công ty Nippon Steel và Công ty TNHH Sumitomo Metal Industries năm 2012²⁶. Sau khi xác định các lĩnh vực thương mại có liên quan trong vụ sáp nhập, JFTC đã tiến hành phân tích và đánh giá tác động của vụ việc trên từng lĩnh vực. Kết quả đánh giá cho thấy, vụ sáp nhập có thể gây hạn chế cạnh tranh đáng kể ở lĩnh vực này nhưng có thể không gây hạn chế cạnh tranh ở lĩnh vực kia. Khi đó, giải pháp xử lý chỉ được đưa ra ở những lĩnh vực mà vụ sáp nhập có tác động xấu.

Xét về nghiệp vụ, tại mỗi lĩnh vực thương mại cụ thể, sau khi xác định rõ thị trường (sản phẩm và địa lý) liên quan, JFTC xác định và phân tích rõ từng tiêu chí trong bộ tiêu chí đánh giá. Tiếp theo đó, việc đánh giá đã được triển khai theo từng cơ chế gây ra tác động của nhóm công ty sau sáp nhập, là tác động đơn phương hay tác động phối hợp.

Đơn cử, trong lĩnh vực thép mạ điện không định hướng, một trong số lĩnh vực thương mại được xác định có liên quan trong vụ việc, JFTC đã dựa vào các tiêu chí phân tích gồm: (i) sự thay đổi cấu trúc thị trường, (ii) cạnh tranh trong quá khứ, (iii) công suất dư thừa của mỗi công ty, (iv) áp lực từ nhập khẩu, và (v) áp lực cạnh tranh từ phía cầu²⁷.

Khi đánh giá tác động đơn phương, JFTC nhận thấy, sau vụ sáp nhập, có một đối thủ cạnh tranh lớn trên thị trường, nhưng nó không có nhiều khả năng sản xuất dư thừa.

Vì vậy, JFTC lưu ý là, khi mà các bên trong vụ sáp nhập tăng giá, đối thủ này cũng sẽ gặp khó khăn để tăng lượng cung ứng một cách hiệu quả. Đặc biệt, trên cơ sở tiêu chí sức ép từ nhập khẩu, JFTC nhận định đối với dòng sản phẩm cao cấp, các nhà sản xuất nước ngoài không sản xuất các sản phẩm với chất lượng cao theo nhu cầu của người sử dụng tại các cơ sở trong nước và áp lực nhập khẩu không được nhận thấy. Trên thực tế, chỉ có một số sản phẩm thứ cấp được nhập khẩu. Một lượng người sử dụng trong nước sẽ đổi sang dùng các sản phẩm của nhà sản xuất nước ngoài nếu giá trong nước tăng, nhưng họ bày tỏ rằng, so với các sản phẩm của nhà sản xuất nội địa, sản phẩm của các nhà sản xuất ở nước ngoài không có chất lượng như đòi hỏi của người tiêu dùng trong nước dành cho các cơ sở sản xuất nội địa. Điều này được hiểu là sức ép từ nhập khẩu không quá mạnh. Ngoài ra, không phải là dễ dàng để cho người tiêu dùng trong nước thay đổi nhà sản xuất cung ứng nên sức ép cạnh tranh từ phía cầu cũng không được nhận diện. Do đó, kết luận cuối cùng của JFTC về cơ chế tác động này là vụ sáp nhập sẽ giúp nhóm công ty sau sáp nhập có thể quyết định giá cả... trong một chừng mực nào đó²⁸.

Với tác động ở dạng thức phối hợp, JFTC phân tích, do sau vụ sáp nhập, số lượng các công ty ở thị trường trong nước về thép tấm dẫn điện không định hướng sẽ giảm từ ba xuống hai công ty nên vụ việc này sẽ giúp cho các bên dễ dàng hơn so với trước đó trong việc tiến hành hoạt động kinh doanh thông qua cách thức hợp tác với nhau. Đặc biệt, cơ chế phối hợp còn có khả năng xảy ra lớn hơn khi áp lực từ nhập khẩu lên dòng sản phẩm cao cấp không được nhận diện. Áp lực từ nhập khẩu lên dòng sản phẩm thứ cấp cũng không phải lớn. Áp lực cạnh tranh từ những người dùng cũng không có. JFTC vì vậy đã coi vụ việc sáp nhập có khả năng hạn chế đáng kể sự cạnh tranh²⁹.

26 Trương Trọng Hiếu, Luật cạnh tranh: Quy định và tình huống, Nxb. Đại học Quốc gia TP Hồ Chí Minh, 2016, tr. 116.

27 Xem Tlđđ, 123-127.

28 Xem Tlđđ, 127-128.

29 Xem Tlđđ, 128-129.

4. Luật Cạnh tranh năm 2018 của Việt Nam và một số vấn đề lưu ý

Khắc phục nhược điểm của cơ chế kiểm soát sáp nhập cứng nhắc, phụ thuộc hoàn toàn vào tiêu chí duy nhất là thị phần kết hợp của các doanh nghiệp sáp nhập, Luật Cạnh tranh sửa đổi năm 2018 (Luật Cạnh tranh) đã áp dụng cách thức tiếp cận mới trong kiểm soát sáp nhập doanh nghiệp. Cụ thể, theo quy định của Điều 30 của Luật Cạnh tranh, vụ sáp nhập bị cấm là vụ sáp nhập “có tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam”. Vì vậy, quá trình rà soát sáp nhập phải có sự cải tiến kèm theo: *một là*, cơ quan cạnh tranh cần phải tiến hành thẩm định của vụ sáp nhập để xác định có hay không có tác động hay khả năng gây tác động một cách đáng kể của vụ sáp nhập đó; *hai là*, thủ tục thông báo chỉ là cơ sở bước đầu làm căn cứ cho quá trình rà soát.

Theo quy định của Điều 33 Luật Cạnh tranh, ngưỡng thông báo tập trung kinh tế được xác định căn cứ vào một trong các tiêu chí sau đây:

- Tổng tài sản trên thị trường Việt Nam của doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế;
- Tổng doanh thu trên thị trường Việt Nam của doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế;
- Giá trị giao dịch của tập trung kinh tế;
- Thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế.

Và từ các căn cứ ban đầu này, việc tiến hành thẩm định vụ sáp nhập sau đó của cơ quan cạnh tranh Việt Nam sẽ dựa trên các nội dung sau:

- Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trên thị trường liên quan;
- Mức độ tập trung trên thị trường liên quan trước và sau khi tập trung kinh tế;
- Mọi quan hệ của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trong chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định hoặc ngành,

ngành kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế là đầu vào của nhau hoặc hỗ trợ cho nhau;

- Lợi thế cạnh tranh do tập trung kinh tế mang lại trên thị trường liên quan;
- Khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế tăng giá hoặc tăng tỷ suất lợi nhuận trên doanh thu một cách đáng kể;
- Khả năng doanh nghiệp sau tập trung kinh tế loại bỏ hoặc ngăn cản doanh nghiệp khác gia nhập hoặc mở rộng thị trường;
- Yếu tố đặc thù trong ngành, lĩnh vực mà các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế.

Có thể nói, cách thức tiếp cận của Luật mới phù hợp với xu hướng và kinh nghiệm của thế giới, cũng như của Nhật Bản. Tuy nhiên, để đảm bảo tính khả thi của Luật, cần lưu ý một số điểm sau:

Một là, Chính phủ cần ban hành một Nghị định riêng đưa ra quy định hướng dẫn chi tiết đối với quá trình rà soát sáp nhập.

Hai là, nội dung hướng dẫn cần nêu rõ phương thức đánh giá tác động của vụ việc. Trong đó, xác định khung đánh giá cơ bản và cách thức tiếp cận đối với từng hình thức sáp nhập: chiều ngang, dọc hay hỗn hợp.

Ba là, cần hệ thống và xây dựng bộ tiêu chí mẫu sử dụng cho quá trình đánh giá đối với từng dạng thức. Đặc biệt, cần nghiên cứu đặc điểm thị trường để xác định mức HHI có khả năng tạo ra sức mạnh thị trường cho doanh nghiệp trong bối cảnh nền kinh tế Việt Nam.

Bốn là, thông số HHI cần phải được sử dụng và là một trong những nhân tố quan trọng trong bộ tiêu chí đó. Điều này được lý giải về mặt lý thuyết cũng như kinh nghiệm của Nhật Bản (và nhiều nước) là bởi HHI đã là thông số có thể phản ánh rõ nét hơn mức độ tập trung thị trường của nhóm doanh nghiệp sau sáp nhập■

TĂNG THUẾ THUỐC LÁ Ở VIỆT NAM VÀ KINH NGHIỆM CẢI CÁCH THUẾ THUỐC LÁ Ở MỘT SỐ QUỐC GIA

Nguyễn Hạnh Nguyên*

Phan Thị Lan Phương**

* ThS. Tổ chức HealthBridge Canada tại Việt Nam

** TS. Đại học Quốc gia Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: thuốc lá, thuế thuốc lá, cải cách thuế thuốc lá

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/10/2018

Biên tập : 22/10/2018

Duyệt bài : 26/10/2018

Tóm tắt:

Thuốc lá là sản phẩm được hạn chế tiêu dùng vì gây ra những tác hại lớn đối với sức khỏe con người. Các quốc gia trong đó có Việt Nam đã và đang tích cực thực hiện các biện pháp kiểm soát thuốc lá. Tăng thuế đối với thuốc lá là biện pháp được sử dụng phổ biến vì làm giảm tiêu dùng thuốc lá hiệu quả, mang lại nhiều lợi ích khác cho xã hội và có thể làm tăng nguồn thu cho ngân sách nhà nước.

Article Information:

Keywords: tobacco; tobacco taxation; tobacco taxation reform

Article History:

Received : 05 Oct. 2018

Edited : 22 Oct. 2018

Approved : 26 Oct. 2018

Abstract

Tobacco is a product under the encouragement of limited consumption because of its provision of great harms to the human health. A number of countries including Vietnam have been actively carrying out tobacco consumption control measures. Tax increase on tobacco is normally used as a common measure because it effectively reduces tobacco consumption, provides other benefits to the society, and may increase the revenues to the state budget.

1. Vai trò của thuế thuốc lá

Thuốc lá là sản phẩm hạn chế tiêu dùng vì gây ra những tác hại lớn đối với sức khỏe con người. Trên thế giới hiện nay, nhiều nước đánh thuế tiêu thụ đặc biệt (TTĐB) đối với thuốc lá với mức thuế suất đặc biệt cao nhằm mục tiêu kiểm soát tiêu dùng đối với loại sản phẩm có hại này.

Nhiều bằng chứng đã cho thấy, tăng giá các sản phẩm thuốc lá thông qua biện pháp tăng thuế là biện pháp hiệu quả nhất để

giảm tiêu dùng thuốc lá. Thuế cao hơn làm tăng giá thuốc lá, khiến một bộ phận người hút thuốc lá bỏ thuốc, hoặc giảm thiểu số lượng điếu hút và ngăn chặn một bộ phận bắt đầu hút thuốc. Tăng thuế thuốc lá không chỉ giúp những người đang hút thuốc lá bỏ thuốc, quan trọng hơn nó giúp ngăn chặn ngay từ đầu việc hút thuốc của giới trẻ, thế hệ tương lai của xã hội. Đa số những người hút thuốc hiện tại đều bắt đầu hút thuốc từ khi còn trẻ. Việc tăng thuế thuốc lá sẽ khiến thanh thiếu niên ít có điều kiện mua thuốc

lá hơn, nhờ đó giúp bảo vệ các thể hệ tương lai khỏi bệnh tật, tử vong sớm do thuốc lá gây ra.

Theo Tổ chức Y tế thế giới, trung bình khi giá thuốc lá tăng 10% sẽ làm giảm sử dụng thuốc lá khoảng 4% tại các nước có thu nhập cao và 5% tại các nước có thu nhập trung bình và thấp. Biện pháp thuế đặc biệt có hiệu quả với nhóm thanh thiếu niên, ước tính khi giá thuốc lá tăng khoảng 10% thì sẽ giảm sử dụng thuốc lá khoảng 10% hoặc hơn ở nhóm trẻ tuổi¹.

Ngân hàng Thế giới và Tổ chức Y tế thế giới đánh giá, chính sách giá và thuế là một trong những chính sách quan trọng nhất để kiểm soát tiêu dùng thuốc lá và có vai trò chiếm tới 50% trong việc giảm cầu. Bên cạnh lợi ích cơ bản là làm giảm sử dụng thuốc lá qua đó giảm bệnh tật, tử vong và gánh nặng kinh tế do việc sử dụng thuốc lá, tăng thuế thuốc lá còn giúp tăng thu thuế của Nhà nước. Chính vì vậy, tăng thuế được gọi là biện pháp có lợi đôi đường: lợi cho sức khỏe người dân và lợi cho ngân sách nhà nước.

Ở Việt Nam, với một nửa dân số đang ở độ tuổi dưới 30, ước tính với mức thuế tăng thêm 5.000 đồng cho mỗi bao thuốc sẽ giúp giảm 1,8 triệu người hút thuốc và sẽ giúp tránh được tử vong sớm cho khoảng một triệu người Việt Nam; việc áp dụng thuế suất tuyệt đối trong cơ cấu thuế TTĐB đối với mặt hàng thuốc lá và tăng thuế thường xuyên cho đến khi chiếm tới 70% giá bán lẻ thuốc lá sẽ đóng góp đáng kể vào việc ngăn chặn các bệnh không lây nhiễm².

2. Quá trình cải cách thuế thuốc lá ở Việt Nam và tác động của tăng thuế

Luật Thuế TTĐB ở Việt Nam ra đời từ năm 1990, ngay từ thời điểm đó, thuốc lá đã

là đối tượng chịu thuế TTĐB.

Trong thời gian từ năm 1990 đến năm 2005, thuế suất thuế TTĐB được đánh ở các mức khác nhau đối với các sản phẩm thuốc lá tùy vào loại sản phẩm và xuất xứ của nguyên liệu đầu vào³.

Giai đoạn từ năm 2006-2016: Việt Nam đã tiến hành 3 lần điều chỉnh thuế⁴, cụ thể:

+ Năm 2006, thuế TTĐB đối với mặt hàng này được điều chỉnh từ các mức 25%, 45%, 65% thành một mức thống nhất là 55% tính trên giá xuất xưởng.

+ Năm 2008, thuế TTĐB được tăng từ 55% lên 65% giá xuất xưởng.

+ Năm 2016: thuế suất thuế TTĐB tăng từ 65% lên 70% giá xuất xưởng. Nhìn chung các lần tăng thuế này đều có biên độ tăng khá nhỏ (mức tăng thuế thấp) và không liên tục hàng năm. Cùng thời gian đó, thu nhập người dân đã tăng lên nhiều lần, vì vậy, tác động của việc tăng thuế rất hạn chế về cả mức độ giảm tiêu dùng và tăng thu ngân sách. Điều này thể hiện qua các con số dưới đây:

Năm 2006, Chính phủ điều chỉnh thuế 3 mức về một mức làm tổng tiêu dùng thuốc lá trong nước giảm từ 4.032 triệu bao năm 2005 xuống còn khoảng 3.451 triệu bao năm 2006. Năm 2007, tổng tiêu dùng lại tăng trở lại đạt 3.897 triệu bao, xấp xỉ mức tiêu dùng trước khi tăng thuế. Tương tự, khi tăng thuế vào năm 2008, tổng tiêu dùng thuốc lá giảm từ 3.897 triệu bao năm 2007 xuống 3.571 triệu bao năm 2008, nhưng năm 2009 lại tăng trở lại đạt mức 3.934 triệu bao, thậm chí mức tiêu thụ còn cao hơn mức khi chưa tăng thuế. Năm 2016 tăng thuế từ 65% lên 70%, tiêu thụ cũng giảm một chút, rồi tăng trở lại vào năm 2017 (Hình 1).

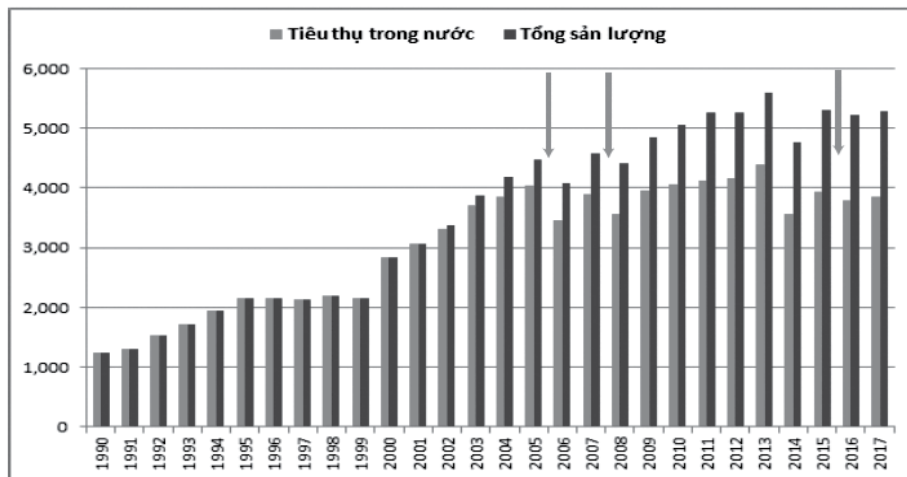
1 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, Hồi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam, 2018.

2 Ousmane Dione - Giám đốc Ngân hàng Thế giới tại Việt Nam và Kidong Park - Trưởng đại diện Tổ chức Y tế Thế giới tại Việt Nam: Tăng thuế thuốc lá sẽ cứu sống, nâng cao sức khỏe người dân Việt Nam.

3 Thi hành theo Nghị quyết số 270B-NQ/HĐNN8 ngày 08/08/1990 về thi hành Luật Thuế TTĐB, Luật Thuế TTĐB số 05/1998/QH10

4 Thi hành theo Luật sửa đổi bổ sung một số điều của Luật Thuế TTĐB và Luật Thuế GTGT số 57/2005/QH11 ngày 29/2/2005, và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế TTĐB số 70/2014/QH13 ngày 26/11/2014.

Hình 1: Tiêu thụ thuốc lá tại Việt Nam giai đoạn 1990-2017 (triệu bao 20 điếu)

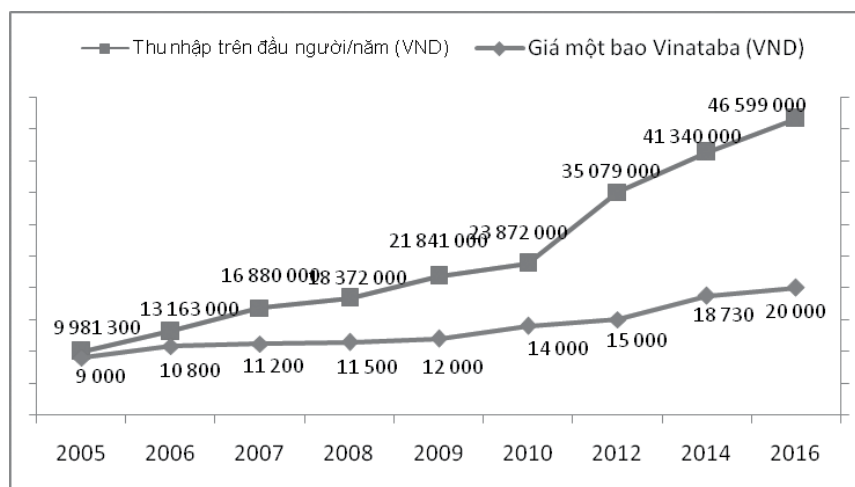


Nguồn: Tổng cục Thống kê, các báo cáo đã công bố của Hiệp hội Thuốc lá, Tổng công ty Thuốc lá Vinataba

Nguyên nhân chính của việc mức tiêu dùng không giảm qua các năm là do mức tăng thuế quá thấp, tác động tới giá bán lẻ không đáng kể, không theo kịp mức tăng đều đặn hàng năm của lạm phát và thu nhập bình quân đầu người của Việt Nam. Trong giai đoạn 2005 - 2016 thu nhập trên đầu người danh nghĩa đã tăng 4,7 lần trong khi giá thuốc lá danh nghĩa chỉ tăng 2,2 lần

(hình 2). Đồng thời trong cùng giai đoạn này (2005 - 2016), chúng ta cũng thấy chỉ số giá thuốc lá tính theo phần trăm thu nhập (RIP - phần trăm thu nhập cần thiết để mua 100 bao thuốc lá) của nhãn phổ biến nhất (Vinataba) đã giảm đáng kể. Nếu năm 2005, người tiêu dùng phải bỏ ra khoảng 9% thu nhập để mua 100 bao Vinataba thì năm 2016 chỉ còn phải bỏ ra 4,3% thu nhập (hình 3)⁵.

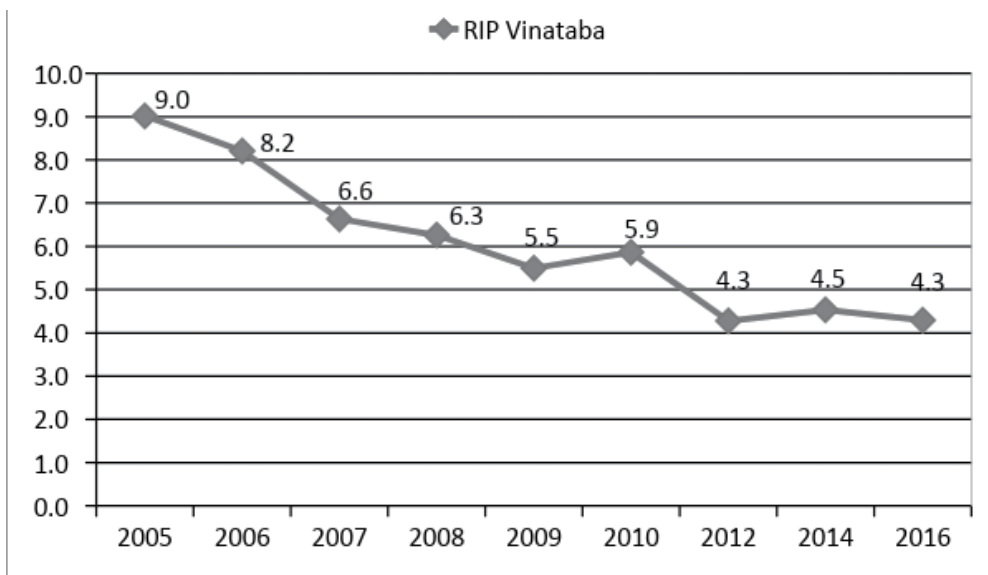
Hình 2: Giá bán lẻ thuốc lá và thu nhập đầu người tại Việt Nam 2005-2016



Nguồn: Số liệu từ Tổng cục Thống kê và các Báo cáo toàn cầu của WHO về kiểm soát thuốc lá

5 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, Hỏi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam, 2018.

Hình 3: Chỉ số giá tính theo phần trăm thu nhập quốc dân trên đầu người (RIP) 2005-2016



Nguồn: Số liệu từ Tổng cục Thống kê và các Báo cáo toàn cầu của WHO về kiểm soát thuốc lá

Xét về góc độ thu ngân sách từ thuế, tăng thuế làm tăng doanh thu thuế thuốc lá, mặc dù tiêu dùng có giảm nhẹ vào các năm tăng thuế, tuy nhiên mức tăng không cao do mức tăng thuế thấp và cơ cấu thuế tỷ lệ có rủi ro tròn thuế cao. Cụ thể, năm 2006 tổng thu thuế thuốc lá tăng từ 6.071 lên 6.085 tỷ đồng, năm 2008 tổng thu thuế tăng từ 6.338 lên 7.529 tỷ đồng, và trong lần tăng thuế năm 2016 doanh thu thuế tăng thêm 1.250 tỷ đồng⁶.

3. Kinh nghiệm từ cải cách thuế thuốc lá của Philippines và Thái Lan

3.1 Thuế thuốc lá ở Philippines

Philippines áp dụng thuế TTĐB thuốc lá theo hình thức thuế tuyệt đối⁷. Trước năm 2012, hệ thống thuế áp theo 4 nhóm với các mức thuế khác nhau dao động từ 2,72 Peso

tới 28,3 peso một bao thuốc, tùy thuộc vào mức giá bán sản phẩm⁸.

Khi đó, Philippines là một trong những quốc gia có số người hút thuốc lá nhiều nhất ở khu vực Đông Nam Á với hơn 28% dân số trưởng thành hút thuốc, gần một nửa nam giới (47,7%) và 1/10 nữ giới (9%) hút thuốc. Tỷ lệ hút thuốc ở thanh thiếu niên (13-15) là 8,9%, với 12,9% nam và 5,3% nữ hút thuốc⁹.

Năm 2012, Philippines thông qua Luật Cải cách thuế (Sin Tax Act), chuyển cấu trúc thuế 4 nhóm xuống còn 2 nhóm và tăng mạnh thuế suất đều đặn qua các năm từ 2013-2016 để tiến tới còn một mức thuế chung vào năm 2017, với mức thuế là 30 Peso/bao thuốc (~17.000 VNĐ). Từ sau 2017, mức thu tiếp tục được điều chỉnh tăng mỗi năm 4%¹⁰.

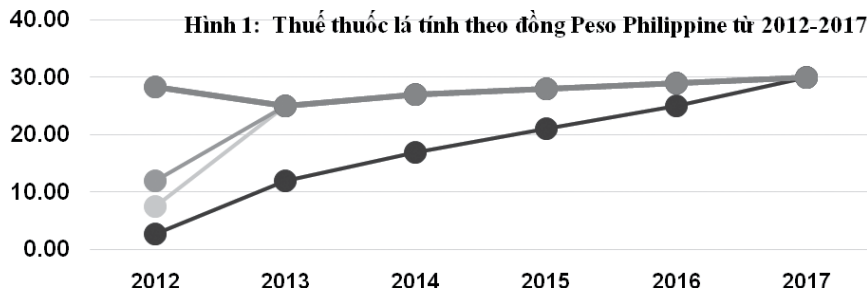
6 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, Hỏi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam, 2018.

7 Thuế tuyệt đối: là một khoản tiền thuế cụ thể được đánh trên mỗi đơn vị của sản phẩm, ví dụ: Singapore thu thuế 8 đô la Singapore/bao thuốc lá 20 điếu.

8 Campaign for Tobacco-Free Kids. Tobacco Tax Success Story: Philippines. 2017. https://www.tobaccofreekids.org/assets/global/pdfs/en/success_Philippines_en.pdf

9 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, Hỏi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam, 2018.

10 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, Hỏi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam, 2018.



Nguồn: Bộ Y tế, WHO, HealthBridge. *Hỏi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam, 2018*

Kết quả tác động của thuế thuốc lá¹¹:

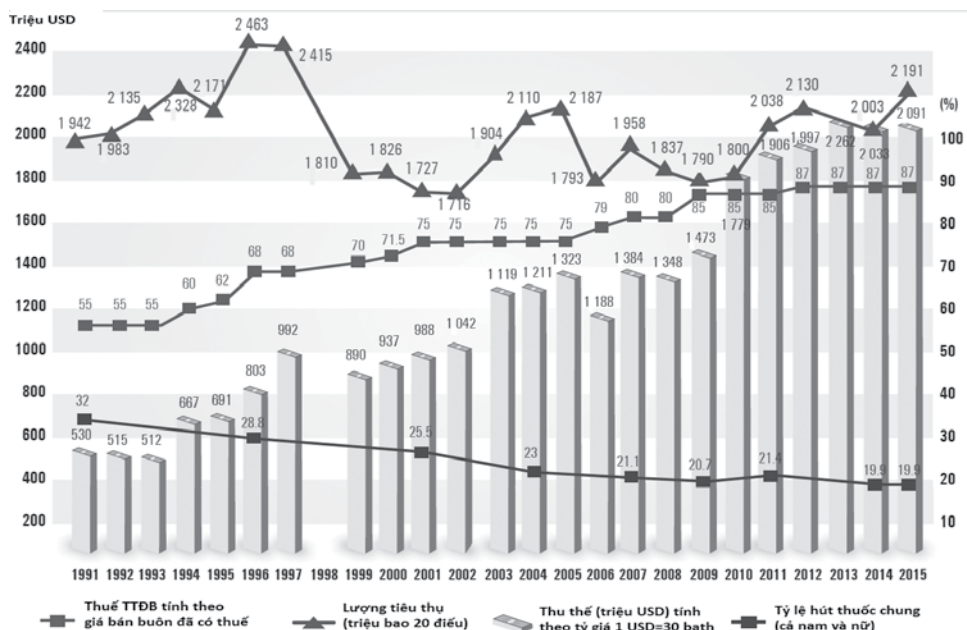
- **Giá thuốc lá tăng:** Sau khi tăng thuế TTĐB, giá trung bình mỗi bao thuốc lá ở Philippine đã tăng gấp rưỡi, từ 21,1 Peso năm 2012 lên 31,3 Peso năm 2013.

- **Sản lượng tiêu thụ giảm:** Sản lượng tiêu thụ trong nước giảm từ 5,76 tỷ gói trong năm 2012 xuống 4,97 tỷ gói trong năm 2013. Một phần trong số giảm là do năm 2012 ngành công nghiệp thuốc lá “gia tăng sản xuất” và đưa ra thị trường nhiều sản phẩm hơn trước khi thuế suất mới có hiệu lực.

- **Số người hút thuốc giảm:** Số liệu điều tra GATS 2009 và 2013 cho thấy tỷ lệ hút thuốc lá trong số người trưởng thành Philippines đã giảm từ 28,3% năm 2009 xuống 22,7% năm 2015.

- **Thu ngân sách tăng:** Doanh thu từ thuế thuốc lá đã tăng hơn gấp đôi trong vòng 1 năm, từ 680 triệu USD năm 2012 lên 1,66 tỷ USD năm 2013, mặc dù tiêu thụ giảm. Doanh thu thuế tiếp tục tăng lên thành 2,2 tỷ USD vào năm 2015. Phần lớn doanh số gia tăng từ thu thuế thuốc lá được dành cho y tế, chủ yếu là vào chương trình bảo hiểm y tế quốc gia.

Hình 2: Tỷ lệ thuế TTĐB theo giá bán buôn, lượng tiêu thụ và doanh thu thuế ở Thái Lan



Nguồn: Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, *Hỏi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam, 2018*

11 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, *Hỏi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam, 2018*.

3.2 Thuế thuốc lá ở Thái Lan

Thái Lan áp dụng hệ thống thuế thuốc lá theo tỷ lệ phần trăm tính trên giá bán buôn (khác với thuế tỷ lệ của Việt Nam tính trên giá xuất xưởng - là mức giá rất thấp và dễ bị chi phối do nhà sản xuất).

Từ năm 1993 đến năm 2015, Chính phủ Thái Lan thực hiện 10 lần tăng thuế (khoảng 2 năm một lần), làm cho thuế tăng từ 55% lên 87% giá bán buôn đã có thuế (trương đương mức tăng từ 120% giá xuất xưởng lên 670% giá xuất xưởng như cách tính thuế ở Việt Nam) (Hình 2).

Kết quả tác động của tăng thuế thuốc lá:¹²

- **Giá thuốc lá tăng:** Việc tăng thuế thuốc lá ở Thái Lan khiến giá thuốc lá tại quốc gia này tăng từ 0,5 USD mỗi bao thuốc (1993) lên 2,2 USD mỗi bao thuốc (2015).

- **Tỷ lệ hút thuốc giảm:** tỷ lệ hút thuốc chung giảm từ 32% (năm 1991) xuống 19,9% (2015); tỷ lệ hút thuốc ở nam giới giảm từ 59,33% (1991) xuống còn 41,69% vào năm 2011; ở nữ giới giảm từ 4,95% (1991) xuống 2,14% (2011).

- Việc tăng thuế đã giúp nguồn thu ngân sách từ thuế tăng đáng kể, từ 500 triệu USD năm 1993 lên 2,1 tỷ USD năm 2015.

- Tỷ lệ tiêu dùng thuốc lá lậu của Thái Lan thấp (4,8% 2011), chính sách tăng thuế của Thái Lan không làm gia tăng buôn lậu.

Nhờ việc áp dụng chính sách thuế mà Thái Lan đã tránh được 31.867 ca tử vong trong giai đoạn 1993 - 2006 và 319.456 ca tử vong trong giai đoạn 1991-2026.

3.3 Kinh nghiệm của Thái Lan và Philippines

Kinh nghiệm cải cách thuế thuốc lá ở Thái Lan và Phillipnes đã cho thấy, đánh thuế cao và tăng thuế thuốc lá một cách đều đặn giúp cho tỷ lệ hút thuốc giảm, tiêu dùng thuốc lá giảm nhẹ nhưng thu thuế vẫn tăng cao.

Khi so sánh tỷ lệ thuế, tiêu dùng và số thu thuế của 3 quốc gia (Bảng 2), có thể thấy một khoảng cách và tổn thất về doanh thu thuế lớn do việc đánh thuế thuốc lá thấp ở Việt Nam so với hai nước còn lại. Cụ thể, sản lượng thuốc lá tiêu thụ ở Thái Lan chỉ tương đương khoảng 1/2 sản lượng tiêu thụ

ở Việt Nam (2,19 tỷ bao so với 3,9 tỷ bao) nhưng doanh thu từ thuế thuốc lá lại cao gần gấp 3 (2,09 triệu USD so với 708 triệu USD). Tương tự, sản lượng thuốc lá tiêu thụ ở Philippines thấp hơn ở Việt Nam (3,6 tỷ bao so với 3,9 tỷ bao) nhưng doanh thu từ thuế cũng cao gấp hơn 3 lần (2,2 triệu USD so với 708 triệu USD) .

Bảng 2: So sánh tỷ lệ thuế, tiêu thụ và thu thuế Thái Lan, Philippines và Việt Nam

Tên quốc gia	Thuế thuốc lá tính trên giá bán lẻ	Sản lượng thuốc lá tiêu thụ (triệu bao)	Nguồn thu từ thuế thuốc lá (triệu USD)
THÁI LAN (2015)	70%	2.191	2.091
PHI-LÍP-PIN (2014)	53%	3.638	2.200
VIỆT NAM (2015)	36%	3.900	708

4. Thay lời kết

Có thể nói, xét về tổng thể, tăng thuế thuốc lá là giải pháp cùng thắng, mang lại lợi ích cho toàn xã hội cả về sức khỏe lẫn kinh tế. Việc tăng thuế thuốc lá có tác động vừa làm giảm tiêu dùng vừa làm tăng doanh thu thuế cho ngân sách nhà nước. Tuy nhiên, để chính sách thuế phát huy hiệu quả thì thuế thuốc lá cần tăng mạnh và tăng liên tục. Thực tiễn của Việt Nam những năm qua cho thấy, nếu chỉ tăng thuế một lần và ở mức thấp thì tiêu dùng chỉ giảm trong ngắn hạn rồi lại tăng trở lại. Bên cạnh đó, độ mức thuế hiện nay của Việt Nam còn rất thấp (khoảng 35,6% giá bán lẻ), nên cần tăng mạnh thuế thuốc lá để vừa tăng doanh thu thuế vừa giảm tiêu dùng thuốc lá. Trong giai đoạn hiện nay, để đạt mục tiêu quốc gia về giảm tỷ lệ hút thuốc lá tới năm 2020, Tổ chức Y tế thế giới khuyến cáo thuế thuốc lá ở Việt Nam cần được bổ sung ở mức tối thiểu là 2.000 đồng/bao và tối ưu là 5.000 đồng/bao, bên cạnh đó, thuế thuốc lá ở Việt Nam cần tiếp tục tăng sao cho đạt tỷ lệ thuế chiếm 70% hoặc hơn trong giá bán lẻ■

12 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, Hỏi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam, 2018.

