

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953
www.nclp.org.vn



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



Số 22 (374)
Kỳ 2 - Tháng 11/2018

- ❖ ỦY QUYỀN LẬP PHÁP TRONG CƠ CHẾ PHÂN CÔNG, PHỐI HỢP, KIỂM SOÁT VIỆC THỰC HIỆN QUYỀN LẬP PHÁP
- ❖ TÁC ĐỘNG CỦA TĂNG THUẾ THUỐC LÁ ĐẾN THU NGÂN SÁCH VÀ TỶ LỆ HÚT THUỐC Ở VIỆT NAM
- ❖ TỔ CHỨC CƠ QUAN SOẠN THẢO CÁC DỰ ÁN LUẬT NHÌN TỪ KINH NGHIỆM MỘT SỐ NƯỚC

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 22/2018

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

3 Ủy quyền lập pháp trong cơ chế phân công, phối hợp, kiểm soát việc thực hiện quyền lập pháp

GS. TS. Trần Ngọc Đường

10 Chủ thể quan hệ pháp luật dân sự trong Bộ luật Dân sự năm 2015

Tướng Duy Lượng

14 Khả năng hài hòa hóa pháp luật trong khu vực Asean: trường hợp của luật hợp đồng

TS. Nguyễn Bá Bình

19 Phòng, chống cưỡng bức lao động cho lao động di trú theo pháp luật Việt Nam

ThS. Lê Phú Hà

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

25 Một số đề xuất sửa đổi Bộ luật Lao động bảo đảm sự tương thích với nội dung Hiệp định CPTPP

Lê Việt Trường

CHÍNH SÁCH

31 Tác động của tăng thuế thuốc lá đến thu ngân sách và tỷ lệ hút thuốc ở Việt Nam

ThS. Đào Thế Sơn - ThS. Lê Thị Thu

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

36 Mối quan hệ giữa cơ quan cạnh tranh và cơ quan quản lý ngành trong pháp luật cạnh tranh Việt Nam

TS. Trần Thăng Long

45 Hoàn thiện quy định của pháp luật về định giá tài sản trí tuệ và sử dụng lao động trong các thương vụ mua lại và sáp nhập ngân hàng thương mại

TS. Trần Thị Bảo Ánh

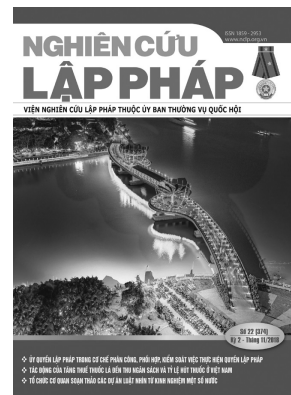
50 Bồi thường về đất khi nhà nước thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng

ThS. Nguyễn Vinh Diện

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

56 Tổ chức cơ quan soạn thảo các dự án luật nhìn từ kinh nghiệm một số nước

TS. Hoàng Minh Hiếu



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 VĨNG 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: Bến Ninh Kiều, TP. Cần Thơ

Ảnh: ST

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 22/2018

STATE AND LAW

- 3** Legislative Delegation in the Arrangement Mechanism of Assignments, Coordination and Supervision of the Exercise of Legislative Power

Prof. Dr. Tran Ngoc Duong

- 10** The Subject of Civil Legal Transactions under the Civil Code of 2015

Tuong Duy Luong

- 14** Harmonization of Laws in the ASEAN Region: The case of Contract Law

Dr. Nguyen Ba Binh

- 19** Prevention and Fight against Forced Labour for Migrant Labourers under the Vietnamese Law

LLM. Le Phu Ha

DISCUSSION OF BILLS

- 25** Proposed Amendments to the Labor Code for Compatibility with the Contents of CPTPP

Le Viet Trung

POLICIES

- 31** Impacts of Tax Increases on Tobacco on Budget Revenues and Smoking Rate in Viet Nam

LLM. Dao The Son

LLM. Le Thi Thu

LEGAL PRACTICE

- 36** Relationship between the Competition Management Authority and the Sector Management Authority under the Competition Law

Dr. Tran Thang Long

- 45** Improvements of Laws on Intellectual Property Valuation and Labor Use in Mergers and Acquisitions of Commercial Banks.

Dr. Tran Thi Bao Anh

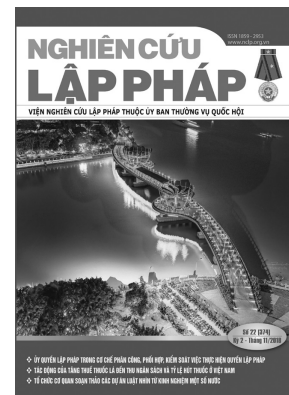
- 50** Compensation for Land Acquisition on Purposes for National Defense and Public Security; Socio-economic Development for National Benefits and Community Benefits

LLM. Nguyen Vinh Dien

FOREIGN EXPERIENCE

- 56** The Agency Drafting the Bill of Laws, Experience from Foreign Countries

Dr. Hoang Minh Hieu



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

ỦY QUYỀN LẬP PHÁP TRONG CƠ CHẾ PHÂN CÔNG, PHỐI HỢP, KIỂM SOÁT VIỆC THỰC HIỆN QUYỀN LẬP PHÁP

Trần Ngọc Đường*

* GS.TS. Viện Nghiên cứu Lập pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: lập pháp; ủy quyền lập pháp; kiểm soát quyền lực; Hiến pháp; Quốc hội

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/10/2018

Biên tập : 15/11/2018

Duyệt bài : 18/11/2018

Article Information:

Keywords: legislation; legislative authorization; state power controlling; Constitution; National Assembly

Article History:

Received : 18 Oct. 2018

Edited : 15 Nov. 2018

Approved : 18 Nov. 2018

Tóm tắt:

Ủy quyền lập pháp là việc Quốc hội giao cho Chính phủ quy định chi tiết hướng dẫn thi hành một số điều, khoản, điểm trong các đạo luật, bộ luật dưới hình thức nghị định và ban hành nghị định để quy định vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh và giao cho Ủy ban thường vụ Quốc hội ban hành pháp lệnh quy định những vấn đề được Quốc hội giao. Tuy nhiên, để bảo đảm cho việc ủy quyền phù hợp với nguyên tắc phân công, phối hợp, kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước là vấn đề cần được nghiên cứu, trao đổi.

Abstract

Legislative authorization means the National Assembly assigns the Government to provide detailed guidance on the enforcement of a number of articles, clauses and points in the laws and codes in the form of a decree and the Government to promulgate the decrees as legal regulations, but not yet qualified to develop a law or an ordinance, on the concerned subjects under the authority of the National Assembly, the Standing Committee of the National Assembly; and assigns the Standing Committee of the National Assembly to promulgate the ordinance on the concerned subjects under the National Assembly's authority. However, to ensure the legislative authorization in line with the principle of assignation, coordination and supervision of the enforcement of state power, the matter of legislative authorization needs to be further reviewed, discussed and improved.

1. Thế nào là ủy quyền lập pháp ở nước ta

Trước Hiến pháp năm 2013, tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước ta theo

nguyên tắc tập quyền XHCN. Do đó, mô hình lập pháp của nước ta là mô hình Quốc hội có toàn quyền về lập pháp, không phân

biệt rạch ròi nhiệm vụ, quyền hạn giữa lập pháp, hành pháp, tư pháp trong xây dựng pháp luật. Trong lập pháp có hành pháp và trong hành pháp có lập pháp. Vì thế, trong các đạo luật, có nhiều điều luật Quốc hội giao cho Chính phủ cụ thể hóa, chi tiết hóa. Văn bản luật đã có hiệu lực thi hành nhưng không đi vào cuộc sống vì chưa có các văn bản dưới luật cụ thể hóa. Lúc bấy giờ, luật do Quốc hội ban hành được gọi là “luật khung” hay “luật ống”. Hay nói cách khác, đây là tình trạng ủy quyền lập pháp tràn lan, không dựa trên nguyên tắc phân quyền minh bạch giữa quyền lập pháp và quyền hành pháp trong xây dựng pháp luật. Và cũng vì thế, có tình trạng văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) dưới luật quy định trái và vượt quyền của luật, làm cho hệ thống các VBQPPL mâu thuẫn, chòng chẹo, vô hiệu hóa lẫn nhau. Tình trạng này như một thói quen, một tập quán kéo dài cho đến ngày nay và vẫn còn ảnh hưởng đến hoạt động lập pháp và lập quy trong điều kiện mới (điều kiện quyền lực nhà nước được tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc: phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp).

Hiến pháp năm 2013 là một bước tiến mới về chất trong việc phân định thẩm quyền giữa các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp. Vì thế, trong hoạt động lập pháp của Quốc hội và hoạt động lập quy của Chính phủ đã có sự phân công trách nhiệm rõ ràng hơn. Điều 11 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 đã cụ thể hóa mối quan hệ giữa lập pháp và lập quy bằng một nguyên tắc quy định về văn bản quy định chi tiết như sau:

“1. VBQPPL phải được quy định cụ thể để khi có hiệu lực thì thi hành được ngay. Trong trường hợp văn bản có điều, khoản,

điểm mà nội dung liên quan đến quy trình, quy chuẩn kỹ thuật và những nội dung khác cần quy định chi tiết thì ngay tại điều, khoản, điểm đó có thể giao cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền quy định chi tiết. Văn bản quy định chi tiết chỉ được quy định nội dung được giao và không được quy định lặp lại nội dung của văn bản được quy định chi tiết.

2. Cơ quan được giao văn bản quy định chi tiết không được ủy quyền tiếp. Dự thảo văn bản quy định phải được chuẩn bị và trình đồng thời với dự thảo luật, pháp lệnh và phải được ban hành để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản hoặc điều khoản, điểm được quy định chi tiết.

3. Trường hợp một cơ quan được giao quy định chi tiết nhiều nội dung của một VBQPPL thì ban hành một văn bản để quy định chi tiết các nội dung đó, trừ trường hợp phải được quy định trong các văn bản khác nhau. Trường hợp một cơ quan được giao quy định chi tiết các nội dung của nhiều VBQPPL khác nhau thì có thể ban hành một văn bản để quy định chi tiết”.

- Theo quy định của khoản 1 Điều 11 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, có thể hiểu đó là quan hệ về ủy quyền lập pháp và ủy quyền lập quy. Theo đó, có hai trường hợp ủy quyền: trường hợp thứ nhất, trong văn bản luật, bộ luật hay pháp lệnh có một số điều, khoản hay điểm quy định giao cho Chính phủ hoặc cơ quan có thẩm quyền quy định chi tiết thi hành hoặc hướng dẫn thi hành. Đây là ủy quyền lập pháp. Trường hợp thứ hai, trong nghị định của Chính phủ có một khoản hay điều nào đó giao cho một bộ hay một cơ quan có thẩm quyền quy định chi tiết hoặc hướng dẫn thi hành. Đây có thể gọi là ủy quyền lập quy. Khoản 2, 3 Điều 11 quy định cách thức thể hiện trong văn bản ủy quyền.

- Điều 19 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 quy định về nghị định của Chính phủ: “Chính phủ ban hành nghị định để quy định:

“1. Chi tiết, điều, khoản, điểm được giao trong luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH)...

2. Các biện pháp cụ thể để tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội; pháp lệnh, nghị quyết của UBTVQH...; các biện pháp để thực hiện chính sách kinh tế, xã hội, quốc phòng, an ninh... quyền, nghĩa vụ của công dân và các vấn đề khác thuộc thẩm quyền quản lý, điều hành của Chính phủ;

3. Vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBTVQH, nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý xã hội. Trước khi ban hành nghị định này phải được sự đồng ý của UBTVQH”.

Có thể xem các điều trên là sự quy định về ủy quyền lập pháp của Quốc hội, UBTVQH cho Chính phủ ban hành dưới hình thức nghị định.

- Khoản 1 Điều 16 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 quy định: “UBTVQH ban hành pháp lệnh để quy định những vấn đề được Quốc hội giao”. Theo đó, có thể xem UBTVQH ban hành pháp lệnh là một dạng ủy quyền lập pháp của Quốc hội cho UBTVQH.

Tuy Hiến pháp năm 2013 và Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 không có một quy định nào sử dụng thuật ngữ ủy quyền lập pháp hay lập pháp ủy quyền, nhưng quy định của các điều nêu trên cho thấy, trong một số trường hợp, Quốc hội giao cho các cơ quan nhà nước khác thực hiện hoạt động

lập pháp. Theo đó, có thể gọi các trường hợp này là ủy quyền lập pháp. Có 3 trường hợp sau đây:

+ Trường hợp thứ nhất, Quốc hội giao Chính phủ ban hành nghị định để quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành các điều, khoản, điểm được giao trong luật, nghị quyết của Quốc hội.

+ Trường hợp thứ hai, Quốc hội giao Chính phủ ban hành nghị định để quy định vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBTVQH nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh.

+ Trường hợp thứ ba, Quốc hội ủy quyền cho UBTVQH ban hành pháp lệnh quy định những vấn đề được Quốc hội giao.

Từ các trường hợp ủy quyền lập pháp nêu trên, có thể rút ra định nghĩa ủy quyền lập pháp như sau: *Ủy quyền lập pháp là việc Quốc hội giao cho Chính phủ quy định chi tiết hướng dẫn thi hành một số điều, khoản, điểm trong các đạo luật, bộ luật dưới hình thức nghị định và ban hành nghị định để quy định vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBTVQH nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh và giao cho UBTVQH ban hành pháp lệnh quy định những vấn đề được Quốc hội giao.*

Theo định nghĩa trên, có thể rút ra một số đặc trưng của ủy quyền lập pháp ở nước ta như sau:

- Một là, ủy quyền lập pháp thực chất là hoạt động lập pháp nhưng không do Quốc hội được nhân dân trực tiếp ủy quyền thực hiện quyền lập pháp ban hành mà lại được Quốc hội ủy quyền cho cơ quan nhà nước khác ban hành. Có thể gọi VBQPPL do Quốc hội ban hành là VBQPPL nguyên phát, tức là văn bản được sự ủy quyền trực tiếp của nhân dân - chủ thể tối cao của quyền

lực nhà nước ban hành. Còn VBQPPL được ủy quyền lập pháp ban hành là VBQPPL thứ phát - văn bản không ra đời từ sự ủy quyền trực tiếp của nhân dân mà thông qua Quốc hội ủy quyền ban hành. Điều đó đòi hỏi ủy quyền lập pháp phải có giới hạn, chặt chẽ, không tràn lan để đảm bảo phân quyền một cách đúng đắn giữa lập pháp và hành pháp, bảo đảm quyền lập pháp thuộc về Quốc hội.

- Hai là, trong ba trường hợp ủy quyền lập pháp, cần đặc biệt chú ý đến trường hợp ủy quyền lập pháp cho Chính phủ (cơ quan thực hiện quyền hành pháp) ban hành dưới hai loại nghị định. Một loại nghị định được ủy quyền ban hành để quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành các điều, khoản, điểm trong các đạo luật, bộ luật. Loại nghị định này được ủy quyền lập pháp trực tiếp từ các quy định trong các điều, khoản, điểm của các đạo luật, bộ luật do Quốc hội ban hành. Một loại nghị định khác không được ủy quyền trực tiếp từ cơ quan lập pháp mà xuất phát từ thẩm quyền ban hành nghị định của Chính phủ để quy định những vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBTVQH nhưng chưa có điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh tế - xã hội. Trước khi ban hành nghị định này phải có sự đồng ý của UBTVQH (để phân biệt với loại nghị định thứ phát nói trên có thể gọi nghị định này là nghị định tiên phát). Loại nghị định này ngày càng nhiều trong điều kiện các quan hệ xã hội thay đổi và phát triển nhanh chóng nhất là trong điều kiện công nghiệp 4.0, hoạt động lập pháp không đáp ứng kịp thời. Vấn đề đặt ra là các loại nghị định này sau một thời gian thi hành các

quan hệ xã hội đã hình thành và phát triển ổn định, cần được sớm luật hóa để đảm bảo quyền lập pháp thuộc về Quốc hội.

2. Mặt tích cực, hạn chế của ủy quyền lập pháp

Ủy quyền lập pháp có những tích cực sau đây:

- Một là, ủy quyền lập pháp là hoạt động bổ sung cho hoạt động lập pháp, góp phần nâng cao chất lượng của hoạt động lập pháp. Thực tiễn chỉ ra rằng, các đạo luật do Quốc hội ban hành có một số điều luật không thể quy định chi tiết, hoặc nếu quy định chi tiết sẽ rất dễ bị lạc hậu so với thời gian, làm cho luật thiếu ổn định, dễ bị thay đổi. Việc ủy quyền lập pháp cho Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều, khoản, điểm trong các đạo luật là một tất yếu để phát huy vai trò của luật trong các điều kiện cụ thể.

- Hai là, trong điều kiện ngày nay, nếu như mọi quy định pháp luật đều phải được Quốc hội ban hành dưới dạng là một đạo luật; sẽ là một quá trình tốn kém thời gian và tiền bạc nên không thể đáp ứng kịp thời và hiệu quả công tác quản lý nhà nước, quản lý kinh tế - xã hội¹. Do đó, việc ủy quyền lập pháp cho Chính phủ xuất phát từ thẩm quyền ban hành nghị định của Chính phủ để quy định vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, UBTVQH nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh tế - xã hội; là một hoạt động bổ sung cho hoạt động lập pháp, góp phần lấp các lỗ trống cần phải điều chỉnh bằng pháp luật các quan hệ xã hội trong điều kiện chưa

1 Wolfgang - Hom, Những đặc điểm cơ bản cấu chế độ pháp quyền được ghi trong Hiến pháp Đức, sách “Nhà nước pháp quyền”, Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội 2002; tr 101 – 107.

thể ban hành kịp thời luật. Ngày nay, ở các nước dân chủ và pháp quyền trên thế giới, nghị viện cũng đã ủy quyền lập pháp cho Chính phủ ban hành những nghị định thuộc loại này. Một Chính phủ năng động, kiến tạo là một Chính phủ xuất phát từ thẩm quyền của mình kịp thời ban hành các nghị định có nội dung điều chỉnh các quan hệ xã hội thuộc thẩm quyền điều chỉnh của luật nhưng chưa đủ điều kiện ban hành luật để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh tế - xã hội.

Tuy có những mặt tích cực nói trên, nhưng ủy quyền lập pháp cũng có những mặt hạn chế cần phải khắc phục.

- Một là, lập pháp ủy quyền là hoạt động ban hành các quy tắc có tính bắt buộc chung, có giá trị như luật nhưng không do cơ quan lập pháp ban hành theo một quy trình, thủ tục dân chủ, chặt chẽ để đảm bảo cho hoạt động lập pháp là hoạt động được ủy quyền trực tiếp từ nhân dân. Trong lúc đó, lập pháp ủy quyền ban hành nghị định không theo trình tự, thủ tục lập pháp, không chịu trách nhiệm trực tiếp từ nhân dân. Vì vậy, vấn đề đảm bảo chất lượng của nghị định phù hợp với luật, phù hợp với thẩm quyền lập pháp của Quốc hội, kịp thời điều chỉnh bằng pháp luật các quan hệ xã hội không phải lúc nào cũng đáp ứng đầy đủ trên thực tế.

- Hai là, nếu không có sự ủy quyền phù hợp, đúng đắn theo cơ chế phân công, phối hợp, kiểm soát trong việc thực hiện các quyền lập pháp và hành pháp sẽ dẫn đến lập pháp ủy quyền lạm quyền, ban hành tràn lan làm cho số lượng văn bản ủy quyền lập pháp trở nên quá nhiều, người dân khó khăn trong việc tiếp cận pháp luật. Hệ thống các VBQPPL trở nên phức tạp, rối rắm, nhiều tầng nấc.

3. Một số giải pháp khắc phục hạn chế của ủy quyền lập pháp

Tuy có một vài hạn chế nêu trên, nhưng lập pháp ủy quyền là một xu hướng tất yếu, nhất là trong điều kiện ngày nay. Theo chúng tôi, để khắc phục hạn chế, phát huy mặt tích cực của ủy quyền lập pháp cần phải tiến hành các giải pháp sau đây:

- Một là, tiếp tục quy định rõ, minh bạch các trường hợp ủy quyền lập pháp của Quốc hội cho Chính phủ ban hành dưới hình thức nghị định. Nếu chúng ta không minh bạch được các trường hợp ủy quyền lập pháp thì một mặt, về phía Quốc hội là chủ thể ủy quyền sẽ tùy tiện, dễ dãi trong việc ủy quyền, ủy quyền tràn lan dẫn đến luật khung, luật ống không điều chỉnh được trực tiếp các quan hệ xã hội, chất lượng luật không cao, luật ban hành có hiệu lực nhưng phải chờ đợi văn bản ủy quyền lập pháp; mặt khác, cơ quan được ủy quyền lập pháp có thể lạm quyền, không đảm bảo được nguyên tắc quyền lập pháp thuộc về Quốc hội trong cơ chế phân công, phối hợp, kiểm soát trong hoạt động lập pháp. Để khắc phục tình trạng ủy quyền mà không rõ nội dung và phạm vi ủy quyền nhằm đảm bảo quyền lập pháp thuộc về Quốc hội thì ủy quyền lập pháp phải đảm bảo các nguyên tắc sau:

+ Phải ghi rõ trong luật phạm vi và nội dung ủy quyền của từng điều, từng khoản, từng điểm được ủy quyền. Khắc phục tình trạng trong mỗi khoản, mỗi điểm hay mỗi điều chỉ quy định chung chung: “Chính phủ quy định chi tiết thi hành” hay “Chính phủ hướng dẫn thi hành”. Nguyên tắc này đảm bảo luật là văn bản do Quốc hội ban hành,

trách nhiệm lập pháp thuộc về Quốc hội. Không vì ủy quyền lập pháp mà Quốc hội không làm tròn trách nhiệm.

+ Luật không được giao cho Chính phủ quy định nội dung điều chỉnh của một điều luật, một khoản, hay một điểm trong luật. Nội dung điều chỉnh của điều, khoản, hay điểm về cơ bản phải được quy định cụ thể trong luật; chỉ ủy quyền lập pháp trong một số ít trường hợp nếu quy định cụ thể thì luật sẽ không ổn định. Tức là, chỉ ủy quyền lập pháp những nội dung điều chỉnh có thể thay đổi theo thời gian để đảm bảo cho luật có hiệu lực thi hành lâu dài trên cơ sở một khung chính sách đã được quy định trong các điều, khoản, điểm của luật đó.

+ Để ủy quyền lập pháp xuất phát từ thẩm quyền ban hành nghị định của Chính phủ quy định những vấn đề của Quốc hội và UBTVQH nhưng chưa đủ điều kiện để ban hành thành luật hay pháp lệnh mà vẫn đảm bảo được nguyên tắc quyền lập pháp thuộc về Quốc hội, quyền hành pháp thuộc về Chính phủ, theo chúng tôi, cần phân định một số lĩnh vực thuộc quyền lập pháp mà không thể ủy quyền và một số lĩnh vực được ủy quyền. Theo kinh nghiệm của các nước, để đảm bảo quyền lập pháp thuộc về Quốc hội nhưng không vì thế mà Chính phủ ngồi chờ luật, không phát huy được vai trò năng động, kiến tạo của hành pháp trong quản lý nhà nước, quản lý kinh tế - xã hội thì các lĩnh vực kinh tế, khoa học, công nghệ, môi trường tài chính, xã hội thường được ủy quyền lập pháp cho Chính phủ ban hành dưới dạng các nghị định thuộc thẩm quyền gốc của Chính phủ. Còn các lĩnh vực mang tính chính trị, quốc phòng, an ninh,

đối ngoại, quyền, nghĩa vụ cơ bản của con người, của công dân thuộc thẩm quyền gốc của Nghị viện, ban hành dưới hình thức các đạo luật. Đây là xu hướng ủy quyền lập pháp khá phổ biến trong điều kiện ngày nay khi các quan hệ xã hội vận động và phát triển nhanh chóng, hoạt động lập pháp không thể đáp ứng kịp thời nhu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh tế - xã hội. Xu hướng ủy quyền lập pháp này vừa tạo khả năng để hoạt động lập pháp nâng cao chất lượng, vừa tạo điều kiện cho hoạt động hành pháp chủ động, năng động, sáng tạo, kịp thời trong quản lý nhà nước, quản lý kinh tế - xã hội.

- Hai là, để ủy quyền lập pháp nhưng không mất quyền lập pháp, nâng cao chất lượng lập pháp của mình, đồng thời phòng chống được sự lạm quyền trong ủy quyền lập pháp, cần phải tăng cường kiểm soát hoạt động lập pháp ủy quyền. Kiểm soát hoạt động ủy quyền lập pháp gồm 2 nội dung:

+ i) kiểm soát tính đúng đắn của việc ủy quyền lập pháp tức là kiểm soát chính bản thân cơ quan lập pháp trong việc ủy quyền. Ủy quyền lập pháp là để bổ sung cho chính bản thân hoạt động lập pháp. Vì vậy, ủy quyền lập pháp không được tràn lan, tùy tiện, làm giảm vai trò của cơ quan lập pháp và nguyên tắc phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong hoạt động lập pháp bị vi phạm. Theo đó, cần hình thành cơ chế kiểm soát việc ủy quyền lập pháp ngay trong chính cơ quan lập pháp. Hiện nay việc kiểm soát các trường hợp ủy quyền lập pháp là kiểm soát trước, chủ yếu dựa vào hoạt động thẩm tra của cơ quan có thẩm quyền thẩm tra dự án luật và phát hiện của đại biểu Quốc hội tại các phiên họp

thảo luận dự án luật. Việc kiểm soát trước này chủ yếu mới chỉ dừng lại ở phát hiện “giao Chính phủ quy định chi tiết” hay “giao Chính phủ quy định hướng dẫn thi hành” nhiều hay ít trong dự án luật mà chưa chỉ ra việc ủy quyền lập pháp đó đã đúng hay chưa? Trong trường hợp ủy quyền lập pháp cụ thể đó có dẫn đến quyền lập pháp bị lạm dụng, không phát huy được quyền lập pháp sau khi luật được thông qua. Vì thế cần phải tiếp tục hoàn thiện cơ chế kiểm soát việc ủy quyền lập pháp trong các dự án luật.

+ ii) Nội dung thứ hai của kiểm soát ủy quyền lập pháp là kiểm soát VBQPPL của cơ quan được ủy quyền lập pháp ban hành. Đó là kiểm soát các VBQPPL do Chính phủ ban hành dưới hình thức các nghị định quy định chi tiết hoặc quy định về tổ chức thi hành được luật giao và nhất là kiểm soát các nghị định quy định các vấn đề thuộc thẩm quyền của Quốc hội hoặc UBTVQH nhưng chưa đủ điều kiện để ban hành luật hay pháp lệnh. Việc kiểm soát các VBQPPL này theo quy định của luật hiện hành là “được sự đồng ý của UBTVQH trước khi ban hành” (khoản 3 Điều 18 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015). Mục đích của quy định này có phải là để kiểm soát việc ban hành các nghị định này của Chính phủ trước khi ban hành hay không? Hay chỉ đơn thuần để cơ quan thường trực của Quốc hội giữa hai kỳ họp biết. Hơn nữa, theo Hiến pháp, Luật Tổ chức Quốc hội và Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội đều quy định Quốc hội có nhiệm vụ và quyền hạn xem xét, bãi bỏ các văn bản có dấu hiệu trái Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội.

Tuy nhiên, theo quy định hiện hành, việc phát hiện các văn bản có dấu hiệu trái Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội chưa hiệu quả. Do đó, cho đến nay dường như chưa đưa được một văn bản nào ra Quốc hội xem xét hủy bỏ. Từ thực tiễn nói trên có thể nói rằng, trong điều kiện ủy quyền lập pháp cho Chính phủ ban hành nghị định theo thẩm quyền ngày càng nhiều thì cơ chế kiểm soát việc ban hành các nghị định có tính tiên phát này chưa thực sự có hiệu quả. Vì vậy, trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN theo nguyên tắc quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp thì tiếp tục hoàn thiện cơ chế kiểm soát ủy quyền lập pháp và lập pháp ủy quyền là một đòi hỏi khách quan và cấp thiết.

Theo khoản 2 Điều 119 Hiến pháp năm 2013, để bảo vệ Hiến pháp, luật tổ chức của mỗi nhánh quyền lực nhà nước đều phải hình thành cơ chế để tự kiểm soát mình. Quốc hội là một nhánh quyền lực nhà nước thực hiện quyền lập pháp, theo Luật Tổ chức Quốc hội hiện hành cơ chế tự kiểm soát bản thân Quốc hội một cách chuyên trách, có hiệu quả chưa ra đời. Trong điều kiện chưa có cơ chế bảo hiến chuyên trách, việc hình thành một thiết chế chuyên trách tự kiểm soát tổ chức và hoạt động của bản thân Quốc hội trong đó có kiểm soát sự ủy quyền lập pháp của mình là một nhu cầu để Quốc hội trước hết kiểm soát tốt bản thân mình và sau đó kiểm soát có hiệu lực và hiệu quả các nhánh quyền lực nhà nước khác■

CHỦ THỂ QUAN HỆ PHÁP LUẬT DÂN SỰ TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

Tưởng Duy Lượng*

* Tòa án nhân dân tối cao

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bộ luật Dân sự, chủ thể quan hệ pháp luật dân sự

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/03/2018

Biên tập : 19/03/2018

Duyệt bài : 21/03/2018

Tóm tắt:

Việc xác định đúng chủ thể quan hệ pháp luật dân sự nói chung, chủ thể quan hệ pháp luật dân sự được quy định trong Bộ luật Dân sự không chỉ có ý nghĩa về mặt lý luận, mà chứa đựng nhiều ý nghĩa thiết thực trong thực tiễn đời sống kinh tế, xã hội. Vì vậy, cần xác định rõ chủ thể quan hệ pháp luật dân sự được quy định trong Bộ luật Dân sự hiện nay ở nước ta.

Article Infomation:

Keywords: Civil Code; subjects of the civil legal transactions

Article History:

Received : 13 Mar. 2018

Edited : 19 Mar. 2018

Approved : 21 Mar. 2018

Abstract

The proper determination of the subjects of the civil legal transactions in general, and the subjects civil transactions under the Civil Code is not only of theoretical ideas, but contains crucial practical significance in the economic and social life. Therefore, it is necessary to identify the subject of civil legal transactions as defined in the current Civil Code in our country.

1. Quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về chủ thể quan hệ pháp luật dân sự (quan hệ dân sự)

Điều 1 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS) xác định hai loại chủ thể quan hệ dân sự là: cá nhân, pháp nhân. Bên cạnh đó, dựa trên mục tiêu kinh tế khi hoạt động, có tìm kiếm lợi nhuận hay không, BLDS chia pháp nhân thành hai loại là pháp nhân thương mại và pháp nhân phi thương mại.

Ngoài ra, BLDS còn xác định hộ gia

đình và tổ hợp tác và tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự. Từ Điều 101 đến Điều 104 BLDS đã có những sửa đổi, bổ sung quan trọng, theo hướng minh định rõ trách nhiệm của các bên, phương thức tham gia giao dịch dân sự, theo đó “các thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự”.

2. Xác định chủ thể quan hệ dân sự

2.1 Các quan điểm xác định chủ thể quan hệ dân sự trong BLDS

Trong thời gian qua, khi xử lý các vụ việc phát sinh trên thực tiễn, đã xuất hiện những ý kiến khác nhau về chủ thể quan hệ pháp luật dân sự. Công văn số 774/ KTrVB-KT ngày 26/12/2017 của Cục Kiểm tra văn bản quy phạm pháp luật - Bộ Tư pháp đã viện dẫn hai loại ý kiến sau đây:

Ý kiến thứ nhất cho rằng, bên cạnh Nhà nước là chủ thể đặc biệt, theo quy định của BLDS năm 2015, chủ thể trong quan hệ dân sự chỉ bao gồm cá nhân và pháp nhân. Quy định này được thể hiện xuyên suốt và nhất quán trên cơ sở lời văn và tinh thần của Bộ luật.

Đối với các thực thể pháp lý khác như hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân, Bộ luật không hạn chế mà vẫn bảo đảm sự tham gia quan hệ dân sự phù hợp với địa vị pháp lý và đặc thù của nó nhưng phải thông qua người đại diện hoặc thông qua thành viên hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân để xác định rõ trách nhiệm pháp lý.

Như vậy, quy định chủ thể được mở tài khoản tại tổ chức tín dụng chỉ gồm cá nhân và pháp nhân tại Thông tư số 32/2016/TT-NHNN của Ngân hàng Nhà nước (Thông tư 32) là phù hợp với BLDS về chủ thể trong quan hệ dân sự. Bên cạnh đó, Thông tư 32 không hạn chế mà vẫn bảo đảm quyền mở tài khoản của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân thông qua tài khoản thanh toán cá nhân. Ngoài ra, việc chuyển tài khoản thành tài khoản thanh toán của cá nhân hoặc tài khoản thanh toán chung không gây nhiều tổn kém cho xã hội, nếu có thì đó là những chi phí hợp lý và cần thiết để bảo đảm tính minh bạch, lành mạnh, hạn chế rủi ro cho các giao dịch dân sự.

Ý kiến thứ hai khẳng định, ngoài chủ thể đặc biệt là Nhà nước, chủ thể quan hệ dân sự chỉ gồm cá nhân và pháp nhân là chưa đầy đủ. Theo quy định tại khoản 2 Điều

4 BLDS, luật khác có liên quan cũng điều chỉnh quan hệ dân sự trong lĩnh vực cụ thể, nếu sự điều chỉnh đó không trái với nguyên tắc cơ bản pháp luật dân sự. Do đó, cần phải hiểu quan hệ dân sự và chủ thể quan hệ dân sự theo nghĩa rộng hơn. Ngoài cá nhân, pháp nhân là hai chủ thể phổ biến trong quan hệ dân sự, còn có các chủ thể khác tham gia quan hệ dân sự được quy định trong các luật khác như Luật Doanh nghiệp, Luật Thương mại, Luật Đất đai, Luật Luật sư, Luật Sản phẩm doanh nghiệp...

Theo ý kiến này, quy định của Thông tư 32 về chủ thể được mở tài khoản tại tổ chức tín dụng chỉ gồm cá nhân và pháp nhân là không phù hợp với BLDS. Mặt khác, việc Thông tư 32 không cho phép các tổ chức không có tư cách pháp nhân được mở tài khoản thanh toán còn hạn chế quyền dân sự của các tổ chức này, trái với Điều 2 BLDS.

2.2 Các sửa đổi, bổ sung dẫn đến nhận thức khác nhau về chủ thể quan hệ dân sự trong BLDS

Điều 1 BLDS 2005 xác định chủ thể quan hệ dân sự theo nghĩa rộng gồm cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác. Chủ thể khác chính là các tổ chức không có tư cách pháp nhân.

Tuy nhiên, Điều 1 BLDS 2015 quy định: “Bộ luật này quy định địa vị pháp lý, chuẩn mực pháp lý về cách ứng xử của cá nhân, pháp nhân; quyền, nghĩa vụ về nhân thân và tài sản của cá nhân, pháp nhân trong các quan hệ được hình thành trên cơ sở bình đẳng, tự do ý chí, độc lập về tài sản và tự chịu trách nhiệm”.

Như vậy, Điều 1 của BLDS 2015 chỉ đề cập tới hai chủ thể là cá nhân, pháp nhân và bỏ cụm từ “chủ thể khác», tức không đề cập đến tổ chức không có tư cách pháp nhân trong Điều 1.

Ngoài ra, nếu như BLDS năm 2005 quy định theo hướng mặc định hộ gia đình, tổ hợp tác là chủ thể quan hệ dân sự và chủ hộ là đại diện đương nhiên của hộ gia đình trong các giao dịch dân sự, còn tổ trưởng tổ hợp tác là người đại diện đương nhiên của

tổ hợp tác trong các giao dịch dân sự, thì BLDS năm 2015 xuất phát từ bản chất của chủ thể, có cách tiếp cận khác với trước đây. Điều 101 BLDS quy định:

“1. Trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự thì các thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự. Việc ủy quyền phải được lập thành văn bản, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Khi có sự thay đổi người đại diện thì phải thông báo cho bên tham gia quan hệ dân sự biết.

Trường hợp thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự không được các thành viên khác ủy quyền làm người đại diện thì thành viên đó là chủ thể của quan hệ dân sự do mình xác lập, thực hiện.

2. Việc xác định chủ thể của quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình sử dụng đất được thực hiện theo quy định của Luật Đất đai.”

Quy định này dẫn đến hai cách hiểu khác nhau:

Thứ nhất, nếu tiếp cận theo hướng trong quan hệ dân sự chỉ có hai loại chủ thể như quy định tại Điều 1 thì dù Điều 101 có đề cập tới hộ gia đình, tổ hợp tác nhưng không phải với nghĩa khẳng định đây là chủ thể trong quan hệ pháp luật dân sự. Do vậy, trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, trong quá trình hoạt động, cần tham gia giao dịch dân sự phục vụ cho hoạt động của mình thì không phải hộ gia đình, tổ hợp tác tham gia với tư cách chủ thể, do người đại diện theo ủy quyền thực hiện nhân danh hộ gia đình, tổ hợp tác, mà phải thông qua các thành viên, các thành viên khi tham gia giao dịch không nhân danh “hộ hay tổ” mà nhân danh cá nhân thành viên hoặc các thành viên ủy quyền cho người khác thì người được ủy quyền nhân danh người ủy quyền là các thành viên.

Thứ hai, Điều 101 đã thể hiện sự tham gia quan hệ pháp luật dân sự một cách chủ động với tư cách là chủ thể của “hộ gia đình...”, theo đúng bản chất của loại chủ thể này. Do đó, không mặc định tư cách chủ thể, tư cách đại diện như BLDS năm 2005 nên mới quy định: “trường hợp hộ gia đình... tham gia quan hệ dân sự thì...” quy định tiếp theo của Điều luật đã chỉ dẫn cách thức tham gia giao dịch của chủ thể đặc thù này bằng cách: “...các thành viên của hộ... là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự”. Tức là tất cả các thành viên là người trực tiếp tham gia xác lập, thực hiện nhưng không phải với nghĩa là những cá nhân riêng rẽ, độc lập mà dựa trên mối liên kết “hộ gia đình” hoặc “hợp tác xã” trên cơ sở ý chí chung, ý chí của chủ thể “hộ hay tổ”, vì hoạt động của chủ thể này. Nếu các thành viên không trực tiếp tham gia được thì “hộ...” ủy quyền cho người đại diện tham gia... Việc ủy quyền phải được lập thành văn bản, trừ...”. Cụm từ “Hoặc ủy quyền...” phải được gắn với mệnh đề ở trên, đó là “Trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự thì...”

Có thể thấy rằng, việc Điều 1 của BLDS bỏ cụm từ “chủ thể khác” và Điều 101 không quy định theo hướng mặc định tư cách đại diện, tư cách chủ thể của “Hộ gia đình, Tổ hợp tác” nên dẫn đến hiểu, giải thích khác nhau là điều có thể hiểu được.

Chúng tôi cho rằng, dù xét dưới bất kỳ góc độ nào, việc Điều 1 BLDS bỏ cụm từ “chủ thể khác” là chưa chuẩn xác. Mặt khác, cách thể hiện chưa rõ ràng của Điều 101 BLDS cũng góp phần tạo ra nhận thức khác nhau.

2.3 Xác định chủ thể quan hệ pháp luật dân sự theo quy định của BLDS.

Từ các phân tích, bình luận ở trên đây, chúng tôi cho rằng, có thể xác định chủ thể của quan hệ dân sự bao gồm cá nhân, pháp nhân và chủ thể khác là tổ chức không có tư cách pháp nhân.

Ngoài ba loại chủ thể là cá nhân, pháp nhân, chủ thể là Nhà nước (pháp nhân đặc biệt) đã được xác định rõ trong BLDS, các chủ thể là hộ gia đình, tổ hợp tác và tổ chức không có tư cách pháp nhân được quy định tại Chương VI BLDS cần phải được làm rõ thêm. Để tạo ra nhận thức thống nhất về chủ thể quan hệ dân sự, đòi hỏi cơ quan quản lý nhà nước sớm có những văn bản quy định có tính định hướng chung về tổ chức, hoạt động hoặc yêu cầu chủ thể là tổ chức không có tư cách pháp nhân phải có quy chế, điều lệ, quy tắc... phù hợp tính chất chủ thể. Trong đó, đối với những chủ thể tham gia quan hệ dân sự, cần quy định về thành viên, phương thức hoạt động, phương thức tham gia quan hệ pháp luật dân sự, trách nhiệm chủ thể và thành viên...

Dưới góc nhìn thực tiễn, ngoài chủ thể là hộ gia đình, tổ hợp tác, còn có rất nhiều chủ thể là những thực thể khác tham gia vào quan hệ dân sự nhưng không phải là cá nhân, pháp nhân như dòng họ, nhà thờ, nhà chùa, doanh nghiệp tư nhân, trang trại, các tổ chức hành nghề được thành lập theo mô hình doanh nghiệp tư nhân (văn phòng luật sư, văn phòng thừa phát lại, doanh nghiệp quản lý và thanh lý tài sản phá sản...).

Có lẽ trừ loại hình doanh nghiệp tư nhân có nhiều đặc thù, dù vẫn là trách nhiệm vô hạn của doanh nghiệp, chủ doanh nghiệp (chủ doanh nghiệp là một người) nhưng so với những chủ thể khác không có tư cách pháp nhân thì chủ thể là doanh nghiệp tư nhân có lẽ ít có nét tương đồng với chủ thể là cá nhân hơn, và càng khác biệt với chủ thể là pháp nhân, còn lại các chủ thể là tổ chức khác không có tư cách pháp nhân, chứa đựng bản chất của chủ thể cá nhân rất rõ ràng.

3. Những đề xuất, kiến nghị

- BLDS đã xác định chủ thể quan hệ pháp luật dân sự bao gồm cả tổ chức không có tư cách pháp nhân, khi chủ thể này xác lập, thực hiện giao dịch thì tư cách pháp lý trong quan hệ pháp luật dân sự, trong tổ tụng dân sự là tổ chức đó với tên được xác định,

chứ không phải là thành viên tổ chức. Nếu phát sinh trách nhiệm dân sự thì tổ chức chịu trách nhiệm bằng tài sản chung của tổ chức, trường hợp tài sản chung không đủ thực hiện nghĩa vụ thì các thành viên tổ chức liên đới chịu trách nhiệm bằng tài sản riêng của mình (trách nhiệm vô hạn).

- Việc chủ thể là tổ chức không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ tín dụng, mở tài khoản phải mang tên tổ chức đó. Không được ghi chủ tài khoản là tài khoản mang tên cá nhân thành viên tổ chức, vì tính chất pháp lý giữa cá nhân và tư cách đại diện của cá nhân với tổ chức là hoàn toàn khác nhau, đưa đến hậu quả pháp lý khác nhau. Tiền do cá nhân đứng tên trong tài khoản cá nhân được hiểu là tài sản của cá nhân đó, tài khoản đứng tên tổ chức, tiền trong tài khoản đó được xác định là của tổ chức, người đại diện chỉ là chủ tài khoản đại diện cho tổ chức đó, thay mặt tổ chức đó thực hiện các giao dịch. Việc cá nhân là người đại diện của tổ chức xác lập, thực hiện được coi là hành vi của tổ chức đó. Đây là vấn đề không được nhầm lẫn, không được chuyển từ tài khoản của tổ chức thành tài khoản cá nhân.

- Khi mở tài khoản cho tổ chức, người trực tiếp tham gia giao dịch, mở tài khoản phải là người đại diện của tổ chức theo hình thức đại diện theo ủy quyền. Do đó, người trực tiếp mở tài khoản, đặc biệt là thực hiện giao dịch thuộc tài khoản của tổ chức phải chứng minh tư cách đại diện tổ chức của mình.

- Nếu chủ thể là tổ chức không có tư cách pháp nhân chỉ có quyền lợi, không xuất hiện nghĩa vụ trong quan hệ tranh chấp, hoặc tuy có nghĩa vụ nhưng tài sản của chủ thể này đủ thực hiện nghĩa vụ thì việc xác định thành viên tổ chức là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan không có nhiều ý nghĩa thực tiễn, nhưng những trường hợp tổ chức không có tài sản hoặc tài sản nhưng không đủ thực hiện nghĩa vụ thì việc xác định có những thành viên nào của tổ chức để đưa

(Xem tiếp trang 64)

KHẢ NĂNG HÀI HÒA HÓA PHÁP LUẬT TRONG KHU VỰC ASEAN: TRƯỜNG HỢP CỦA LUẬT HỢP ĐỒNG

Nguyễn Bá Bình*

* TS. Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: hài hòa hóa pháp luật; pháp luật hợp đồng; ASEAN

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 23/09/2018

Biên tập : 04/10/2018

Duyệt bài : 11/10/2018

Tóm tắt:

Hơn một thế kỷ qua, các chuyên gia về luật so sánh và luật quốc tế đã dành nhiều tâm sức để bàn về “sự hội tụ” (convergence) trong các lĩnh vực pháp luật quốc gia có ảnh hưởng trực tiếp tới giao dịch thương mại quốc tế. Hài hòa hóa pháp luật thương mại, bao hàm luật hợp đồng, đã được bàn thảo và nêu trong Tuyên bố chung của Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) ở nhiều hội nghị về tư pháp và pháp luật.

Article Infomation:

Keywords: legal harmonisation; contract laws; ASEAN.

Article History:

Received : 23 Sep. 2018

Edited : 04 Oct. 2018

Approved : 11 Oct. 2018

Abstract

Over the past century, experts in comparative law and international law have paid more attention on the convergence in the branches of national laws that have direct affects on international commercial transactions. Legal harmonization of commercial laws, including contract laws, has been discusses and written on the general statement of ASEAN at many conferences on justice and law. In this context, this article provides analysis of two following issues: i) the concept of legal harmonisation and overview of ASEAN; and ii) the ability of the legal harmonization of contract laws in ASEAN.

1. Quan niệm về hài hòa hóa pháp luật và khái quát về Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á

Thế giới ngày càng “phẳng” hơn, nhu cầu trao đổi hàng hóa, dịch vụ, dịch chuyển vốn, lao động giữa các quốc gia ngày một tăng và trở nên tự do hơn, đặt ra nhu cầu về một khuôn khổ pháp luật tương đồng giữa các quốc gia. Vì thế, không có gì ngạc nhiên

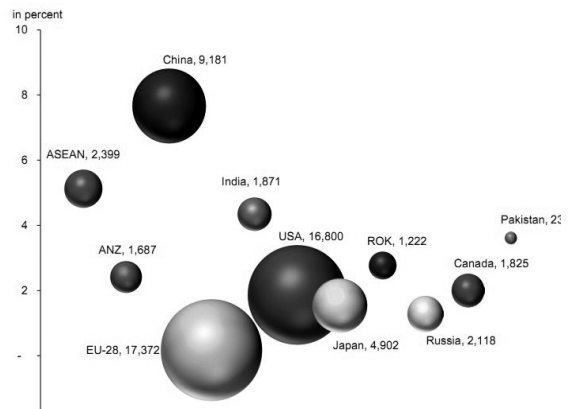
khi hơn một thế kỷ qua, các chuyên gia về luật so sánh và luật quốc tế đã dành nhiều tâm sức để bàn về “sự hội tụ” (convergence) trong các lĩnh vực pháp luật quốc gia có ảnh hưởng trực tiếp tới giao dịch thương mại quốc tế. Hài hòa hóa pháp luật (legal harmonization), nhất thể hóa pháp luật (legal unification) là những con đường chủ đạo nhằm tới sự hội tụ, giảm thiểu và loại bỏ

sự khác biệt trong các lĩnh vực pháp luật này trong các quốc gia khác nhau.

Theo H.C. Gutteridge, Giáo sư Đại học Cambridge về luật so sánh, nhất thể hóa pháp luật là quá trình thay thế các quy phạm pháp luật khác biệt trong các hệ thống pháp luật khác nhau bằng các quy phạm pháp luật chung. Trong khi đó, hài hòa hóa pháp luật là quá trình xây dựng các luật mẫu và triển khai các biện pháp khuyến khích các quốc gia tiếp nhận và áp dụng các luật mẫu này nhằm làm giảm đi những khác biệt trong các lĩnh vực pháp luật cụ thể giữa các hệ thống pháp luật khác nhau¹. Như vậy, nếu hài hòa hóa pháp luật hướng tới việc giảm đi những khác biệt trong quy định pháp luật ở những lĩnh vực cụ thể giữa các quốc gia, nhất thể hóa pháp luật là nỗ lực cao hơn nữa khi tạo ra các quy phạm pháp luật bắt buộc chung trong lĩnh vực cụ thể giữa các quốc gia nhất định². Nhìn nhận một cách mềm dẻo thì có thể coi nhất thể hóa pháp luật chính là hài hòa hóa pháp luật ở cấp độ cao³.

Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (The Association of Southeast Asian Nations - ASEAN) là một liên minh chính trị, kinh tế, văn hóa và xã hội của các quốc gia trong khu vực Đông Nam Á. Đông Nam Á chiếm giữ một vị trí địa lý quan trọng về cả chính trị lẫn kinh tế, nằm trên trục lộ giao thông hàng hải quốc tế, cửa ngõ nối liền Ấn Độ Dương và Thái Bình Dương, nối liền các quốc gia Tây Âu và Đông Á. ASEAN được thành lập năm 1967, hiện gồm 10 thành viên chính thức⁴ và 1 quan sát viên (Đông Timor). Qua gần 50 năm phát triển, với diện

tích khoảng 4,5 triệu km², dân số hơn 625 triệu người, tổng sản phẩm nội địa (GDP) hơn 2.000 tỷ USD (đứng thứ 5 thế giới, sau Liên minh châu Âu, Mỹ, Trung Quốc và Nhật Bản), ASEAN ngày càng có vị trí quan trọng và hấp dẫn với thế giới (xem hình 1), trong đó có cả Mỹ, Trung Quốc và Liên minh châu Âu⁵. Việc hình thành Cộng đồng Kinh tế ASEAN (ASEAN Economic Community - AEC) từ cuối năm 2015 (một trong ba trụ cột của Cộng đồng ASEAN (ASEAN Community, dự kiến được hình thành vào năm 2020) là động lực quan trọng để tạo nên một khu vực kinh tế ASEAN phát triển ổn định, thịnh vượng, có tính cạnh tranh cao. AEC hướng tới bốn mục tiêu chính sau: (i) một thị trường và cơ sở sản xuất thống nhất; (ii) một khu vực kinh tế có tính cạnh tranh cao; (iii) một khu vực có sự phát triển kinh tế đồng đều; và (iv) một khu vực hội nhập hoàn toàn vào nền kinh tế toàn cầu⁶.



Hình 1: Tổng sản phẩm nội địa ASEAN (đơn vị: tỷ đô la Mỹ) trong nền kinh tế toàn cầu (năm 2013)⁷

1 H. C. Gutteridge, Comparative Law - An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research (Cambridge University Press, 1971), tr.154.
 2 Như trên, tr. 394.
 3 Vì thế không có gì ngạc nhiên khi một số Điều ước quốc tế đưa ra quy định mang tính bắt buộc cho các quốc gia thành viên lại mang tên là điều ước về “hài hòa hóa...”
 4 Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore, Thái Lan, Brunei, Việt Nam, Lào, Myanmar và Campuchia.
 5 Các quốc gia này đã ký hàng loạt hiệp định, đưa ra hàng loạt tuyên bố về hợp tác trên nhiều lĩnh vực với ASEAN và lãnh đạo cao cấp của các quốc gia này cũng có cuộc gặp thường xuyên với lãnh đạo cùng cấp của ASEAN.
 6 ASEAN, 'Declaration on the ASEAN Economic Community Blueprint' (2007) <http://www.asean.org/archive/5187-10.pdf>, truy cập ngày 16/5/2018.
 7 The ASEAN Secretariat, ASEAN Economic Community Chartbook 2014, tr. 4.

2. Khả năng hài hòa hóa pháp luật hợp đồng trong ASEAN

2.1 Cơ hội

Xu hướng hài hòa hóa pháp luật, đặc biệt là luật hợp đồng, ở cấp độ khu vực đang nổi lên

Khởi nguồn của xu hướng hài hòa hóa pháp luật được cho là khoảng nửa sau của thế kỷ 19 khi các Bộ luật chủ đạo của châu Âu (như Bộ luật Napoleon 1804 hay Bộ luật Dân sự Đức 1896) có ảnh hưởng tới hầu khắp các lục địa, thậm chí ở những nước chưa từng là thuộc địa của các quốc gia châu Âu⁸. Hài hòa hóa luật tư, trong đó có luật hợp đồng, đã và đang trải qua 3 giai đoạn chính⁹:

- Giai đoạn đầu của hài hòa hóa pháp luật tư kéo dài từ khi xuất hiện xu hướng hài hòa hóa pháp luật (như đã đề cập ở trên) cho tới sau thế chiến thứ 2 được coi là giai đoạn “chủ nghĩa khu vực trá hình” (regionalism in disguise). Dù được thiết lập với định hướng toàn cầu, các hoạt động của các cơ quan như Hội nghị Lahay về Tư pháp quốc tế hay Viện Quốc tế về thống nhất luật tư (UNIDROIT) vẫn chỉ giới hạn ở phạm vi châu Âu trong một thời gian dài;

- Giai đoạn tiếp theo là sự nổi lên của “chủ nghĩa toàn cầu” (universalism). Các tổ chức mới được thiết lập như Ủy ban của Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế (UNCITRAL) - năm 1966, và một số cơ quan khác của Liên hợp quốc, đưa ra các quy định pháp luật về luật tư mang tính chất toàn cầu như Luật mẫu về trọng tài thương mại quốc tế. Giai đoạn này cũng chứng kiến sự tham gia của nhiều quốc gia ngoài châu Âu vào Hội nghị Lahay về Tư pháp quốc tế và UNIDROIT. Số lượng quốc gia phê chuẩn hoặc tham gia vào các công ước đã tồn tại

trước đó gia tăng, trong khi các văn kiện pháp lý mới được soạn thảo, ban hành có được sự hưởng ứng mang tính toàn cầu;

- Giai đoạn hiện nay của hài hòa hóa pháp luật được gọi tên là “bình minh của chủ nghĩa liên khu vực” (the dawn of inter-regionalism). Các liên kết khu vực, đặc biệt là Liên minh châu Âu, ngày càng đẩy mạnh quá trình hài hòa hóa luật tư, trong đó đặc biệt chú trọng đến lĩnh vực hợp đồng. Chẳng hạn, hàng loạt quy định pháp luật chung về hợp đồng đã được EU soạn thảo, ban hành trong thời gian gần đây như Bộ nguyên tắc luật hợp đồng châu Âu (Principles of European Contract Law - viết tắt là PECL) hay Luật hợp đồng mua bán chung châu Âu (Common European Sales Law - viết tắt là CESL). Tổ chức hài hòa hóa pháp luật kinh tế ở châu Phi (The Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa - OHADA) cũng đã ban hành nhiều văn bản ở cấp độ khu vực¹⁰. Tổ chức này đã ban hành 8 văn bản về hài hòa hóa pháp luật trong khu vực, trong đó có văn bản về hợp đồng vận chuyển hàng hóa bằng đường bộ (ban hành năm 2003). Xu thế này rõ ràng có thể tạo động lực thúc đẩy ASEAN trong việc tìm kiếm một khuôn khổ pháp luật chung về hợp đồng giữa các thành viên.

Quyết tâm của ASEAN trong vấn đề hài hòa hóa pháp luật

Hài hòa hóa pháp luật thương mại, bao hàm luật hợp đồng, đã được bàn thảo và nêu trong Tuyên bố chung của ASEAN ở các hội nghị về tư pháp và pháp luật. Vấn đề hài hòa hóa pháp luật được chính thức đưa ra thảo luận tại Hội nghị Bộ trưởng Tư pháp các nước ASEAN lần thứ 4 tại Singapore vào tháng 11/1999¹¹. Điểm 7 của Tuyên bố chung Hội nghị khẳng định: "... Các bộ trưởng lưu ý đến những lĩnh vực mà

8 José Angelo Estrella Faria, 'Future Directions of Legal Harmonisation and Law Reform: Stormy Seas or Prosperous Voyage?' (2009), tr.2.

9 Như trên, tr. 3.

10 <http://www.unidroit.org/legal-cooperation-and-research/121-legal-cooperation-and-research-scholarships/516-preparation-by-unidroit-of-a-draft-ohada-uniform-act-on-contract-law>, truy cập ngày 16/8/2018.

11 Hoàng Phước Hiệp, 'Vấn đề hài hòa hóa pháp luật về đầu tư trong khuôn khổ ASEAN' (Paper presented at the Hài hòa hóa pháp luật kinh tế - thương mại trong bối cảnh hội nhập khu vực, Hạ Long, Việt Nam, 31 October 2007 - 1 November 2007).

các nước đặc biệt quan tâm và có cách giải thích khác nhau. Các lĩnh vực đó bao gồm các phương thức đấu tranh chống tội phạm xuyên quốc gia, hài hoà hoá pháp luật, thách thức đối với công nghệ mới và sự phát triển trong pháp luật quốc tế liên quan đến quyền tài phán quốc gia và miễn trừ tư pháp cũng như nguyên tắc không can thiệp vào công việc nội bộ và bảo vệ chủ quyền quốc gia"¹².

Tiếp đó, vào năm 2001, việc hài hoà hoá pháp luật về lĩnh vực thương mại đã được đề cập rõ tại điểm 12 Tuyên bố Hội nghị quan chức pháp luật cao cấp các nước ASEAN (ASLOM 2001) tại Singapore: "ASLOM lần thứ bảy đã thảo luận và nhất trí rằng cần tiếp tục trao đổi ý kiến và kinh nghiệm giữa các nước ASEAN về việc hài hoà hoá pháp luật thương mại của các nước này và cách thức để cải thiện thủ tục hợp pháp hoá các tài liệu"¹³.

Hài hoà hoá pháp luật thương mại trong ASEAN tiếp tục được nêu trong nhiều Tuyên bố của các Hội nghị ASEAN như Tuyên bố chung của Hội nghị Bộ trưởng Tư pháp các nước ASEAN năm 2002 tại Bangkok¹⁴, Hội nghị ASLOM tháng 8/2004 tại Brunei Darussalam, Tuyên bố Hội nghị Bộ trưởng Tư pháp các nước ASEAN năm 2005 tại Hà Nội (ALAWMM-6)¹⁵ và mới đây là Tuyên bố chung Hội nghị Bộ trưởng Tư pháp các nước ASEAN năm 2011 tại Phnom Penh (ALAWMM-8).

Dù kết quả của việc thực hiện các Tuyên bố chung trên thực tế vẫn còn rất khiêm tốn, các Tuyên bố này rõ ràng là những cơ sở thuận lợi để có những bước đi

cụ thể hơn của ASEAN trong việc hài hoà hoá pháp luật hợp đồng.

Nhu cầu gia tăng các giao dịch thương mại xuyên biên giới cũng như việc đạt được các mục tiêu hội nhập kinh tế của ASEAN đặt ra đòi hỏi về hài hoà hoá pháp luật thương mại mà một trong những thành phần quan trọng là luật hợp đồng.

Lý giải chính cho sự ra đời của Luật Hợp đồng mua bán chung châu Âu là sự khác biệt trong luật hợp đồng giữa các nước thành viên EU gây trở ngại cho các thương nhân, đặc biệt là doanh nghiệp vừa và nhỏ, và người tiêu dùng khi tiến hành các giao dịch thương mại xuyên biên giới ở trong thị trường nội khối. Câu chuyện về Mike Bisby - người kinh doanh nhỏ trên mạng, được kể trên tờ The Guardian là một minh chứng¹⁶. Mike có nhà ở Hull (nước Anh)¹⁷ và chuyên bán các cột trụ dành cho mèo leo trèo và cào cẩu thông qua trang mạng của mình là kitforcats.com. Mike kinh doanh thuận lợi và muốn mở rộng việc bán hàng tới các quốc gia EU khác. Nhưng Mike không thể làm điều đó bởi luật pháp các quốc gia này đòi hỏi các công ty phải tuân thủ luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng ở nước người tiêu dùng cư trú. Có nghĩa là các doanh nghiệp vừa và nhỏ như của Mike sẽ bị cản trở trong việc giao thương xuyên biên giới ở EU bởi chi phí cao khi thuê luật sư tư vấn cho họ về 28 hệ thống pháp luật khác nhau về bảo vệ người tiêu dùng. Điều này rõ ràng có thể xảy ra ở ASEAN, tuy không phải là 28, nhưng ít nhất cũng là 10 hệ thống pháp luật khác nhau. Nhận định về nhu cầu hài hoà hoá pháp luật trong ASEAN, tại buổi khai mạc Hội

12 <http://www.asean.org/news/item/joint-communique-of-the-fourth-meeting-of-asean-law-ministers-singapore-5th-6th-november-1999>, truy cập ngày 27/8/2018.

13 <http://www.asean.org/communities/asean-political-security-community/item/joint-press-statement-seventh-asean-senior-law-officials-meeting-aslom-2001-10-11-september-2001-singapore>, truy cập ngày 27/8/2018.

14 "9... Các bộ trưởng thông qua khuyến nghị... về việc thành lập Diễn đàn pháp luật ASEAN (ASEAN Law Forum - ALF) với sự tham gia rộng rãi các luật gia và các nhà nghiên cứu... Các bộ trưởng thoả thuận về các chuyên đề cần thảo luận tại ALF đầu tiên là: ... b, Các phương thức hài hoà hoá pháp luật thương mại ASEAN..."

15 "9... Các bộ trưởng chấp thuận các kiến nghị của ASLOM về thành lập các nhóm công tác để nghiên cứu các phương thức hài hoà hoá pháp luật thương mại của các nước thành viên, nhất thể hoá pháp luật về hợp pháp hoá các tài liệu của các cơ quan công quyền nước ngoài..."

16 <https://www.theguardian.com/law/2011/oct/28/european-single-contract-law-english>, truy cập ngày 16/8/2018.

17 Câu chuyện được kể vào năm 2011, lúc đó Anh đang là một trong 28 thành viên của EU.

ngiht về Hội nhập ASEAN thông qua pháp luật (the ASEAN Integration Through Law Project), Bộ trưởng Ngoại giao Singapore, ông K. Shanmugam, cho rằng hài hòa hóa pháp luật “có thể giúp loại bỏ sự không rõ ràng, giảm thiểu chi phí, tạo dựng lòng tin trong kinh doanh cao hơn nữa và cuối cùng là thúc đẩy các mục tiêu xây dựng Cộng đồng ASEAN”¹⁸. Với việc hình thành Cộng đồng kinh tế ASEAN từ cuối năm 2015 thì rõ ràng, nhu cầu hài hòa hóa pháp luật trong lĩnh vực thương mại là hết sức cần thiết, đặc biệt là pháp luật về hợp đồng - công cụ trung tâm trong các giao dịch thương mại.

2.2 Thách thức

Sự khác biệt về truyền thống pháp luật giữa các quốc gia thành viên ASEAN

Tim được tiếng nói chung để có được sự hài hòa hóa pháp luật giữa các quốc gia có nhiều sự khác biệt về truyền thống pháp lý luôn là điều khó khăn. Trong lĩnh vực pháp luật hợp đồng, có thể thấy các quốc gia thành viên ASEAN không có sự đồng nhất trong truyền thống pháp luật. Các nước có pháp luật hợp đồng chịu ảnh hưởng lớn của hệ thống pháp luật Anh - Mỹ là Singapore, Bruinei và Malaysia. Trong khi một số nước lại chịu ảnh hưởng lớn của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa như Indonesia, Phillippines, Thailand¹⁹. Việt Nam vừa chịu ảnh hưởng của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa vừa theo quan điểm của hệ thống pháp luật XHCN. Những sự khác biệt này chắc chắn cũng sẽ đặt ra nhiều khó khăn cho các quốc gia ASEAN khi xây dựng một khuôn khổ pháp luật hợp đồng chung như PECL hay CESL của EU.

Hài hòa hóa khu vực hay sử dụng các hài hòa hóa ở cấp độ toàn cầu sẵn có

Hài hòa hóa pháp luật trong khu vực ở những lĩnh vực như thuế hay thủ tục hải

quan rõ ràng có ý nghĩa trực tiếp cho việc đạt được các mục tiêu hội nhập khu vực. Tuy nhiên, trong lĩnh vực luật tư, cụ thể như hợp đồng, sự hài hòa hóa pháp luật ở cấp độ khu vực như trong ASEAN đặt ra sự nghi ngờ về khả năng cần thiết và tốt hơn sự hài hòa hóa ở cấp độ toàn cầu đã có sẵn. Liệu có cần một luật hợp đồng chung ASEAN khi đã có Bộ nguyên tắc chung của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế (Principles of International Commercial Contracts - PICC)? Liệu có hợp lý khi kiến tạo một luật hợp đồng mua bán chung ASEAN để điều chỉnh quan hệ giữa các thương nhân trong ASEAN, trong khi sử dụng một Luật hợp đồng chung ở cấp độ toàn cầu (ví dụ Công ước Viên năm 1980 của Liên hiệp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế - viết tắt tiếng Anh là CISG)²⁰ để điều chỉnh hợp đồng giữa thương nhân ASEAN và thương nhân các nước không phải là thành viên ASEAN? Dường như hầu hết thương nhân ưa thích sử dụng chỉ một, chứ không phải hai luật hài hòa chung²¹.

3. Thay cho lời kết

Hài hòa hóa pháp luật thương mại, đặc biệt là hài hòa hóa pháp luật hợp đồng, đang nổi lên như một xu thế chủ đạo hiện thời của hài hòa hóa pháp luật. Với mục tiêu xây dựng Cộng đồng ASEAN vào năm 2020, trong đó một trong ba trụ cột - Cộng đồng Kinh tế ASEAN đã được thành lập vào cuối năm 2015, thì nhu cầu kiến tạo một khung pháp luật chung để tạo thuận lợi hơn nữa cho thương mại nội khối ASEAN là hết sức rõ ràng. Hài hòa hóa pháp luật về hợp đồng trong ASEAN có thể là một lựa chọn. Tuy nhiên, nếu xây dựng một luật chung về hợp đồng ASEAN không có nhiều màu sắc riêng biệt thì việc sử dụng luật hợp đồng chung đã được hài hòa hóa ở cấp độ toàn cầu như CISG, PICC hẳn là giải pháp tối ưu hơn■

18 <http://www.singaporelawwatch.sg/slw/headlinesnews/27325-rule-of-key-for-aseans-progress-says-shanmugam.html>, truy cập ngày 16/8/2018.

19 Lim Yew Ngee, 'A Case for Harmonisation of ASEAN Contract Laws' (1996) 17 Singapore Law Review 373

20 United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods (1980)

21 Gary F. Bell, 'Harmonisation of Contract Law in Asia - Harmonising Regionally or Adopting Global Harmonisations - The Example of the CISG' (2005) Singapore Journal of Legal Studies 362

PHÒNG, CHỐNG CƯỠNG BỨC LAO ĐỘNG CHO LAO ĐỘNG DI TRÚ THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM¹

Lê Phú Hà*

* ThS. Viện Nghiên cứu Lập pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: lao động di trú, cưỡng bức lao động

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 29/10/2018

Biên tập : 07/11/2018

Duyệt bài : 15/11/2018

Article Information:

Keywords: migrant labourer; forced labourers

Article History:

Received : 29 Oct. 2018

Edited : 07 Nov. 2018

Approved : 15 Nov. 2018

Tóm tắt:

La o đ ộng di trú là loại lao đ ộng dễ phát sinh lao đ ộng cưỡng bức hoặc bắt buộc, bởi vì đặc thù của lao đ ộng này là lao đ ộng đi làm việc ở nước ngoài - môi trường làm việc có sự khác biệt so với môi trường làm việc tại chính nước họ (từ ngôn ngữ, văn hóa, tập quán, các mối quan hệ lao đ ộng, cộng đồng...). Pháp luật lao đ ộng Việt Nam đã bao hàm nhiều quy định bảo vệ quyền của người lao đ ộng di trú, phòng, chống lao đ ộng cưỡng bức cho lao đ ộng di trú. Trong điều kiện hiện nay, để đáp ứng yêu cầu bảo vệ quyền của người lao đ ộng di trú, phòng, chống lao đ ộng cưỡng bức, chúng ta cần phải tiếp tục hoàn thiện quy định của pháp luật về lĩnh vực này.

Abstract

Migrant labourers are the type of the one that may be easy to be the forced or compulsory labour, because the characteristics of this labour are the one to seek working abroad where the working environment is different from the one in their own country (from language, culture, customs, labor relations, community ...). Vietnam law on labours covers several provisions on the protection of migrant labourer's rights and the prevention of forced labouring for the migrant labourers. In the current context, in order to meet the protection of the rights of migrant labourers and against forced labour, it needs to continue reviewing the law on labours for further improvements.

Theo định nghĩa của Công ước Liên hiệp quốc về Bảo vệ quyền của tất cả người lao động di trú và các thành viên gia đình họ (1990), người lao động (NLD) di trú là chỉ

một người đã, đang và sẽ làm một công việc có hưởng lương tại một quốc gia mà người đó không phải là công dân.

¹ Bài viết sử dụng kết quả của Đề tài NCKH cấp bộ: “Lao động cưỡng bức - Tiêu chuẩn quốc tế, pháp luật và thực tiễn ở Việt Nam” do ThS. Lê Phú Hà làm chủ nhiệm.

Lao động di trú là loại lao động dễ phát sinh lao động cưỡng bức hoặc bắt buộc, bởi vì đặc thù của lao động này là lao động đi làm việc ở nước ngoài - môi trường làm việc có sự khác biệt so với môi trường làm việc tại chính nước họ từ ngôn ngữ, văn hóa, tập quán, các mối quan hệ lao động, cộng đồng. Vì vậy, NLD khó thích nghi với điều kiện mới, dễ bị lạm dụng, cưỡng bức, quyền lợi của họ dễ bị xâm phạm nếu việc xuất nhập khẩu lao động không được quy định chặt chẽ, không có những cam kết cụ thể, chi tiết của doanh nghiệp sử dụng lao động và giám sát của cơ quan nước sở tại. Mặt khác, không ít NLD đi làm việc ở nước ngoài thất vọng với hoàn cảnh sống và làm việc ở xứ người nên bỏ trốn, ra ngoài làm việc tự do, dễ dẫn đến việc bị áp đặt, đe dọa và cưỡng bức lao động.

Liên quan đến vấn đề lao động di trú, pháp luật Việt Nam hiện nay điều chỉnh hai lĩnh vực cụ thể là lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam và lao động Việt Nam làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng.

1. *Thứ nhất*, về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam, tính đến tháng 5/2016, cả nước có tổng số 82.585 lao động là người nước ngoài đang làm việc tại Việt Nam².

Pháp luật Việt Nam quy định về lao động nước ngoài tại Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 2012³ và Nghị định 11/2016/NĐ-CP ngày 03/02/2016 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của BLLĐ về lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Ngoài ra, Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài

tại Việt Nam năm 2014, Luật Đầu thầu năm 2014, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015... cũng có các quy định liên quan. Theo đó, người nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam là “công dân nước ngoài” (xác định bởi hai yếu tố “quốc tịch” và “tư cách công dân”) và đưa ra các điều kiện của công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam: “a) Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; b) Có trình độ chuyên môn, tay nghề và sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc; c) 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; d) Có giấy phép lao động do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp, trừ các trường hợp theo quy định”. BLLĐ năm 2012 còn quy định chỉ được tuyển dụng lao động là công dân nước ngoài đối với công việc quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia và lao động kỹ thuật mà lao động Việt Nam chưa đáp ứng được theo nhu cầu sản xuất kinh doanh và phải giải trình nhu cầu sử dụng và được sự chấp thuận của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Đối với tất cả các trường hợp NLD nước ngoài vào Việt Nam làm việc theo hợp đồng lao động thì bắt buộc phải có giấy phép lao động, phải xuất trình giấy phép lao động khi làm thủ tục liên quan đến xuất, nhập cảnh và khi có yêu cầu, không có giấy phép lao động sẽ bị trục xuất. Người sử dụng lao động (NSDLĐ) chịu trách nhiệm về điều kiện giấy phép, nếu bị phát hiện sử dụng công dân nước ngoài làm việc cho mình không có giấy phép lao động sẽ bị xử lý. Thời hạn của giấy phép lao động cho NLD nước ngoài tại Việt Nam không quá 2 năm⁴.

2 Số liệu công bố của Bộ Lao động - Thương binh và xã hội tại cuộc họp mặt với báo giới nhân Kỷ niệm 91 năm Ngày Báo chí cách mạng Việt Nam ngày 21/6/2016.

3 Khoản 1 Điều 169 BLLĐ năm 2012.

4 Theo quy định của 172 BLLĐ năm 2012, những NLD thuộc trường hợp sau đây không thuộc diện cấp phép lao động:

1. Là thành viên góp vốn hoặc là chủ sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn.
2. Là thành viên Hội đồng quản trị của công ty cổ phần.
3. Là Trưởng văn phòng đại diện, dự án của tổ chức quốc tế, tổ chức phi chính phủ tại Việt Nam.
4. Vào Việt Nam với thời hạn dưới 03 tháng để thực hiện chào bán dịch vụ.

Thực tế cũng cho thấy, hầu như không có trường hợp lao động nước ngoài bị cưỡng bức hoặc bắt buộc lao động tại Việt Nam. Bởi vì, phần lớn người nước ngoài vào Việt Nam làm việc là các chuyên gia trong các lĩnh vực hoặc tự nguyện làm việc tại Việt Nam. Quy trình tuyển dụng đối với NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam được quy định khá chặt chẽ, nghiêm ngặt và lao động nước ngoài phải có giấy phép lao động tại Việt Nam. Tuy nhiên, hiện nay ở Việt Nam đang tồn tại một hiện tượng rất nhiều doanh nghiệp nước ngoài, đặc biệt là các doanh nghiệp Trung Quốc và Đài Loan, sử dụng lao động nước ngoài nhưng không có giấy phép lao động. Những NLD nước ngoài này nhập cảnh theo hình thức du lịch, được các doanh nghiệp, tổ chức tuyển vào làm thời vụ, giao kết hợp đồng lao động và làm việc ở doanh nghiệp, tổ chức khi chưa có giấy phép lao động. Chính quy định người nước ngoài làm việc có thời hạn dưới 3 tháng không cần xin cấp giấy phép lao động đã tạo kẽ hở cho các doanh nghiệp, tổ chức lợi dụng. Thực tế, các doanh nghiệp, tổ chức không khai báo việc sử dụng lao động thời vụ trước bảy ngày theo quy định thì cơ quan quản lý nhà nước cũng không thể làm gì được. Bên cạnh đó, còn có một số nhà thầu nước ngoài nhận thi công các dự án như dự án cải thiện môi trường nước, các dự án xây dựng cầu đường... sử dụng một lực lượng chuyên gia, lao động phổ thông hùng hậu nhưng các ngành chức năng không theo dõi, quản lý được. Đây là những điều kiện cho việc cưỡng bức lao động, lạm dụng lao động phát sinh.

Để khắc phục những bất cập nêu trên, chúng tôi cho rằng:

- Cần sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật đối với lao động nước ngoài tại Việt Nam. Trong xu thế hội nhập kinh tế quốc tế, nhất là khi Việt Nam đã trở thành thành viên của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) và Cộng đồng ASEAN, căn cứ vào thực tế lao động nước ngoài tại Việt Nam thì việc dần dần phải loại bỏ các rào cản, tiến tới mở cửa thị trường lao động là xu hướng không thể tránh khỏi. Chính sách đối với NLD nước ngoài làm việc tại Việt Nam cần được đặt trong chiến lược tổng thể phát triển nguồn nhân lực quốc gia: *một mặt*, cần có cơ chế khuyến khích, chào đón những nhân sự có trình độ cao gia nhập thị trường lao động Việt Nam phục vụ mục tiêu hiện đại hóa đất nước; *mặt khác*, cần hình thành một “bộ lọc tốt” để những lao động phổ thông, chất lượng thấp của nước ngoài không thể thâm nhập vào thị trường nội địa.

- Cần sửa đổi, bổ sung quy định cấp giấy phép đối với lao động nước ngoài làm việc có thời hạn dưới 3 tháng để đảm bảo quản lý và giám sát được đội ngũ lao động này, tránh để xảy ra tình trạng cưỡng bức lao động phát sinh.

2. Thứ hai, về lao động Việt Nam làm việc tại nước ngoài, theo báo cáo của Hiệp hội Xuất khẩu lao động Việt Nam (VAMAS), năm 2016, Việt Nam có tổng số 126.296 lao động đi làm việc ở nước ngoài.

Việt Nam đã ban hành Luật NLD Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 và các văn bản hướng dẫn thực hiện luật. Chính sách của Nhà nước về

5. 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.

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

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

8. Là học sinh, sinh viên học tập tại Việt Nam làm việc tại Việt Nam nhưng NSDLĐ phải báo trước 07 ngày với cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh.

9. Các trường hợp khác theo quy định của Chính phủ.

NLĐ đi làm việc ở nước ngoài là Nhà nước Việt Nam tạo điều kiện thuận lợi để công dân Việt Nam có đủ điều kiện đi làm việc ở nước ngoài, bảo hộ quyền, lợi ích hợp pháp của NLĐ đi làm việc ở nước ngoài và của doanh nghiệp, tổ chức sự nghiệp đưa NLĐ đi làm việc ở nước ngoài, hỗ trợ đầu tư mở thị trường lao động mới, thị trường có thu nhập cao, thị trường tiếp nhận nhiều NLĐ; hỗ trợ đào tạo cán bộ quản lý, dạy nghề, ngoại ngữ cho NLĐ, có chính sách tín dụng ưu đãi cho các đối tượng chính sách xã hội đi làm việc ở nước ngoài, đồng thời khuyến khích đưa nhiều NLĐ có trình độ chuyên môn, kỹ thuật đi làm việc ở nước ngoài, đưa NLĐ đi làm việc ở thị trường có thu nhập cao; khuyến khích đưa NLĐ đi làm việc tại công trình, dự án, cơ sở sản xuất, kinh doanh do doanh nghiệp, tổ chức, cá nhân trúng thầu, nhận thầu, đầu tư thành lập ở nước ngoài.

Nhằm bảo vệ NLĐ Việt Nam ở nước ngoài, chống bị lạm dụng lao động cưỡng bức, pháp luật Việt Nam có những quy định cụ thể về xuất khẩu lao động. Điều này được thể hiện rất rõ trong BLLĐ năm 2012, Luật NLĐ Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 và các văn bản hướng dẫn thi hành. Theo đó, trước khi đưa NLĐ đi làm việc ở nước ngoài theo quy định của pháp luật, doanh nghiệp xuất khẩu lao động phải công bố công khai các tiêu chuẩn điều kiện tuyển chọn, quyền lợi và nghĩa vụ của NLĐ; phải tổ chức việc đào tạo, giáo dục định hướng cho người lao động; phải ký hợp đồng đi làm việc ở nước ngoài với NLĐ; tổ chức cho NLĐ đi và về nước theo đúng hợp đồng đã ký và quy định của pháp luật; quản lý và bảo vệ quyền lợi của NLĐ trong thời gian làm việc theo hợp đồng ở nước ngoài phù hợp với pháp luật Việt Nam và pháp luật nước sở tại; phải bồi thường thiệt hại cho NLĐ do doanh nghiệp vi phạm hợp đồng gây ra; NLĐ có quyền được cung cấp các thông tin liên quan tới chính sách, pháp luật về lao động, điều kiện tuyển dụng, thời hạn hợp đồng, loại công việc sẽ làm và

nơi làm việc, điều kiện làm việc, sinh hoạt, tiền lương, tiền làm thêm giờ và các phụ cấp khác (nếu có), chế độ bảo hiểm, quyền lợi, nghĩa vụ của NLĐ làm việc ở nước ngoài và những thông tin cần thiết khác theo hợp đồng cung ứng lao động. Ngoài ra, NLĐ còn được đào tạo, giáo dục định hướng trước khi đi làm việc ở nước ngoài, được đảm bảo quyền lợi trong hợp đồng đã ký theo quy định của pháp luật Việt Nam, pháp luật nước sở tại và được bảo hộ về lãnh sự và tư pháp. Bên cạnh đó, họ cũng có quyền khiếu nại, tố cáo, khởi kiện với cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam hoặc của nước sở tại về các vi phạm của doanh nghiệp xuất khẩu lao động và NSDLĐ nước ngoài, được bồi thường thiệt hại do doanh nghiệp vi phạm hợp đồng gây ra.

Để phòng, chống lạm dụng xuất khẩu lao động nhằm mục đích trục lợi, bóc lột, cưỡng bức lao động, pháp luật Việt Nam quy định khá chặt chẽ về điều kiện cũng như quy trình và thủ tục đưa NLĐ Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài. Trước hết, hoạt động dịch vụ đưa NLĐ đi làm việc ở nước ngoài là ngành, nghề kinh doanh có điều kiện. Doanh nghiệp hoạt động dịch vụ đưa NLĐ đi làm việc ở nước ngoài phải có vốn pháp định theo quy định của Chính phủ và được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp giấy phép hoạt động dịch vụ đưa NLĐ đi làm việc ở nước ngoài. Pháp luật quy định doanh nghiệp được cấp giấy phép phải trực tiếp tổ chức hoạt động dịch vụ đưa NLĐ đi làm việc ở nước ngoài, không được ủy quyền cho doanh nghiệp khác trực tiếp tổ chức hoạt động này. Tuy nhiên, trên thực tế vẫn còn tồn tại trường hợp người môi giới mượn danh một doanh nghiệp để tuyển lao động, sau đó "bán" lại nguồn cho doanh nghiệp. Bên cạnh đó, nhiều doanh nghiệp còn ký "hợp đồng liên kết" tuyển chọn qua người đại diện tại các địa phương, trích cho họ một khoản tiền gọi là phí tạo nguồn. Mặc dù, Luật NLĐ Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng nghiêm cấm doanh

nghiệp tuyển qua môi giới nhưng lại không quy định về hình thức liên kết này, do vậy những tổ chức, cá nhân được doanh nghiệp ủy quyền tuyển lao động đã có những hành vi vượt quá thẩm quyền, tuyển, đào tạo và thu tiền của NLD. Môi giới, cò mồi cũng sinh ra từ đây. Vì thế, hầu như không có lao động Việt Nam nào muốn đi làm việc tại nước ngoài được xuất cảnh với đúng mức phí quy định. Nhưng do mức lương làm việc tại nước ngoài được trả cao nên một số NLD vẫn chấp nhận trả chi phí cho cò mồi, thậm chí nhiều lao động nghèo ở nông thôn phải đi vay nợ để trả chi phí cho những cò mồi này. Hệ lụy của nó là sau khi NLD được đi làm việc tại nước ngoài, họ phải chấp nhận làm những công việc không như cam kết, buộc phải làm thêm ngoài giờ, chấp nhận làm việc bất hợp pháp trong những điều kiện không được bảo vệ để có tiền gửi về trang trải nợ nần đã vay trước đó. Chính điều đó dẫn đến việc NLD Việt Nam dễ bị lạm dụng, cưỡng bức lao động.

Báo chí và các phương tiện thông tin đại chúng đã phản ánh rất nhiều về hiện tượng NLD phải bỏ ra một chi phí lớn để đi xuất khẩu lao động rồi sau đó, vì gánh nặng tài chính, họ lại chấp nhận mọi điều kiện để kiếm tiền bên nước ngoài kể cả việc bị cưỡng bức lao động, đặc biệt là tại một số thị trường lao động như Đài Loan, Hàn Quốc, Ba Lan... Lấy ví dụ thị trường xuất khẩu lao động Đài Loan: theo quy định, mức phí đối với NLD đi làm việc tại Đài Loan tối đa là 4.500 USD/người/hợp đồng 3 năm trong các ngành công nghiệp, trong đó phí môi giới không quá 1.500 USD; không quá 3.800 USD/người/hợp đồng 3 năm khi đi làm việc trong gia đình và chăm sóc sức khỏe, trong đó phí môi giới tối đa không quá 800 USD.

Theo quy định, mức phí đi làm công nhân nhà máy và xây dựng với hợp đồng 3 năm tại Đài Loan là 4.500 USD/hợp đồng; nghề giúp việc gia đình, chăm sóc sức khỏe là 3.600 USD/hợp đồng. Tuy nhiên, theo số liệu điều tra thực tế của Ủy ban Lao động Đài Loan, mức phí NLD Việt Nam phải nộp trung bình từ 5.000-6.000 USD; thậm chí rất nhiều lao động phải nộp tới 7.000 USD. Đây là một số tiền quá lớn đối với những gia đình ở vùng nông thôn Việt Nam. Tiền đi vay để chi cho môi giới quá lớn đã đẩy NLD vào hoàn cảnh bị chủ sử dụng lao động đánh đập, ngược đãi, cưỡng bức. Ngày 04/10/2011, Tòa án tối cao Đài Loan đã tổ chức xét xử vụ án 6 lao động nữ Việt Nam bị chủ sử dụng lao động cưỡng bức lao động. Tại Trung tâm Dưỡng lão và Nhà hộ lý - Thành phố Cao Hùng, Đài Loan do hai vợ chồng ông Lâm Hồng Khôn và bà Ngô Tịnh Huệ làm chủ, 6 lao động nữ Việt Nam đã bị ép buộc, cưỡng bức lao động ngoài giờ làm việc với các công việc như: lau, rửa xác chết, đào huyết, bốc mộ... nhưng 6 lao động này không được tính tiền tăng ca theo quy định của Đài Loan (50 Đài tệ/1 giờ tăng ca)⁵.

Luật NLD Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng quy định rõ về trách nhiệm và cơ chế phối hợp của các cơ quan nhà nước đối với hoạt động xuất khẩu lao động nhằm bảo vệ NLD tránh bị lạm dụng khi làm việc ở nước ngoài. Theo đó, Chính phủ thống nhất quản lý nhà nước về NLD đi làm việc ở nước ngoài; Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội chịu trách nhiệm trước Chính phủ thực hiện quản lý nhà nước về NLD đi làm việc ở nước ngoài; Bộ, cơ quan ngang Bộ trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm phối hợp với Bộ Lao động - Thương binh và Xã

5 H.Bình (2012), Thông tin thêm về vụ 6 lao động nữ VN làm việc khổ sai tại Đài Loan, Trang web của Công ty cổ phần Tư vấn du học và dịch thuật OSC, http://duhocdailoan.info/index.php?option=com_content&view=article&id=1892:thong-tin-them-v-v-6-lao-ng-n-vn-lam-vic-kh-sai-ti-ai-loan&catid=298:ngi-lao-ng-ai-loan&Itemid=587, 29/03/2012.

hội thực hiện quản lý nhà nước về NLD đi làm việc ở nước ngoài theo sự phân công của Chính phủ; Ủy ban nhân dân các cấp có trách nhiệm thực hiện quản lý nhà nước về NLD đi làm việc ở nước ngoài theo sự phân cấp của Chính phủ. Ngoài ra, pháp luật còn quy định trách nhiệm của cơ quan đại diện ngoại giao, lãnh sự Việt Nam ở nước ngoài trong việc bảo hộ quyền và lợi ích hợp pháp của NLD đi làm việc ở nước ngoài; xử lý hành vi vi phạm của NLD đi làm việc ở nước ngoài theo quy định của Luật NLD Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng; nghiên cứu, tìm hiểu thị trường, chính sách và phương thức tiếp nhận lao động nước ngoài của nước sở tại và thông tin, hướng dẫn các doanh nghiệp tiếp cận thị trường để ký kết Hợp đồng cung ứng lao động theo pháp luật Việt Nam và pháp luật của nước sở tại.

Tuy nhiên, cơ chế quản lý cũng như phối hợp của các Bộ, ngành có liên quan trong lĩnh vực này còn thiếu đồng bộ và chậm. Bên cạnh đó, nhiều doanh nghiệp xuất khẩu lao động đã không thực hiện đúng và đầy đủ các nghĩa vụ của họ sau khi đi đưa NLD đi xuất khẩu lao động. Thực tế, ngày càng có nhiều người tham gia xuất khẩu lao động phải đối mặt với rủi ro, bị đối xử không công bằng, bị lạm dụng; thậm chí bị bóc lột, cưỡng bức lao động, làm việc trong điều kiện tồi tệ với mức lương thấp nhưng lại không nhận được sự hỗ trợ kịp thời. Vì vậy, nhằm bảo vệ tốt hơn quyền của NLD Việt Nam ở nước ngoài nói chung, phòng, chống lao động cưỡng bức đối với người Việt Nam ở nước ngoài nói riêng, chúng tôi cho rằng, cần thực hiện một số giải pháp sau đây:

Thứ nhất, cần sửa đổi, bổ sung và hoàn thiện các quy định pháp luật về lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài. Các quy định hiện nay về hợp đồng, vấn đề chi phí môi giới, dịch vụ, tiền dịch vụ mà doanh nghiệp xuất khẩu lao động thoả thuận với NLD cần sửa đổi theo hướng chặt chẽ

và cụ thể hơn. Bên cạnh đó, cần bổ sung quy định để quản lý hình thức liên kết giữa doanh nghiệp xuất khẩu lao động và cá nhân hoặc tổ chức trực tiếp tuyển lao động để đảm bảo nghĩa vụ pháp lý của các cá nhân, doanh nghiệp và tổ chức này, để minh bạch hóa hoạt động xuất khẩu lao động. Đặc biệt cần có chế tài xử phạt đủ mạnh đối với những doanh nghiệp xuất khẩu lao động vi phạm pháp luật. Pháp luật hiện nay chỉ quy định duy nhất trường hợp NLD được bồi thường thiệt hại do doanh nghiệp xuất khẩu lao động gây ra. Thực tế, trường hợp NLD bị tai nạn lao động, bị phá hợp đồng... do lỗi của phía sử dụng lao động nước ngoài cũng cần quy định chế tài xử phạt cụ thể, nghiêm minh. Bên cạnh đó, để đảm bảo vai trò của doanh nghiệp trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của NLD Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài, cần quy định doanh nghiệp hoạt động dịch vụ xuất khẩu lao động ký quỹ thế chấp để khi xảy ra sự kiện ảnh hưởng đến quyền lợi NLD, Chính phủ sẽ sử dụng quỹ này để hỗ trợ quyền lợi cho NLD.

Thứ hai, xây dựng cơ chế phối hợp giữa các bộ ngành, chính quyền địa phương, cơ quan đại diện ngoại giao, lãnh sự Việt Nam ở nước ngoài trong hoạt động kiểm tra, giám sát việc thực hiện pháp luật về NLD đi làm việc ở nước ngoài, bảo đảm phát hiện và ngăn chặn kịp thời tình trạng người Việt Nam ở nước ngoài bị lạm dụng, cưỡng bức lao động.

Thứ ba, cần đẩy mạnh công tác tuyên truyền pháp luật lao động, quyền của NLD; công khai rộng rãi thông tin về doanh nghiệp có giấy phép đưa NLD Việt Nam ra nước ngoài làm việc; buộc doanh nghiệp có giấy phép đưa NLD Việt Nam ra nước ngoài làm việc phải công khai, minh bạch điều kiện, thủ tục, mức phí, tiền lương, chế độ đối với NLD Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài ■

MỘT SỐ ĐỀ XUẤT SỬA ĐỔI BỘ LUẬT LAO ĐỘNG BẢO ĐẢM SỰ TƯƠNG THÍCH VỚI NỘI DUNG HIỆP ĐỊNH CPTPP¹

Lê Việt Trường *

* Nguyên Phó Chủ nhiệm Ủy ban Quốc phòng và An ninh của Quốc hội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bộ luật Lao động; CPTPP; quan hệ lao động; người lao động

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/11/2018

Biên tập : 26/11/2018

Duyệt bài : 28/11/2018

Article Information:

Keywords: Labour Code; CPTPP; labour relations; labourers

Article History:

Received : 06 Nov. 2018

Edited : 26 Nov. 2018

Approved : 28 Nov. 2018

Tóm tắt:

Trong những năm qua, trước sự phát triển nhanh chóng trong lĩnh vực lao động xã hội và yêu cầu quản lý nhà nước về lao động, nhiều quy định của Bộ luật Lao động năm 2012 đã không còn phù hợp, cần phải sửa đổi, bổ sung. Tuy nhiên, phạm vi sửa đổi, bổ sung của Bộ luật Lao động năm 2012 đến đâu vẫn là câu hỏi gây nhiều tranh luận trên các diễn đàn khoa học hiện nay.

Abstract

In recent years, the rapid development of the labour force and the requirements of state management of labour, several provisions in the Labour Code of 2012 are not appropriate and they need to be reviewed and amended. However, the scope of amendments and additions of the Labour Code of 2012 is still in question with much arguments and comments in the recent scientific forums.

1. Đặt vấn đề

Trong kho tàng tri thức của nhân loại về nhà nước và pháp luật, có lẽ pháp luật về quan hệ lao động thuộc nhóm những vấn đề phức tạp và hóc búa nhất đối với mỗi nhà nước nói chung, với các nhà hoạch định chính sách, pháp luật nói riêng. Nếu ai đó nói rằng, pháp luật về lao động được thông qua hôm nay thì ngày mai đã có nhu

cầu sửa đổi, bổ sung có lẽ cũng không sai. Bởi vì, pháp luật bao giờ cũng chậm hơn so với sự vận động của thực tiễn cuộc sống, đặc biệt trong lĩnh vực lao động.

Bộ luật Lao động (BLLĐ) của nước ta lần đầu tiên được Quốc hội thông qua năm 1994, đã qua 3 lần sửa đổi, bổ sung (2002, 2006 và 2007) và được sửa đổi toàn diện vào năm 2012. Sau hơn 20 năm triển khai thực

1 CPTPP: Hiệp định đối tác Thương mại toàn diện và Tiên bộ xuyên Thái Bình Dương

hiện, có thể khẳng định, BLLĐ đã có những đóng góp to lớn vào sự nghiệp đổi mới, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc cũng như mở cửa và hội nhập quốc tế. BLLĐ đã tạo dựng một hành lang pháp lý cơ bản về quan hệ lao động, việc làm, tiền lương, bảo hiểm xã hội, quản lý nhà nước về lao động v.v.. phù hợp với tình hình và điều kiện cụ thể của nước ta, đồng thời từng bước nội luật hóa những nội dung có liên quan trong các Công ước của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) mà Việt Nam là thành viên. Tuy nhiên, trước yêu cầu đẩy mạnh công cuộc đổi mới, mở cửa và hội nhập quốc tế, sự cạnh tranh về thị trường lao động khu vực và toàn cầu ngày càng gay gắt, việc “hoàn thiện cơ chế, chính sách để phát triển đồng bộ, liên thông thị trường lao động cả về quy mô, chất lượng lao động và cơ cấu ngành nghề” theo quan điểm chỉ đạo của Đảng tại Báo cáo Chính trị của Ban Chấp hành Trung ương khóa XI trình Đại hội Đảng lần thứ XII, nhằm nâng cao năng suất lao động, năng lực cạnh tranh quốc gia để bảo đảm đất nước phát triển nhanh và bền vững, là rất cần thiết.

Để hiện thực hóa chủ trương nói trên của Đảng, cần sớm nghiên cứu sửa đổi, bổ sung BLLĐ năm 2012 theo tinh thần đổi mới mạnh mẽ, bảo đảm hành lang pháp lý về lao động theo nguyên tắc thị trường, phá bỏ mọi rào cản để giải phóng mọi tiềm năng và sức sáng tạo của người lao động (NLĐ).

2. Một số đề xuất sửa đổi Bộ luật Lao động 2012

a) Quan điểm cần quán triệt trong sửa đổi BLLĐ 2012

- Quán triệt đầy đủ quan điểm chỉ đạo của Đảng về phát triển thị trường lao động trong nền kinh tế thị trường định hướng XHCN, bảo đảm các nguyên tắc thị trường về hàng hóa sức lao động (quy luật cung - cầu, quy luật giá trị); bảo đảm sự cạnh tranh lành mạnh của thị trường lao động.

- Bảo đảm nguyên tắc bình đẳng trước

pháp luật giữa NLĐ và người sử dụng lao động (NSDLĐ); hài hòa hóa quyền và lợi ích của các bên trong quan hệ lao động; không làm méo mó quan hệ lao động bằng mệnh lệnh hành chính.

- Coi đầu tư cho NLĐ là đầu tư phát triển, bảo đảm hài hòa lợi ích vật chất và tinh thần của NLĐ; có chính sách và biện pháp phù hợp bảo vệ NLĐ yếu thế, lao động là phụ nữ, trẻ em gái.

- Bảo đảm môi trường dân chủ, an ninh, an toàn cho NLĐ; tạo cơ hội thành công, thăng tiến cho mọi cá nhân.

- Bảo đảm cơ chế, chính sách giải phóng và phát huy mọi tiềm năng, sức sáng tạo của NLĐ; phòng ngừa, chống mọi biểu hiện phân biệt đối xử dưới mọi hình thức trong quan hệ lao động.

- Phù hợp với Hiến pháp, pháp luật và quy định có liên quan của điều ước quốc tế về lao động mà Việt Nam là thành viên, bảo đảm yêu cầu phát triển đất nước trước mắt đồng thời có tính đón đầu những thay đổi có tính xu hướng trong quan hệ lao động khu vực và thế giới.

b) Những đề xuất cụ thể

- Tên gọi và phạm vi điều chỉnh

Đến thời điểm hiện nay, BLLĐ 2012 với mục đích ban đầu là điều chỉnh toàn bộ những vấn đề liên quan đến lao động đã không còn phù hợp, theo đó cần thay tên gọi và thu hẹp phạm vi điều chỉnh. Trong những năm qua, trước sự phát triển nhanh chóng của lĩnh vực lao động xã hội và yêu cầu quản lý nhà nước về lao động, nhiều nội dung thuộc phạm vi điều chỉnh của BLLĐ đã được tách ra để hình thành những đạo luật riêng như :

+ Luật NLĐ Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng (2006);

+ Luật Việc làm (2013);

+ Luật An toàn, vệ sinh lao động (2015);

+ Luật Bảo hiểm xã hội (2014);

- + Luật Cán bộ, công chức (2008);
- + Luật Viên chức (2010);
- + Luật Công an nhân dân (2015);
- + Luật Sĩ quan Quân đội nhân dân Việt Nam (2015);
- + Luật Quân nhân chuyên nghiệp, công nhân, viên chức quốc phòng (2016).

Ngoài ra, còn nhiều luật chuyên ngành cũng điều chỉnh những quan hệ lao động đặc thù như Luật Luật sư, Luật Giáo dục - Đào tạo, Luật Giáo dục Đại học, Luật Cơ yếu, Luật Thanh tra, Luật Khám, chữa bệnh, Luật Nghĩa vụ quân sự và một số luật, pháp lệnh khác. Ở khía cạnh khác, bên cạnh các hình thức quan hệ lao động truyền thống, trong xã hội đã, đang và sẽ xuất hiện nhiều hình thức quan hệ lao động mới vượt ra khỏi khuôn khổ những quan niệm cũ. Chợ việc làm ở Mỹ (Job market) hoặc Lao động tự do ở Việt Nam (Freelancer) là minh chứng rất thời sự cho điều đó. NLD với máy tính trong tay và mạng internet có thể làm việc cho nhiều khách hàng trong và ngoài nước cùng một lúc, dù có giao kết hợp đồng hoặc không giao kết hợp đồng, với thu nhập khá tốt. Nhiều người có nhu cầu thuê mướn lao động - kể cả doanh nghiệp lớn của nước ngoài - lựa chọn phương thức tìm kiếm nguồn nhân lực này để tiết giảm chi phí như thuế thu nhập, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế và trợ cấp thất nghiệp. Tạp chí Forbes Mỹ dự báo, có thể đến năm 2020, ở Mỹ cứ 3 NLD có việc làm thì 1 người tìm được việc qua Chợ việc làm trên mạng. Ở nước ta, Chợ việc làm trên mạng tuy mới xuất hiện nhưng đang phát triển nhanh chóng.

Thực tế đó cho thấy, cần xác định lại tên gọi và nhiệm vụ của luật này theo hướng chỉ tập trung điều chỉnh quan hệ lao động với tính chất là những nguyên tắc chung mà khi xác lập quan hệ lao động trong tất cả các lĩnh vực đặc thù hoặc không đặc thù đều phải tuân thủ. NLD có quyền tự do lựa chọn việc làm thông qua giao kết hợp đồng

để được pháp luật bảo hộ hoặc không giao kết hợp đồng nếu chấp nhận rủi ro. Như vậy, tên gọi của luật có thể là *Luật về Quan hệ lao động* và phạm vi điều chỉnh cần khoanh lại những vấn đề có tính nguyên tắc chung về quan hệ lao động bao gồm: khái niệm lao động, chính sách của Nhà nước về lao động, nguyên tắc cơ bản về quan hệ lao động (Hợp đồng lao động - HĐLĐ, chế độ làm việc, nghỉ ngơi, tiền lương, tiền công, điều kiện lao động, giải quyết tranh chấp lao động v.v.).

- *Nguyên tắc cơ bản về quan hệ lao động*

BLLĐ 2012 không quy định nguyên tắc cơ bản về quan hệ lao động là sự thiếu hụt về cơ sở pháp lý, cần được bổ sung để làm căn cứ cho các luật chuyên ngành xác lập quan hệ lao động trong những lĩnh vực đó. Chúng tôi cho rằng, những nguyên tắc: tự do, tự nguyện trong giao kết, thực hiện, chấm dứt HĐLĐ; nguyên tắc làm việc và nghỉ ngơi khoa học để phục hồi sức khỏe và chăm sóc gia đình; nguyên tắc thỏa thuận tiền lương, tiền công phù hợp với trình độ đào tạo, kỹ năng, tính chất phức tạp của lao động, kết quả lao động mà NLD đáng được hưởng v.v.. cần được xác định trong luật. Các luật khác điều chỉnh quan hệ lao động trong lĩnh vực quân sự, an ninh, giáo dục, đào tạo, y tế v.v.. sẽ căn cứ vào những nguyên tắc này mà quy định cụ thể cho phù hợp với tính chất đặc thù của mỗi lĩnh vực.

- *Về độ tuổi lao động*

Do tuổi thọ con người Việt Nam đang tăng lên (theo số liệu Tổng cục Thống kê công bố, tuổi thọ trung bình của người Việt Nam hiện nay là 73 tuổi), đối tượng nghỉ hưu trước độ tuổi nghỉ hưu theo quy định của BLLĐ cũng tăng lên, mức hưởng lương hưu ở nước ta cao (75%) đã gây áp lực lớn lên khả năng cân đối của quỹ bảo hiểm xã hội. Mặt khác, trong xu hướng dân số đang già hóa nhanh, nhu cầu sử dụng lao động khi

hết tuổi lao động nhưng còn sức khỏe, có năng lực, kinh nghiệm, tay nghề cao trong một số lĩnh vực, ngành nghề cũng tăng lên, nên Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội đang nghiên cứu phương án nâng độ tuổi nghỉ hưu của nam giới lên 62 tuổi và nữ giới lên 58 tuổi. Ý tưởng này là phù hợp với xu thế, cần nghiên cứu sửa đổi các quy định có liên quan của BLLĐ hiện hành, nhưng cần bảo đảm có lộ trình hợp lý, tránh gây sốc cho NLĐ, nhất là những người làm việc trong môi trường có tính đặc thù cần được nghỉ hưu sớm hơn. Đồng thời, Quốc hội cần nghiên cứu sửa đổi quy định có liên quan của Luật Người cao tuổi, nhất là khái niệm về người cao tuổi.

- Về HĐLĐ

BLLĐ 2012 quy định 3 loại HĐLĐ gồm HĐLĐ không xác định thời hạn, HĐLĐ xác định thời hạn và HĐLĐ theo mùa vụ, công việc với thời hạn dưới 12 tháng. Thực tế cho thấy, trong nền kinh tế thị trường và đời sống xã hội hiện đại, việc thuê mướn lao động ngày càng đa dạng, phong phú, linh hoạt (như quan hệ lao động thông qua chợ lao động hoặc lao động tự do trên mạng Internet đã đề cập trên đây), luật chỉ nên quy định 2 loại HĐLĐ: HĐLĐ không xác định thời hạn và HĐLĐ xác định thời hạn. Loại HĐLĐ theo thời vụ, công việc với thời hạn dưới 12 tháng thực chất chỉ là một hình thức hợp đồng xác định thời hạn và trong quan hệ bảo hiểm xã hội không có gì khác với hai loại HĐLĐ trên (cũng thuộc diện đóng bảo hiểm xã hội bắt buộc). Đồng thời, luật cần bổ sung thêm hình thức HĐLĐ điện tử, giấy phép lao động điện tử để áp dụng cho các giao kết HĐLĐ hoặc làm thủ tục xin cấp giấy phép lao động qua mạng Internet.

Trong bối cảnh hiện nay, để bảo vệ quyền con người, quyền công dân trong lĩnh vực lao động, BLLĐ nên xây dựng hai phương án để NLĐ tự do lựa chọn: (1) Phương án tuân theo các quy định của pháp

luật lao động để được bảo hộ bằng pháp luật về lao động và (2) Phương án không tuân theo các quy định của pháp luật lao động thì được bảo hộ bằng pháp luật về dân sự. Vì thực tế, một lao động tự do Việt Nam (Freelancer) thông qua mạng Internet được một công ty nước ngoài thuê thiết kế đồ họa cho sản phẩm của họ thì việc giao kết hợp đồng hay không là do ý chí của NLĐ, việc đóng bảo hiểm xã hội hay không cũng do người đó có tự nguyện hay không. Cơ quan nhà nước cũng khó có thể kiểm soát được. Mặt khác, nếu một lao động tự do làm việc cho nhiều người hoặc nhiều công ty nước ngoài sẽ rất khó chỉ định chủ thể nào sẽ đóng bảo hiểm xã hội cho người đó.

- Về cho thuê lại lao động

Đây là nội dung mới được bổ sung vào BLLĐ 2012 (Điều 23). Tuy nhiên, quy định này chưa thể hiện đầy đủ nguyên tắc thị trường nên khó có thể tạo lập được thị trường lao động linh hoạt, đúng nghĩa, bảo đảm tính hàng hóa của sức lao động và người có sức lao động - chủ thể có quyền tự do quyết định cho thuê sức lao động của mình. Theo quy định của BLLĐ 2012, chỉ doanh nghiệp có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật đã có giấy phép hoạt động được quyền tuyển dụng lao động cho một số ít công việc nhất định để cho doanh nghiệp khác thuê lại. NLĐ thuộc diện này phải chịu sự song trùng quản lý: chủ doanh nghiệp thuê lại lao động và chủ doanh nghiệp cho thuê lại lao động.

Để tạo dựng thị trường lao động thông thoáng, linh hoạt nhưng Nhà nước vẫn quản lý, bảo vệ được NLĐ, nên mở rộng danh mục những công việc được thuê lại lao động, đơn giản hóa điều kiện để được cấp phép tuyển dụng và cho thuê lại lao động. Thực tế hiện nay đã và đang có rất nhiều trung tâm, học viện, Freelancer Việt Nam... cung ứng nhân sự chất lượng cao, xét về bản chất đó cũng là các biến thể của cho thuê lại lao động. Ở các nước phát triển còn có đội ngũ tình báo

nhân sự (nghề săn đầu người) hoạt động rất mạnh để tranh giành nhân sự giỏi. Để tránh những biến tướng trong lĩnh vực này, cùng với những doanh nghiệp chuyên làm dịch vụ cho thuê lại lao động được cấp phép, nên bổ sung một số trường hợp doanh nghiệp không thuộc diện chuyên làm dịch vụ cho thuê lại lao động cũng được cho doanh nghiệp khác thuê lại lao động của mình (tầm cỡ chuyên gia) trong lúc nhàn rỗi hoặc cho thuê số lao động có chất lượng nhưng tạm thời dôi dư do thay đổi công nghệ hoặc lý do nào đó để khi cần thì đưa họ trở lại doanh nghiệp làm việc v.v.. tránh phải tuyển dụng, ký hợp đồng mới tốn kém chi phí.

- Về quyền đình công của NLD

Đây là vấn đề luôn có nhiều ý kiến khác nhau. Về cơ bản, các ý kiến có thể quy về 2 nhóm: nhóm ủng hộ quy định như trong BLLĐ 2012 và nhóm không ủng hộ, vì cho rằng quy định như BLLĐ 2012 thiếu tính khả thi. Thực tế, trong suốt thời gian kể từ khi BLLĐ năm 1994 và Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động năm 1996 được ban hành, hầu hết các cuộc đình công ở nước ta diễn ra đều không đúng quy định của pháp luật. Theo quan niệm chung, đình công được xem là biện pháp cuối cùng của NLD để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, các cuộc đình công (ngưng việc tập thể) là biện pháp đầu tiên mà NLD dùng đến để buộc NSDLĐ phải đối thoại và giải quyết những yêu cầu của họ. Như vậy, rõ ràng những quy định hiện hành của pháp luật về quyền, trình tự, thủ tục thực hiện quyền đình công của NLD không có tính khả thi, cần được sửa đổi, bổ sung trong BLLĐ 2012.

Trong xu thế phát triển của xã hội hiện đại, nhận thức về đình công cần phải đổi mới mạnh mẽ. Thực tiễn cho thấy, ở nước ta, đình công của NLD nhìn chung không mang màu sắc chính trị mà chủ yếu là về kinh tế. Do đó, pháp luật về lao động không nên xây

dựng quyền đình công của NLD theo hướng “an toàn hóa vấn đề” dựa trên tư duy nhìn đâu cũng thấy “thế lực thù địch lợi dụng”. Trong quan hệ lao động giữa một bên là NSDLĐ nắm giữ trong tay tư liệu sản xuất, cơ hội việc làm và quyền phân phối lợi ích, bên NLD thì không có gì ngoài sức lao động, đang cần việc làm để nuôi sống bản thân và gia đình. Trong mối quan hệ này, NLD luôn luôn ở thế bất lợi. Họ chỉ có một thứ vũ khí mạnh nhất là “ngưng lao động” (đình công) và ở chiều ngược lại, đây chính là gót chân A-sin của NSDLĐ - đình công đồng nghĩa với lợi nhuận bị ảnh hưởng. Vì vậy, pháp luật về lao động phải tháo gỡ những rào cản gây khó khăn cho việc thực hiện quyền đình công của NLD, bảo đảm đình công diễn ra trong trật tự pháp luật. Chúng tôi cho rằng, quy định Nhà nước chỉ chấp nhận đình công vì lợi ích cần được sửa đổi. Bởi lẽ, trong một số trường hợp, lợi ích và quyền của NLD không thể tách bạch (ví dụ chủ doanh nghiệp buộc NLD tăng ca nhưng không trả tiền làm thêm ca thì hành vi này vừa vi phạm về lợi ích vừa vi phạm về quyền nghỉ ngơi của NLD).

Hiệp định đối tác Thương mại toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) mới được Quốc hội phê chuẩn mở ra nhiều cơ hội, song cũng chứa đựng nhiều thách thức. Dưới góc độ pháp luật về lao động, vấn đề cần tính đến là cho phép hình thành tổ chức của NLD cấp cơ sở bên cạnh tổ chức Công đoàn như đang có hiện nay và việc tổ chức đình công do NLD lựa chọn thông qua Công đoàn hoặc Tổ chức của NLD cấp cơ sở. Thực tế cho thấy, nếu thành viên Công đoàn mà phụ thuộc vào NSDLĐ cả về chính trị và kinh tế thì rất khó đòi hỏi họ hy sinh quyền lợi của mình để đứng về phía NLD. Bên cạnh đó, cần phải tính đến tính khả thi của quy định yêu cầu tổ chức Công đoàn lãnh đạo đình công phải bồi thường thiệt hại do đình công gây ra cho

doanh nghiệp trong trường hợp Tòa án phán quyết đình công trái pháp luật.

Xét về góc độ an ninh, trật tự an toàn xã hội, đình công chính là giải pháp hạ nhiệt những mâu thuẫn trong doanh nghiệp khi nó đã phát triển đến giới hạn, tránh để “tích tiểu thành đại” có thể làm cho tình hình diễn tiến theo chiều hướng xấu, không chỉ ảnh hưởng đến an ninh, trật tự trong doanh nghiệp mà còn có thể gây bất lợi cho công tác bảo đảm an ninh, trật tự chung.

- Về lao động chưa thành niên, NLD cao tuổi, NLD khuyết tật, lao động giúp việc gia đình và một số lao động khác

Về cơ bản, BLLĐ hiện hành đã quy định khá đầy đủ về các đối tượng lao động đặc thù. Tuy nhiên, cần quan tâm thêm những hiện tượng xã hội mới hình thành hoặc du nhập vào nước ta để có quy định cho phù hợp với tinh thần tạo dựng khung khổ pháp lý để bảo vệ quyền con người, quyền công dân về mặt quan hệ lao động, tránh sự lạm dụng và những tác động bất lợi đối với việc học tập, phát triển nhân cách, tâm hồn, thể chất, tài năng và cả vấn đề trực lợi trên lưng NLD. Đặc biệt, khi các hoạt động đó có sự tham gia của trẻ em, người chưa thành niên như các chương trình truyền hình thực tế, các cuộc thi tài năng nhiều độ tuổi diễn ra trong thời gian dài (cá biệt có cuộc thi thu hút các cháu 4-5 tuổi).

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. BLLĐ năm 2012
2. Hội đồng Lý luận Trung ương, *Những vấn đề lý luận và thực tiễn đặt ra trong tình hình hiện nay*. Tập I. Nxb. Chính trị quốc gia
3. Start-up Nation. Dan Senor & Saul Singer. Nxb. Thế giới
4. Ban Chỉ đạo về nhân quyền của Chính phủ, *Các Công ước về quyền con người*, Nxb. Chính trị - Hành chính
5. Báo cáo phát triển Việt Nam 2010 do các nhà tài trợ cho Việt Nam phối hợp xây dựng và phát hành, *Các thể chế hiện đại*.
6. Douglas K. Stevenson, *Cuộc sống và các thể chế ở Hoa Kỳ*. Nxb. Từ điển Bách khoa
7. Cục An toàn lao động (Bộ LĐ-TB&XH), *Một số công ước và khuyến nghị liên quan đến an toàn vệ sinh lao động*, Nxb. Thanh Niên.

Ngoài ra, chúng tôi cho rằng, cần nghiên cứu bổ sung quy định thừa nhận những hình thức quan hệ lao động mới như người nước ngoài làm việc cho NSDLĐ tại Việt Nam, NLD Việt Nam làm việc cho NSDLĐ ở nước ngoài trên mạng Internet để có chính sách bảo hộ và giải quyết tranh chấp lao động phù hợp.

- Về bình đẳng giới trong pháp luật về quan hệ lao động

BLLĐ 2012 có nhiều tiến bộ trong việc lồng ghép bình đẳng giới trong quan hệ lao động (dành 1 chương - Chương X gồm 8 điều quy định riêng đối với lao động nữ). Tuy nhiên, trong quan hệ lao động, không chỉ ở nước ta mà hầu hết các nước trên thế giới đều thừa nhận lao động nữ vẫn luôn ở thế yếu so với lao động nam giới. Vì vậy, Nhà nước cần sử dụng công cụ pháp luật và chính sách để bảo vệ lao động nữ. Mặc dù vậy, pháp luật hoặc chính sách luôn có tính hai mặt, nếu nghiêng về NSDLĐ thì sẽ thiệt cho NLD, nếu nghiêng quá nhiều về NLD vượt ngưỡng chịu đựng của NSDLĐ sẽ đặt họ vào tình thế phải tính toán kỹ khi tuyển dụng lao động nữ, vô hình trung chúng ta hạn chế cơ hội có việc làm của phụ nữ■

TÁC ĐỘNG CỦA TĂNG THUẾ THUỐC LÁ ĐẾN THU NGÂN SÁCH VÀ TỶ LỆ HÚT THUỐC Ở VIỆT NAM

Đào Thế Sơn *
Lê Thị Thu **

* ThS. Trường Đại học Thương mại

** ThS. HealthBridge Canada, Văn phòng Việt Nam

Thông tin bài viết:

Từ khóa: thuốc lá, ngân sách nhà nước, thuế tiêu thụ đặc biệt

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 03/11/2018

Biên tập : 07/11/2018

Duyệt bài : 15/11/2018

Article Information:

Keywords: tobacco; budget revenue; Special Consumption Tax

Article History:

Received : 03 Nov. 2018

Edited : 07 Nov. 2018

Approved : 15 Nov. 2018

Tóm tắt:

Dự thảo Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt sửa đổi dự kiến tăng thuế đối với thuốc lá như sau: phương án 1, bổ sung thuế tuyệt đối 1.000đ/bao thuốc; phương án 2, tăng thuế tỷ lệ hiện nay từ 75% lên 80% vào năm 2020. Các phương án tăng thuế này sẽ làm tăng thu ngân sách nhưng mức tăng này chưa lớn và sẽ không có tác động đủ lớn làm giảm tỷ lệ hút thuốc cũng như mức tiêu dùng thuốc lá. Phương án tăng thuế thuốc lá do Bộ Y tế đề nghị là bổ sung thuế tuyệt đối ở mức 5.000đ/bao không những làm tăng thu ngân sách nhiều hơn, mà còn góp phần làm giảm tỷ lệ hút thuốc để đạt được mục tiêu quốc gia.

Abstract

The draft Law on Special Consumption Tax is expected to raise the taxes on cigarettes as follows: option 1, supplement of VND 1,000 per packet as a lump-sum tax; and option 2, increase of the applicable tax rate from 75% to 80% by 2020. The taxation increase will rise the budget revenues but not a large amount and will not have a significant impacts to rate reduction in the smokers as well as the tobacco consumption. The proposed increase on tobacco taxes by the Ministry of Health is a lump-sum tax of VND5,000 per packet, which is not only increase the budget revenue but also contributes to rate reduction in the smokers for the achievement of the national target.

Chiến lược quốc gia về giảm tỷ lệ hút thuốc do Thủ tướng Chính phủ phê duyệt năm 2000 đưa ra mục tiêu giảm tỷ lệ hút thuốc ở nam giới trưởng thành từ mức 45,3% hiện nay xuống 39% vào năm 2020. Để đạt được mục tiêu này, Việt Nam sẽ cần phải

tiếp tục thực hiện đồng bộ nhiều biện pháp, trong đó tăng thuế thuốc lá được đánh giá là biện pháp hữu hiệu nhất. Từ năm 2000 đến nay, Việt Nam đã thực hiện 3 lần điều chỉnh mức thuế thuốc lá vào năm 2006, 2008 và 2014.

Năm 2006 điều chỉnh từ 3 mức thuế về một mức thuế chung 55% giá xuất xưởng cho tất cả các mặt hàng thuốc lá. Theo điều chỉnh này, thực tế mức thuế chỉ tăng với các sản phẩm thấp cấp, còn với các sản phẩm cao cấp, thuế suất thực tế đã giảm.

Năm 2008, Chính phủ quyết định tăng thuế tiêu thụ đặc biệt (TTĐB) thuốc lá từ 55% lên 65% giá xuất xưởng.

Năm 2014, thuế suất TTĐB đối với thuốc lá tăng từ 65% lên 70% từ 01/01/2016 và lên mức 75% từ 01/01/2019. Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, mức tăng này còn thấp, chưa theo kịp tốc độ lạm phát, dẫn đến trong toàn giai đoạn, giá thực thuốc lá không tăng, vì vậy, tiêu dùng thuốc lá vẫn gia tăng. Trước tình hình này, theo sự chỉ đạo của Chính phủ, Bộ Tài chính đã soạn thảo Dự thảo Luật Thuế TTĐB tháng 8/2017, trong đó đề xuất hai phương án điều chỉnh thuế với thuốc lá như sau:

- Phương án 1: Bổ sung thêm thuế tuyệt đối ở mức 1.000 đồng/bao từ năm 2020;

- Phương án 2: Tăng thuế tỷ lệ từ 75% lên 80% vào năm 2020 và 85% vào năm 2021.

Tuy nhiên, theo quan điểm của Bộ Y tế, để bảo đảm đạt mục tiêu quốc gia về giảm tỷ lệ hút thuốc, bên cạnh biểu thuế tỷ lệ hiện nay, cần bổ sung thêm thuế tuyệt đối ở mức tối ưu là 5.000đ/bao từ 01/01/2020.

Vậy phương án tăng thuế nào sẽ có hiệu quả hơn xét trên phương diện tác động của thuế đến giảm tỷ lệ hút thuốc và tăng thu ngân sách nhà nước? Để trả lời câu hỏi này, chúng tôi thực hiện nghiên cứu ước tính tác động của tăng thuế theo mỗi phương án trên đây.

1. Phương pháp ước tính

Để lượng hóa tác động của tăng thuế đến số thu ngân sách và tỷ lệ hút thuốc,

chúng tôi sử dụng mô hình của TaxSim của Tổ chức Y tế thế giới (WHO)¹. Mô hình này do các chuyên gia của WHO xây dựng và đã được áp dụng phổ biến ở nhiều quốc gia khi tính tác động của tăng thuế thuốc lá. Nội dung của mô hình là từ các mối quan hệ kinh tế giữa các biến số để xây dựng các công thức xác định sự thay đổi về giá bán lẻ thuốc lá, mức tiêu dùng thuốc lá, tỷ lệ hút thuốc, số thu ngân sách của nhà nước và một số đại lượng khác như giảm số ca tử vong hay số người bỏ thuốc.

Các dữ liệu đầu vào chính của mô hình TaxSim và nguồn dữ liệu dùng để ước tính cho Việt Nam được mô tả như sau:

Dân số trưởng thành: dựa trên số liệu của Tổng cục Thống kê (GSO), năm 2017, dân số trưởng thành của Việt Nam là 74 triệu. Theo ước tính của GSO, tỷ lệ tăng dân số trưởng thành là 1%/năm. Khi đó dân số trưởng thành của năm sau sẽ bằng dân số trưởng thành của năm trước nhân với 1.01.

Tỷ lệ hút thuốc: tỷ lệ hút thuốc trước khi tăng thuế được lấy kết quả từ điều tra hút thuốc ở người trưởng thành (GATS 2015), trong đó tỷ lệ hút thuốc chung cho cả 2 giới là 22,5%, tỷ lệ hút thuốc của nam giới là 45,3%, giá định tỷ lệ này không đổi trong giai đoạn 2015 - 2018.

Sản lượng thuốc lá tiêu thụ nội địa: sử dụng số liệu của Hiệp hội Thuốc lá và các báo cáo của GSO.

Độ co giãn cầu tiêu dùng theo giá thuốc lá: được lấy từ nghiên cứu của Emmanuel và cộng sự, với giá trị độ co giãn trung bình bằng -0,5 (nghĩa là khi giá thuốc lá tăng 10% thì tiêu dùng sẽ giảm 5%). Trong nghiên cứu, sản phẩm thuốc lá được chia thành 4 nhóm từ cấp thấp đến cấp cao với độ co giãn tương ứng từ -0,2 đến -0,8.

Độ co giãn của cầu tiêu dùng theo thu nhập: dựa theo diễn biến của mức độ tiêu

1 Van Walbeek, C. (2010). A simulation model to predict the fiscal and public health impact of a change in cigarette excise taxes. Tobacco Control 19 (1), 31–36.

dùng thuốc lá theo đầu người ở Việt Nam và mức thay đổi của thu nhập đầu người trong 10 năm gần đây, chúng tôi ước tính con số này vào khoảng 0,25 (tức là khi thu nhập đầu người tăng 10% thì tiêu dùng thuốc lá sẽ tăng thêm 2,5%).

Giá thuốc lá: giá bán lẻ thuốc lá năm 2015, 2016 được lấy từ kết quả điều tra giá thuốc lá của Vụ Chính sách thuế, Bộ Tài chính. Giá bán buôn thuốc lá năm 2015, 2016 được lấy từ số liệu báo cáo thuế và đóng góp bắt buộc của các công ty thuốc lá. Dựa trên các số liệu này, chúng tôi ước tính mức lợi nhuận bán lẻ là 25%. Giá bán lẻ thuốc lá các năm tiếp theo được ước tính với giả định lợi nhuận bán lẻ được giữ nguyên ở mức này.

Mức thay đổi (%) giá nhà sản xuất: giả định nhà sản xuất sẽ tăng giá bán buôn hàng năm với mức tăng bằng tỷ lệ lạm phát dự kiến chung của cả nước.

Mức độ đóng góp của thuế trong giảm tiêu dùng thuốc lá: Theo kinh nghiệm của Thái Lan, chính sách tăng thuế có hiệu quả sẽ góp 50% vào việc giảm tỷ lệ hút thuốc, 50% còn lại là do tác động của các biện pháp kiểm soát thuốc lá khác như in cảnh báo sức khỏe bằng hình ảnh trên bao bì thuốc lá, thực hiện các khu vực không khói thuốc. Với Việt Nam, chúng tôi giả định rằng, việc tăng thuế sẽ đóng góp 50% vào giảm tỷ lệ hút thuốc đến năm 2020.

Số tử vong tránh được nhờ việc bỏ thuốc: được ước tính theo chỉ số của WHO, cứ hai người hút thuốc thường xuyên thì có một người tử vong do bệnh liên quan đến hút thuốc gây ra (50%). Trong mô hình này, chúng tôi sử dụng giá trị an toàn là cứ 100 người hút thuốc thì có 33 người tử vong sớm do hút thuốc gây ra (33%). Tức là cứ 100 người bỏ thuốc thì có 33 người tránh được tử vong sớm do bỏ hút thuốc.

2. Kết quả ước tính tác động đối với số thu ngân sách và tỷ lệ hút thuốc

2.1 Tác động của phương án tăng thuế theo Dự thảo Luật thuế TTĐB

Theo các phân tích định tính, phương án bổ sung thuế tuyệt đối đã được chỉ ra là có những ưu điểm sau đây²:

- Đơn giản hoá công tác quản lý thuế: nếu như thuế tỷ lệ được tính dựa trên giá bán sản phẩm thì rất khó kiểm tra và ước tính, còn thuế tuyệt đối là một khoản cố định trên mỗi bao thuốc lá nên dễ quản lý hơn.

- Ổn định nguồn thu: thuế tỷ lệ có nguồn thu phụ thuộc vào giá bán sản phẩm trong khi thuế tuyệt đối chỉ dựa trên số sản phẩm bán ra nên có tính ổn định cao hơn.

- Có tác dụng giảm tiêu dùng tốt hơn: vì việc giảm chênh lệch giá giữa các dòng sản phẩm từ cấp thấp đến cấp cao khiến người tiêu dùng có ít khả năng chuyển dịch hơn khi đối mặt với việc tăng thuế và giá.

- Có tác dụng giảm tiêu dùng tốt hơn với nhóm người nghèo và thanh thiếu niên: vì thuế tuyệt đối tăng giá bán nhiều hơn ở các dòng sản phẩm rẻ tiền nếu so với việc chỉ tăng thuế tỷ lệ.

Với mức bổ sung thuế tuyệt đối là 1.000 đồng từ năm 2020, giá bán lẻ sẽ tăng trung bình 15,64% vào năm 2020. Nếu giữ nguyên mức thuế tuyệt đối này, các mức tăng giá bán lẻ các năm tiếp theo chỉ là do lạm phát chứ không có mức tăng thực tế.

Do tác động của mức tăng giá bán lẻ, lượng tiêu thụ thuốc lá sẽ giảm vào năm 2020, từ 3.867 triệu bao xuống còn 3.684 triệu bao (khoảng 5%); từ năm 2021 lượng tiêu thụ sẽ tăng trở lại nếu không tiếp tục điều chỉnh tăng thuế. Bên cạnh đó, tỷ lệ tiêu thụ thuốc lá của nam giới sẽ giảm vào từ 45% năm 2019 xuống 43.9% vào năm 2020, và sau đó cũng sẽ tăng trở lại nếu không tiếp tục điều chỉnh tăng thuế kết hợp với các biện pháp phòng chống tác hại thuốc lá khác. Với lộ trình này, đến năm 2021, tỷ lệ hút thuốc

2 Petit, P. and J. Nagy (2016). Fiscal policy: how to design and enforce tobacco excises. Washington, International Monetary Fund

Bảng 1: Tác động của tăng thuế theo phương án 1 của dự thảo Luật thuế TTĐB

Năm	Đơn vị	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Mức thuế suất thuế TTĐB	%	75	75	75	75	75	75
Mức thuế tuyệt đối	VND	0	1.000	1.000	1.000	1.000	1.000
Thay đổi giá bán lẻ	%	7,44	15,64	3,61	3,63	3,64	3,65
Tổng tiêu thụ thuốc lá	triệu bao	3.867	3.684	3.738	3.793	3.848	3.903
Tỷ lệ hút thuốc nam giới	%	35,8	34,9	35,2	35,4	35,7	36,0
Số thu thuế	tỷ đồng	20.338	24.287	25.466	26.705	28.007	29.377

nam giới chỉ giảm 1,5% tức đạt 1/4 mục tiêu quốc gia về giảm tiêu dùng thuốc lá vào năm 2020.

Dự báo số thu ngân sách: Với phương án bổ sung 1.000 đồng/bao thuốc lá theo thuế tuyệt đối, số thu ngân sách sẽ tăng từ 20.338 tỷ đồng năm 2019 lên 24.287 tỷ đồng năm 2020 (tăng 3.949 tỷ đồng). Mức tăng này là lớn hơn phương án chỉ tăng 5% thuế tỷ lệ. Theo mô hình tính toán, nếu tăng thuế tỷ lệ từ 75% lên 80% (theo phương án 2 của Bộ Tài chính) thì số thu thuế năm 2020 chỉ tăng 2.135 tỷ đồng (so với tổng nguồn thu ngân sách của nhà nước, mức tăng này cũng không cao).

2.2 Tác động của phương án tăng thuế theo đề xuất của Bộ Y tế

Để đạt mục tiêu giảm tỷ lệ hút thuốc theo Chiến lược quốc gia về Phòng chống tác hại của thuốc lá, Bộ Y tế đề xuất mức

thuế thuốc lá tuyệt đối phải tăng tối thiểu từ 2.000 đồng/bao vào năm 2020 và mức tối ưu phải là tăng 5.000đồng/bao. Bảng 2 cho thấy các tác động của phương án tăng thuế 5.000 đồng/bao thuốc lá.

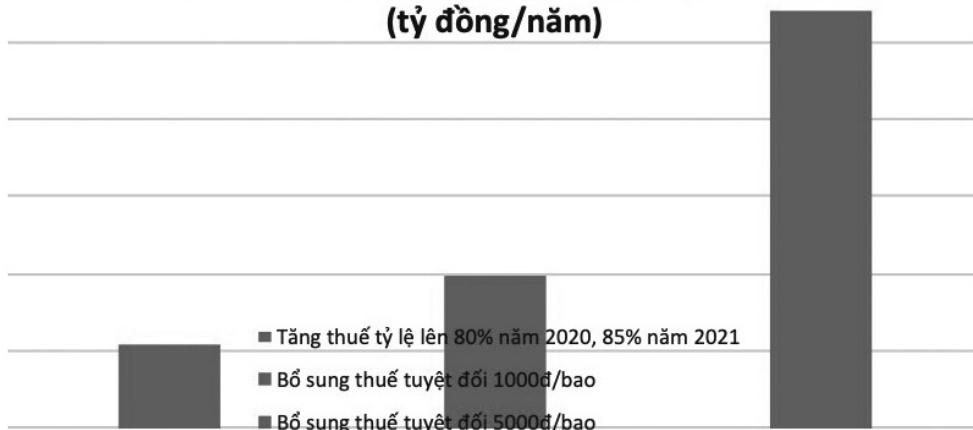
Với phương án này, giá bán lẻ sẽ tăng trung bình 66,31% vào năm 2020 và tăng trung bình khoảng 3% vào các năm sau đó. Các mức tăng 3% từ năm 2021 chỉ là mức tăng do lạm phát chứ không phải mức tăng giá thực tế.

Theo dự kiến, lượng tiêu thụ sẽ giảm từ 3.867 triệu bao năm 2019 xuống 2.757 triệu bao năm 2020. Lượng tiêu thụ các năm sau đó sẽ tăng trở lại nếu thuế thuốc lá không tiếp tục được điều chỉnh mà chỉ giữ nguyên mức 75% thuế tỷ lệ và 5.000 đồng/bao thuế tuyệt đối; tỷ lệ tiêu thụ thuốc lá của nam giới sẽ giảm vào từ 45% năm 2019 xuống 38,5% vào năm 2020, và sau đó cũng sẽ tăng trở lại

Bảng 2: Tác động của tăng thuế theo phương án của Bộ Y tế để đạt mức giảm tiêu dùng tối ưu

Năm	Đơn vị	2019	2020	2021	2022	2023	2024
Mức thuế suất thuế TTĐB	%	75	75	75	75	75	75
Mức thuế tuyệt đối	VND	0	5.000	5.000	5.000	5.000	5.000
Thay đổi giá bán lẻ	%	7,44	66,31	2,75	2,78	2,81	2,85
Tổng tiêu thụ thuốc lá	triệu bao	3.867	2.757	2.807	2.857	2.908	2.959
Tỷ lệ hút thuốc nam giới	%	35,8	30,6	30,9	31,2	31,5	31,7
Số thu thuế	tỷ đồng	20.338	31.118	32.355	33.646	34.996	36.407

Hình 1. So sánh mức tăng số thu ngân sách (tỷ đồng/năm)



nếu không tiếp tục điều chỉnh tăng thuế kết hợp với các biện pháp phòng chống tác hại thuốc lá khác. Với lộ trình này thì đến năm 2021, chính sách thuế sẽ giúp giảm tỷ lệ hút thuốc của nam giới là 6,5%, tức đạt được mục tiêu quốc gia về giảm tiêu dùng thuốc lá vào năm 2020.

Dự báo số thu ngân sách: Với phương án bổ sung 5.000 đồng/bao thuốc lá theo thuế tuyệt đối, số thu ngân sách sẽ tăng từ 20.338 tỷ đồng năm 2019 lên 31.118 tỷ đồng năm 2020 (tăng 10.780 tỷ đồng). Mức tăng này là lớn hơn phương án chỉ tăng 1.000 đồng/bao thuế tuyệt đối (phương án 1 của Bộ Tài chính) và cũng lớn hơn nhiều mức tăng theo phương án chỉ tăng thuế tỷ lệ từ 75% lên 80% (theo phương án 2 của Bộ Tài chính).

2.3 So sánh tác động của các phương án

Tác động làm giảm tỷ lệ hút thuốc: nếu áp dụng phương án tăng 1.000 đồng/bao thuế tuyệt đối thì mức giảm tỷ lệ hút thuốc chỉ là 1,5% tính từ nay tới hết năm 2021 tức bằng 1/4 mục tiêu quốc gia cần đạt được vào năm 2020. Để có thể đạt được mức giảm tối ưu để đạt mục tiêu quốc gia thì cần tăng thuế

ở mức 5.000 đồng/bao.

Tác động đối với số thu ngân sách nhà nước: Hình 1 so sánh về mức tăng số thu ngân sách của các phương án đề xuất. Cả hai phương án đề xuất tăng thuế của Bộ Tài chính và đề xuất của Bộ Y tế đều có tác động làm tăng số thu ngân sách nhà nước. Tuy nhiên, phương án bổ sung thuế tuyệt đối sẽ có mức tăng số thu ngân sách lớn hơn. Phương án tăng thuế của Bộ Y tế vừa đạt mục tiêu quốc gia về giảm tỷ lệ hút thuốc vừa làm tăng số thu ngân sách nhiều gấp gần 3 lần so với phương án tăng thuế của Bộ Tài chính.

3. Kết luận và khuyến nghị

Mức tăng thuế theo quy định tại Dự thảo Luật thuế TTĐB là thấp và không làm giảm đáng kể tiêu dùng thuốc lá, do đó Việt Nam sẽ không đạt được mục tiêu đề ra trong Chiến lược quốc gia là giảm tỷ lệ hút thuốc ở nam giới còn 39% vào năm 2020. Đề chính sách thuế có hiệu quả tốt nhất đối với giảm tiêu dùng thuốc lá và tăng thu ngân sách thì chúng ta nên cân nhắc tăng thuế theo phương án của Bộ Y tế đề xuất.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. WHO (2017). "WHO Tobacco Tax Simulation (TaXSiM) model."
2. Guindon GE, Nguyen TT Hien, Hoang V Kinh, McGirr E, Dang V Trung, Nguyen T Lam. (2010). *Tobacco taxation in Vietnam*. Paris: International Union Against Tuberculosis and Lung diseases.
3. Petit, P. and J. Nagy (2016). *Fiscal policy: how to design and enforce tobacco excises*. Washington, International Monetary Fund.

MỐI QUAN HỆ GIỮA CƠ QUAN CẠNH TRANH VÀ CƠ QUAN QUẢN LÝ NGÀNH TRONG PHÁP LUẬT CẠNH TRANH VIỆT NAM

Trần Thăng Long*

* TS. Phó Trưởng khoa Ngoại ngữ pháp lý, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: cơ quan cạnh tranh, cơ quan quản lý ngành, Luật Cạnh tranh, chính sách cạnh tranh, Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 17/09/2018

Biên tập : 11/10/2018

Duyệt bài : 19/10/2018

Tóm tắt:

Trong thực thi chính sách và pháp luật cạnh tranh, vấn đề trọng tâm là phải khắc phục hạn chế về tính độc lập của cơ quan cạnh tranh. Cơ quan cạnh tranh cần phải có khả năng để hạn chế việc các cơ quan quản lý ngành tiến hành các hoạt động vận động hành lang (lobby) của các ngành công nghiệp tác động đến cơ quan cạnh tranh nhằm giành lấy mục tiêu có lợi cho ngành mình thông qua việc thực thi pháp luật cạnh tranh, đồng thời hạn chế khả năng can thiệp của các cơ quan quản lý ngành, thông qua việc ban hành các văn bản quản lý hành chính, tác động vào những hoạt động điều tiết thị trường nhằm có lợi cho những ngành công nghiệp nào đó¹.

Article Information:

Keywords: competition management authority, sector management authority, competition law, competition policy, National Competition Commission.

Article History:

Received : 17 Sep. 2018

Edited : 11 Oct. 2018

Approved : 19 Oct. 2018

Abstract

In enforcement of the competition policy and law, it is to focused on overcoming the shortcomings of the independence of the competition management authority. Competition management authorities needs its owned power to limit the sector management authority, through the enforcement of competition law, in conducting lobbying activities for their sector interests, as well as to limit the ability of the sector management authority, through the issuance of administrative documents, in intervening the market performance for their sector benefits.

1. Cơ quan cạnh tranh và cơ quan quản lý ngành

Nhiệm vụ chính của cơ quan cạnh

tranh (CQCT) là bảo đảm thực thi pháp luật cạnh tranh (PLCT). Hiệu quả thực thi và áp dụng pháp luật cạnh tranh đến đâu phụ thuộc vào hiệu quả hoạt động của chính cơ quan

1 Chẳng hạn như các quyết định hành chính trong việc can thiệp giá bán lẻ một số mặt hàng thiết yếu như xăng dầu, khí đốt, hay các văn bản chỉ định doanh nghiệp tham gia mua, bán, cung ứng hàng hóa, dịch vụ cụ thể (vé máy bay, mua bảo hiểm, tiêu thụ sản phẩm của doanh nghiệp địa phương...).

này. Theo Luật Cạnh tranh năm 2004² và các Nghị định hướng dẫn thi hành Luật này³ thì nhiệm vụ thực thi PLCT được giao cho hai cơ quan: Cục Quản lý cạnh tranh (QLCT) và Hội đồng Cạnh tranh (HĐCT). Cụ thể, Cục QLCT là cơ quan thực hiện chức năng quản lý nhà nước về cạnh tranh, có chức năng tham mưu và tổ chức thực thi PLCT. Trong lĩnh vực cạnh tranh, Cục QLCT có nhiệm vụ (i) điều tra các vụ việc cạnh tranh và (ii) xử lý các hành vi cạnh tranh không lành mạnh (khoản 2 Điều 2 Nghị định 06/2006/NĐ-CP). Thiết chế thứ hai là HĐCT là cơ quan thực thi quyền lực nhà nước độc lập, có chức năng xử lý các hành vi hạn chế cạnh tranh (HCCT)⁴.

Sự phát triển của xã hội, sự hội nhập của nền kinh tế kéo theo sự xuất hiện của cơ quan quản lý ngành (CQQLN). Các cơ quan này thường được trao thẩm quyền thực hiện các quy định điều tiết về cạnh tranh trong các lĩnh vực chuyên ngành⁵ và có thẩm quyền ban hành quy định riêng của các ngành công nghiệp có liên quan. Đặc biệt là các ngành công nghiệp có liên quan đến việc cung ứng các dịch vụ thiết yếu (essential facilities) cho xã hội. Những quy định này có sự liên hệ đến vấn đề đảm bảo và thúc đẩy/HCCT trong những ngành đó. Chẳng hạn, theo quy định của Luật Viễn thông năm 2012, Bộ Thông tin và Truyền thông

(MIC) là cơ quan giữ vai trò cơ quan điều tiết ngành (Điều 10). MIC có quyền xây dựng danh sách các doanh nghiệp có vị trí thống lĩnh trên thị trường cung cấp các dịch vụ viễn thông quan trọng cần có sự quản lý của Nhà nước, danh sách các doanh nghiệp kinh doanh các mặt hàng thiết yếu và quy định các biện pháp hành chính để thúc đẩy cạnh tranh và bảo đảm cạnh tranh công bằng trên thị trường viễn thông.

Chức năng của CQQLN bao gồm việc thiết lập và giám sát các tiêu chuẩn hoạt động đối với các doanh nghiệp trong ngành, đồng thời đảm bảo rằng quyền lợi của người tiêu dùng sẽ không bị hy sinh bởi mục tiêu tìm kiếm lợi nhuận của các doanh nghiệp⁶. Các quy định pháp luật điều tiết ngành và CQQLN tương ứng thường là những công cụ quan trọng đầu tiên để kiểm soát những hạn chế của thị trường ngay từ đầu, đánh dấu bằng vấn đề gia nhập thị trường. Chẳng hạn, theo quy định của Điều 31 Luật Điện lực năm 2005, cơ quan điều tiết điện lực giúp Bộ trưởng Bộ Công nghiệp xây dựng biểu giá bán lẻ điện trình Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Biểu giá bán lẻ điện. Ngoài ra, cơ quan điều tiết điện lực giúp Bộ Công thương trong các nhiệm vụ khác nhau, bao gồm việc cấp, sửa đổi, thu hồi giấy phép điện; chuẩn bị biểu giá bán lẻ điện; và giải

2 Luật Cạnh tranh năm 2018 (sửa đổi) được Quốc hội khóa XIV thông qua ngày 12/6/2018 và sẽ có hiệu lực từ ngày 01/7/2018.

3 Nghị định số 06/2006/NĐ - CP ngày 09/01/2006 của Chính phủ về việc quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Cục QLCT, Nghị định số 05/2006/NĐ - CP ngày 09/01/2006 về việc thành lập và quy định chức năng, nhiệm vụ và cơ cấu tổ chức của HĐCT.

4 Hội đồng Cạnh tranh được thành lập theo Nghị định số 05/2006/NĐ-CP ngày 09/01/2006 của Chính phủ, được thay thế bằng Nghị định số 07/2015/NĐ-CP ngày 16/01/2015.

5 Trịnh Anh Tuấn, Giải pháp nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật cạnh tranh của Việt Nam, Luận án TS. Viện Nghiên cứu Thương mại, Bộ Công thương, năm 2015, tr. 109.

6 CUTS, Học phần về luật cạnh tranh và chính sách điều tiết ngành <http://cuts-hrc.org/images/stories/doc/9.luat%20canh%20tranh%20va%20luat%20dieu%20tiet%20nganh.pdf>, truy cập ngày 13/9/2018.

quyết các khiếu nại và tranh chấp trên thị trường điện. CQQLN còn có thể thực hiện chức năng đảm bảo cạnh tranh công bằng trong các ngành cụ thể tương ứng. Mục tiêu quản lý là nhằm đảm bảo rằng không có sự chệch hướng khỏi các tiêu chuẩn hoạt động theo đúng với quy định là có sự tương tác với mục tiêu bảo vệ và thúc đẩy cạnh tranh.

2. Sự tương tác giữa cơ quan cạnh tranh và cơ quan quản lý ngành trong việc thực thi chính sách và pháp luật cạnh tranh

2.1 Sự phối hợp, thúc đẩy cạnh tranh và đảm bảo những mục tiêu của chính sách và pháp luật cạnh tranh

Cả hai cơ quan nêu trên đều có sự can thiệp đến hoạt động cạnh tranh và hoạt động của các doanh nghiệp trên thị trường. Nhìn chung, sự can thiệp này nhằm mục đích mở rộng quy mô các thị trường tư nhân, phục vụ việc phân bổ nguồn lực, trên cơ sở đó cải thiện hiệu quả kinh tế chung và bảo đảm lợi ích của người tiêu dùng. Mặc dù vậy, do chức năng, nhiệm vụ và tính chất của hoạt động can thiệp khác nhau, hai cơ quan này sẽ áp dụng các phương pháp và cách tiếp cận khác nhau, trong đó chúng có thể mang tính bổ sung hoặc đối lập. Theo đó, CQCT tiếp cận về hành vi, CQQLN tiếp cận về cấu trúc. CQCT tập trung vào việc ngăn chặn loại bỏ tác động tiêu cực đến cạnh tranh của các doanh nghiệp khi thực hiện các hành vi có hại cho cạnh tranh như thỏa thuận HCCT, lạm dụng quyền lực thị trường cũng như xem xét những hành vi tập trung kinh tế (TTKT) có tác động xấu hoặc có khả năng tác động xấu đến cạnh tranh nếu như không được khắc phục và giảm thiểu ngay từ đầu. CQCT cũng có thể đóng vai trò tích cực trong việc

tham gia tư vấn chính sách về cạnh tranh. Với những hoạt động này, CQCT có thể phối hợp cùng với CQQLN trong việc xem xét đánh giá tác động và hậu quả của hành vi từ những giai đoạn đầu tiên của việc gia nhập thị trường để đảm bảo loại trừ những hành vi gây hại, làm méo mó hoặc cản trở cạnh tranh một cách không cần thiết trong những lĩnh vực, ngành kinh tế cụ thể.

Trong khi đó, CQQLN, với vai trò điều tiết về mặt kinh tế và kỹ thuật sẽ ấn định các điều kiện ràng buộc đối với những chủ thể tham gia thị trường, xác định các tiêu chuẩn yêu cầu gia nhập và thực thi chức năng cấp phép cùng với việc đưa ra các hướng dẫn hoạt động đối với các doanh nghiệp hoạt động trong ngành công nghiệp mình quản lý. CQQLN cũng có chức năng giám sát những điều kiện và tiêu chuẩn đó để đảm bảo lợi ích của người tiêu dùng⁷.

CQQLN có thể góp phần tạo ra tác động thúc đẩy cạnh tranh, thông qua việc thiết lập các quy định ủng hộ cạnh tranh (pro-competition), giảm thiểu các rào cản thể chế cho sự thâm nhập thị trường. Các quy định này có tác động đến chi phí và chất lượng của nhiều sản phẩm đầu ra như: viễn thông, năng lượng và giao thông. Trong hoạt động lập pháp, việc phối hợp chặt chẽ giữa CQQLN với CQCT sẽ có tác dụng tích cực, góp phần vào việc đảm bảo chất lượng của các văn bản luật có tầm quan trọng đến nền kinh tế như: Luật Dược, Luật Viễn thông, Luật Điện lực...

2.2 Khả năng xây ra xung đột trong việc thực thi chính sách và pháp luật cạnh tranh

Ở Việt Nam, CQQLN như Bộ Công thương, Bộ Thông tin và Truyền thông, Bộ Giao thông Vận tải... sau thời kỳ Đổi

7 CUTS, tidd số 10.

Mới, đặc biệt là trong quá trình cải cách các doanh nghiệp nhà nước (DNNN), các bộ, ngành này còn được gọi là các bộ, ngành chủ quản. Quá trình cải cách và chủ trương hình thành các DNNN lớn dẫn đến sự hình thành của một số các DNNN độc quyền ra đời bởi các mệnh lệnh hành chính từ cơ sở của việc kết hợp cơ học của các DNNN và đặt dưới sự “chủ quản” của những bộ, ngành này. Thực tế là các tập đoàn kinh tế nhà nước đầu tiên được thành lập hoạt động trong các ngành công nghiệp then chốt cụ thể, như Tập đoàn Bưu chính Viễn thông Việt Nam (VNPT) hoạt động chủ yếu trong lĩnh vực thuộc lĩnh vực quản lý nhà nước của Bộ Thông tin và Truyền thông. Các tập đoàn khác đang hoạt động trong lĩnh vực thuộc sự quản lý của Bộ Công thương, như Tập đoàn Công nghiệp Than và Khoáng sản Việt Nam (Vinacomin), Tập đoàn Dầu khí Việt Nam (PetroVietnam), Tập đoàn Công nghiệp Đóng tàu Việt Nam (Vinashin), Tập đoàn Dệt may Việt Nam (Vinatex), Tập đoàn Cao su Việt Nam (VRG), Tập đoàn Điện lực Việt Nam (EVN). Khả năng xảy ra xung đột trong việc thực thi chính sách và PLCT thể hiện ở những điểm sau:

Thứ nhất, các hành vi HCCT có thể được biện hộ dưới hình thức các lợi ích chung của ngành được thực hiện dưới sự hướng dẫn hoặc được các cơ quan này “bật đèn xanh”. Chẳng hạn, tại Hội nghị về hoạt động bảo hiểm năm 2010, đại diện Bộ Tài chính đã đưa ra cam kết xem xét áp dụng mức phí bảo hiểm tối thiểu (phí bảo hiểm). Việc áp đặt một tỷ lệ tối thiểu như vậy sẽ ngăn cản các công ty bảo hiểm giảm lệ phí của họ và do đó có thể được coi là hợp lý, mặc dù điều này có thể bị coi là vi phạm pháp luật cạnh tranh (hành vi ấn định giá).

Thứ hai, CQQLN thường có động lực để khuyến khích hoặc bảo trợ cho các hành vi của những doanh nghiệp do mình bảo trợ có khả năng gây tác động HCCT và được thực hiện nhân danh lợi ích chung của các ngành công nghiệp, hoặc xa hơn là biện luận bằng những lợi ích công, hoặc nhằm đạt được các mục tiêu chính trị và kinh tế - xã hội. CQQLN có thể dựa vào một số các mục tiêu nhằm biện luận cho sự can thiệp của mình vào việc thực thi PLCT của các cơ quan QLCT. Những mục tiêu đó thường bao gồm: yêu cầu thực hiện lộ trình tự do hóa trong các lĩnh vực này, nhu cầu đảm bảo sự ổn định của thị trường, nhu cầu về các dịch vụ công mà các công ty nhà nước sẽ thực hiện tốt hơn hay hiệu quả hơn và đặc biệt là nhu cầu đảm bảo yêu cầu về an ninh và quốc phòng. Điều này có khả năng tạo cơ sở trì hoãn việc áp dụng các biện pháp chế tài cạnh tranh, việc can thiệp nhằm sử dụng cơ chế miễn trừ và việc ủng hộ tiếp tục duy trì các lĩnh vực độc quyền hoặc duy trì các DNNN độc quyền hoặc giữ đặc quyền.

Thứ ba, cũng chính vì nhu cầu đảm bảo vị trí chủ đạo của thành phần kinh tế nhà nước và các lợi ích mà các DNNN đem lại, CQQLN sẽ ủng hộ việc duy trì và củng cố các tập đoàn kinh tế, DNNN lớn dựa trên các ngành mà họ quản lý. Chẳng hạn như lập luận về việc đóng góp cho ngân sách nhà nước và thực hiện các chính sách nhà nước. Ngoài ra, với việc các DNNN hiện vẫn giữ tỷ trọng lớn trong nền kinh tế và vị trí đầu đàn của các doanh nghiệp này trong các hiệp hội thương mại/ngành nghề, các quy định và chính sách của các cơ quan quản lý có thể trở thành cơ sở để các DNNN này tận dụng như điều phối các hoạt động trong một hiệp hội ngành nghề mà ở đó họ đóng một vai trò quan trọng nhất, hoặc điều chỉnh

giá theo mong muốn của họ⁸. Mặc dù, theo Luật Doanh nghiệp hiện hành, DNNN chỉ giới hạn ở những doanh nghiệp mà ở đó Nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ (Điều 4 (8) Luật Doanh nghiệp năm 2014), tuy nhiên, sự chi phối của các DNNN vẫn là những mối quan tâm đáng kể.

Thứ tư, CQQLN thường có vai trò nhất định trong việc tham gia xây dựng chính sách và dự thảo luật liên quan đến lĩnh vực của họ. Điều này dẫn đến khả năng CQQLN tạo ra những rào cản cho việc gia nhập thị trường, từ đó có thể hạn chế sự tham gia của các doanh nghiệp khác cạnh tranh với các DNNN độc quyền và những doanh nghiệp khác nằm dưới sự quản lý của mình. Đồng thời, trong quá trình xây dựng chính sách và pháp luật, CQQLN có thể chịu những tác động, lobby từ phía các “nhóm lợi ích”. Đó là các doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực quản lý ngành và có khả năng “trục lợi” từ mối quan hệ với CQQLN. Những quy định như vậy có thể bao gồm các điều khoản tạo ra sự phân biệt đối xử giữa các DNNN và các doanh nghiệp khác, giữa các nhóm doanh nghiệp khác nhau hoặc có thể mang lại lợi thế cạnh tranh cho một số các doanh nghiệp khi mà điều kiện gia nhập thị trường chỉ có các DNNN hoặc một số các doanh nghiệp mới có thể thực hiện.

Thứ năm, sức ép cạnh tranh từ việc mở cửa thị trường, sự đe dọa của các doanh nghiệp nước ngoài, nhu cầu về doanh nghiệp có sức mạnh cạnh tranh quốc tế cũng có thể

là cơ sở để các “nhóm lợi ích” thông qua “người đại diện” của mình là CQQLN đặt vấn đề với CQCT khi xem xét rào cản gia nhập thị trường hoặc áp dụng các miễn trừ. Trong số những lý do ủng hộ việc thành lập các tập đoàn kinh tế nhà nước ở Việt Nam giai đoạn 2005 - 2006 có lý do là sự cần thiết phải khắc phục hoạt động kinh doanh không hiệu quả trong khu vực nhà nước trong bối cảnh hội nhập kinh tế và nhu cầu nâng cao năng lực cạnh tranh của các doanh nghiệp Việt Nam trong quá trình đương đầu với các doanh nghiệp nước ngoài và các tập đoàn đa quốc gia. Những lý do này được ủng hộ mạnh mẽ bởi các tập đoàn nhà nước lớn.

Thứ sáu, tìm kiếm lợi nhuận nhiều hơn nữa chính là động lực để các doanh nghiệp tìm kiếm những phương cách khác nhau nhằm đạt được mục đích đó, trong đó có việc tìm cách tạo ảnh hưởng đến cơ quan quyết định chính sách, từ đó nhằm đạt được hoặc bảo vệ lợi nhuận đạt được hoặc xa hơn nữa là có được sự bảo vệ từ phía CQQLN. Việc thực hiện thành công các mục tiêu kinh doanh (lợi nhuận, mục tiêu hàng năm...) là cơ sở để tìm kiếm sự hỗ trợ nhiều hơn từ CQQLN. Vì chính sách cạnh tranh thường bị ảnh hưởng bởi hoạt động của các nhóm lợi ích ăn theo (rent-seeking activities), mong muốn có được cơ hội lớn hơn cho việc theo đuổi lợi nhuận tối đa trở thành động lực để những nhóm này tìm kiếm sự ảnh hưởng đến người ra quyết định để đạt được hoặc bảo vệ lợi nhuận đó⁹.

8 Trong năm 2011, khi Bộ Tài chính kiểm tra việc tuân thủ các quy định về thuế và định mức của Tập đoàn Điện lực Việt Nam (EVN) đã cho thấy vào tháng 2 năm 2010, EVN đã điều chỉnh giá bán trung bình từ 970,9 đồng/kWh xuống 1.058 đồng/kWh. Tỷ lệ này cao hơn 2,2% so với tỷ lệ tối đa được Chính phủ phê duyệt trong Công văn ngày 12/2/2010. Đáng lưu ý là Công văn đặt ra mức trần là 1.036 đồng/kWh, bằng 6,8% so với giá bán trung bình của EVN vào năm 2009. Quan trọng hơn, cuộc kiểm tra cho thấy việc điều chỉnh EVN được thực hiện theo sự chấp thuận của Bộ Công thương trong Thông tư số 08/2010, cho phép EVN tăng giá bán bình quân lên 1.058 đồng/kWh từ năm 2010. Xem Vietnam Economic Forum, ‘Bo Bat den Xanh cho EVN Tang gia Dien’ (2010) <<http://vef.vn/2011-10-26-bo-bat-den-xanh-cho-evn-tang-gia-dien>>, truy cập ngày 14/9/2018.

9 OECD (2004), Reports of the Global Forum on Competition, tr. 25

Như đã phân tích, các DNNN độc quyền hình thành sau đó tại Việt Nam có khả năng tận dụng mối liên kết chặt chẽ với CQQLN, cũng chính là bộ chủ quản cũ nhằm vận động hành lang trong quá trình lập pháp nhằm đạt được lợi ích từ luật pháp và chính sách. Ví dụ, việc vận động hành lang có thể ảnh hưởng đến Chính phủ trong việc ra các quyết định tạo ra những rào cản cho việc gia nhập thị trường, trì hoãn mở cửa hoặc kéo dài sự khó khăn trong việc gia nhập thị trường tại các khu vực độc quyền, đề xuất các khuyến nghị cho việc điều chỉnh giá độc quyền hoặc đề xuất để được hưởng sự miễn trừ. Các doanh nghiệp này có thể thông qua CQQLN để hưởng lợi hoặc thoát khỏi sự điều chỉnh của các quy tắc chống HCCT bằng những sự can thiệp ngành thông qua các quy định hành chính¹⁰.

Thứ bảy, các doanh nghiệp độc quyền hoặc có vị trí thống lĩnh hoặc nhóm các doanh nghiệp, bằng các hoạt động vận động hành lang và sử dụng ảnh hưởng của họ trong các hiệp hội thương mại có thể đề xuất việc áp đặt những quy tắc HCCT và có tác động tiêu cực đối với chính sách thương mại quốc tế.

Ví dụ, việc duy trì, gia cố hoặc tăng cường chính sách bảo vệ đối với hàng nhập khẩu¹¹ hoặc trợ cấp xuất khẩu và cho vay ưu đãi để ổn định giá. Các doanh nghiệp cũng có thể tận dụng sự xung đột về phạm vi quyền hạn giữa CQQLN và CQCT nhằm thoát khỏi nguy cơ bị điều tra bởi CQCT thông qua việc sử dụng thủ tục giải quyết trong phạm vi quyền hạn của CQQLN, do đó bỏ qua vai trò và thẩm quyền của CQCT¹².

3. Chế định Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia - mô hình cơ quan cạnh tranh mới

Luật Cạnh tranh (sửa đổi) năm 2018 (Luật Cạnh tranh) đã có những sự thay đổi căn bản về cơ cấu tổ chức, vai trò của CQCT. Các quy định về CQCT được quy định tại các Điều 46(1) về vị trí của Ủy ban Cạnh tranh quốc gia (UBCTQG); Điều 32 về đánh giá tác động tích cực của TTKT; Điều 39 về tham vấn trong quá trình thẩm định TTKT; Điều 46(3) về nhiệm vụ, quyền hạn của UBCTQG; Điều 47 và 48 về thành phần, lãnh đạo của UBCTQG. Sự “cải tổ” của CQCT có thể giúp đạt được 03 mục tiêu: (i) đảm bảo vị trí độc lập của UBCTQG; (ii) tạo ra sự thay đổi căn bản về các chức năng,

- 10 Daniel Sokol, Limiting Anti-Competitive Government Intervention That Benefit Special Interests (2009). <http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC%20Working%20Paper%2002-09%20-%20Daniel%20Sokol.pdf>, tr. 14.
- 11 Chẳng hạn, trong năm 2009, Hiệp hội thép Việt Nam đã yêu cầu Bộ Công thương thực hiện hành động nhằm đáp ứng với việc bán phá giá thép nhập khẩu từ nước ngoài vào Việt Nam. Bộ Công thương đã gửi Công văn số 2389/BCT-XNK gửi Bộ Tài chính đề nghị Bộ Tài chính tăng thuế nhập khẩu thép phôi thép. VSA đã tìm kiếm sự giúp đỡ của Bộ Công thương và Chính phủ nhiều lần trong năm 2010 do có thặng dư thép nhập khẩu vào Việt Nam. Xem Diễn đàn Doanh nghiệp, ‘Bo Cong thuong De nghi Tang Thue Nhap khau Thep’ <http://dddn.com.vn/20090324074548286cat113/bo-cong-thuong-de-nghi-tang-thue-nhap-khau-thep.htm>>, truy cập ngày 15/9/2018.
- 12 Năm 2010, khi EVN đề nghị tăng lệ phí (4-8 lần) cho các trạm điện mà cáp viễn thông treo, đề nghị này vấp phải sự phản đối từ phía VNPT. Cuộc tranh cãi này dẫn đến mối quan ngại về việc sử dụng các cơ sở và tác động đối với xã hội và môi trường kinh doanh cho các lập luận về giá. Trong trường hợp này, EVN tuyên bố tình trạng kinh doanh của mình và trích dẫn chi phí để duy trì cột điện làm cơ sở chứng minh cho việc tăng tỷ lệ thuế. Sau khi cuộc tranh luận nổ ra, mỗi Bộ mà EVN hoặc VNPT thuộc quyền quản lý (Bộ Công thương, Bộ Thông tin và Truyền thông) đã bày tỏ quan điểm của mình để biện minh cho các đề xuất và phản đối của doanh nghiệp thuộc quyền quản lý và cuối cùng đã được xử lý bởi Bộ Công thương. Tuy nhiên, nếu VNPT cho rằng EVN đã lạm dụng vị trí độc quyền của mình để áp đặt mức giá mà khách hàng của EVN phải chấp nhận, thì lẽ ra họ phải nộp đơn khiếu nại và xin ý kiến của cơ quan quản lý về cạnh tranh là Cục Quản lý Cạnh tranh. Xem VN Economy, ‘Bùng nhùng cột điện và dưng dưng trách nhiệm’ (2010), <<http://vneconomy.vn/201012593636230P0C5/bung-nhung-cot-dien-va-dung-dang-trach-nhiem.htm>>; truy cập ngày 13/9/2018.

quyền hạn của UBCTQG, và (iii) đảm bảo cơ chế phối hợp giữa UBCTQG và CQQLN.

3.1 Về tính độc lập của cơ quan cạnh tranh

Để có thể thực hiện tốt chức năng của mình trong TTCT, CQCT phải được thiết kế đảm bảo những tiêu chí quan trọng: tính pháp lý, tính độc lập, tính thực quyền, tính minh bạch, tính chuyên nghiệp và tính thống nhất¹³.

Tính pháp lý đòi hỏi cần phải xác định rõ vị trí của CQCT này trong hệ thống các cơ quan nhà nước liên quan đến cạnh tranh nói chung và TTCT nói riêng.

Tính độc lập bao gồm yếu tố có sự liên hệ tương hỗ: sự độc lập về mặt tổ chức; độc lập về tài chính và độc lập trong quản lý nội bộ. Điều này đảm bảo cho CQCT có quyền tự quyết định trong toàn bộ quá trình điều tra, xử lý vụ việc; khả năng loại bỏ sự can thiệp, vận động hành lang, tác động của các nhóm lợi ích và đảm bảo CQCT luôn hành động trên cơ sở phục vụ cho lợi ích công cộng, xã hội, cộng đồng doanh nghiệp và người tiêu dùng; các yếu tố chính trị hay các lợi ích nhóm không thể tác động đến hoạt động, việc quyết định và nội dung của phán quyết của CQCT trong thực thi PLCT¹⁴.

Tính thực quyền có nghĩa là CQCT phải được trao đầy đủ thẩm quyền và có thể thực thi quyền hạn của mình trên thực tế mà không bị hạn chế.

Tính minh bạch thể hiện ở việc cơ quan này cần phải đặt dưới sự giám sát của

cơ quan hành pháp là Chính phủ và cũng như trước xã hội, đồng thời sẽ chịu trách nhiệm giải trình trước Quốc hội, Chính phủ về các hoạt động của mình.

Tính chuyên nghiệp đảm bảo chất lượng, tính chính xác của các hoạt động điều tra và xử lý vụ việc cạnh tranh.

Tính thống nhất trong cách ứng xử với các vụ việc cạnh tranh đem lại niềm tin của xã hội và cộng đồng doanh nghiệp vào việc áp dụng và thực thi Luật Cạnh tranh.

Câu hỏi đặt ra là liệu với quy định như hiện tại, UBCTQG vẫn là một đơn vị thuộc Bộ Công thương thì có thể đảm bảo được vị thế của CQCT trong điều tra, xử lý vụ việc cạnh tranh hay không?

Thứ nhất, có ý kiến cho rằng, UBCTQG cần phải có vị trí độc lập thực sự so với Bộ Công thương, bởi hiện tại Bộ này vẫn là Bộ chủ quản của nhiều doanh nghiệp, tập đoàn kinh tế lớn của Nhà nước và các doanh nghiệp này vẫn đang nắm giữ hầu hết các lĩnh vực then chốt của nền kinh tế. Chính vì vậy, đối tượng điều tra của CQCT có thể sẽ là các Tổng công ty nhà nước, các tập đoàn kinh tế lớn và thậm chí là cả các cơ quan quản lý nhà nước. Việc điều tra và xử lý một vụ việc có liên quan đến DNNN cũng sẽ dẫn đến quan ngại về tính khách quan của vụ việc do quan niệm cơ quan nhà nước “vừa đá bóng vừa thổi còi”¹⁵.

Vấn đề này đã được Ủy ban Thường vụ Quốc hội kết luận, theo đó, việc quy định UBCTQG trực thuộc Bộ Công thương là rất cần thiết, là phương án phù hợp nhất trong

13 Bộ Công thương, Cục Quản lý Cạnh tranh, Báo cáo ‘Mô hình cơ quan cạnh tranh hiệu quả - kinh nghiệm quốc tế và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam’, Hà Nội, tháng 7 năm 2017; Bùi Nguyễn Anh Tuấn (2017), Đánh giá tác động cạnh tranh trong vụ việc tập trung kinh tế, tham luận trình bày tại Hội thảo Góp ý Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi) do Cục QLCT tổ chức tại TP. Hồ Chí Minh, tháng 5/2017.

14 Báo cáo mô hình cơ quan cạnh tranh hiệu quả - kinh nghiệm quốc tế và bài học cho Việt Nam, Tài liệu phục vụ Hội thảo góp ý sửa đổi Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi), tháng 6/2017.

15 Trịnh Anh Tuấn, tldd, tr. 124.

bối cảnh hiện nay. Quy định này một mặt, giúp thu gọn đầu mối các cơ quan thực thi PLCT, không làm phát sinh đầu mối cơ quan thuộc Chính phủ hoặc Quốc hội, phù hợp với tinh thần giảm đầu mối cơ quan, tổ chức, đổi mới, sắp xếp lại bộ máy tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả theo chủ trương chung của Đảng và Nhà nước nhưng vẫn bảo đảm tính độc lập khách quan trong xử lý vụ việc cạnh tranh. Mặt khác, UBCTQG vẫn có đầy đủ chức năng quyền hạn, chức danh pháp lý cũng như thẩm quyền để thực hiện chức năng tham mưu quản lý nhà nước về cạnh tranh, đồng thời thực hiện các hoạt động tố tụng trong lĩnh vực cạnh tranh độc lập sẽ tạo điều kiện để thực thi hiệu quả Luật Cạnh tranh, khắc phục những bất cập hiện nay¹⁶.

Thứ hai, theo quy định của Luật Cạnh tranh, UBCTQG thực hiện cả chức năng điều tra và xử lý các vụ việc cạnh tranh. Điều này khắc phục những điểm hạn chế, bất cập của mô hình CQCT và phù hợp với thực tiễn tổ chức CQCT tại nhiều quốc gia¹⁷, thông lệ và xu hướng phát triển của PLCT thế giới.

Thứ ba, quy định của Luật Cạnh tranh bảo đảm vị thế của cơ quan nhà nước đặc thù thực thi PLCT, thể hiện sự thống nhất, xuyên suốt trong hoạt động điều tra và xử lý vụ việc cạnh tranh, đồng thời, bảo đảm kiểm soát hoạt động TTKT, góp phần loại bỏ nhanh chóng, hiệu quả các vụ TTKT có tác động tiêu cực, đồng thời phát huy các tác động tích cực của vụ TTKT đối với nền kinh tế.

Thứ tư, Luật Cạnh tranh chỉ quy định những nội dung cơ bản liên quan đến cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ quyền hạn của

UBCTQG, thay vào đó, Chính phủ sẽ quy định chi tiết chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của UBCTQG. Vì vậy, nghị định hướng dẫn cần quy định cụ thể về chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền của CQCT. Điều này đảm bảo vị trí, vai trò, tăng cường trách nhiệm và bảo đảm hiệu quả hoạt động của UBCTQG, giúp cơ quan này có đủ thẩm quyền để thực thi PLCT, thực hiện điều tra, xử lý vụ việc cạnh tranh, kiểm soát TTKT.

3.2 Về cơ chế phối hợp giữa Ủy ban Cạnh tranh Quốc gia và cơ quan quản lý ngành

Đánh giá tác động cạnh tranh của một vụ việc TTKT là hoạt động có tính đặc thù của pháp luật kiểm soát TTKT và do CQCT thực hiện. Chính vì vậy, hoạt động này cần phải được tiến hành độc lập, không có sự chông chéo với các quy trình của pháp luật chuyên ngành. Thủ tục kiểm soát TTKT cần được coi là thủ tục tiên quyết và do đó sẽ phải được thực hiện trước khi tiến hành các thủ tục khác quy định trong pháp luật quản lý ngành tương ứng¹⁸. Vấn đề này sẽ được giải quyết với cơ chế thông báo TTKT tự động được thiết lập, theo đó, các doanh nghiệp sẽ đương nhiên tiến hành các thủ tục khác theo quy định của pháp luật chuyên ngành nếu sau một khoảng thời gian nhất định mà CQCT không có văn bản. Ngược lại, vụ TTKT bị cấm là điều kiện tiên quyết để chấm dứt các thủ tục, quy trình cấp phép quản lý theo các quy định pháp luật chuyên ngành khác.

Luật Cạnh tranh đã có những quy định liên quan đến tham vấn của UBCTQG. Cụ

16 Ủy ban Thường vụ Quốc hội, ‘Báo cáo giải trình, tiếp thu, chỉnh lý dự án Luật Cạnh tranh (sửa đổi)’, tháng 6/2018.

17 Bộ Công thương, ‘Báo cáo mô hình cơ quan cạnh tranh hiệu quả - kinh nghiệm quốc tế và bài học cho Việt Nam’, Tài liệu phục vụ cho Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi), tháng 7 năm 2017.

18 Chẳng hạn, các thủ tục cấp giấy chứng nhận đầu tư, cho phép sáp nhập, hợp nhất, mua lại... chỉ có thể được tiến hành sau khi đã trải qua các thủ tục đánh giá tác động và thẩm định của CQCT.

thể, Điều 18 quy định về tham vấn trong quá trình xem xét hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ đối với thỏa thuận HCCT và Điều 39 về tham vấn trong quá trình thẩm định TTKT. Tuy nhiên, nếu vấn đề tham vấn của UBCTQG trong quá trình thẩm định TTKT khá cụ thể, vấn đề tham vấn với các CQQLN trong kiểm soát các hành vi thỏa thuận HCCT lại không rõ ràng. Đối với vấn đề kiểm soát TTKT, cơ chế phối hợp thẩm tra và kiểm soát giữa CQQLN và cơ quan QLCT là một điểm mới có ý nghĩa quan trọng. Với quy định này, UBCTQG có quyền yêu cầu CQQLN cho ý kiến trước khi có thể áp dụng các biện pháp tiếp theo. Điều này là cần thiết nhằm giúp Ủy ban có được đánh giá chính xác, toàn diện tác động của một vụ việc TTKT cụ thể nếu vụ TTKT này có sự liên hệ đến định hướng phát triển ngành nói riêng và những mục tiêu chung của chính sách cạnh tranh quốc gia nói chung.

Đối với các hành vi thỏa thuận HCCT, cơ chế tham vấn với CQQLN cũng hết sức quan trọng bởi lẽ điều này sẽ giúp cho

UBCTQG có đánh giá chính xác và cần nhắc đến lợi ích chung của nền kinh tế, tác động tích cực đối với cạnh tranh và sự phát triển, lợi ích chung của một ngành kinh tế công nghiệp. Chẳng hạn, UBCTQG có thêm cơ sở để xác định một hành vi thỏa thuận rơi vào trường hợp thỏa thuận HCCT nhưng có lợi cho người tiêu dùng và có những tác động tích cực nhiều hơn tác động tiêu cực đối với cạnh tranh mà nó gây ra như tác động thúc đẩy tiến bộ kỹ thuật, công nghệ, nâng cao chất lượng hàng hóa, dịch vụ; tăng cường sức cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam trên thị trường quốc tế hoặc thúc đẩy việc áp dụng thống nhất các tiêu chuẩn chất lượng, định mức kỹ thuật của chủng loại sản phẩm. Do đó, quy định về tham vấn với CQQLN tại Điều 18 của Luật Cạnh tranh cần phải được hướng dẫn cụ thể và chi tiết hơn. Ngoài ra, việc phối hợp, chia sẻ thông tin, chính sách giữa UBCTQG với CQQLN cần thiết phải được quy định cụ thể ■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ Công thương (2017), *Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi)*, Tài liệu kèm theo Dự thảo trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017.
2. Bộ Công thương, Cục QLCT, ‘Báo cáo ‘Mô hình cơ quan cạnh tranh hiệu quả - kinh nghiệm quốc tế và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam’, Hà Nội, tháng 7 năm 2017.
3. CUTS, ‘Học phần về luật cạnh tranh và chính sách điều tiết ngành’ <<http://cuts-hrc.org/images/stories/doc/9.luat%20canh%20tranh%20va%20luat%20dieu%20tiet%20nganh.pdf>>.
4. Ủy ban Thường vụ Quốc hội, ‘Báo cáo giải trình, tiếp thu, chỉnh lý dự án Luật Cạnh tranh (sửa đổi)’, tháng 6 năm 2018.
5. OECD, *Reports of the Global Forum on Competition* (2004).
6. Daniel Sokol, *Limiting Anti-Competitive Government Intervention That Benefit Special Interests* (2009). <<http://www.coleurop.be/content/gclc/documents/GCLC%20Working%20Paper%2002-09%20-%20Daniel%20Sokol.pdf>>.
7. Luật Cạnh tranh năm 2018 (sửa đổi).
8. Bùi Nguyễn Anh Tuấn (2017), ‘Đánh giá tác động cạnh tranh trong vụ việc TTKT’, Tham luận trình bày tại Hội thảo góp ý Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi) do Cục QLCT tổ chức tại TP. Hồ Chí Minh, tháng 5/2017.
9. Trịnh Anh Tuấn (2015), *Giải pháp nâng cao hiệu quả thực thi PLCT của Việt Nam*, Luận án TS, Viện Nghiên cứu Thương mại, Bộ Công thương.
10. Nguyễn Anh Tuấn (2017), *Một số kiến nghị liên quan đến mô hình CQCT trong Dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi)*, Tham luận tại hội thảo về Cơ cấu tổ chức CQCT do Cục QLCT, Bộ Công thương, tháng 6/2017 tại TP. Hồ Chí Minh.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT

VỀ ĐỊNH GIÁ TÀI SẢN TRÍ TUỆ VÀ SỬ DỤNG LAO ĐỘNG TRONG CÁC THƯƠNG VỤ MUA LẠI VÀ SÁP NHẬP NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI¹

Trần Thị Bảo Ánh*

* TS. Trường Đại học Luật Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: mua lại và sáp nhập ngân hàng thương mại ở Việt Nam, hoàn thiện pháp luật về định giá tài sản trí tuệ, sử dụng lao động, M&A

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/09/2018

Biên tập : 02/10/2018

Duyệt bài : 09/10/2018

Article Information:

Keywords: Acquisition and merger of commercial banks in Vietnam; improvement of the law on valuation of the intellectual property and labour arrangements; M&A

Article History:

Received : 25 Sep. 2018

Edited : 02 Oct. 2018

Approved : 09 Oct. 2018

Tóm tắt:

Mua lại và sáp nhập ngân hàng thương mại (M&A) là con đường tất yếu trong lộ trình phát triển ngân hàng nhằm tái cấu trúc ngành ngân hàng. Tài sản trí tuệ và nguồn lao động là những yếu tố quan trọng quyết định sự thành công của các thương vụ mua lại, sáp nhập ngân hàng thương mại. Vì tài sản trí tuệ, chất lượng nhân sự sẽ là các lợi thế cạnh tranh của ngân hàng nhận mua lại, nhận sáp nhập. Vì vậy, việc hoàn thiện pháp luật về định giá tài sản trí tuệ và sử dụng lao động trong các thương vụ mua lại, sáp nhập ngân hàng thương mại ở Việt Nam có ý nghĩa lý luận và thực tiễn.

Abstract

Acquisition and merger of commercial banks (M&A) is an indispensable route in the banking development roadmap for restructure of the banking sector. Intellectual property and labour resource are important determinants for the success of acquisitions and mergers. It is because the intellectual property and the quality of human resources will be the competitive advantage of the acquiring and merging commercial banks. Therefore, the improvement of the law on valuation of the intellectual property and labour arrangements in the acquisition and merger of commercial banks in Vietnam shall provide both theoretical and practical significance.

1. Sự cần thiết của hoạt động M&A ngân hàng thương mại

Ở Việt Nam, sau năm 1991, hàng loạt các ngân hàng thương mại cổ phần ra đời. Năm 1997 là năm có số lượng ngân hàng

thương mại cao nhất với 84 ngân hàng. Do sự tác động mạnh mẽ của cuộc khủng hoảng tài chính tiền tệ năm 1997 nên nhiều ngân hàng lâm vào tình trạng khó khăn. Ngân hàng Nhà nước (NHNN) chịu áp lực phải

¹ Bài viết có sử dụng một số nội dung trong đề tài khoa học cấp Trường Đại học Luật Hà Nội “Pháp luật về xác định giá trị doanh nghiệp, cạnh tranh và quản lý nhân sự trong quá trình mua bán, sáp nhập các ngân hàng thương mại ở Việt Nam”

củng cố tập trung xây dựng hệ thống ngân hàng vững mạnh bằng các biện pháp như giải thể, rút giấy phép, mua lại, sáp nhập ngân hàng. Năm 2012, Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án 254 "Cơ cấu lại hệ thống các tổ chức tín dụng giai đoạn 2011 - 2015" với mục đích tái cấu trúc ngành ngân hàng theo hướng giảm số lượng ngân hàng để lành mạnh hóa hệ thống ngân hàng. Đầu năm 2015, Chính phủ tiếp tục có Nghị quyết số 01/NQ-CP về những nhiệm vụ, giải pháp chủ yếu chỉ đạo điều hành thực hiện kế hoạch phát triển kinh tế - xã hội 2015. Theo đó, Chính phủ yêu cầu Ngân hàng Nhà nước và các cơ quan, bộ, ngành tạo điều kiện thúc đẩy nhanh các phương án mua lại, sáp nhập các tổ chức tín dụng nói chung, M&A ngân hàng thương mại nói riêng dựa trên cơ sở tự nguyện và đúng pháp luật. Hoạt động M&A ngân hàng thương mại trong giai đoạn này diễn ra khá sôi động, chủ yếu nằm trong chương trình tái cơ cấu bắt buộc của NHNN nhằm đảm bảo an toàn hệ thống các tổ chức tín dụng, ổn định thị trường tiền tệ. Trong hai năm 2012 và 2013, có một số thương vụ M&A ngân hàng như hợp nhất (SCB, Ficombank, Tinnghiabank); sáp nhập Habubank vào SHB; Thương vụ DaiABank và HD Bank hợp nhất thành HD Bank với mức vốn điều lệ tăng từ 5.000 tỷ đồng lên 8.100 tỷ đồng. Ngày 22/5/2015, Ngân hàng Thương mại cổ phần Phát triển nhà đồng bằng sông Cửu Long (MHB) đã chính thức sáp nhập vào Ngân hàng Đầu tư và phát triển (BIDV). Cùng ngày 22/5/2015, PG Bank cũng đã sáp nhập vào Vietinbank; ngày 12/8/2015, Ngân hàng Thương mại cổ phần Phát triển Mê Kông (MDB) chính thức sáp nhập vào Maritime Bank... Để đảm bảo ổn định thị trường tiền tệ, NHNN cũng đã quyết định mua lại ba ngân hàng thương mại cổ phần yếu kém với giá 0 đồng là Ngân hàng cổ phần Dầu khí Toàn cầu (G.PBank), Ngân hàng Đại Dương (Oceanbank) và Ngân hàng Xây dựng (VNCB). Đây là giải pháp tái cơ cấu chưa từng được áp dụng trước đây.

Sự cần thiết phải áp dụng giải pháp

M&A ngân hàng thương mại bắt nguồn từ tính đặc thù trong hoạt động kinh doanh của ngân hàng. Ngân hàng thương mại là doanh nghiệp có hoạt động kinh doanh cung cấp đa dạng các dịch vụ tài chính như nhận tiền gửi, cho vay, cung ứng các dịch vụ thanh toán và cung ứng các dịch vụ tài chính khác. Với hoạt động kinh doanh đặc thù liên quan đến lĩnh vực tiền tệ, tiềm ẩn nhiều rủi ro và có tác động đến nền kinh tế - xã hội nên ngân hàng phải tuân thủ nhiều yêu cầu trong hoạt động kinh doanh. Đó là phải đảm bảo tính liên tục, ổn định và không ảnh hưởng đến quyền lợi của khách hàng, của những người gửi tiền và của các bên có liên quan; đảm bảo các điều kiện về vốn điều lệ và tỷ lệ an toàn vốn. Trong thời gian vừa qua, M&A ngân hàng thương mại tại Việt Nam chủ yếu là để thực hiện lộ trình tăng vốn điều lệ tối thiểu theo quy định tại nghị định số 141/2006 ND-CP ngày 22/11/2006 quy định về danh mục vốn pháp định của các tổ chức tín dụng thì đến năm 2010, vốn điều lệ của mỗi ngân hàng thương mại phải ít nhất bằng vốn pháp định, đạt tối thiểu 3.000 tỷ đồng.

Mục đích M&A ngân hàng thương mại để đảm bảo được sự an toàn về tài chính cho hệ thống các ngân hàng (M&A nhằm tăng vốn điều lệ của ngân hàng); hạn chế nguy cơ đổ vỡ hệ thống ngân hàng; bảo đảm an toàn cho tài sản của Nhà nước; thực hiện việc chi trả bình thường đối với tiền gửi của khách hàng... Đối với ngân hàng bị mua lại hoặc bị sáp nhập, hoạt động M&A là một giải pháp để bảo vệ quyền lợi của các chủ sở hữu và các nhà đầu tư; hạn chế rủi ro đến lợi ích của người gửi tiền và bảo đảm tính ổn định của hệ thống ngân hàng. Đối với ngân hàng mua lại hoặc nhận sáp nhập, hoạt động mua bán hoặc sáp nhập sẽ tận dụng được lợi thế kinh doanh, rút ngắn thời gian tham gia thị trường và giảm chi phí so với việc thành lập doanh nghiệp mới và vẫn kế thừa hệ thống khách hàng. Như vậy, M&A ngân hàng thương mại là con đường tất yếu trong lộ trình phát triển ngân hàng Việt Nam hiện tại và tương lai.

2. Quy định của pháp luật về định giá tài sản trí tuệ và sử dụng lao động trong hoạt động M&A các ngân hàng thương mại ở Việt Nam

2.1 Quy định của pháp luật về định giá tài sản trí tuệ trong hoạt động M&A các ngân hàng thương mại ở Việt Nam

Ngân hàng thương mại là một loại hình doanh nghiệp có hoạt động kinh doanh đặc thù, đó là thực hiện các hoạt động ngân hàng như nhận tiền gửi, cấp tín dụng và cung ứng dịch vụ thanh toán qua tài khoản². Hoạt động ngân hàng có ảnh hưởng đến nền kinh tế và tiềm ẩn nhiều rủi ro, vì vậy M&A ngân hàng cần thiết phải được điều chỉnh trong những văn bản pháp luật riêng biệt. Các văn bản trực tiếp điều chỉnh M&A ngân hàng gồm: Luật các Tổ chức tín dụng năm 2010, sửa đổi, bổ sung năm 2017; Thông tư số 04/2010/TT-NHNN của NHNN ngày 11/2/2010 quy định việc sáp nhập, hợp nhất, mua lại tổ chức tín dụng; Thông tư số 36/2015/TT-NHNN của NHNN ngày 31/12/2015 quy định tổ chức lại tổ chức tín dụng thay thế các quy định về sáp nhập, hợp nhất tổ chức tín dụng quy định tại Thông tư số 04/2010/TT-NHNN ngày 11/2/2010 của NHNN.

Thuật ngữ tài sản trí tuệ gắn liền với thuật ngữ quyền sở hữu trí tuệ được quy định tại khoản 1 Điều 4 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2009; theo đó tài sản trí tuệ chính là đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ. Quyền sở hữu trí tuệ là quyền của các tổ chức, cá nhân đối với tài sản trí tuệ bao gồm quyền tác giả, quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng.

Nhìn nhận ở góc độ khác, theo quy định tại Điều 105 của Bộ luật Dân sự năm 2015, tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và các quyền tài sản. Quyền tài sản là quyền

trị giá được thành tiền bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất và các quyền tài sản khác. Như vậy quyền sở hữu trí tuệ là một loại tài sản (quyền tài sản).

Nhận thức về vai trò của sở hữu trí tuệ đối với tăng trưởng kinh tế đã kéo theo sự thay đổi trong quan niệm về tài sản trong các doanh nghiệp. Theo đánh giá của Tổng giám đốc Tô chức sở hữu trí tuệ thế giới, “các tài sản trí tuệ đang là cơ sở để đánh giá sự trụ vững và hoạt động trong tương lai của doanh nghiệp”³. Tài sản trí tuệ có những ưu thế như: (i) Không bị giới hạn phạm vi sử dụng có thể được khai thác cùng một lúc ở nhiều nơi; (ii) Tài sản trí tuệ là sản phẩm của sự sáng tạo không ngừng nghỉ của con người nên không bị khấu hao như tài sản hữu hình; (iii) Tài sản trí tuệ có khả năng sinh lợi quyết định sự gia tăng giá trị của sản phẩm, dịch vụ và tạo cho doanh nghiệp có ưu thế cạnh tranh trên thị trường. Vì những ưu thế nổi trội như vậy nên việc định giá tài sản trí tuệ có ý nghĩa quan trọng và cần thiết trong các giao dịch M&A của doanh nghiệp để xác định lợi ích kinh tế của các bên tham gia M&A. Định giá tài sản trí tuệ có thể được hiểu là việc xác định giá trị bằng tiền của một đối tượng quyền sở hữu trí tuệ được bảo hộ, có thể chuyển giao và có thể tạo ra thu nhập tại một địa điểm, thời điểm xác định.

Ở Việt Nam, quy định về định giá tài sản trí tuệ được ghi nhận trong các văn bản pháp luật như Luật Chuyển giao công nghệ năm 2006; Luật Sở hữu trí tuệ năm 2009; Luật Doanh nghiệp năm 2014; Chuẩn mực kế toán số 04 về tài sản cố định vô hình ban hành và công bố theo Quyết định số 149/2001/QĐ- BTC ngày 31/12/2001 của Bộ trưởng Bộ Tài chính (Chuẩn mực kế toán số 04); Tiêu chuẩn thẩm định giá số 13 thẩm định giá tài sản cố định vô hình được

2 Xem khoản 2, khoản 12 Điều 4 Luật các Tổ chức tín dụng năm 2010, sửa đổi, bổ sung năm 2017.

3 Chuyên đề: Định giá tài sản trí tuệ đối với hoạt động mua lại, sáp nhập ngân hàng thương mại ở Việt Nam, PGS. TS Vũ Thị Hải Yến, đề tài khoa học cấp trường Đại học Luật Hà Nội “Pháp luật về xác định giá trị doanh nghiệp, cạnh tranh và quản lý nhân sự trong quá trình mua bán, sáp nhập các ngân hàng thương mại ở Việt Nam”.

ban hành kèm theo Thông tư số 06/2014/TT- BTC ngày 07/01/2014 của Bộ Tài chính (Tiêu chuẩn thẩm định giá số 13)...

Quy định về định giá tài sản trí tuệ trong các văn bản nêu trên đã tạo cơ sở pháp lý quan trọng cho hoạt động thương mại nói chung, hoạt động M&A nói riêng. Bên cạnh đó, quy định về định giá tài sản trí tuệ của các văn bản này còn bộc lộ một số hạn chế sau:

Một là: Quy định về tài sản trí tuệ trong các văn bản chưa thống nhất.

Các quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam về định giá tài sản trí tuệ hầu như không điều chỉnh trực tiếp mà chỉ đề cập đến các quy định mang tính chất nguyên tắc về cách tính toán (dựa trên sổ sách) của tài sản vô hình, trong đó bao gồm các tài sản trí tuệ. Trong thực tiễn, điểm a khoản 7, Điều 18 Thông tư số 127/2014/ TT- BTC ngày 05/09/2014 Hướng dẫn xử lý tài chính và giá trị doanh nghiệp khi thực hiện chuyển doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thành công ty cổ phần có thừa nhận giá trị của thương hiệu (bao gồm nhãn hiệu và tên thương mại) được tính vào giá trị của doanh nghiệp khi cổ phần hóa⁴. Tuy nhiên, trong Chuẩn mực kế toán Việt Nam số 04 quy định các nhãn hiệu hàng hóa được hình thành trong nội bộ doanh nghiệp không được ghi nhận là tài sản cố định vô hình để định giá tính vào giá trị doanh nghiệp và ghi vào sổ kế toán.

Hai là: Việc định giá tài sản trí tuệ vẫn chưa theo một chuẩn mực chung.

Do chưa có quy định thống nhất về các loại tài sản trí tuệ nên cách thức định giá có thể khác nhau và mang yếu tố cảm tính. Trên thực tế, mỗi ngân hàng thương mại Việt Nam

định giá tài sản theo cách khác nhau; cùng một tài sản nhưng ở mỗi ngân hàng cho một kết quả định giá khác nhau. Việc định giá doanh nghiệp cũng chỉ dựa trên căn cứ số liệu sổ sách, bảng cân đối kế toán nên cũng rất khó xác định chính xác giá trị đích thực của doanh nghiệp, đặc biệt giá trị của doanh nghiệp là ngân hàng lại càng khó định giá do ngoài tài sản hữu hình còn có nhiều tài sản vô hình với giá trị lớn như: thương hiệu, bản quyền sáng chế, sản phẩm truyền thông, uy tín của đội ngũ lãnh đạo ngân hàng⁵.

2.2 Quy định của pháp luật về việc sử dụng lao động trong các thương vụ M&A ngân hàng thương mại

M&A ngân hàng là những sự kiện có tác động lớn đến việc giải quyết lao động trong ngân hàng và có thể làm cho nhiều người lao động đang làm việc cho ngân hàng thương mại bị mất việc làm. Vì vậy, pháp luật phải có các quy định bảo vệ quyền lợi người lao động theo hướng đảm bảo quyền làm việc của người lao động sau khi ngân hàng bị sáp nhập, mua lại. Điều 45 Bộ luật Lao động năm 2012 quy định nghĩa vụ của người sử dụng lao động trong những trường hợp sáp nhập doanh nghiệp. Cụ thể như sau:

“1. Trong trường hợp sáp nhập, hợp nhất, chia, tách doanh nghiệp, hợp tác xã thì người sử dụng lao động kế tiếp phải chịu trách nhiệm tiếp tục sử dụng số lao động hiện có và tiến hành việc sửa đổi, bổ sung hợp đồng lao động.

Trong trường hợp không sử dụng hết số lao động hiện có, thì người sử dụng lao động kế tiếp có trách nhiệm xây dựng và thực hiện phương án sử dụng lao động theo

4 Giá trị thương hiệu được xác định trên cơ sở các chi phí thực tế cho việc tạo dựng và bảo vệ nhãn hiệu, tên thương mại trong quá trình hoạt động của doanh nghiệp trước thời điểm xác định giá trị doanh nghiệp 5 năm, bao gồm chi phí thành lập doanh nghiệp, chi phí đào tạo nhân viên, chi phí quảng cáo, tuyên truyền trong và ngoài nước để quảng bá, giới thiệu sản phẩm, giới thiệu công ty; xây dựng trang web....

Thông tư số 127/2014 nay được thay bằng Thông tư số 41/2018 TT- BTC ngày 04/05/2018 hướng dẫn một số nội dung về xử lý tài chính và xác định giá trị doanh nghiệp khi chuyển doanh nghiệp nhà nước và công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên do doanh nghiệp nhà nước đầu tư 100% vốn điều lệ thành công ty cổ phần.

5 Xem: tapchitaichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/hoan-thien-quy-dinh-ve-dinh-gia-tai-san-tri-tue-trong-dieu-kien-hoi-nhap-kinh-te-117697.html, Hoàn thiện quy định về định giá tài sản trí tuệ trong điều kiện hội nhập kinh tế, Lê Minh Thái, Đại học Công nghiệp TP. Hồ Chí Minh, ngày 22/07/2017.

quy định tại Điều 46 của Bộ luật này.

2. Trong trường hợp chuyển quyền sở hữu hoặc quyền sử dụng tài sản của doanh nghiệp, thì người sử dụng lao động trước đó phải lập phương án sử dụng lao động theo quy định tại Điều 46 của Bộ luật này.

3. Trong trường hợp người sử dụng lao động cho người lao động thôi việc theo quy định tại Điều này, thì phải trả trợ cấp mất việc làm cho người lao động theo quy định tại Điều 49 của Bộ luật này”.

Quy định trên cho thấy, đối với lao động hiện có của ngân hàng bị sáp nhập, mua lại sẽ được ngân hàng nhận sáp nhập, mua lại giải quyết theo hai phương án là: tiếp nhận và tiếp tục sử dụng lao động hoặc chấm dứt hợp đồng lao động.

Về nguyên tắc, trên cơ sở phương án sử dụng lao động được hai bên thỏa thuận trong hợp đồng sáp nhập ngân hàng, ngân hàng nhận sáp nhập phải tiếp nhận và sử dụng hết số lao động hiện có của ngân hàng bị sáp nhập. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, khi thương lượng, các ngân hàng nhận sáp nhập, mua lại thường chỉ cam kết đảm bảo việc làm cho toàn bộ nhân viên của ngân hàng bị sáp nhập, bị mua lại⁶. Thủ tục sử dụng lao động được thực hiện theo quy định tại Điều 35; khoản 1 Điều 45 Bộ luật Lao động năm 2012. Theo đó, ngân hàng nhận sáp nhập và người lao động sẽ tiến hành việc sửa đổi, bổ sung hợp đồng lao động, chủ yếu để thay đổi thông tin về người sử dụng lao động (chuyển từ ngân hàng bị sáp nhập sang ngân hàng nhận sáp nhập) và một số nội dung của hợp đồng lao động.

Ngoài ra, theo quy định của điểm a, b khoản 2 Điều 195 Luật Doanh nghiệp năm 2014, các bên phải thông báo hợp đồng sáp nhập cho người lao động biết trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày thông qua phương án sáp nhập (trong hợp đồng phải có nội dung về phương án sử dụng lao động khi sáp nhập doanh nghiệp). Tuy nhiên, cho đến nay, các văn bản hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp năm 2014 vẫn chưa cụ thể hóa nội dung này.

2. Một số kiến nghị

Để bảo vệ quyền, lợi ích của các bên trong hoạt động M&A ngân hàng thương mại, bảo vệ quyền lợi của người lao động, chúng tôi cho rằng, cần hoàn thiện pháp luật về sở hữu trí tuệ theo hướng sau:

Một là, cần sửa đổi quy định Chuẩn mực kế toán Việt Nam số 04 về việc xác định các thuật ngữ tài sản trí tuệ và cách thức định giá tài sản trí tuệ cho phù hợp với Thông tư số 127/2014/ TT- BTC.

Hai là, bổ sung quy định về việc giải quyết sử dụng lao động khi M&A doanh nghiệp trong Bộ luật Lao động năm 2012 và các văn bản hướng dẫn thi hành.

Ba là, bổ sung quy định về thông báo cho người lao động phương án sử dụng lao động khi sáp nhập, mua lại ngân hàng trong văn bản hướng dẫn thi hành Luật Doanh nghiệp năm 2014 theo hướng, người lao động phải được lấy ý kiến rộng rãi về phương án sử dụng lao động khi sáp nhập, mua lại ngân hàng, để có được các thỏa thuận cụ thể về lao động giữa ngân hàng nhận sáp nhập, mua lại và ngân hàng được sáp nhập, mua lại■

6 Trong vụ Ngân hàng Habubank (HBB) sáp nhập vào Ngân hàng SHB, Đề án sáp nhập HBB vào SHB được SHB trình trong Đại hội đồng cổ đông có những nội dung chính theo quy định của Thông tư 04/2010/TT-NHNN của NHNN. Các yêu cầu về giải quyết quyền, lợi ích hợp pháp của người lao động được đảm bảo và làm rõ trong đề án sáp nhập. Do HBB sáp nhập vào SHB, không phải hợp nhất nên ngân hàng sau sáp nhập vẫn giữ pháp nhân của SHB và hoạt động với Hội đồng quản trị và Ban điều hành của SHB. Về cơ bản, ngân hàng sau sáp nhập vẫn giữ nguyên cơ cấu nhân sự hiện tại của SHB, có bổ sung thêm một số cá nhân có năng lực quản trị và năng lực chuyên môn từ HBB mà SHB đánh giá đáp ứng đủ điều kiện để tham gia điều hành. Cơ cấu nhân sự của Hội đồng quản trị, Ban kiểm soát cuối cùng được Đại hội đồng cổ đông quyết định. Bộ máy tổ chức của HBB sau khi sáp nhập sẽ được thực hiện theo bộ máy tổ chức của SHB. Ngân hàng sau sáp nhập sẽ tiếp tục và sử dụng tất cả những cán bộ, nhân viên hiện tại của SHB và HBB vào ngày sáp nhập. Cán bộ nhân viên thì căn cứ theo năng lực và nhu cầu sẽ được tiếp nhận nhưng sẽ sắp xếp công việc theo năng lực phù hợp nghiệp vụ, bộ máy tổ chức, đảm bảo sau sáp nhập hoạt động chuyên nghiệp.

BỒI THƯỜNG VỀ ĐẤT KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT VÌ MỤC ĐÍCH QUỐC PHÒNG, AN NINH; PHÁT TRIỂN KINH TẾ - XÃ HỘI VÌ LỢI ÍCH QUỐC GIA, LỢI ÍCH CÔNG CỘNG

ThS. LS. Nguyễn Vinh Diện*

* ThS. LS. Văn phòng luật sư Vinh Diện & Công sự Đoàn Luật sư tỉnh Nghệ An

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Đất đai; thu hồi đất; bồi thường khi thu hồi đất

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 04/09/2018

Biên tập : 26/09/2018

Duyệt bài : 04/10/2018

Tóm tắt:

Pháp luật về đất đai của nước ta quy định cụ thể các nguyên tắc bồi thường về đất khi Nhà nước thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng. Tuy nhiên, thực tế việc tổ chức thực hiện cho thấy, quy định của pháp luật còn có những hạn chế, bất cập nhất định cần được tiếp tục hoàn thiện.

Article Information:

Keywords: Law on land; land acquisition; compensation for land acquisition.

Article History:

Received : 04 Sep. 2018

Edited : 26 Sep. 2018

Approved : 04 Oct. 2018

Abstract

Law on land in our country provides specific regulation on principles for land compensation when the government's land acquisition for national defense and public security purposes; socio-economic developments for national benefits and community benefits. However, the actual implementation shows that the law has some limitations and shortcomings that need to be reviewed and addressed for further improvements of the law.

1. Quy định của pháp luật đất đai về nguyên tắc bồi thường về đất khi Nhà nước thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng

1.1. Người sử dụng đất được bồi thường khi có đủ các điều kiện quy định tại Điều 75 Luật Đất đai năm 2013¹.

Ở nước ta, chính sách, pháp luật đất đai thay đổi qua từng thời kỳ với những quy định khác nhau. Người sử dụng đất được quyền sử dụng đất thông qua nhiều hình thức như Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, giao đất không thu tiền sử dụng đất, Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất, Nhà nước cho thuê đất ... Bên cạnh việc

1 Khoản 1 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013.

sử dụng đất hợp pháp, nhiều trường hợp sử dụng đất không hợp pháp, như sử dụng đất do lấn, chiếm, do được giao trái thẩm quyền, nhận chuyển nhượng không hợp pháp... Mỗi một loại đất Nhà nước cũng quy định chế độ pháp lý khác nhau, Nhà nước trao cho người sử dụng đất những quyền năng nhất định. Hơn nữa, quá trình quản lý đất đai ở nước ta ở từng giai đoạn, thời kỳ khác nhau được thực hiện bởi những cơ quan khác nhau và quyền sử dụng đất được quản lý, xác lập bởi nhiều loại giấy tờ về quyền sử dụng đất khác nhau. Những nguyên nhân này dẫn đến việc không phải người sử dụng đất nào cũng được Nhà nước bồi thường khi đất bị thu hồi, tùy từng hình thức xác lập quyền sử dụng đất, tùy loại đất, tùy thuộc vào thời gian, quá trình sử dụng đất và giấy tờ về quyền sử dụng đất mà Nhà nước bồi thường hoặc không bồi thường. Vì thế, Nhà nước quy định cụ thể các điều kiện để được bồi thường về đất khi thu hồi đất đối với từng hình thức xác lập quyền sử dụng đất, từng chủ thể sử dụng đất, từng loại đất, từng thời điểm sử dụng đất, từng loại giấy tờ về quyền sử dụng đất... Theo đó, nếu đất có đủ các điều kiện theo quy định, khi thu hồi đất Nhà nước phải bồi thường; nếu không đủ điều kiện, Nhà nước không bồi thường, tùy từng trường hợp Nhà nước xem xét hỗ trợ.

1.2. Việc bồi thường được thực hiện bằng việc giao đất có cùng mục đích sử dụng với loại đất thu hồi, nếu không có đất để bồi thường thì được bồi thường bằng tiền².

Luật Đất đai năm 2013 phân loại đất thành 03 nhóm là nhóm đất nông nghiệp, nhóm đất phi nông nghiệp và nhóm đất chưa

sử dụng. Mỗi một nhóm đất có nhiều loại đất khác nhau³. Vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng, Nhà nước có quyền thu hồi bất kỳ loại đất nào. Tùy thuộc vào loại đất bị thu hồi, người bị thu hồi đất bị những thiệt hại nhất định, trong đó thiệt hại lớn nhất là mất đất. Vì thế, ưu tiên đầu tiên được Luật Đất đai năm 2013 quy định nguyên tắc là “đất đổi đất”, tức là thu hồi đất thì bồi thường bằng đất, đất bị thu hồi và đất được bồi thường là đất có cùng mục đích sử dụng, cùng loại đất, chỉ bồi thường bằng tiền nếu không có cùng loại đất.

Việc xác định loại đất làm căn cứ để thu hồi và xác định loại đất được bồi thường dựa trên những căn cứ khác nhau. Pháp luật đất đai quy định các căn cứ sau để xác định loại đất: Theo Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở được cấp trước ngày 10/12/2009; Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất. Trường hợp đất chưa được cấp các loại giấy chứng nhận này thì việc xác định loại đất căn cứ vào các giấy tờ về quyền sử dụng đất quy định tại khoản 1, khoản 2 và khoản 3 Điều 100 Luật Đất đai năm 2013 hoặc căn cứ quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền⁴.

Thực tiễn ở các địa phương cho thấy, nhiều thửa đất không có các giấy tờ về quyền sử dụng đất nhưng đất được sử dụng ổn định, không có tranh chấp và có căn cứ xác lập quyền sử dụng đất. Để bảo đảm quyền

2 Khoản 2 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013.

3 Xem Điều 10 Luật Đất đai năm 2013.

4 Điều 11 Luật Đất đai năm 2013.

lợi của người sử dụng đất và giải quyết những vấn đề do lịch sử quản lý đất đai để lại, Nhà nước quy định các căn cứ xác định loại đất trong những trường hợp này. Cụ thể, Điều 2 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày 06/01/2017 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai (Nghị định 01) quy định như sau: Trường hợp đang sử dụng đất ổn định mà không phải do lấn, chiếm, chuyển mục đích sử dụng trái phép thì loại đất được xác định theo hiện trạng đang sử dụng; trường hợp sử dụng đất do lấn, chiếm, chuyển mục đích sử dụng đất trái phép thì loại đất được xác định căn cứ vào nguồn gốc, quá trình quản lý, sử dụng đất; trường hợp Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất thì xác định loại đất căn cứ vào quy hoạch sử dụng đất, quy hoạch xây dựng, quy hoạch đô thị, quy hoạch điểm dân cư nông thôn, quy hoạch xây dựng xã nông thôn mới đã được cơ quan Nhà nước có thẩm quyền phê duyệt và dự án đầu tư.

1.3. Giá đất để tính bồi thường là theo giá đất cụ thể của loại đất thu hồi do UBND cấp tỉnh quyết định tại thời điểm quyết định thu hồi đất⁵.

Luật Đất đai năm 2013 quy định 03 loại giá đất là khung giá đất, bảng giá đất và giá đất cụ thể.

Khung giá đất: Khung giá đất do Chính phủ ban hành định kỳ 05 năm một lần đối với từng loại đất và theo từng vùng. Nếu giá đất phổ biến trên thị trường tăng từ 20% trở lên so với giá đất tối đa hoặc giảm 20%

so với giá đất tối thiểu trong khung giá đất trong thời gian thực hiện khung giá đất thì Chính phủ điều chỉnh khung giá đất cho phù hợp⁶.

Bảng giá đất: Trên cơ sở khung giá đất do Chính phủ ban hành và căn cứ nguyên tắc, phương pháp định giá đất, UBND cấp tỉnh xây dựng và trình Hội đồng nhân dân cùng cấp thông qua bảng giá đất trước khi ký quyết định ban hành. Bảng giá đất được xây dựng định kỳ 05 năm một lần và công bố vào ngày 01 tháng 01 của năm đầu kỳ. UBND cấp tỉnh phải điều chỉnh bảng giá đất khi khung giá đất được điều chỉnh hoặc giá đất trên thị trường có biến động. Đối với giá đất tại các vùng giáp ranh giữa các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương có chênh lệch lớn thì Thủ tướng Chính phủ quyết định⁷.

Giá đất cụ thể: Dựa trên cơ sở điều tra, thu thập thông tin về thửa đất, giá đất thị trường và thông tin về giá đất trong cơ sở dữ liệu đất đai; căn cứ áp dụng phương pháp định giá đất phù hợp do Chính phủ quy định và căn cứ kết quả tư vấn xác định giá đất, UBND cấp tỉnh quyết định giá đất cụ thể⁸. Giá đất cụ thể làm căn cứ tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất⁹.

Việc định giá các loại giá đất dựa trên các nguyên tắc sau: Theo mục đích sử dụng đất hợp pháp tại thời điểm định giá; thời hạn sử dụng đất; phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường của loại đất có cùng mục đích sử dụng (bao gồm giá đất đã chuyển nhượng, giá đất trúng đấu giá) hoặc thu nhập từ việc

5 Khoản 2 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013.

6 Điều 113 Luật Đất đai năm 2013.

7 Khoản 1 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013.

8 Khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013.

9 Khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013.

sử dụng đất; các thửa đất liền kề có cùng mục đích sử dụng, khả năng sinh lợi, thu nhập từ việc sử dụng đất tương tự thì cùng thời điểm được xác định giá như nhau¹⁰. Các phương pháp định giá đất bao gồm: Phương pháp so sánh trực tiếp, phương pháp thặng dư, phương pháp chiết trừ, phương pháp thu nhập và phương pháp hệ số điều chỉnh giá đất¹¹.

1.4. Việc bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất phải đảm bảo dân chủ, khách quan, công bằng, công khai, kịp thời và đúng pháp luật.

Nguyên tắc này không chỉ được đảm bảo trong lĩnh vực bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất mà phải được đảm bảo trong mọi mặt của quá trình thực hiện các quy định của pháp luật. Đối với việc bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất, thực hiện nguyên tắc này được thể hiện trên các khía cạnh sau:

(i) Người dân nói chung, người bị thu hồi đất nói riêng được tạo điều kiện tham gia vào quá trình góp ý xây dựng các quy định của pháp luật về bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất; người có đất bị thu hồi được tạo điều kiện tham gia vào quá trình thực thi việc bồi thường với tư cách là một chủ thể của quá trình đó;

(ii) Đảm bảo sự công khai, minh bạch trong các quy định cụ thể về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất và sửa đổi, điều chỉnh, bổ sung quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; quy định cụ thể các trường hợp được thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng để tránh việc lợi dụng quy định này nhằm thu hồi đất cho doanh nghiệp nhưng không vì mục đích phát triển

kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng; công khai các quyết định chủ trương đầu tư, chấp thuận đầu tư, quyết định đầu tư của Quốc hội, Chính phủ, Hội đồng nhân dân cấp tỉnh, trừ trường hợp thuộc bí mật nhà nước; công khai các quyết định của cơ quan có thẩm quyền về nhu cầu đất để sử dụng vì mục đích quốc phòng, an ninh, trừ những công trình thuộc bí mật; công khai toàn bộ hồ sơ thu hồi và bồi thường; quy định quyền được tiếp cận hồ sơ địa chính như tờ bản đồ, hồ sơ kỹ thuật, sổ địa chính, sổ đăng ký ruộng đất ... đối với đất bị thu hồi để người có đất bị thu hồi biết được quyền lợi của mình được bồi thường, hỗ trợ, tái định cư; công khai, minh bạch về giải quyết khiếu nại, tố cáo;

(iii) Đảm bảo sự công bằng, không phân biệt giá đất bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất và chuyển dịch đất đai tự nguyện, giữa những thửa đất có điều kiện sinh lợi như nhau; công bằng để giải quyết những hạn chế do quá trình quản lý đất đai để lại liên quan đến điều kiện để được bồi thường về đất; công bằng trong việc bồi thường bằng đất khi so sánh giữa nơi đi và nơi đến, theo đó những người bị thu hồi đất ở vị trí thuận lợi thì cũng được giao đất ở vị trí tương ứng, nếu đã được bồi thường đúng quy định thì người bị thu hồi đất sớm bàn giao mặt bằng được ưu tiên giao đất ở vị trí thuận lợi;

(iv) Kịp thời trong việc kiểm đếm, lập phương án và chi trả bồi thường; xây dựng, hoàn thiện và bàn giao khu tái định cư; hỗ trợ đào tạo và chuyển đổi nghề; giải quyết khiếu nại, tố cáo đúng thời hạn theo quy định của pháp luật;

10 Khoản 1 Điều 112 Luật Đất đai năm 2013.

11 Điều 4 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về giá đất.

(v) Xác định và bồi thường đúng loại đất, diện tích đất, giá đất và các quyền lợi mà người bị thu hồi đất được hưởng.

2. Những hạn chế, bất cập trong thực hiện nguyên tắc bồi thường về đất khi Nhà nước thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng

Thực tiễn thực hiện quy định của pháp luật về nguyên tắc bồi thường về đất khi Nhà nước thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng cho thấy còn có những bất cập, hạn chế sau:

- Về nguyên tắc bồi thường được thực hiện bằng việc giao đất có cùng mục đích sử dụng với loại đất thu hồi, nếu không có đất để bồi thường thì được bồi thường bằng tiền

Thứ nhất, không có đất để bồi thường hoặc giá trị của đất được bồi thường có giá trị không tương xứng với đất bị thu hồi.

Hiện nay, nhóm đất nông nghiệp ngày càng giảm, nhóm đất phi nông nghiệp ngày càng tăng. Để tăng đất phi nông nghiệp thì phải chuyển mục đích từ nhóm đất nông nghiệp. Vì thế, quy định “đất đổi đất” không khả thi vì thực tế quỹ đất nhiều nơi không còn, đặc biệt là nhóm đất nông nghiệp, trong đó đáng lưu tâm nhất là đất trồng lúa và đất trồng cây hàng năm khác, đất làm muối, đất nuôi trồng thủy sản và các loại đất rừng. Các loại đất này là tư liệu sản xuất quan trọng gắn liền với nông nghiệp, nông dân và nông thôn. Việc không được bồi thường bằng đất mà được bồi thường bằng tiền và các khoản hỗ trợ như hiện nay không phát huy nhiều giá trị do việc sử dụng tiền không hiệu quả mà nếu bồi thường bằng đất thì phát huy

được giá trị lâu dài và bền vững hơn đối với nông dân. Hơn nữa, việc bồi thường bằng đất có lợi hơn bồi thường bằng tiền, đặc biệt là đối với nhóm đất có khả năng sinh lợi cao như đất ở, đất sản xuất kinh doanh phi nông nghiệp và nhóm đất nông nghiệp. Bởi lẽ, hiện nay, giá đất để được bồi thường được xác định tại thời điểm có quyết định thu hồi mà không tính đến giá trị sinh lợi lâu dài của đất.

Thực tế hiện nay, nhiều trường hợp đất được bồi thường có giá trị không bằng đất bị thu hồi. Điều này thể hiện ở các khía cạnh như khả năng sinh lợi, giá trị thương mại, điều kiện sản xuất, kinh doanh, chất lượng cuộc sống gắn liền với không gian văn hóa, giáo dục, tâm linh, tín ngưỡng, tôn giáo ...

Thứ hai, căn cứ hiện trạng để xác định loại đất không chính xác.

Điều 2 Nghị định 01 quy định trường hợp đất đang sử dụng ổn định mà không phải do lấn, chiếm, chuyển mục đích sử dụng trái phép thì loại đất được xác định theo hiện trạng đang sử dụng. Tuy nhiên, trên thực tế, người sử dụng đất tự ý thay đổi mục đích sử dụng đất đối với một thửa đất dẫn đến hiện trạng thay đổi diễn ra thường xuyên. Chẳng hạn, người sử dụng đất sử dụng đất nông nghiệp để trồng cây hàng năm, cây lâu năm, sau đó họ phá bỏ để làm nhà; hoặc trường hợp đất đã sử dụng đất để làm nhà ở qua nhiều thế hệ, mục đích sử dụng đầu tiên là đất ở, sau đó do bão lụt làm mất nhà, chưa có điều kiện làm nhà nên họ trồng cây hàng năm. Trong những trường hợp này, khi lập phương án bồi thường, nếu cơ quan có thẩm quyền chỉ căn cứ vào hiện trạng để xác định loại đất là không chính xác, mà còn phải căn cứ vào nguồn gốc, quá trình sử dụng đất.

- Về giá đất để tính bồi thường

Thứ nhất, giá đất nói chung, giá đất cụ thể làm căn cứ bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất nói riêng không phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường, cụ thể là thấp hơn giá thị trường rất nhiều dẫn đến khó khăn, khiếu nại phức tạp khi áp giá bồi thường, làm ảnh hưởng đến quyền lợi của người có đất bị thu hồi và làm ảnh hưởng đến tiến độ giải phóng mặt bằng. Mặt khác, khái niệm “phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường” còn mang tính chung chung.

Thứ hai, tồn tại cơ chế “thỏa thuận ngầm” giữa chủ đầu tư, nhà thầu thi công với người bị thu hồi đất. Trong một dự án thu hồi đất, người bị thu hồi đất đồng ý thì sớm bàn giao mặt bằng, người không đồng ý sẽ không bàn giao mặt bằng, làm phát sinh khiếu nại kéo dài. Chủ đầu tư, nhà thầu thi công luôn mong muốn đẩy nhanh tiến độ dự án, tránh việc khiếu nại, khởi kiện, cưỡng chế kéo dài, tốn kém. Vì thế, chủ đầu tư, nhà thầu tìm cách thỏa thuận với người có đất bị thu hồi bằng việc chi thêm tiền bồi thường không chính thức, không văn bản cho những trường hợp này. Điều này dẫn đến tình trạng bất công và tạo tiền lệ xấu là kéo dài quá trình bàn giao mặt bằng để mong được thêm tiền bồi thường cho dù giá bồi thường đã thỏa đáng.

3. Một số kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật về nguyên tắc bồi thường về đất khi Nhà nước thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng

Thứ nhất, Nghị quyết số 19-NQ/TW ngày 31/10/2012 của Hội nghị Trung ương 6 khóa XI về tiếp tục đổi mới chính sách, pháp luật về đất đai trong thời kỳ đẩy mạnh

toàn diện công cuộc đổi mới, tạo nền tảng đến năm 2020 nước ta cơ bản trở thành nước công nghiệp theo hướng hiện đại và Bộ luật Dân sự năm 2015 đã xác định, quy định quyền sử dụng đất là một loại tài sản và là hàng hóa đặc biệt. Vì thế, cần quy định giá đất được bồi thường là giá thị trường.

Thứ hai, cần quy định thống nhất “một giá đất” là giá thị trường áp dụng trong bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất và giá đất phải trả thông qua chuyển dịch đất đai tự nguyện theo Điều 73 Luật Đất đai năm 2013. Quy định “một giá đất” để đảm bảo đất được xác định và trả về giá trị thực của nó, phù hợp với các quy luật của nền kinh tế thị trường, không phân biệt chủ thể được quyền sử dụng sau thu hồi là Nhà nước hay doanh nghiệp.

Thứ ba, cần quy định cụ thể căn cứ xác định loại đất đối với đất không có giấy tờ về quyền sử dụng đất nhưng đang sử dụng đất ổn định mà không phải do lấn, chiếm, chuyển mục đích sử dụng trái phép.

Thứ tư, cần quy định giá đất do đơn vị tư vấn xác định phải được công khai trước khi trình cơ quan có thẩm quyền quyết định làm căn cứ bồi thường, đại diện những người bị thu hồi đất được tham gia vào quá trình xác định giá đất với tư cách là một thành viên của cơ quan (hội đồng) xác định giá đất. Trường hợp giữa đại diện người có đất bị thu hồi, đơn vị tư vấn và cơ quan xác định giá đất không thống nhất được giá đất thì thuê đơn vị tư vấn ngoài tỉnh để xác định.

Thứ năm, cần quy định trong trường hợp bồi thường bằng đất thì đất được bồi thường phải có giá trị và giá trị sinh lợi tương đương với thửa đất bị thu hồi.

TỔ CHỨC CƠ QUAN SOẠN THẢO CÁC DỰ ÁN LUẬT NHÌN TỪ KINH NGHIỆM MỘT SỐ NƯỚC¹

Hoàng Minh Hiếu*

* TS. Văn phòng Quốc hội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: cơ quan soạn thảo; quy trình lập pháp; dự án luật; xây dựng pháp luật; chương trình xây dựng luật, pháp lệnh; hoạch định chính sách; kỹ thuật soạn thảo

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 28/10/2018

Biên tập : 15/11/2018

Duyệt bài : 21/11/2018

Article Information:

Keywords: the drafting agency; legislation process; law project; law development; plan of law and ordinance development; policy making; drafting techniques

Article History:

Received : 28 Oct. 2018

Edited : 15 Nov. 2018

Approved : 21 Nov. 2018

Tóm tắt:

Xuất phát từ quan điểm khác nhau về mối quan hệ giữa việc hoạch định chính sách và chuyển hóa chính sách thành các quy phạm pháp luật, ở các nước trên thế giới có hai mô hình tổ chức cơ quan soạn thảo các dự án luật là cơ quan soạn thảo độc lập và cơ quan soạn thảo kết hợp. Mỗi cơ quan có những ưu điểm và hạn chế nhất định, phù hợp với truyền thống xây dựng pháp luật ở các quốc gia.

Abstract

Based on different perspectives on the relationship between policy development and policy transformation into the legal regulations, there are two models for law drafting arrangements, one is the independent drafting agency and the other is the combined drafting agency. Each model of law drafting agency has certain advantages and disadvantages, in line with the traditional manner of the country's law drafting.

Tại Hội nghị chuyên đề về công tác xây dựng pháp luật năm 2018 do Ủy ban Thường vụ Quốc hội tổ chức vào tháng 8/2018, đã có rất nhiều câu hỏi được đặt ra xung quanh

công tác soạn thảo các dự án luật ở nước ta. Trước tình trạng hệ thống pháp luật thiếu ổn định, chất lượng các dự thảo luật chưa cao, có đại biểu đã cho rằng, cần phải xem lại

1 Bài viết sử dụng kết quả của đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ: “Tổ chức cơ quan soạn thảo Dự án Luật ở một số nước và những bài học kinh nghiệm cho Việt Nam”.

cách soạn thảo luật như hiện nay, nhất là cần phải nâng cao tính chuyên nghiệp trong xây dựng luật². Đây là những vấn đề không mới, thậm chí, như Phó Chủ tịch Quốc hội Ưông Chu Lưu nêu tại hội nghị, là “căn bệnh kinh niên” trong công tác lập pháp³.

Để giải quyết tồn tại này, đã có nhiều đề xuất, kiến nghị khác nhau. Trong đó có những đề xuất, kiến nghị tập trung vào việc cải tiến, đổi mới cách thức tổ chức cơ quan soạn thảo các dự án luật. Phát biểu tại Hội nghị nói trên, Bộ trưởng Bộ Nội vụ Lê Vĩnh Tân đã bày tỏ sự băn khoăn về hiệu quả của mô hình giao cho vụ pháp chế của các bộ chủ trì soạn thảo các dự án luật⁴. Đề xuất này cũng được nhiều chuyên gia nghiên cứu chia sẻ. Đã có những ý kiến đề nghị cần giao các dự án luật này cho một cơ quan soạn thảo độc lập thể hiện các dự thảo⁵, thậm chí có ý kiến mang tính đổi mới mạnh mẽ là cần tổ chức “đấu thầu công khai quyền soạn luật” để các tổ chức, cá nhân (như trường đại học luật, các công ty luật, các viện nghiên cứu khoa học pháp lý...) có cơ hội tham gia xây dựng, soạn thảo các dự án luật⁶.

Trên thực tế, những vấn đề liên quan đến công tác soạn thảo luật không chỉ mang tính thời sự ở Việt Nam mà còn được quan tâm, nghiên cứu ở rất nhiều nước trên thế giới. Trước tình trạng lạm phát văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) vào giai đoạn

những năm 1990, rất nhiều tổ chức quốc tế và nhiều nước trên thế giới đã có những nỗ lực để nâng cao chất lượng các dự thảo VBQPPL. Chẳng hạn, Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) đã có những dự án nghiên cứu lớn để nâng cao chất lượng của các dự thảo VBQPPL ở các nước thành viên⁷.

1. Mô hình cơ quan soạn thảo các dự án luật ở các nước trên thế giới

Ở các nước, mặc dù có những điểm khác biệt nhất định, nhưng tựu trung có hai mô hình cơ bản trong việc tổ chức cơ quan soạn thảo dự án luật là mô hình cơ quan soạn thảo kết hợp và mô hình cơ quan soạn thảo độc lập. Sự khác biệt cơ bản trong cách thức tổ chức của hai cơ quan này là quan điểm về mối quan hệ giữa việc hoạch định chính sách và việc chuyển hóa các chính sách thành các quy phạm pháp luật⁸.

1.1 Mô hình cơ quan soạn thảo kết hợp

Đây là mô hình phổ biến ở các nước theo hệ thống pháp luật châu Âu lục địa. *Mô hình cơ quan soạn thảo kết hợp* là cách thức tổ chức mà cơ quan soạn thảo luật vừa thực hiện việc hoạch định chính sách vừa chuyển hóa các nội dung chính sách thành các quy phạm pháp luật trong các dự thảo văn bản. Cách hiểu về cơ quan soạn thảo theo cách tiếp cận này tương đối phổ biến ở các nước

2 Nguyễn Lê, ‘Có nước nào làm luật theo kiểu chúng ta không’, Thời báo Kinh tế Việt Nam, 18/7/2018.

3 H.Vũ, ‘Siết chặt kỷ luật, kỷ cương xây dựng luật’, Đại đoàn kết, 18/7/2018.

4 Nguyễn Lê, Dẫn trên.

5 Nguyễn Văn Thuận, ‘Về mô hình cơ quan giúp công tác xây dựng luật, pháp lệnh’, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, 1/2001.

6 Lê Nết, ‘Xây luật ... xây dựng luật’, Thời báo Kinh tế Sài Gòn, 31/8/2014.

7 Từ những năm 1997, OECD đã có những dự án lớn để thúc đẩy việc nâng cao chất lượng của các dự án văn bản quy phạm pháp luật ở các nước thành viên, ví dụ như chương trình Better Regulation in Europe: Xem: OECD, Better Regulation in Europe – Progress and Trends, www.oecd.org.

8 Edward Donelan, ‘Legislative Drafting – civil and common law approaches compared’, OECD Sigma Papers, www.oecd.org/mena/governance/41725083.ppt.

châu Âu lục địa. Thông thường, cơ quan soạn thảo chính là một bộ của Chính phủ. Trong quá trình thực hiện nhiệm vụ của mình, các cơ quan này phát hiện ra những tồn tại trong đời sống kinh tế - xã hội và để giải quyết những khó khăn này, họ thường đề xuất ban hành mới hoặc sửa đổi pháp luật hiện hành. Để chuyển tải những nội dung chính sách này thành VBQPPL, các bộ thường trực tiếp thể hiện các ý tưởng chính sách của mình dưới hình thức VBQPPL.

Đây là cách thức soạn thảo mang tính truyền thống với quan niệm cho rằng, không thể phân tách một cách triệt để giữa nội dung của các chính sách với cách thức thể hiện chúng. Những người đề xuất ra các nội dung chính sách có thể hiểu được một cách sâu sắc nhất các nội dung chính sách để thể hiện chính xác chúng trong các VBQPPL.

Hơn thế nữa, việc giao cho cùng một cơ quan thực hiện việc hoạch định chính sách và chuyển tải chúng dưới hình thức của VBQPPL sẽ giúp cho tiến trình soạn thảo được diễn ra một cách nhanh chóng hơn, không mất thời gian cho quá trình phối hợp thực hiện giữa bộ phận hoạch định chính sách và bộ phận soạn thảo văn bản.

Tuy nhiên, trên thực tế, để làm tốt công tác soạn thảo VBQPPL, các cơ quan soạn thảo theo mô hình này vẫn cần có những chuyên gia có chuyên môn cao để tiến hành chuyển hóa các nội dung chính sách thành ngôn ngữ pháp luật. Điều này xuất phát từ yêu cầu của công tác soạn thảo. Đơn giản là những người hoạch định chính sách không có chuyên ngành về luật, thì không thể hiện

được các ý muốn, mục đích của chính sách thành các hệ thống các quy phạm chặt chẽ mà một VBQPPL đòi hỏi. Điều này càng trở nên khắt khe hơn ở những nước có hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, nơi mà tính chặt chẽ, tính quy phạm trong thể hiện các VBQPPL càng được đề cao hơn. Chính vì vậy, ngay ở Cộng hòa Pháp, các bộ soạn thảo văn bản luật vẫn thường giao việc thể hiện văn bản dự thảo luật cuối cùng cho những chuyên viên có chuyên môn về soạn thảo luật thể hiện sau khi nội dung chính sách do các bộ đề xuất đã được Chính phủ thông qua.

Một đặc điểm nổi bật nữa trong cách thức tổ chức soạn thảo các dự án luật theo mô hình này là, các dự thảo được trải qua quá trình thẩm định rất chặt chẽ cả về nội dung chính sách lẫn về cách thức thể hiện trước khi được trình ra Quốc hội. Chẳng hạn, ở Cộng hòa Pháp, việc thẩm định các dự án luật được giao cho Hội đồng Nhà nước (Conseil d'État). Cơ quan này có quyền thẩm định cả về nội dung chính sách lẫn hình thức ngôn ngữ thể hiện, tính súc tích, rõ ràng và chính xác của dự thảo theo một quy trình rất chặt chẽ⁹. Tương tự, ở Cộng hòa liên bang Đức, dự thảo luật được thẩm định ở Bộ Tư pháp¹⁰, ở Hàn Quốc là vai trò của Bộ Pháp chế¹¹ và ở Nhật Bản là Cục Pháp chế nội các¹². Tuy nhiên, khác với ở Cộng hòa Pháp, việc thẩm định ở các nước này được tập trung vào việc bảo đảm tính hợp hiến, tính thống nhất của dự thảo với hệ thống pháp luật và sau đó là về hình thức thể hiện văn bản của dự thảo. Còn việc

9 Bernard Ducamin and William Dale, The Role of the Conseil d'Etat in Drafting Legislation, The International and Comparative Law Quarterly, Vol.30 No. 4 (Oct.1981), pp. 882 – 901.

10 OECD, Better Regulation in Europe: Germany, 2010

11 Ministry of Government Legislation, <http://www.moleg.go.kr/english/>

12 Văn phòng Quốc hội, Giới thiệu về Nghị viện Nhật Bản và bộ máy giúp việc, (NXB Hồng Đức, 2017), tr. 93-97.

thẩm định sâu về mặt chính sách lại được giao cho một số cơ quan khác. Chẳng hạn, ở Hàn Quốc, để xem xét, đánh giá chất lượng của việc hoạch định chính sách, các báo cáo đánh giá tác động và dự thảo luật phải được gửi đến Ủy ban Cải cách thể chế để thẩm định¹³. Ở Cộng hòa Liên bang Đức, để giám sát các bộ trong việc thực hiện đánh giá tác động của dự thảo văn bản và tính toán chi phí tuân thủ của các dự thảo luật, có hai thiết chế được thành lập là Phòng Chất lượng văn bản (Better Regulation Unit) thuộc Văn phòng Thủ tướng và Hội đồng Giám sát văn bản quốc gia (NRCC). Trong đó, Hội đồng Giám sát văn bản quốc gia có vai trò rất quan trọng trong việc đánh giá các tác động kinh tế (chi phí tuân thủ) mà các dự thảo có thể tạo ra¹⁴.

Ngoài ra, do việc soạn thảo được phân công cho nhiều bộ khác nhau thực hiện nên để thống nhất trong việc thể hiện các văn bản, Chính phủ các nước này thường ban hành văn bản hướng dẫn về quy cách, hình thức, mẫu văn bản để áp dụng trong toàn hệ thống. Thậm chí, để phục vụ cho công tác soạn thảo và theo dõi tiến độ của các dự thảo, một số nước còn ứng dụng rất mạnh mẽ các ứng dụng công nghệ thông tin¹⁵.

1.2 Mô hình cơ quan soạn thảo độc lập

Ở những nước theo truyền thống pháp luật Anh, mô hình tổ chức cơ quan soạn thảo phổ biến là *mô hình cơ quan soạn thảo độc lập*. Xuất phát từ quan niệm hoạt động soạn thảo luật theo nghĩa hẹp, cơ quan soạn thảo dự án luật được hiểu là các cơ quan chuyên trách, có chức năng chuyển hóa, hay “dịch” các nội dung chính sách mà các bộ đã hoạch

định thành các dự thảo VBQPPL.

Ở đây, sự phân biệt giữa hai công đoạn: hoạch định chính sách và chuyển hóa chính sách thành các quy phạm được thể hiện một cách rất rõ ràng. Theo đó, công việc hoạch định các nội dung chính sách vẫn được giao cho các bộ thuộc Chính phủ vì hơn ai hết, đây là các cơ quan trực tiếp thi hành chính sách, hiểu được những vướng mắc trong đời sống kinh tế - xã hội của đất nước. Tuy nhiên, việc chuyển hóa các nội dung chính sách thành các dự thảo VBQPPL lại được giao cho một bộ phận chuyên môn độc lập thực hiện. Ở những nước khác nhau, bộ phận này có thể trực thuộc các cơ quan khác nhau. Chẳng hạn ở Anh, Văn phòng Cố vấn Nghị viện là cơ quan thuộc Văn phòng Nội các; ở Canada, cơ quan này là Cục Pháp chế thuộc Bộ Tư pháp; ở Singapore là Vụ Pháp chế thuộc Văn phòng Tổng Chương lý.

Những cơ quan này có vị trí độc lập, không phải chịu bất kỳ một sự tác động nào về mặt chính trị trong quá trình thực hiện công việc của mình, có trách nhiệm và có mối quan hệ chặt chẽ với các bộ hoặc các cá nhân có thẩm quyền hoạch định chính sách trong việc bảo đảm thể hiện một cách chính xác các nội dung chính sách trong các dự thảo luật. Mối quan hệ này thường được ví như mối quan hệ giữa nhà cung cấp dịch vụ - là những người trực tiếp soạn thảo luật và những khách hàng - là những người có nhiệm vụ hoạch định chính sách. Chẳng hạn, một bộ hoặc một nghị sĩ có sáng kiến về luật sẽ trao đổi, phối hợp cùng cơ quan soạn thảo về ý tưởng của mình. Trên cơ sở những ý tưởng và sáng kiến đó, các nhà soạn thảo

13 OECD, Regulatory Policy in Korea: Towards Better Regulation, OECD Publishing, Paris, 2017.

14 The National Regulatory Control Council, <https://www.normenkontrollrat.bund.de>

15 Ví dụ như hệ thống hệ thống S.O.L.O.N (Système d'Organisation en Ligne des Opérations Normatives – Hệ thống lập pháp trực tuyến) ở Cộng hòa Pháp; Hệ thống hướng dẫn soạn thảo điện tử (eNorm) ở CHLB Đức.

luật sẽ phải tiến hành tìm hiểu, xác định, hình thành những nội dung quy phạm cụ thể và sau đó thể hiện chúng thành các dự thảo VBQPPL¹⁶.

Như đã đề cập, mô hình cơ quan soạn thảo độc lập có nguồn gốc ở nước Anh từ thế kỷ thứ 19. Lịch sử ghi lại trước năm 1869, các dự án luật được trình ra Nghị viện Anh vẫn do các bộ thuộc Chính phủ tự tổ chức soạn thảo. Tuy nhiên, do số lượng các văn bản ngày càng lớn, việc mỗi bộ có một cơ quan soạn thảo như vậy gây ra sự lãng phí và không bảo đảm sự thống nhất trong việc soạn thảo văn bản. Việc mỗi bộ trình các dự thảo theo các hình thức khác nhau như vậy cũng làm cho Chính phủ rất khó kiểm tra được chất lượng của dự thảo, nhất là trong việc kiểm tra việc sử dụng ngân sách được đưa vào các giải pháp lập pháp của các bộ.

Đến năm 1869, Bộ Tài chính đề xuất giải pháp xây dựng một cơ quan soạn thảo văn bản độc lập trực thuộc Bộ Tài chính để soạn thảo các dự thảo cho Chính phủ. Việc đặt cơ quan này ở Bộ Tài chính vào lúc đó giúp cho việc kết nối công việc của Chính phủ trở nên dễ dàng hơn. Với những tính chất ưu việt của phương án này, ngày 8/2/1869, Văn phòng Cố vấn Nghị viện đã được thành lập. Ngay từ thời gian đầu, để tránh việc các bộ trong Chính phủ cảm thấy bị hạn chế quyền lực, Văn phòng Cố vấn Nghị viện được xác định rõ vai trò chỉ tập trung vào việc thể hiện các nội dung chính sách thành ngôn ngữ pháp lý mà không can thiệp vào nội dung của các chính sách đã được các bộ hoạch định¹⁷.

Từ năm 1869 cho đến nay, Văn phòng Cố vấn Nghị viện vẫn giữ nguyên tắc làm việc đó nhưng cơ quan này được luân chuyển trực thuộc nhiều cơ quan khác nhau. Cho đến nay, Văn phòng Cố vấn Nghị viện trực thuộc Văn phòng Nội các.

Về cách thức tổ chức công việc, các nhà soạn thảo luật chuyên nghiệp tuy mang tên là “luật sư nghị viện” nhưng kỳ thực là các công chức. Nhiệm vụ “soạn thảo” này được hiểu là “dịch” chính sách thành các quy phạm pháp luật một cách rõ ràng, có hiệu lực và dễ hiểu. Nói cách khác, đây là việc biến ngôn ngữ của chính sách thành ngôn ngữ pháp lý.

Trong quy trình soạn thảo luật, khi nội dung của dự án luật đã được Chính phủ thông qua, bộ chủ trì soạn thảo luật có trách nhiệm xây dựng “bản hướng dẫn soạn thảo dự án luật”, trong đó nêu rõ nội dung chính sách dự kiến đưa vào dự án luật. Trên cơ sở bản “Hướng dẫn soạn thảo dự án luật” này, các nhà soạn thảo luật chuyên nghiệp của Văn phòng Cố vấn Nghị viện sẽ có trách nhiệm “dịch” những nội dung, định hướng mang tính nguyên tắc thành các quy phạm (tức là thực hiện việc “quy phạm hóa” chính sách) trong một dự thảo luật.

Trong quá trình chuyển hóa nội dung chính sách thành các dự thảo luật, các chuyên gia soạn thảo của Văn phòng Cố vấn Nghị viện phải làm việc chặt chẽ với các chuyên gia đến từ các bộ dựa trên nguyên tắc phối hợp. Để bảo đảm mối quan hệ làm việc này, Văn phòng Cố vấn Nghị viện còn soạn thảo bản Hướng dẫn làm việc để làm cơ sở cho

16 Ann Seidman, Robert B. Seidaman, Nalin Abeyesekere, Soạn thảo luật pháp vì tiến bộ xã hội dân chủ: Sổ tay cho Nhà soạn thảo, (NXB Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2003), tr. 24.

17 T. K. Viswanathan, Legislative Drafting: Shaping the Law for the New Millennium Indian Law Institute 2007 (Chapter III: Origin of the Office of the Parliamentary Counsel in England).

việc phối hợp giữa các cơ quan¹⁸.

Đặc biệt, trong quá trình xây dựng dự thảo văn bản luật, Văn phòng Cố vấn Nghị viện vẫn giữ nguyên tắc không tham gia tranh luận về các nội dung của dự thảo. Đây là nguyên tắc mang tính truyền thống. Tuy nhiên, do các bản hướng dẫn về chính sách đôi khi chưa được đầy đủ hoặc chưa phù hợp, thống nhất với chính sách pháp luật nên cũng không tránh khỏi việc các chuyên gia soạn thảo đôi khi tham gia vào việc trao đổi, thảo luận về nội dung của các chính sách¹⁹.

2. Những bài học kinh nghiệm

Qua nghiên cứu mô hình cơ quan soạn thảo dự thảo luật của các nước trên thế giới, có thể rút ra một số nội dung sau đây có thể nghiên cứu, tiếp thu để tiếp tục cải tiến, đổi mới quy trình lập pháp ở nước ta:

Thứ nhất, cần tiếp tục nghiên cứu, đổi mới quy trình lập pháp của Quốc hội, trong đó cần hướng tới việc tách biệt giữa công đoạn hoạch định chính sách và chuyển hóa chính sách thành các quy phạm pháp luật.

Ở nước ta hiện nay, theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, trong quá trình soạn thảo luật cũng đã có những tách bạch nhất định giữa hai công đoạn này. Ví dụ, trong giai đoạn ở Chính phủ, khi xây dựng Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh thì các nội dung chính sách sẽ được Chính phủ thông qua trước và sau khi dự án luật được đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội thì các bộ, ngành mới tiến hành soạn thảo. Tuy nhiên, trên thực tế, các nội dung chính sách được hình thành trong quá trình xây dựng Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh thường còn

rất sơ sài. Đồng thời, Chính phủ cũng chưa dành nhiều thời gian để thảo luận một cách kỹ càng trong việc xem xét, quyết định các nội dung chính sách này. Trong Hội nghị chuyên đề về công tác xây dựng pháp luật năm 2018, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao Nguyễn Hòa Bình đã nhận định rằng mỗi phiên họp trong một buổi mà Chính phủ thảo luận, cho ý kiến sáu dự án luật thì chắc chắn chất lượng không thể cao được²⁰.

Tương tự, ở giai đoạn thảo luận tại phiên họp toàn thể của Quốc hội, theo quy định hiện hành, Quốc hội có thể biểu quyết về những vấn đề lớn, mang tính chính sách để làm cơ sở cho việc tiếp thu, chỉnh lý dự thảo. Tuy nhiên, đây chỉ là vấn đề mang tính lựa chọn, chưa có tính nguyên tắc, bắt buộc. Vì vậy, tính chất giữa việc thảo luận về dự án tại kỳ họp xem xét lần thứ nhất và thảo luận tại kỳ họp xem xét lần thứ hai gần tương tự nhau, không có sự khác biệt về mục đích thảo luận và giá trị của từng phiên họp.

Thứ hai, nghiên cứu xây dựng mô hình cơ quan soạn thảo phù hợp với điều kiện và bối cảnh ở nước ta.

Hiện nay, cách thức soạn thảo các dự án luật ở nước ta đang được thực hiện theo mô hình cơ quan soạn thảo kết hợp. Các bộ, ngành được giao có trách nhiệm vừa hoạch định chính sách, vừa chuyển hóa các nội dung chính sách này thành các dự thảo VBQPPL. Tuy nhiên, như đã phân tích ở phần trên, chất lượng của các dự thảo luật cũng như các đạo luật được Quốc hội thông qua còn nhiều hạn chế. Để giải quyết vấn đề này, đã có những đề xuất về việc cần nghiên cứu xây dựng một mô hình cơ quan soạn

18 Office of the Parliamentary Counsel, Working with The OPC, 2011.

19 Edward C. Page, Their Word Is Law: Parliamentary Counsel and Creative Policy Analytic, Sweet and Maxell, Issue4, 2009.

20 Nguyễn Lê, Dẫn trên, chú thích 1.

thảo độc lập tương tự như mô hình của Anh, Canada hoặc Singapore²¹. Tuy nhiên, việc tổ chức mô hình cơ quan soạn thảo độc lập như vậy không phải là chuyện dễ dàng.

Trước hết, việc xây dựng một cơ quan soạn thảo như vậy sẽ tạo ra thêm một đầu mối trong cơ cấu tổ chức bộ máy. Hơn thế nữa, thực tế quá trình thành lập và chấp nhận một cơ quan như vậy tương đối khó khăn. Trong lịch sử, việc đi đến thành lập Văn phòng Cố vấn lập pháp ở Vương quốc Anh là quá trình kéo dài nhiều thập kỷ với sự thay đổi dần dần của nhận thức mà trong đó một trong những cam kết cần phải bảo đảm là Văn phòng Cố vấn lập pháp không can thiệp vào quá trình hoạch định chính sách của các bộ, ngành. Kinh nghiệm của Ban Công tác lập pháp thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội ở nước ta trong những năm 2000 cũng cho thấy những thách thức đối với việc thành lập cơ quan soạn thảo dự án luật độc lập. Chỉ sau 01 nhiệm kỳ tồn tại, một trong những lý do quan trọng để dẫn đến việc giải thể Ban Công tác lập pháp là do không có được sự phân định rõ ràng giữa nhiệm vụ, quyền hạn của Ban Công tác lập pháp với nhiệm vụ, quyền hạn của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội.

Bên cạnh đó, việc thực hiện theo mô hình này cũng đòi hỏi phải thay đổi quy trình soạn thảo và quy trình lập pháp. Đó là việc phải có sự tách biệt hoàn toàn giữa chủ thể hoạch định chính sách và chủ thể chuyển hóa các nội dung của chính sách thành các quy phạm pháp luật. Đồng thời, phải thiết lập thói quen tuân thủ nguyên tắc phối hợp trong mối quan hệ làm việc giữa cơ quan hoạch định chính sách và cơ quan soạn thảo.

Do vậy, theo chúng tôi, giải pháp duy trì mô hình soạn thảo kết hợp như hiện nay có nhiều thuận lợi hơn. Tuy nhiên, để nâng cao chất lượng của các dự thảo, cần có sự chuẩn hóa lại quy trình và cách thức làm việc, cách thức soạn thảo. Trong đó, cần nghiên cứu tách biệt một cách rõ ràng hơn giữa giai đoạn hoạch định chính sách và giai đoạn soạn thảo văn bản và nâng cao vai trò, chất lượng của hoạt động thẩm định các dự thảo văn bản sau khi được các bộ, ngành hoàn thành.

Đặc biệt, cần xem xét lại việc thành lập Ban soạn thảo như quy định hiện tại. Thực tế cho thấy việc thành lập Ban soạn thảo với rất nhiều thành phần đến từ các cơ quan khác nhau là sự lãng phí thời gian và nguồn lực. Nếu cho rằng mục đích của hoạt động này là để có tiếng nói của các bên liên quan có lẽ sẽ không hiệu quả do một thành viên tham gia Ban soạn thảo không đại diện cho tiếng nói chung của một cơ quan. Hơn nữa, việc tham khảo ý kiến của các cơ quan có liên quan có thể được thực hiện một cách chính thức thông qua các hình thức trao đổi ý kiến. Vì vậy, cần nghiên cứu để giao trực tiếp cho các Bộ chuyên ngành thực hiện công việc soạn thảo văn bản mà không nhất thiết phải thành lập Ban soạn thảo riêng cho từng đạo luật. Việc có hình thành nên dự thảo luật hay không và chất lượng dự thảo có tốt hay không sẽ phụ thuộc trực tiếp vào trách nhiệm của bộ chuyên ngành được giao nhiệm vụ soạn thảo văn bản.

Thứ ba, xây dựng cơ chế kiểm soát chất lượng soạn thảo.

Đi cùng với việc duy trì mô hình cơ quan soạn thảo kết hợp, cần nghiên cứu, học

21 Xem thêm: Nguyễn Đức Lam, 'Các bước làm luật: ở người và ở ta', Hội thảo của Viện Chính sách pháp luật và phát triển về quy trình lập pháp, 2007.

tập kinh nghiệm của các nước trong việc xây dựng cơ chế kiểm soát chất lượng của các dự thảo. Theo Luật Ban hành VBQPPL hiện hành, Bộ Tư pháp là cơ quan có chức năng thẩm định các dự thảo do các bộ đề xuất. Như vậy có thể nhận thấy vai trò thẩm định của Bộ Tư pháp khá lớn. Tuy nhiên, nội dung thẩm định và quy trình thẩm định còn có những hạn chế nhất định mà trong đó tồn tại lớn nhất vẫn là tình trạng các bộ, ngành “cài cắm” các quy định có lợi cho bộ, ngành mình trong các dự án luật²².

Với những kinh nghiệm của các nước trong việc tổ chức cơ quan soạn thảo có thể rút ra một số nội dung sau đây để tăng cường việc kiểm soát chất lượng soạn thảo:

Trước hết, việc thẩm định chất lượng báo cáo đánh giá tác động của dự thảo luật là hết sức cần thiết nhằm nâng cao chất lượng soạn thảo. Hiện nay, có một thực trạng rất phổ biến là báo cáo đánh giá tác động của dự thảo luật thường được thực hiện sau cùng trong quá trình hoạch định chính sách với cách làm sơ sài, qua loa, nhằm bảo đảm đủ điều kiện về hồ sơ của dự án luật chứ chưa thực sự là cơ sở để xây dựng và hoạch định chính sách. Điều này làm vô hiệu vai trò của báo cáo đánh giá tác động. Kinh nghiệm của nhiều nước cho thấy, việc kiểm tra chất lượng báo cáo đánh giá tác động là điều kiện cần thiết để xem xét các đề xuất chính sách được dự kiến quy định trong dự thảo. Có nước như Hàn Quốc, CHLB Đức còn thành lập riêng những cơ quan để thực hiện hoạt động này.

Bên cạnh thẩm định báo cáo đánh giá tác động, việc thẩm định các dự án luật

được các bộ đề xuất cần phải tập trung làm rõ sự cần thiết ban hành các chính sách đó. Kinh nghiệm lập pháp ở các nước cho thấy, việc xây dựng pháp luật chỉ được thực hiện khi mà các giải pháp thay thế khác không thể giải quyết được những tồn tại trong đời sống kinh tế - xã hội. Đây là giải pháp quan trọng để tránh một hiện tượng tương đối phổ biến ở các nước đó là “lạm phát VBQPPL”. Ở nước ta, tình trạng này cũng đã bắt đầu manh nha tồn tại²³.

Cùng với việc thẩm định tập trung tại một cơ quan thì việc xin ý kiến các cơ quan hữu quan và công chúng về dự án luật cũng là một trong những biện pháp hữu hiệu để giảm thiểu các sai sót và góp phần xây dựng những nội dung chính sách lập pháp phù hợp. Hiện nay, việc tổ chức tham vấn ý kiến công chúng về các dự thảo luật ở nước ta còn mang nặng tính hình thức. Việc đăng tải các dự thảo trên trang thông tin điện tử mà không có cách đăng tải hoặc lấy ý kiến phù hợp sẽ hầu như không thu được các ý kiến góp ý có chất lượng.

Thứ tư, tổ chức hướng dẫn, tập huấn kỹ năng soạn thảo văn bản.

Một trong những hạn chế nổi bật, dễ nhận thấy nhất trong việc duy trì mô hình cơ quan soạn thảo kết hợp đó là cách thức thể hiện, kỹ thuật thể hiện văn bản giữa các bộ, ngành thường không thống nhất, chất lượng không đồng đều.

Để hạn chế tình trạng này, việc xây dựng các bản tài liệu hướng dẫn soạn thảo có vai trò rất quan trọng. Mặc dù tài liệu này được gọi chung là tài liệu hướng dẫn nhưng trên thực tế chúng có tính bắt buộc, gần như

22 Đức Minh, ‘Vẫn còn tư duy soạn dự luật có lợi cho bộ, ngành đề xuất’, Báo Pháp luật Thành phố Hồ Chí Minh, 13/9/2018.

23 Minh Chiến, ‘Cứ vương mắc lại ... sửa luật’, Báo Người Lao động, 13/9/2018.

là quy phạm để áp dụng thống nhất giữa các bộ. Thực tế các tài liệu hướng dẫn này còn bao hàm cả những hướng dẫn về trình tự, thủ tục và cách tiến hành những kỹ thuật soạn thảo văn bản như hướng dẫn về cách lập báo cáo đánh giá tác động, hướng dẫn về cách làm việc giữa chuyên viên của các bộ, ngành với các chuyên gia của bộ phận thẩm định chung trong quá trình xây dựng dự thảo.

Bên cạnh các tài liệu hướng dẫn, ở các nước, cơ quan thẩm định dự thảo thường tổ chức các lớp tập huấn, các buổi trao đổi kinh nghiệm để các chuyên gia soạn thảo ở các bộ, ngành có thể chia sẻ và cùng giúp nhau trao đổi, xử lý những vướng mắc trong quá trình soạn thảo.

Ngoài ra, kinh nghiệm của các nước cho thấy, việc soạn thảo các VBQPPL có thể được ứng dụng công nghệ thông tin để vừa tăng

tính chính xác, kịp thời và đặc biệt là chia sẻ thông tin giữa các giai đoạn của quy trình soạn thảo. Ví dụ điển hình là hệ thống hỗ trợ soạn thảo dự thảo văn bản luật của Cộng hòa Pháp (S.O.LO.N). Với việc sử dụng hệ thống này, các chủ thể có liên quan đến dự thảo có thể chủ động theo dõi được tiến trình phát triển của dự thảo để chủ động tiếp cận thông tin, cho ý kiến. Bên cạnh đó, hệ thống hỗ trợ soạn thảo văn bản còn giúp cho việc thống nhất định dạng soạn thảo các dự thảo luật, chẳng hạn như cách trình bày văn bản, các tiêu đề v.v.. Đồng thời, hệ thống này còn có chức năng cung cấp các gợi ý về sử dụng các thuật ngữ, các từ ngữ pháp lý, bảo đảm tính thống nhất trong việc sử dụng các thuật ngữ với Hiến pháp và hệ thống VBQPPL, giúp cho người soạn thảo thể hiện các quy phạm pháp lý được một cách dễ dàng hơn■

CHỦ THỂ QUAN HỆ PHÁP LUẬT..

(Tiếp theo trang 13)

vào tham gia tố tụng với tư cách là người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan là yêu cầu không thể xem nhẹ.

- Trong trường hợp người xác lập, thực hiện giao dịch trình bày với cơ quan tài phán là hành vi đó không phải là hành vi vì lợi ích của cá nhân mình mà là thực hiện hành vi của tổ chức, vì lợi ích của tổ chức nhưng không xuất trình được tài liệu chứng minh, không bên nào cung cấp được đó là hành vi nhân danh tổ chức, thực hiện vì lợi ích của tổ chức thì phải xác định hành vi đó, giao dịch đó là của cá nhân, cá nhân đó chịu trách nhiệm. Đối với trường hợp thành viên không có quyền đại diện mà xác lập, thực hiện giao dịch dân sự nhân danh các thành viên khác của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân hoặc người đại diện xác lập, thực hiện vượt quá phạm vi

đại diện đã được quy định tại Điều 104 của BLDS, cần căn cứ quy định này để xem xét, giải quyết.

- Việc xác định các thành viên tổ hợp tác có thể dựa trên hợp đồng hợp tác có chứng thực cơ quan có thẩm quyền hoặc quy chế tổ chức, hoạt động... của tổ hợp tác để xác định thành viên.

- Khi tranh chấp được đưa đến cơ quan tài phán (gồm tòa án, trọng tài) thì cơ quan tài phán phải xem xét, nếu quan hệ dân sự do tổ chức không có tư cách pháp nhân xác lập, thực hiện thì phải xác định chủ thể quan hệ dân sự này là tổ chức. Tùy thuộc diễn biến của quan hệ pháp luật bị tranh chấp để xác định địa vị pháp lý của tổ chức không có tư cách pháp nhân cũng như thành viên tổ chức là nguyên đơn hay bị đơn trong quan hệ tố tụng■

