

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP



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



SỐ 05 (477)

Kỳ 1 - Tháng 3/2023

- ❖ YÊU CẦU ĐỔI MỚI TƯ DUY LẬP PHÁP TRONG XÂY DỰNG, HOÀN THIỆN NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM
- ❖ PHÁP LUẬT VỀ CHUYỂN ĐỔI MỤC ĐÍCH SỬ DỤNG ĐẤT ĐỂ KHAI THÁC THƯƠNG MẠI QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT Ở VIỆT NAM HIỆN NAY
- ❖ QUYỀN KHIẾU NẠI VÀ GIẢI TRÌNH CỦA ĐỐI TƯỢNG THANH TRA THEO LUẬT THANH TRA NĂM 2022

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 05/2023

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Yêu cầu đổi mới tư duy lập pháp trong xây dựng, hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam

PGS. TS. Vũ Công Giao

- 10** Khái niệm thương nhân và các loại hình thương nhân theo quy định của pháp luật Việt Nam

TS. Đỗ Mạnh Phương

- 18** Vi phạm hợp đồng trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ trong Công ước Viên năm 1980 và khuyến nghị cho Việt Nam

ThS. Đào Trọng Tú

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 24** Pháp luật về chuyển đổi mục đích sử dụng đất để khai thác thương mại quyền sử dụng đất ở Việt Nam hiện nay

PGS. TS. Ngô Huy Cương

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 35** Quyền khiếu nại và giải trình của đối tượng thanh tra theo Luật Thanh tra năm 2022

PGS. TS. Bùi Thị Đào

- 40** Xử lý vi phạm về đăng ký doanh nghiệp

TS. Nguyễn Thị Thu Thủy

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

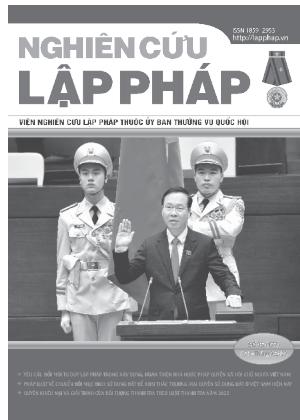
- 48** Học thuyết “quả trên cây độc” trong tư pháp hình sự Hoa Kỳ và khuyến nghị cho Việt Nam

ThS. Võ Minh Kỳ - ThS. Nguyễn Phương Anh

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 58** Đẩy mạnh phân quyền, phân cấp, ủy quyền cho chính quyền Thành phố Thủ Đức – cơ sở khoa học và một số kiến nghị

TS. Trần Thị Thu Hà



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)
GS. TSKH. Đào Trí Úc
GS. TS. Nguyễn Minh Đức
TS. Hoàng Xuân Hòa
TS. Lê Hải Đường
TS. Lương Minh Tuấn (Thư ký)
PGS. TS. Trương Hồ Hải
PGS. TS. Bùi Nguyên Khánh
PGS. TS. Tô Văn Hòa
PGS. TS. Vũ Công Giao
PGS. TS. Ngô Huy Cương
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

TRỤ SỞ:

35 NGÔ QUYÊN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.
ĐT: 08048376; 024.32121203
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

THIẾT KẾ:

QUÁCH HỮU HÙNG
DƯƠNG QUANG THỌ

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; 08044732

TÀI KHOẢN:

107000943928
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI CỔ PHẦN
ĐẠI CHỨNG VIỆT NAM
(PVCOMBANK), CHI NHÁNH HỘI SỞ CHÍNH
MÃ SỐ THUẾ: 0101138205
IN TẠI CÔNG TY TNHH GIẤY VỠ HỒNG ĐIẾP

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Đồng chí Võ Văn Thường tuyên thệ
nhậm chức Chủ tịch Nước Cộng hòa
XHCN Việt Nam nhiệm kỳ 2021 - 2026.

Ảnh: Cổng TTĐT Quốc hội.

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

Legis No 05/2023

STATE AND LAW

- 3** Need of Innovation of Legislative Thoughts in Development, Improvements of Socialist Rule-of-Law State of Vietnam
Prof. Dr. Vu Cong Giao
- 10** The Concept of Enterprise and Types of Enterprises under the Legal Regulations of Vietnam
Dr. Do Manh Phuong
- 18** Breach of Contractual Obligations before the Deadline under the Vienna Convention of 1980 and Recommendations for Vietnam
LLM. Dao Trong Tu

DISCUSSION OF BILLS

- 24** Applicable Regulations on Change of Land Use Purpose for Commercial Exploitation of Land Use Rights in Vietnam
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong

LEGAL PRACTICE

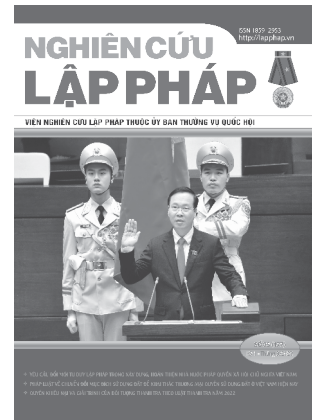
- 35** Right to Complaint and Right to Explanation of Inspected Subjects under the Law on Inspection of 2022.
Prof. Dr. Bui Thi Dao
- 40** Violation Handling of Business Registration
Dr. Nguyen Thi Thu Thuy

FOREIGN EXPERIENCE

- 48** Doctrine of "fruit on the poisonous tree" in the Criminal Justice of the United State of America and Recommendations for Vietnam
LLM. Vo Minh Ky - LLM. Nguyen Phuong Anh

LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 58** Promoting Power Decentralization, Authority Decentralization and Authorization for Local Administration of Thu Duc City - Scientific Ground and Recommendations
Dr. Tran Thi Thu Ha



EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Prof. Dr. Dao Tri Uc
Prof. Dr. Nguyen Minh Duc
Dr. Hoang Xuan Hoa
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Truong Ho Hai
Prof. Dr. Bui Nguyen Khanh
Prof. Dr. To Van Hoa
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

DR. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HA NOI.
ĐT: 08048376; 024.32121203
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

QUACH HUU HUNG
DUONG QUANG THO

LICENSE OF PUBLISMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

ACCOUNT NUMBER:

107000943928
JOURNAL OF LEGISLATIVE STUDIES
VIETNAM PUBLIC JOINT STOCK
COMMERCIAL BANK
(PVCOMBANK)
TAX CODE: 0101138205

PRINTED AT HONG DIEP PAPER COMPANY LIMITED

PRICE: **25.000 VND**

YÊU CẦU ĐỔI MỚI TƯ DUY LẬP PHÁP TRONG XÂY DỰNG, HOÀN THIỆN NHÀ NƯỚC PHÁP QUYỀN XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM

Vũ Công Giao

PGS. TS. Trường Đại học Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Tư duy lập pháp, hệ thống pháp luật, nhà nước pháp quyền, Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 26/02/2023

Biên tập: 02/03/2023

Duyệt bài: 03/03/2023

Article Information

Keywords: Legislative thoughts; legal system; rule-of-law state; the Socialist rule-of-law State of Vietnam.

Article History:

Received: 26 Feb. 2023

Edited: 02 Mar. 2023

Approved: 03 Mar. 2023

Tóm tắt:

Việc xây dựng, hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam trong giai đoạn mới đặt ra yêu cầu cấp thiết phải hoàn thiện hệ thống pháp luật theo một hệ thống tiêu chuẩn phổ quát, toàn diện và rất cao so với thực tế hiện nay ở nước ta. Điều đó, trước hết đòi hỏi phải đổi mới tư duy lập pháp, bởi thực tế cho thấy những hạn chế của hệ thống pháp luật nước ta hiện nay đều trực tiếp hoặc gián tiếp liên quan đến tư duy lập pháp.

Abstract:

The development and improvement of the Socialist rule-of-law State of Vietnam in the coming period require an urgent need of reviews and improvements of the legal system according to a criteria system of universal, comprehensive and very high standards compared to current one. That, first of all, it is required a innovation of legislative thoughts, because the practical performance shows that the shortcomings of the current legal system of our country are directly or indirectly related to the legislative thoughts.

1. Yêu cầu đổi mới tư duy lập pháp nhìn từ lý luận về nhà nước pháp quyền

Theo nghĩa khái quát, tư duy là một quá trình nhận thức về bản chất của sự vật, hiện tượng mà chúng ta chưa biết, qua đó giúp chúng ta giải quyết cả những vấn đề trước mắt và lâu dài. Từ khái niệm tư duy, có hiểu tư duy lập pháp là quá trình tìm hiểu bản chất của hoạt động xây dựng pháp luật, giúp chúng ta xác định phương hướng, biện pháp ban hành, sửa đổi hệ thống văn bản/quy phạm pháp luật của quốc gia. Đổi mới tư duy lập pháp chính là việc điều chỉnh nhận thức về xây dựng pháp luật, từ đó điều chỉnh phương hướng, biện pháp ban hành, sửa đổi hệ thống văn bản/quy phạm pháp luật của quốc gia cho phù hợp với yêu cầu đặt ra trong mỗi giai đoạn lịch sử.

Nhà nước pháp quyền là một phương thức tổ chức, sử dụng quyền lực nhà nước để

quản lý xã hội, dựa trên nguyên tắc thượng tôn pháp luật, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm các quyền con người, quyền công dân. Trong nhà nước pháp quyền, pháp luật là yếu tố cốt yếu, chi phối mọi mối quan hệ và hoạt động. Điều đó có nghĩa là để xây dựng thành công nhà nước pháp quyền, phải chú trọng xây dựng pháp luật, cũng tức là phải chú trọng tư duy lập pháp.

Nhà nước pháp quyền là mô hình nhà nước tiến bộ, hàm chứa những giá trị phổ quát, được kết tinh, chọn lọc qua các giai đoạn phát triển của lịch sử nhân loại. Đây là mô hình nhà nước có thể thích ứng với nhiều chế độ chính trị, trong đó có chế độ chính trị XHCN. Ở các chế độ chính trị khác nhau, nhà nước pháp quyền bao hàm những giá trị phổ quát, đồng thời chứa đựng những giá trị đặc thù của chế độ chính trị đó. Một trong những giá trị phổ quát của nhà nước pháp

quyền là thượng tôn pháp luật. Trong lý luận về nhà nước pháp quyền, giá trị phổ quát này không chỉ đòi hỏi quốc gia phải có một hệ thống pháp luật, mà còn bao gồm những đòi hỏi khác liên quan đến nội dung, chất lượng và quy trình xây dựng hệ thống pháp luật.

Lý luận về nhà nước pháp quyền đặt ra những yêu cầu đổi mới tư duy lập pháp theo hướng mở rộng quan niệm về pháp luật cả về bề rộng và chiều sâu. Ở chiều cạnh thứ nhất, nhà nước pháp quyền cần có một hệ thống pháp luật “uyên chuyên” để thích ứng và điều chỉnh một cách hiệu quả và hợp lý những quan hệ xã hội rộng lớn, đa dạng. Hệ thống pháp luật đó bao gồm nhiều nguồn, từ pháp luật quốc gia, pháp luật quốc tế, các quy phạm pháp luật do nhà nước ban hành và các quy tắc cư xử trong cộng đồng mà do nhà nước thừa nhận và/hoặc áp dụng. Ở chiều cạnh thứ hai, nhà nước pháp quyền đòi hỏi hệ thống pháp luật phải được xây dựng theo một quy trình dân chủ, công khai, minh bạch, có sự tham gia của người dân, bảo đảm sự ổn định, thống nhất và công bằng khi áp dụng pháp luật; nội dung của pháp luật phải phù hợp với các giá trị, tiêu chuẩn phổ quát của cộng đồng quốc tế và phải nhằm bảo vệ công lý cùng các quyền con người cơ bản.

2. Yêu cầu đổi mới tư duy lập pháp nhìn từ tư tưởng Hồ Chí Minh về Hiến pháp, pháp luật và quan điểm của Đảng về Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam

Chủ tịch Hồ Chí Minh lúc sinh thời luôn đề cao vai trò của Hiến pháp, pháp luật. Trong tác phẩm “Việt Nam yêu cầu ca” (chuyên ngữ từ bản “Yêu sách của nhân dân An Nam” - *Revendcations du frenple*

An namite) do Người (lúc đó lấy tên là Nguyễn Ái Quốc) ký gửi Hội nghị Véc-xây năm 1919¹, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã khẳng định vị trí tối thượng của Hiến pháp và pháp luật trong nhà nước Việt Nam độc lập trong tương lai qua câu: “Bây xin Hiến pháp ban hành. Trăm điều phải có thần linh pháp quyền”. Không chỉ vậy, Người còn chỉ ra những yêu cầu quan trọng với Hiến pháp và pháp luật khi cho rằng, Hiến pháp, pháp luật nước ta phải phản ánh và bảo đảm các giá trị phổ quát của nhân loại như dân chủ, bình đẳng và quyền con người: “Chúng ta phải có một Hiến pháp dân chủ”², “sự bình đẳng trong xã hội ở nơi pháp luật”, “dân chủ đúng đắn cũng ở nơi pháp luật”³, “Pháp luật của ta là pháp luật thật sự dân chủ, vì nó bảo vệ quyền tự do, dân chủ rộng rãi cho Nhân dân lao động”⁴... Bên cạnh đó, Chủ tịch Hồ Chí Minh cũng nhấn mạnh yêu cầu bảo đảm tính dân chủ và sự tham gia của nhân dân trong quá trình xây dựng Hiến pháp và pháp luật: “Bản Hiến pháp chúng ta sẽ thảo ra... phải tiêu biểu được các nguyện vọng của Nhân dân... Sau khi thảo xong, chúng ta cần phải trưng cầu ý kiến của Nhân dân cả nước một cách thật rộng rãi. Có như thế, bản Hiến pháp của chúng ta mới thật sự là một bản Hiến pháp của Nhân dân, của chế độ dân chủ”⁵; “Chớ đem chủ quan của mình thay cho điều kiện thực tế. Phải chống bệnh chủ quan, tác phong quan liêu, đại khái. Phải xây dựng tác phong điều tra, nghiên cứu trong mọi công tác cũng như trong khi định ra mọi chính sách của Đảng và của Nhà nước”⁶.

Những tư tưởng của Chủ tịch Hồ Chí Minh về Hiến pháp, pháp luật được Đảng

1 Xem: Đinh Quang Thành – Văn Thanh Mai, 100 năm bản “Yêu sách của nhân dân An Nam”, Tạp chí Tuyên giáo, 21/6/2019, <https://tuyengiao.vn/bao-ve-nen-tang-tu-tuong-cua-dang/100-nam-ban-yeu-sach-cua-nhan-dan-an-nam-122240>, truy cập: 2/2/2023.

2 Hồ Chí Minh: Toàn tập, Nxb. Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2011, Tập 4, tr.7.

3 Hồ Chí Minh: Toàn tập, Nxb. Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội, 2011, Tập 5, tr. 299, 293, 418.

4 Xem: Tạ Tự Bình, Chủ tịch Hồ Chí Minh với ngành tư pháp Việt Nam tại địa chỉ <https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=634>, truy cập: 2/2/2023.

5 Hồ Chí Minh: Toàn tập, Nxb. Chính trị Quốc gia - Sự thật, Tập 10, tr.510-511.

6 Hồ Chí Minh: Toàn tập, Nxb. Chính trị Quốc gia - Sự thật, Tập 13, tr. 71.

Cộng sản Việt Nam quán triệt và vận dụng sáng tạo trong quá trình xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật và nhà nước pháp quyền XHCN, đặc biệt từ Đổi mới (1986) đến nay. Trong các văn kiện Đại hội IV, V, VI và Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ quá độ lên CNXH (năm 1991), Đảng đã xác định nhà nước phải có đủ quyền lực, khả năng định ra luật pháp và tổ chức, quản lý mọi mặt của đời sống xã hội bằng pháp luật. Đến Hội nghị đại biểu toàn quốc giữa nhiệm kỳ khoá VII (1994), lần đầu tiên Đảng chính thức sử dụng thuật ngữ “nhà nước pháp quyền” và nêu rõ: “Đó là Nhà nước của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân, quản lý mọi mặt đời sống xã hội bằng pháp luật, đưa đất nước phát triển theo định hướng XHCN”⁷. Hội nghị Ban Chấp hành Trung ương lần thứ tám (khóa VII) năm 1995 tiếp tục khẳng định chủ trương “... xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam quản lý xã hội bằng pháp luật...”⁸. Chủ trương này sau đó tiếp tục được củng cố, cụ thể hóa trong các Đại hội Đảng, từ Đại hội VIII (1996) đến Đại hội XIII (2021), cũng như trong Cương lĩnh xây dựng đất nước (bổ sung và phát triển năm 2011).

Để thực hiện chủ trương nêu trên của Đảng, Hiến pháp năm 1992 trong lần sửa đổi năm 2001 đã bổ sung Điều 2, trong đó nêu rõ: “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân...”. Quy định này sau đó được kế thừa trong Điều 2 của Hiến pháp năm 2013.

Năm 2005, Bộ Chính trị thông qua Nghị quyết số 48-NQ/TW về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020. Nghị quyết đặt ra mục tiêu “... đến

năm 2020 xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật đồng bộ, thống nhất, khả thi, công khai, minh bạch, trọng tâm là xây dựng thể chế kinh tế thị trường định hướng XHCN và xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam của Nhân dân, do Nhân dân và vì Nhân dân”; đồng thời đặt ra yêu cầu “... đẩy nhanh tiến độ và nâng cao chất lượng hoạt động lập pháp, bảo đảm tốt hơn tính dân chủ, pháp chế, công khai, minh bạch của hệ thống pháp luật; trong đó, các đạo luật ngày càng giữ vị trí trung tâm, trực tiếp điều chỉnh các quan hệ xã hội”⁹. Đây là lần đầu tiên trong lịch sử, đất nước ta có một chiến lược xây dựng pháp luật với những giải pháp toàn diện, đồng bộ, thể hiện quyết tâm chính trị cao của Đảng nhằm tạo sự chuyển biến mạnh mẽ trong lĩnh vực này.

Tiếp nối những chủ trương kể trên, Đại hội XIII của Đảng nêu ra những định hướng cho việc xây dựng, hoàn thiện hệ thống pháp luật trong thời gian tới, trong đó đặc biệt là việc: “... đẩy mạnh việc hoàn thiện pháp luật gắn với nâng cao hiệu lực, hiệu quả tổ chức thi hành pháp luật, xây dựng được hệ thống pháp luật thống nhất, đồng bộ, khả thi, công khai, minh bạch, ổn định, có sức cạnh tranh quốc tế, lấy quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân là trung tâm, thúc đẩy đổi mới sáng tạo, bảo đảm yêu cầu phát triển bền vững kinh tế, xã hội và quốc phòng, an ninh trong điều kiện mới”. Bên cạnh đó, Đại hội cũng đặt ra yêu cầu “Nghiên cứu, ban hành Chiến lược xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam đến năm 2030, định hướng đến năm 2045, trong đó có Chiến lược pháp luật và cải cách tư pháp”. Để thực hiện yêu cầu đó, ngày 9/11/2022, Hội nghị lần thứ sáu Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa

7 Đảng Cộng sản Việt Nam (1994), Văn kiện Hội nghị giữa nhiệm kỳ khoá VII, Nxb. Chính trị quốc gia, 1994, tr.55

8 Đảng Cộng sản Việt Nam (1995), Nghị quyết số 08-NQ/HNTW Hội nghị lần thứ tám BCHTW Đảng khoá VII về tiếp tục xây dựng và hoàn thiện Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, trọng tâm là cải cách một bước nền hành chính, ngày 23/1/1995.

9 Đảng Cộng sản Việt Nam (2005), Nghị quyết số 48-NQ/TW về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020, ngày 24/05/2005.

XIII đã thông qua Nghị quyết số 27-NQ/TW về “Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam trong giai đoạn mới”. Nghị quyết xác định 5 mục tiêu cần đạt được đến năm 2030 và 10 nhóm nhiệm vụ, giải pháp lớn cần thực hiện để xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam trong giai đoạn mới, trong đó có một mục tiêu và nhóm giải pháp riêng về hoàn thiện hệ thống pháp luật và cơ chế tổ chức thực hiện pháp luật. Về hoàn thiện hệ thống pháp luật, Nghị quyết nêu ra những yêu cầu cụ thể đó là¹⁰: Xây dựng hệ thống pháp luật dân chủ, công bằng, nhân đạo, đầy đủ, kịp thời, đồng bộ, thống nhất, công khai, minh bạch, ổn định, khả thi, dễ tiếp cận, đủ khả năng điều chỉnh các quan hệ xã hội, lấy quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân, tổ chức, doanh nghiệp làm trung tâm, thúc đẩy đổi mới sáng tạo. Tập trung hoàn thiện hệ thống pháp luật trên tất cả các lĩnh vực, tháo gỡ kịp thời khó khăn, vướng mắc, khơi dậy, phát huy mọi tiềm năng và nguồn lực, tạo động lực mới cho phát triển nhanh và bền vững của đất nước. Nhất là: Hoàn thiện pháp luật về tổ chức, hoạt động của bộ máy nhà nước và hệ thống chính trị; phát huy dân chủ, bảo đảm, bảo vệ quyền con người, quyền công dân; thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, mối quan hệ giữa Nhà nước, thị trường và xã hội; phát triển giáo dục-đào tạo, khoa học và công nghệ; phát triển nguồn nhân lực, thu hút, trọng dụng nhân tài; văn hóa, thông tin, truyền thông, thể thao, y tế, an sinh xã hội, bảo vệ môi trường, thích ứng với biến đổi khí hậu; phát triển kinh tế xanh, kinh tế số, kinh tế tuần hoàn; tư pháp, quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội; đối ngoại và hội nhập quốc tế.

Có thể thấy, Hồ Chí Minh đã gợi mở những nguyên tắc nền tảng trong tư duy lập pháp, thông qua tư tưởng của Người về vị trí,

vai trò, mục đích của Hiến pháp và pháp luật, và những yêu cầu về tính dân chủ, tính khoa học và sự tham gia của nhân dân trong xây dựng Hiến pháp và pháp luật. Trên cơ sở tư tưởng của Chủ tịch Hồ Chí Minh, Đảng Cộng sản Việt Nam đã phát triển một hệ thống quan điểm, đường lối toàn diện về pháp luật và xây dựng, hoàn thiện pháp luật trong Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam mà thể hiện mức độ tương thích cao với nhận thức phổ biến của cộng đồng quốc tế trong lĩnh vực này. Những quan điểm, đường lối đó của Đảng vừa là gợi ý, vừa là yêu cầu với việc đổi mới tư duy lập pháp ở nước ta trong giai đoạn hiện nay.

3. Thực trạng và phương hướng đổi mới tư duy lập pháp để xây dựng, hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam trong giai đoạn mới

Thực trạng tư duy lập pháp được thể hiện sinh động qua thực trạng xây dựng pháp luật. Kể từ Đổi mới (năm 1986), đặc biệt là từ sau Nghị quyết số 48/2005 của Bộ Chính trị, công tác xây dựng pháp luật của nước ta đã đạt được những thành tựu rất to lớn. Nhà nước đã ban hành 2 bản Hiến pháp mới (Hiến pháp năm 1992 sửa đổi, bổ sung năm 2001 và Hiến pháp năm 2013), sửa đổi, bổ sung hoặc ban hành mới hầu hết các bộ luật lớn, các đạo luật quan trọng, đồng thời xây dựng, ban hành một hệ thống đồ sộ các văn bản dưới luật quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành các đạo luật. Bên cạnh đó, Nhà nước cũng đã tham gia nhiều điều ước, thoả thuận quốc tế và khu vực trên nhiều lĩnh vực. Nhìn chung, đến nay, Việt Nam đã có một hệ thống pháp luật tương đối toàn diện và đồng bộ làm cơ sở cho hoạt động quản lý xã hội, cơ bản đáp ứng yêu cầu của công cuộc đổi mới, hội nhập quốc tế của đất nước. Mặc dù vậy, trong hoạt động này vẫn còn một số tồn tại, hạn chế như sau:

10 Nghị quyết số 27-NQ/TW, tài liệu đã dẫn, Nhiệm vụ, giải pháp 3.

Thứ nhất, về phạm vi điều chỉnh của pháp luật: Hệ thống pháp luật chưa thật đầy đủ, vẫn còn một số quan hệ xã hội quan trọng chưa có hoặc chưa đủ quy phạm pháp luật điều chỉnh. Ví dụ, một số vấn đề liên quan đến tổ chức, hoạt động và mối quan hệ giữa các thiết chế trong hệ thống chính trị hay thực hiện các quyền con người, quyền công dân đã được nêu trong Hiến pháp năm 2013 nhưng đến nay vẫn chưa được luật cụ thể hoá; hay một số vấn đề kinh tế quan trọng như công nghiệp hỗ trợ, cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước, mô hình kinh doanh mới, sản phẩm kinh doanh mới trong bối cảnh Cách mạng công nghiệp lần thứ tư... cũng chưa hoặc chậm được pháp luật điều chỉnh.

Thứ hai, về chất lượng của pháp luật: Pháp luật về một số lĩnh vực còn thiếu ổn định, tính dự báo hạn chế, dẫn đến phải sửa đổi nhiều lần trong thời gian ngắn (tần suất sửa đổi cao), ví dụ như Luật Tổ tụng hành chính, Bộ luật Hình sự, Luật Đầu tư, Luật Giáo dục nghề nghiệp, Luật Bảo hiểm y tế, Luật Thuế giá trị gia tăng, Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp, Luật Quản lý thuế... Bên cạnh đó, vẫn còn một số quy định pháp luật chưa sát với thực tiễn cuộc sống, chưa bảo đảm điều kiện, nguồn lực thực hiện hoặc chi phí tuân thủ pháp luật lớn, thậm chí vẫn còn quy phạm pháp luật thiếu hợp lý, gây vướng mắc, cản trở hoạt động quản lý nhà nước và hoạt động đầu tư, sản xuất, kinh doanh của xã hội, ví dụ như một số quy định trong Luật Đất đai, Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp, Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Giao dịch điện tử... Hạn chế về chất lượng của pháp luật còn thể hiện ở hệ thống văn bản pháp luật chồng chéo, với nhiều hình thức, do nhiều chủ thể ban hành, dẫn đến một số trường hợp trùng chéo, mâu thuẫn, khó áp

dụng. Thêm vào đó, nội dung của một số luật chỉ mang tính nguyên tắc, chưa đủ cụ thể để có thể thi hành, áp dụng được ngay nhưng việc ban hành văn bản pháp luật quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành lại chậm, thậm chí có quy định trái với nội dung của luật.

Những hạn chế kể trên đòi hỏi phải đổi mới tư duy lập pháp, cụ thể là cách tiếp cận trong một số vấn đề của hoạt động lập pháp, bao gồm:

Một là, mở rộng quan niệm về nguồn của pháp luật. Ở Việt Nam, quan niệm về nguồn pháp luật hiện vẫn còn tương đối hẹp khi mới chỉ giới hạn trong các dạng: văn bản quy phạm pháp luật (nguồn chính), tập quán pháp¹¹; án lệ¹², điều ước quốc tế mà Việt Nam đã tham gia¹³ và gần đây là “lẽ công bằng”¹⁴. Trong khi đó, trên thế giới, để kịp thời điều chỉnh những quan hệ xã hội có xu hướng phát sinh ngày càng nhiều và nhanh trong thực tế, nguồn của pháp luật được các quốc gia sử dụng rất phong phú, không giới hạn ở văn bản quy phạm pháp luật do nhà nước ban hành hay tập quán pháp, tiền lệ pháp, điều ước quốc tế (là những nguồn có tính chất truyền thống), mà còn trong những bối cảnh nhất định, còn bao gồm cả đường lối, chính sách của đảng cầm quyền; các quan điểm, tư tưởng, học thuyết pháp lý, các quan niệm, chuẩn mực đạo đức xã hội; lệ làng, hương ước của các cộng đồng dân cư, tín điều tôn giáo; các hợp đồng dân sự, thương mại,...

Từ những phân tích ở trên, có thể thấy một trong những yêu cầu và cũng là định hướng đổi mới tư duy lập pháp trong xây dựng, hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN ở nước ta hiện nay là mở rộng quan niệm về nguồn pháp luật theo hướng xem nguồn pháp luật là tất cả các căn cứ phù hợp mà được nhà nước sử dụng làm cơ sở để điều hoà các mối quan hệ hay giải quyết các tranh chấp trong

11 Xem các Bộ luật Dân sự năm 1995, 2005, 2015.

12 Xem Điều 22 Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014.

13 Xem Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005 (Điều 6), Luật Điều ước quốc tế 2016 (Điều 6).

14 Xem Điều 6(2) Bộ luật Dân sự năm 2015.

xã hội. Điều này sẽ góp phần giải quyết hạn chế về phạm vi điều chỉnh của pháp luật nước ta hiện nay mà đã nêu ở trên.

Hai là, để giải quyết những hạn chế về chất lượng của pháp luật nước ta hiện nay, cần chú trọng hoàn thiện kỹ thuật lập pháp, đặc biệt là xác định các tiêu chí, tiêu chuẩn cụ thể để đánh giá chất lượng văn bản pháp luật; tăng cường ứng dụng công nghệ thông tin trong xây dựng pháp luật. Bên cạnh đó, do xây dựng pháp luật là công việc đòi hỏi tính chuyên môn và năng lực khoa học rất cao, cần chuyên nghiệp hóa đội ngũ cán bộ, viên chức làm công tác xây dựng pháp luật, có chính sách đào tạo, lựa chọn những chuyên gia có kinh nghiệm và năng lực chuyên môn sâu phù hợp để chuyên trách làm công tác soạn thảo, thẩm định, từ đó góp phần nâng cao chất lượng văn bản quy phạm pháp luật¹⁵. Đồng thời, cần cải cách cơ chế tài chính để bảo đảm nguồn ngân sách đầy đủ, thích đáng cho công tác xây dựng pháp luật, xem đầu tư cho công tác xây dựng pháp luật như là một hình thức đầu tư cho phát triển (đầu tư kiến tạo thể chế phát triển).

Ba là, cần áp dụng đồng thời cả hai phương châm “đưa cuộc sống vào luật” và “đưa luật vào cuộc sống” trong hoạt động lập pháp, trong đó “đưa cuộc sống vào luật” để bảo đảm tính thực tế, còn “đưa luật vào cuộc sống” để bảo đảm tính định hướng, kiến tạo của luật¹⁶. Tính thực tế đòi hỏi hoạt động lập pháp phải thực sự xuất phát từ nhu cầu của cuộc sống, từ sự cần thiết phải có sự tác động, can thiệp của Nhà nước vào các quan hệ xã hội, chứ không chỉ đơn thuần từ mong muốn chủ quan, mang tính chất áp đặt của cơ quan nhà nước. Tính thực tế còn đòi hỏi khi nhà nước ban hành quy phạm pháp luật

cần dựa trên bằng chứng xác đáng về sự cần thiết, cũng như kết quả đánh giá chân thực, có thể kiểm định, về tác động của chúng với xã hội. Trong khi đó, tính định hướng, kiến tạo của hoạt động lập pháp đòi hỏi, trên cơ sở những dự báo khoa học về xu hướng diễn biến của các quan hệ xã hội, cần xây dựng các văn bản, quy phạm pháp luật có nội dung “nâng đỡ” sự phát triển của các quan hệ xã hội tốt đẹp và “vượt trước” để có thể kịp thời xử lý những quan hệ xã hội sẽ phát sinh trong tương lai, chứ không phải chỉ luôn “quản lý” và thụ động chạy theo điều chỉnh các quan hệ xã hội đã phát sinh.

Bốn là, cần quán triệt và hiểu rõ những quan điểm định hướng về hệ thống pháp luật trong Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam trong giai đoạn mới đã đề ra tại Đại hội XIII và được tái khẳng định trong Nghị quyết số 27-NQ/TW về “Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam trong giai đoạn mới” của Đảng, cụ thể là¹⁷: Xây dựng hệ thống pháp luật dân chủ, công bằng, nhân đạo, đầy đủ, kịp thời, đồng bộ, thống nhất, công khai, minh bạch, ổn định, khả thi, dễ tiếp cận, đủ khả năng điều chỉnh các quan hệ xã hội, lấy quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân, tổ chức, doanh nghiệp làm trung tâm, thúc đẩy đổi mới sáng tạo. Ở đây, yêu cầu về tính dân chủ đòi hỏi hệ thống pháp luật phải được xây dựng một cách công khai, minh bạch, có sự tham gia của nhân dân; nội dung của pháp luật phải phản ánh ý chí, nguyện vọng của nhân dân, phải ghi nhận, bảo đảm, bảo vệ quyền làm chủ của nhân dân và các quyền con người, quyền công dân khác; pháp luật phải có các cơ chế để nhân dân thực hiện quyền làm chủ và các quyền dân chủ khác của mình, trong đó bao gồm quyền

15 Về vấn đề này, xem thêm Phan Văn Lâm (2022), “Một số vấn đề đặt ra đối với đổi mới tư duy lập pháp trong bối cảnh xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN ở nước ta hiện nay”, Tạp chí Tòa án Nhân dân điện tử, 17/11/2022, tại <https://tapchitoaan.vn/mot-so-van-de-dat-ra-doi-voi-doi-moi-tu-duy-lap-phap-trong-boi-canhh-xay-dung-nha-nuoc-phap-quyen-xa-hoi-chu-nghia-o-nuoc-ta-hien-nay7517.html>, truy cập 26/2/2023.

16 Về các vấn đề này, cũng xem thêm Phan Văn Lâm (2022), tài liệu đã dẫn.

17 Nghị quyết số 27-NQ/TW, tài liệu đã dẫn, Nhiệm vụ, giải pháp 3.

tham gia quản lý nhà nước, quản lý xã hội, quyền kiểm tra, giám sát hoạt động của các cơ quan, cán bộ, công chức, viên chức trong các cơ quan nhà nước. Tính công bằng đòi hỏi hệ thống pháp luật phải ghi nhận và bảo đảm sự bình đẳng của mọi chủ thể trước pháp luật, trước Tòa án, đồng thời phải tạo khung khổ pháp lý cho các chủ thể khác nhau trong xã hội đều có cơ hội phát huy năng lực của mình, góp phần phát triển đất nước; pháp luật là cơ sở và tiêu chí để phân phối công bằng mọi sản phẩm xã hội. Tính nhân đạo đòi hỏi hệ thống pháp luật phải lấy con người làm mục tiêu trọng tâm, lấy việc bảo vệ, bảo đảm quyền con người là một nội dung cốt lõi của các quy phạm pháp luật, đặc biệt là bảo vệ, bảo đảm quyền và lợi ích của các nhóm xã hội yếu thế. Tính đầy đủ, kịp thời đòi hỏi hệ thống pháp luật phải sớm được ban hành và phải thường xuyên được điều chỉnh tùy theo diễn biến của xã hội, để cung cấp những quy tắc, hướng dẫn hành xử cần thiết, cập nhật cho các cơ quan nhà nước và các chủ thể khác trong xã hội. Tính đồng bộ, thống nhất đòi hỏi các quy tắc, hướng dẫn pháp lý phải cụ thể, rõ ràng, nhất quán, không mâu thuẫn với nhau và không gây ra nhầm lẫn về cách hiểu với các chủ thể trong xã hội. Tính công khai, minh bạch đòi hỏi các văn bản, quy phạm pháp luật khi được ban hành phải được công bố rộng rãi, kịp thời để mọi chủ thể trong xã hội đều có thể biết và thực hiện; nội dung của các văn bản, quy phạm pháp luật phải được thể hiện bằng ngôn ngữ phổ thông, rõ ràng, dễ hiểu với đối tượng chịu sự tác động. Tính khả thi đòi hỏi mọi văn bản, quy phạm pháp luật không được chứa đựng những điều kiện, đòi hỏi không thể thực hiện được với chủ thể có nghĩa vụ tuân thủ. Tính ổn định đòi hỏi nội dung của các văn bản, quy phạm pháp luật phải dễ tiên liệu với mọi chủ thể và không bị thay đổi một cách tùy tiện. Tính dễ tiếp cận đòi hỏi các văn bản, quy định pháp luật phải được tập hợp, sắp xếp và lưu giữ hợp lý, thuận tiện cho việc tra

cứu của cá nhân, tổ chức có nhu cầu tìm hiểu và tuân thủ pháp luật.

Riêng việc thực hiện yêu cầu hệ thống pháp luật phải *đủ khả năng điều chỉnh các quan hệ xã hội, lấy quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân, tổ chức, doanh nghiệp làm trung tâm, thúc đẩy đổi mới sáng tạo* đã được cụ thể hoá ngay trong Nghị quyết số 27-NQ/TW, thông qua hướng dẫn về đổi mới, hoàn thiện quy trình xây dựng pháp luật: “Quy định rõ hơn quy trình xây dựng chính sách, phân định rõ quy trình lập pháp và quy trình xây dựng văn bản dưới luật. Phát huy tính năng động, sáng tạo, tích cực, vai trò, trách nhiệm của các chủ thể, đặc biệt là Chính phủ trong quy trình lập pháp. Phát huy vai trò của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các tổ chức chính trị-xã hội và Nhân dân, chuyên gia, nhà khoa học tham gia xây dựng pháp luật. Hoàn thiện cơ chế phản biện xã hội, giải trình và tiếp thu ý kiến của Nhân dân đối với dự thảo văn bản quy phạm pháp luật. Bảo đảm đồng bộ, kịp thời trong xây dựng chính sách, pháp luật giữa Quốc hội với Chính phủ, giữa các bộ, giữa Trung ương và địa phương. Đa dạng hóa nguồn pháp luật, đề cao và coi trọng đạo luật, đơn giản hóa, giảm tầng nấc, loại hình văn bản trong hệ thống văn bản quy phạm pháp luật. Xác định đúng, rõ các cơ quan có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật, hạn chế đến mức thấp nhất sử dụng hình thức pháp lệnh để ban hành quy phạm pháp luật; luật hóa đến mức tối đa những vấn đề quan trọng của đất nước thuộc thẩm quyền quyết định của Quốc hội. Tăng cường xây dựng các đạo luật có nội dung cụ thể, hiệu lực trực tiếp; khắc phục tình trạng luật thiếu tính ổn định, chậm ban hành văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành. Tăng cường kiểm tra, giám sát, xử lý văn bản quy phạm pháp luật trái pháp luật; siết chặt kỷ luật, kỷ cương, đề cao trách nhiệm, nhất là trách nhiệm người đứng đầu, kiên quyết chống tiêu cực, “lợi ích nhóm” trong công tác xây dựng pháp luật” ■

KHÁI NIỆM THƯƠNG NHÂN VÀ CÁC LOẠI HÌNH THƯƠNG NHÂN THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Đỗ Mạnh Phương

TS. Khoa Luật - Học viện Ngân hàng.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Thương nhân, hoạt động thương mại, doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 02/02/2023

Biên tập: 24/02/2023

Duyệt bài: 26/02/2023

Article Information

Keywords: Enterprises; commercial activities ; private enterprise; household business.

Article History:

Received: 02 Feb. 2023

Edited: 24 Feb. 2023

Approved: 26 Feb. 2023

Tóm tắt:

Luật Thương mại điều chỉnh hoạt động thương mại của thương nhân. Chính vì vậy, thương nhân và hoạt động thương mại là hai khái niệm cơ bản, là cơ sở để xác định phạm vi điều chỉnh của Luật Thương mại. Trong bài viết này, tác giả trình bày, phân tích khái niệm thương nhân theo quy định của Luật Thương mại năm 2005 đặt trong mối liên hệ với quy định của pháp luật về tư cách chủ thể pháp luật dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác và tổ chức không có tư cách pháp nhân. Qua việc phân tích, đánh giá các quy định của pháp luật, tác giả chỉ ra những bất cập, hạn chế và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện quy định của pháp luật về thương nhân và các vấn đề pháp lý có liên quan.

Abstract:

Commercial law governs the commercial activities of enterprises. Enterprises and commercial activities, therefore, have been the essential conception and the basis to identify the governing scope of the commercial law. Within this article, the author presents his studies on the concept of enterprise in Law on Commerce of 2005 in the connection to the regulations on the legal capacity of household, cooperative groups and other incorporated business organizations. Through the analysis, reviews of the regulations, the author also identifies the inadequacy, shortcomings and provides a number of recommendations for further improvements of the legal regulations on enterprises and related legal issues.

1. Khái niệm thương nhân theo quy định của Luật Thương mại năm 2005

Thương nhân là một khái niệm cơ bản và quan trọng của Luật Thương mại. Tuy nhiên, định nghĩa khái niệm thương nhân trong Luật Thương mại năm 2005 lại chưa thực sự phù hợp. Ngoài định nghĩa thương nhân trong Luật Thương mại năm 2005, thì quy định của Bộ luật Dân sự về tư cách chủ thể pháp luật dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức không có tư cách pháp nhân và quy định của Luật Doanh nghiệp về doanh

ngiệp tư nhân cũng còn những điểm mâu thuẫn, bất cập.

Pháp luật thực định ở các quốc gia có nhiều cách định nghĩa khác nhau về thương nhân, nhưng có hai cách định nghĩa được sử dụng phổ biến hơn: (1) định nghĩa theo bản chất thương mại của hành vi (thực hiện hành vi thương mại); (2) định nghĩa theo bản chất thương mại của hành vi và hình thức đăng ký của chủ thể thực hiện hành vi. Cộng hoà Pháp, Brazil, Italy, Bỉ là những quốc gia sử dụng cách định nghĩa thứ nhất

trong khi Cộng hoà Liên bang Đức, Hoa kỳ, Hà Lan, Thụy Sĩ, Thụy Điển và Cộng hoà Czech là những quốc gia sử dụng cách định nghĩa thứ hai¹.

Ở Việt Nam, khái niệm thương nhân lần đầu tiên được quy định trong Luật Thương mại năm 1997, theo đó “Thương nhân gồm cá nhân, pháp nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình có đăng ký kinh doanh hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên”². Khi Luật Thương mại năm 2005 được ban hành thay thế cho Luật Thương mại năm 1997, khái niệm thương nhân được quy định với nội dung “Thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh”³. Về cách thức định nghĩa, Luật Thương mại năm 1997 và Luật Thương mại năm 2005 đều định nghĩa khái niệm thương nhân căn cứ vào bản chất thương mại của hành vi do chủ thể thực hiện và hình thức đăng ký (đăng ký kinh doanh) của chủ thể thực hiện hành vi. Cụ thể, thương nhân theo quy định của pháp luật Việt Nam phải đáp ứng hai điều kiện:

Thứ nhất, thương nhân là chủ thể thực hiện hoạt động (hành vi) thương mại.

Thương nhân và hoạt động thương mại có mối quan hệ mật thiết. Pháp luật các quốc gia trên thế giới đều lấy dấu hiệu thực hiện “hoạt động thương mại” (hành vi thương mại) để xác định khái niệm thương nhân. Tuy nhiên, việc thực hiện hoạt động thương mại phải độc lập, nhân danh chính mình và vì lợi ích của bản thân mình⁴. Thực tế cho thấy, có nhiều chủ thể tham gia vào hoạt động thương mại nhưng hoạt động của các chủ thể đó không đáp ứng được các yêu cầu

về tính độc lập, nhân danh chính mình và vì lợi ích của bản thân mình, vì vậy các chủ thể đó không phải là thương nhân.

Ngoài dấu hiệu hoạt động thương mại độc lập, nhân danh chính mình và vì lợi ích của bản thân mình, thương nhân phải hoạt động thương mại một cách “thường xuyên” và lấy đó “làm nghề nghiệp thường xuyên của mình”. Cụm từ “thường xuyên” mang tính định tính và chưa thực sự rõ ràng. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng pháp luật và khoa học pháp lý đã xác định, một hoạt động được thực hiện thường xuyên hay được xác định là nghề nghiệp thường xuyên là một hoạt động lặp đi lặp lại và mang lại nguồn thu nhập chính cho chủ thể thực hiện. Bởi, “Mỗi nghề nghiệp chỉ nhằm vào loại hoạt động nào đó, làm một nghề nghiệp hàng ngày thực hiện những hành vi thuộc loại hoạt động ấy, như bác sĩ ngày nào cũng khám bệnh kê đơn, nhà buôn lúc nào cũng tiếp xúc với khách hàng, mua bán”⁵.

Pháp luật thực định các quốc gia về cơ bản đều thống nhất sử dụng tiêu chí thực hiện hiện hoạt động thương mại để xác định một chủ thể có phải là thương nhân hay không. Trong khi đó, khái niệm hoạt động thương mại ở các quốc gia khác nhau có thể được quy định khác nhau, thậm chí trong một quốc gia khái niệm hoạt động thương mại ở các giai đoạn khác nhau được quy định khác nhau. Thực trạng đó dẫn đến khái niệm thương nhân ở các quốc gia khác nhau hoặc trong một quốc gia nhưng ở các giai đoạn khác nhau có thể được hiểu theo nghĩa rộng hẹp khác nhau. Ở Việt Nam, khái niệm hoạt động thương mại theo quy định của Luật Thương mại năm 1997 được hiểu theo nghĩa

1 Xem thêm: PGS.TS. Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật thương mại phần chung và thương nhân, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 66-69.

2 Khoản 6 Điều 5 Luật Thương mại năm 1997.

3 Điều 6 Luật Thương mại năm 2005.

4 PGS. Nguyễn Viết Tỷ, TS. Nguyễn Thị Dung, Giáo trình Luật thương mại 1, Nxb. Tư pháp, 2017, tr. 62.

5 Xem thêm: Lê Tài triển, “Những hành vi thương mại thuần túy”, Luật Thương mại Việt Nam dẫn giải, quyển 1, Kim lai ấn quán, 1972, tr. 89.

hẹp, đến Luật Thương mại năm 2005, khái niệm hoạt động thương mại được quy định và hiểu theo nghĩa rộng⁶. Tuy nhiên, ngoài bản chất thương mại của hành vi do chủ thể thực hiện, khái niệm thương nhân trong Luật Thương mại năm 2005 còn được định nghĩa căn cứ vào hình thức đăng ký (đăng ký kinh doanh). Chính vì vậy, không vì sự thay đổi của khái niệm hoạt động thương mại mà ngoại diên của khái niệm thương nhân theo Luật Thương mại năm 2005 được xác định rộng hơn khái niệm thương nhân theo quy định của Luật Thương mại năm 1997.

Hai là, thương nhân phải đăng ký kinh doanh (đăng ký thành lập).

Luật Thương mại năm 1997 và Luật Thương mại năm 2005 đều quy định dấu hiệu “đăng ký kinh doanh” khi giải thích khái niệm thương nhân. Thực chất, đăng ký kinh doanh là sự ghi nhận bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về mặt pháp lý sự ra đời của thương nhân⁷, là cơ sở pháp lý chứng minh sự tồn tại và hoạt động hợp pháp của thương nhân. Cụ thể hơn, đăng ký kinh doanh là cơ sở để xác định một chủ thể có năng lực chủ thể (năng lực pháp luật và năng lực hành vi) tham gia vào các quan hệ thương mại.

Pháp luật Việt Nam có quy định về các trường hợp hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và không phải đăng ký kinh doanh. Cụ thể, Nghị định số 39/2007/NĐ-CP ngày 16/3/2007 (quy định về hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh) có quy định về những người hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên không phải đăng ký kinh doanh và xác định rõ các chủ thể đó không phải là thương nhân⁸. Theo quy định của pháp luật Việt Nam, đăng

ký kinh doanh không chỉ dấu hiệu để phân biệt thương nhân với chủ thể không phải là thương nhân mà có thực hiện hoạt động thương mại một cách thường xuyên, mà còn là nghĩa vụ của thương nhân. Theo quy định tại Điều 7 Luật Thương mại năm 2005 “Thương nhân có nghĩa vụ đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật. Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật”.

2. Phạm vi các chủ thể được xác định là thương nhân

Pháp luật thực định của các quốc gia đều xác định thương nhân gồm hai loại là thương nhân thể nhân (cá nhân) và thương nhân pháp nhân. Tuy nhiên, theo quy định của pháp luật Việt Nam, phạm vi các chủ thể được xác định là thương nhân được xác định rộng hơn. Trong Luật Thương mại năm 1997, thương nhân được quy định bao gồm “cá nhân, pháp nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình”, đến Luật Thương mại năm 2005 các chủ thể “pháp nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình” được thay thế bằng tên gọi “tổ chức kinh tế”. Theo đó, thương nhân theo quy định của Luật Thương mại năm 2005 gồm hai loại là cá nhân và tổ chức. Quy định của Luật Thương mại năm 1997 và Luật Thương mại năm 2005 xuất phát từ quan niệm cho rằng, chủ thể của pháp luật gồm tổ chức và cá nhân, trong đó tổ chức được chia thành tổ chức có tư cách pháp nhân (pháp nhân) và tổ chức không có tư cách pháp nhân. Khái niệm tổ chức kinh tế được sử dụng trong định nghĩa thương nhân của Luật Thương mại năm 2005 là để chỉ các tổ chức là pháp nhân như công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh và các tổ

6 PGS. Nguyễn Việt Tý, TS. Nguyễn Thị Dung, Giáo trình Luật thương mại 1, Nxb. Tư pháp, 2017, tr. 42.

7 PGS. Nguyễn Việt Tý, TS. Nguyễn Thị Dung, Tlđd, tr. 66.

8 Khoản 1 Điều 3 Nghị định số 39/2007/NĐ-CP.

chức không có tư cách pháp nhân như doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh. Ở mức độ khái quát, căn cứ vào hình thức pháp lý của các loại hình chủ thể kinh doanh, thương nhân theo quy định của pháp luật Việt Nam bao gồm: (i) thương nhân là doanh nghiệp; (ii) thương nhân là hợp tác xã; (iii) thương nhân là hộ kinh doanh.

Thứ nhất, thương nhân là doanh nghiệp

Ở phương tây, doanh nghiệp là một thuật ngữ kinh tế, không phải là một thuật ngữ pháp lý. Tuy nhiên, ở Việt Nam thuật ngữ doanh nghiệp đã được luật hoá. Theo đó, “Doanh nghiệp là tổ chức có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch, được thành lập hoặc đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật nhằm mục đích kinh doanh”⁹. Pháp luật Việt Nam hiện nay ghi nhận 04 loại hình doanh nghiệp gồm: công ty cổ phần; công ty trách nhiệm hữu hạn; công ty hợp danh; doanh nghiệp tư nhân. Ở Việt Nam, tên gọi Luật Doanh nghiệp được sử dụng thay thế cho tên gọi luật công ty xuất phát từ việc pháp luật ghi nhận sự tồn tại của doanh nghiệp tư nhân và các nhà làm luật muốn tích hợp quy chế pháp lý đối với doanh nghiệp tư nhân vào trong cùng một văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh các loại hình công ty.

Trong các loại hình doanh nghiệp được ghi nhận thì doanh nghiệp tư nhân là loại hình duy nhất không có tư cách pháp nhân. Quy chế pháp lý của doanh nghiệp tư nhân thể hiện, doanh nghiệp tư nhân không phải là một thực thể độc lập với tư cách chủ thể của chủ doanh nghiệp. Tuy nhiên, doanh nghiệp tư nhân vẫn có tên riêng, có mã số thuế riêng, có con dấu riêng và về mặt nguyên

tắc thì doanh nghiệp tư nhân có đầy đủ các quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp theo quy định tại Điều 7 và Điều 8 Luật Doanh nghiệp năm 2020. Chính vì vậy, đã từng có quan điểm băn khoăn khi xác định doanh nghiệp tư nhân là thương nhân cá nhân (thể nhân)¹⁰.

Tư cách chủ thể pháp luật nói chung và tư cách thương nhân của doanh nghiệp tư nhân được xác định theo quy định của Bộ luật Dân sự với tính chất là luật chung và Luật Doanh nghiệp với tính chất là luật riêng, luật chuyên ngành. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Luật Doanh nghiệp năm 2014 “Chủ doanh nghiệp tư nhân là nguyên đơn, bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài hoặc Tòa án trong các tranh chấp liên quan đến doanh nghiệp”¹¹, có nghĩa là chủ doanh nghiệp tư nhân mới là chủ thể tham gia quan hệ tố tụng chứ không phải doanh nghiệp tư nhân. Ngoài ra, theo quy định tại Điều 101 Bộ luật Dân sự năm 2015, tổ chức không có tư cách pháp nhân không được quyền đứng tên là chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự. Không chỉ dừng lại đó, Hướng dẫn số 29/HD-VKSTC ngày 25/9/2020 Hướng dẫn một số nội dung trong công tác kiểm soát việc giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao đã hướng dẫn: Đối với các tranh chấp liên quan đến doanh nghiệp tư nhân phải xác định chủ doanh nghiệp tư nhân là đương sự chứ không phải doanh nghiệp tư nhân là đương sự¹². Xuất phát từ những quy định trên, việc kết dính doanh nghiệp vào tư cách pháp lý của chủ doanh nghiệp tư nhân là phù hợp. Trong mối quan hệ này, tư cách thương

9 Khoản 10 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

10 Phạm Duy Nghĩa, Giáo trình Luật kinh tế - tập 1: Luật Doanh nghiệp, Tinh huống – Phân tích – Bình luận, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2006, tr.45-46.

11 Xem thêm: Điều 143 Luật Doanh nghiệp năm 2005; Điều 185 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

12 Xem thêm: Mục 5 Phần I Hướng dẫn số 29/HD-VKSTC ngày 25/9/2020 Hướng dẫn một số nội dung trong công tác kiểm soát việc giải quyết vụ án kinh doanh, thương mại.

nhân gắn chặt với cá nhân chủ doanh nghiệp là vấn đề trọng yếu, còn bản thân doanh nghiệp là vấn đề thứ yếu¹³.

Vấn đề đặt ra là, quy định “Chủ doanh nghiệp tư nhân là nguyên đơn, bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài hoặc Tòa án trong các tranh chấp liên quan đến doanh nghiệp” trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã được thay thế bằng quy định “Chủ doanh nghiệp tư nhân là người đại diện theo pháp luật, đại diện cho doanh nghiệp tư nhân với tư cách người yêu cầu giải quyết việc dân sự, nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài, Tòa án, đại diện cho doanh nghiệp tư nhân thực hiện quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật”¹⁴. Quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2020 thể hiện sự mâu thuẫn và thiếu nhất quán trong việc xác định tư cách chủ thể pháp luật, tư cách thương nhân đối với doanh nghiệp tư nhân. Chính vì thế, đến thời điểm hiện tại vẫn tồn tại những quan điểm khác nhau liên quan đến việc xác định tư cách chủ thể, tư cách thương nhân của doanh nghiệp tư nhân¹⁵.

Thứ hai, thương nhân là hợp tác xã

Dưới góc độ lý luận vẫn tồn tại những quan niệm khác nhau về bản chất của hợp tác xã. Có quan niệm cho rằng, về bản chất, hợp tác xã là một loại hình doanh nghiệp, quan niệm khác lại cho rằng hợp tác xã và doanh nghiệp là hai chủ thể hoàn toàn khác nhau¹⁶. Tuy nhiên, xét về hình thức pháp lý, thì hợp tác xã có hình thức pháp lý độc lập với doanh nghiệp và được điều chỉnh bởi quy chế pháp lý riêng độc lập với quy chế pháp lý dành cho doanh nghiệp.

Luật Hợp tác xã năm 2012 quy định hai mô hình tổ chức hợp tác xã là hợp tác xã và liên hiệp hợp tác xã (sau đây gọi chung là hợp tác xã). Theo đó, “Hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể, đồng sở hữu, có tư cách pháp nhân, do ít nhất 07 thành viên tự nguyện thành lập và hợp tác tương trợ lẫn nhau trong hoạt động sản xuất, kinh doanh, tạo việc làm nhằm đáp ứng nhu cầu chung của thành viên, trên cơ sở tự chủ, tự chịu trách nhiệm, bình đẳng và dân chủ trong quản lý hợp tác xã”¹⁷. Trong khi đó, “Liên hiệp hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể, đồng sở hữu, có tư cách pháp nhân, do ít nhất 04 hợp tác xã tự nguyện thành lập và hợp tác tương trợ lẫn nhau trong hoạt động sản xuất, kinh doanh nhằm đáp ứng nhu cầu chung của hợp tác xã thành viên, trên cơ sở tự chủ, tự chịu trách nhiệm, bình đẳng và dân chủ trong quản lý liên hiệp hợp tác xã”¹⁸. Hợp tác xã có đầy đủ các dấu hiệu của một thương nhân: (i) được đăng ký thành lập (đăng ký kinh doanh); (ii) hợp tác xã thực hiện hoạt động thương mại (hoạt động kinh doanh) một cách thương xuyên, mang tính nghề nghiệp; nhân danh chính mình, vì lợi của bản thân mình.

Thứ ba, thương nhân là hộ kinh doanh

Theo quy định tại Điều 79 Nghị định số 01/2021/NĐ-CP, “Hộ kinh doanh do một cá nhân hoặc các thành viên hộ gia đình đăng ký thành lập và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh của hộ”¹⁹. Nếu chỉ căn cứ vào khái niệm và những quy định về hộ kinh doanh trong Nghị định số 01/2021/NĐ-CP và khái niệm thương nhân trong Luật Thương mại năm 2005 như đã phân tích có thể khẳng định, hộ kinh

13 PGS. Nguyễn Việt Tý, TS. Nguyễn Thị Dung, Tlđd, tr. 69.

14 Khoản 3 Điều 190 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

15 PGS. Nguyễn Việt Tý, TS. Nguyễn Thị Dung, Tlđd, tr. 68.

16 Đỗ Mạnh Phương, Pháp luật về tổ chức tín dụng là hợp tác xã, Luận án tiến sĩ, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2020, tr. 38-43.

17 Khoản 1 Điều 3 Luật Hợp tác xã năm 2012.

18 Khoản 2 Điều 3 Luật Hợp tác xã năm 2012.

19 Khoản 1 Điều 79 Nghị định số 01/2021/NĐ-CP.

doanh là thương nhân theo quy định của Luật Thương mại năm 2005. Tuy nhiên, khái niệm hộ kinh doanh có mối quan hệ mật thiết với khái niệm hộ gia đình. Tư cách chủ thể của hộ gia đình trong pháp luật dân sự chính là cơ sở để ghi nhận tư cách thương nhân của hộ kinh doanh trong pháp luật thương mại. Trong khi đó, tư cách chủ thể quan hệ pháp luật dân sự của hộ gia đình từ lâu đã là vấn đề tồn tại nhiều quan điểm khác nhau. Có quan điểm ủng hộ việc ghi nhận tư cách chủ thể pháp luật dân sự của hộ gia đình. Ngược lại có quan niệm cho rằng pháp luật không nên ghi nhận hộ gia đình là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự²⁰. Trong Bộ luật Dân sự năm 2005, tư cách chủ thể pháp luật dân sự của hộ gia đình được ghi nhận với quy định, “Chủ hộ là đại diện của hộ gia đình trong các giao dịch dân sự vì lợi ích chung của hộ. Cha, mẹ hoặc một thành viên khác đã thành niên có thể là chủ hộ. Chủ hộ có thể uỷ quyền cho thành viên khác đã thành niên làm đại diện của hộ trong quan hệ dân sự. Giao dịch dân sự do người đại diện của hộ gia đình xác lập, thực hiện vì lợi ích của hộ làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của cả hộ gia đình”²¹. Thực tiễn cho thấy, quy định ghi nhận tư cách chủ thể quan hệ pháp luật của hộ gia đình trong Bộ luật Dân sự năm 2005 là không thật sự phù hợp và điều đó đã gây ra nhiều khó khăn, vướng mắc cho việc thi hành pháp luật²². Chính vì vậy, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã có những thay đổi nhất định liên quan đến quy định về tư cách chủ thể pháp luật dân sự của hộ gia đình. Theo quy định tại Điều 101 Bộ luật Dân sự năm 2015, “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 uỷ quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự”. Tuy nhiên, quy định trên chưa thật sự chặt chẽ và rõ ràng. Chính vì vậy, hiện vẫn tồn tại hai quan niệm về tư cách chủ thể pháp luật dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức không có tư cách pháp nhân. Quan niệm thứ nhất cho rằng, hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức không có tư cách pháp nhân không có năng lực chủ thể, không thể đứng tên tham gia giao kết và thực hiện hợp đồng. Quan niệm thứ hai cho rằng, bản thân Điều 101 Bộ luật Dân sự năm 2015 vẫn quy định “trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự”, ngầm hiểu là hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức không có tư cách pháp nhân vẫn có tư cách chủ thể, vẫn có quyền tham gia quan hệ dân sự²³. Khi vấn đề tư cách chủ thể của hộ gia đình trong pháp luật dân sự chưa được quy định rõ ràng, thì vấn đề tư cách thương nhân của hộ kinh doanh cũng chưa thể xác định một cách dứt khoát. Bởi lẽ, như đã khẳng định, việc xác định tư cách chủ thể của hộ gia đình trong pháp luật dân sự là cơ sở để xác định tư cách chủ thể của hộ kinh doanh trong pháp luật thương mại.

Bên cạnh các loại hình thương nhân là doanh nghiệp, hợp tác xã và hộ kinh doanh, Luật Thương mại năm 1997 đã từng ghi nhận tư cách thương nhân của tổ hợp tác²⁴.

20 Xem thêm: PGS, TS. Ngô Huy Cương, Giáo trình Luật thương mại phần chung và thương nhân, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 69, 70.

21 Điều 107 Bộ luật Dân sự năm 2005.

22 Đỗ Mạnh Phương, Pháp luật về tổ chức tín dụng là hợp tác xã, Luận án tiến sĩ, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2020, tr. 75.

23 Trương Nhật Quang, Một số vấn đề liên quan đến tư cách chủ thể là tổ chức không có tư cách pháp nhân, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 18 (442), tháng 9/2021.

24 Theo quy định tại khoản 1 Điều 3 Nghị định số 77/2019/NĐ-CP, “Tổ hợp tác là tổ chức không có tư cách pháp nhân, được hình thành trên cơ sở hợp đồng hợp tác, gồm từ 02 cá nhân, pháp nhân trở lên tự nguyện thành lập, cùng đóng góp tài sản, công sức để thực hiện những công việc nhất định, cùng hưởng lợi và cùng chịu trách nhiệm”.

Tuy nhiên, theo quy định của Nghị định số 77/2019/NĐ-CP, tổ hợp tác được thành lập trên cơ sở hợp đồng hợp tác, thay vì thực hiện việc đăng ký kinh doanh (đăng ký thành lập) tổ trưởng tổ hợp tác gửi thông báo về việc thành lập tổ hợp tác kèm theo hợp đồng hợp tác đến Ủy ban nhân dân cấp xã nơi tổ hợp tác dự định thành lập và hoạt động²⁵. Chính vì vậy, căn cứ vào các tiêu chí xác định thương nhân như đã phân tích có thể khẳng định, tổ hợp tác không phải là thương nhân, vì không đáp ứng được điều kiện có đăng ký kinh doanh.

3. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật

Những phân tích, đánh giá trên cho thấy khái niệm thương nhân theo quy định của pháp luật Việt Nam đã có sự tương đồng nhất định với khái niệm thương nhân theo quy định ở các quốc gia trên thế giới. Tuy nhiên, quy định không rõ ràng của Bộ luật Dân sự năm 2015 về tư cách chủ thể của hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức không có tư cách pháp nhân, sự thiếu nhất quán của Luật Doanh nghiệp các thời kỳ về tư cách chủ thể của doanh nghiệp tư nhân và tư cách thương nhân của hộ kinh doanh là những vấn đề cần phải tiếp tục nghiên cứu và hoàn thiện.

Thứ nhất, về tư cách chủ thể quan hệ pháp luật dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức không có tư cách pháp nhân.

Theo quy định tại Điều 1 Bộ luật Dân sự năm 2015, chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự bao gồm cá nhân và pháp nhân. Quy định trên được xác định dựa trên nguyên tắc “chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự theo quy định của luật phải có đầy đủ quyền, nghĩa vụ chủ thể, phải chịu trách nhiệm về việc tham gia quan hệ dân sự của mình”²⁶. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là Điều 101 Bộ luật Dân

sự năm 2015 (chủ thể trong quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân) lại quy định, “Trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự”. Khi “chủ thể khác” đã bị loại bỏ²⁷, thay vào đó Bộ luật Dân sự năm 2015 đã xác định chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự chỉ bao gồm cá nhân và pháp nhân, thì việc ghi nhận sự tồn tại “quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân” và đặt giả định “Trường hợp hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự” thể hiện sự thiếu nhất quán trong tư duy của nhà làm luật.

Trong Kết luận kiểm tra số 05/KL-KTrVB của Cục Kiểm tra Văn bản quy phạm pháp luật của Bộ Tư pháp về Thông tư số 32/2016/TT-NHNN ngày 16/12/2016 sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 23/2014/TT-NHNN ngày 19/8/2014 của NHNN hướng dẫn việc mở và sử dụng tài khoản thanh toán tại tổ chức cung ứng dịch vụ thanh toán, Bộ Tư pháp cho rằng, quy định tại Điều 101 Bộ luật Dân sự năm 2015 không nên được giải thích theo hướng chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự chỉ giới hạn ở cá nhân và pháp nhân, mà tổ chức không có tư cách pháp nhân vẫn có tư cách chủ thể. Tuy nhiên, Bộ Tư pháp không phải là cơ quan có thẩm quyền giải thích Bộ luật Dân sự năm 2015. Để bảo đảm việc thực thi pháp luật thống nhất, trước khi Bộ luật Dân sự được sửa đổi hoặc thay thế, Ủy ban Thường vụ Quốc hội cần có giải thích cụ thể về quy định trên. Biết rằng, hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức không có tư cách pháp nhân đã có quá trình lịch sử được pháp luật thừa

25 Xem thêm: Điều 12 Nghị định số 77/2019/NĐ-CP.

26 Báo cáo số 1002/BC-UBTVQH13 của UBTVQH gửi đại biểu Quốc hội giải trình Dự thảo Bộ luật Dân sự năm 2015 ngày 22/11/2015, Mục 1.

27 Theo quy định tại Điều 1 Bộ luật Dân sự năm 2005 chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự bao gồm cá nhân, pháp nhân và chủ thể khác.

nhận và đã trở thành tập quán của người Việt Nam²⁸. Tuy nhiên, tư cách chủ thể phải được xem xét dưới góc độ năng lực chủ thể, trong khi đó xét về năng lực chủ thể thì hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức không có tư cách pháp nhân không có đầy đủ quyền, nghĩa vụ và khả năng gánh chịu nghĩa vụ.

Thứ hai, về khái niệm thương nhân theo quy định của Luật Thương mại năm 2005.

Theo cách phân chia truyền thống, thương nhân được chia thành: Thương nhân thể nhân và thương nhân pháp nhân. Tuy nhiên, như đã phân tích, thương nhân theo quy định của Luật Thương mại năm 2005 bao gồm “tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh”. Thực tế cho thấy, việc sử dụng thuật ngữ tổ chức kinh tế thay thế cho thuật ngữ pháp nhân đã gây ra nhiều khó khăn trong việc xác định tư cách thương nhân của doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh. Trong trường hợp được quy định trong Bộ luật Dân sự và hiểu theo hướng không ghi nhận tư cách chủ thể quan hệ pháp luật dân sự của hộ gia đình, tổ hợp tác và các tổ chức không có tư cách pháp nhân thì khái niệm thương nhân theo quy định của Luật Thương mại năm 2005 cũng nên được chỉnh sửa theo hướng chỉ ghi nhận tư cách thương nhân của cá nhân và pháp nhân.

Thứ ba, quy chế pháp lý về doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh.

Định nghĩa doanh nghiệp tư nhân trong Luật Doanh nghiệp qua các thời kỳ đã xác định rất rõ, doanh nghiệp tư nhân không có tư cách pháp nhân, không phải là một thực thể độc lập với chủ doanh nghiệp tư nhân. Quy chế pháp lý của doanh nghiệp tư nhân thể hiện doanh nghiệp tư nhân thực chất là mô hình cá nhân kinh doanh, có sự khác

biệt rất lớn với quy chế pháp lý của các loại hình công ty. Vì vậy, việc đặt doanh nghiệp tư nhân trong cùng một văn bản quy phạm pháp luật với các loại hình công ty là không phù hợp. Ngoài ra, như đã phân tích, quy chế pháp lý về doanh nghiệp tư nhân ở Việt Nam chưa thực sự nhất quán, có sự mâu thuẫn với quy định của Bộ luật Dân sự về tư cách chủ thể của các tổ chức không có tư cách pháp nhân. Chính sự thiếu nhất quán và mâu thuẫn đó dẫn đến những quan điểm, cách hiểu khác nhau khi xác định tư cách chủ thể, tư cách thương nhân đối với doanh nghiệp tư nhân.

Bên cạnh những vấn đề đặt ra với doanh nghiệp tư nhân, tư cách chủ thể quan hệ pháp luật dân sự của hộ gia đình theo quy định của Bộ luật Dân sự nói chung và tư cách thương nhân của hộ kinh doanh theo quy định của Luật Thương mại nói riêng đang tồn tại nhiều điểm chưa phù hợp và chưa bảo đảm tính nhất quán.

Việt Nam có lý do để ghi nhận sự tồn tại của doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh. Ngoài ra, không thể phủ nhận những đóng góp của doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh cho sự phát triển kinh tế - xã hội trong thời gian qua. Tuy nhiên, với những hạn chế, bất cập trong quy chế pháp lý của doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh như đã phân tích, đã đến thời điểm doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh kết thúc sứ mệnh lịch sử của mình. Thay vì ghi nhận sự tồn tại của doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh, pháp luật Việt Nam nên ghi nhận mô hình thương nhân cá nhân (thể nhân). Quy chế pháp lý của mô hình thương nhân cá nhân nên được quy định riêng, độc lập với các loại hình công ty, qua đó trả lại tên gọi Luật công ty cho các loại hình công ty để có được sự phù hợp với thông lệ quốc tế ■

28 Báo cáo số 1002/BC-UBTVQH13 của UBTVQH gửi đại biểu Quốc hội giải trình Dự thảo Bộ luật Dân sự năm 2015 ngày 22/11/2015, Mục 1.

VI PHẠM HỢP ĐỒNG TRƯỚC THỜI HẠN THỰC HIỆN NGHĨA VỤ TRONG CÔNG ƯỚC VIÊN NĂM 1980 VÀ KHUYẾN NGHỊ CHO VIỆT NAM

Đào Trọng Tú

ThS. Trường Đại học An Ninh.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Hợp đồng, lỗi trong hợp đồng, vi phạm hợp đồng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 05/01/2023

Biên tập: 12/02/2023

Duyệt bài: 14/02/2023

Article Information

Keywords: Contract; contract tort; breach of contract

Article History:

Received: 05 Jan. 2023

Edited: 12 Feb. 2023

Approved: 14 Feb. 2023

Tóm tắt:

Trong bài viết này, tác giả phân tích các quy định về vi phạm hợp đồng trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ trong Công ước Viên năm 1980 và nêu lên một số khuyến nghị cho Việt Nam.

Abstract:

Within this article, the author provides an analysis of the provisions on anticipatory breach of contract under the Vienna Convention of 1980 and also gives out a number of recommendations for Vietnam.

1. Quy định về vi phạm hợp đồng trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ trong Công ước Viên năm 1980

Công ước Viên năm 1980 của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (gọi tắt là CISG) với 93 thành viên, có hiệu lực từ ngày 01/01/1988. Là một trong những điều ước quốc tế quan trọng trong quan hệ thương mại quốc tế hiện nay. CISG gồm 101 điều, trong đó có 03 điều quy định về vi phạm hợp đồng (VPHĐ) trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ và hợp đồng giao hàng từng phần (*Anticipatory breach and instalment contracts*).

VPHĐ trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ là hành vi vi phạm ở hiện tại rõ ràng sẽ

không thực hiện, không có khả năng thực hiện nghĩa vụ khi đến thời hạn. Một VPHĐ trước thời hạn là một vi phạm xảy ra ở hiện tại, bởi vì nó được chứng minh trong ngôn từ hoặc hành vi “ở hiện tại” của một bên. VPHĐ trước thời hạn không phải là vi phạm trong tương lai. Đó là một sự vi phạm ở hiện tại của một nghĩa vụ trong tương lai¹. VPHĐ trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ là một dạng của VPHĐ, bên cạnh những dấu hiệu, đặc điểm chung thì VPHĐ trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ cũng có những đặc điểm, căn cứ xác định đặc thù. Đây là VPHĐ được “dự đoán, suy luận” (*Anticipatory*) từ những dấu hiệu ở hiện tại của một bên trong hợp đồng làm căn cứ xác định có hay không

¹ Qiao Liu, *Anticipatory breach*, Oxford and Portland, Oregon, 2011.

VPHĐ khi đến hạn. VPHĐ trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ đã được quy định và áp dụng phổ biến trên thế giới, nhưng chưa được quy định trong pháp luật hợp đồng Việt Nam.

1.1. Căn cứ xác định vi phạm hợp đồng trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ

Là một dạng của VPHĐ, VPHĐ trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ quy định tại Điều 71, Điều 72 và Điều 73 CISG được xác định qua một trong hai căn cứ: (i) trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ, một bên trong hợp đồng có dấu hiệu rõ ràng sẽ không thực hiện, không có khả năng thực hiện nghĩa vụ khi đến hạn; hoặc (ii) trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ, một bên trong hợp đồng thông báo (tuyên bố) không thực hiện, không có khả năng thực hiện nghĩa vụ².

(i) Về căn cứ: Trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ, một bên trong hợp đồng có dấu hiệu rõ ràng sẽ không thực hiện, không có khả năng thực hiện nghĩa vụ khi đến hạn. CISG quy định sau khi ký kết hợp đồng, một bên (bên có quyền) trong hợp đồng được tạm ngừng (hoãn) hoặc hủy bỏ hợp đồng trước thời hạn khi có căn cứ rõ ràng bên kia (bên có nghĩa vụ) sẽ VPHĐ khi đến hạn thực hiện theo thỏa thuận. Căn cứ được xác định thông qua dấu hiệu, biểu hiện của bên có nghĩa vụ ở hiện tại, như “mất khả năng”, “mất tín nhiệm của bên kia” hoặc bất kỳ “hành vi của bên kia trong việc chuẩn bị thực hiện hoặc thực hiện hợp đồng”. Theo đó, những biểu hiện này là rõ ràng sẽ dẫn đến VPHĐ đến hạn³.

Như vậy, VPHĐ trước thời hạn được xác định thông qua các dấu hiệu đang diễn ra ở hiện tại của bên có nghĩa vụ. Những biểu hiện đó phải rõ ràng sẽ dẫn đến hệ

quả là không thực hiện, không có khả năng thực hiện nghĩa vụ khi đến hạn. Đây chính là điểm khác biệt của VPHĐ trước hạn, khá phức tạp và thể hiện bản chất của VPHĐ khi chưa đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ, đòi hỏi bên có quyền phải “dự đoán, suy luận” có hay không có vi phạm ở hiện tại - thời điểm chưa đến hạn thực hiện nghĩa vụ, đối với nghĩa vụ đến hạn của bên có nghĩa vụ.

CISG xây dựng khung pháp lý nhưng không đưa ra định nghĩa hay giải thích về VPHĐ trước thời hạn. Việc một bên trong hợp đồng ở hiện tại mất khả năng, mất tín nhiệm, thiếu sự chuẩn bị, không mong muốn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng đã cam kết... có là nguyên nhân dẫn đến VPHĐ đến hạn hay không? Điều đó đòi hỏi phải xem xét, suy luận rõ ràng ở cả ba yếu tố:

Thứ nhất, bên có nghĩa vụ, ở hiện tại “mất khả năng”, “mất tín nhiệm” hoặc bất kỳ “hành vi của bên kia trong việc chuẩn bị thực hiện hoặc thực hiện hợp đồng”. Những dấu hiệu, hành vi nêu trên của bên có nghĩa vụ là đang xảy ra, đang tồn tại khách quan. Đơn cử, những biểu hiện đó có thể là không có khả năng tài chính, không trả nợ được cho bên thứ ba bất kỳ, không giao hàng hoặc giao hàng không đủ, không có nguyên vật liệu, không có nhân công, không có kho xưởng để nhận hàng, không có người bảo lãnh... Những dấu hiệu đó tham chiếu thông qua bất kỳ hành vi, tình huống hiện tại nào thì bất kỳ người bình thường nào cũng có thể nhận thấy. Tùy thuộc vào hoàn cảnh cụ thể, những hành vi biểu hiện trên cần phải suy đoán, suy luận hợp lý căn cứ vào những dấu hiệu, hành vi của bên có nghĩa vụ. Một VPHĐ có thể đoán trước, cơ bản là, ngoại trừ khi có tuyên bố rõ ràng của người có nghĩa vụ, một giả

2 Chengwei Liu, “Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL”, Law School of Renmin University of China (International Law), P.O. Box 9-01 No. 1, 2003.

3 Điểm a, điểm b khoản 1 Điều 71, khoản 1 Điều 72, khoản 2 Điều 73 CISG.

định dựa trên các yếu tố khách quan tại một thời điểm cụ thể⁴.

Thứ hai, hành vi ở hiện tại của bên vi phạm phải rõ ràng sẽ dẫn đến VPHĐ khi đến hạn (*clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract*). Ở hiện tại, những dấu hiệu như “mất khả năng”, “mất tín nhiệm” hoặc bất kỳ “hành vi của bên kia trong việc chuẩn bị thực hiện hoặc thực hiện hợp đồng” của bên vi phạm không chỉ đang tồn tại, đang diễn ra mà những hành vi, tình huống đó phải đang tồn tại và sẽ là nguyên nhân dẫn đến một VPHĐ khi đến hạn có thể xảy ra trong điều kiện bình thường. Nghĩa là hành vi ở hiện tại có mối liên hệ biện chứng với nghĩa vụ phải thực hiện khi đến hạn. Một loạt những biểu hiện, hành vi của bên có nghĩa vụ có sự liên hệ chặt chẽ với nhau. Điều đó có nghĩa đây là một chuỗi hành động mà theo kết quả tự nhiên những hành động này sẽ khiến anh ta mất khả năng hoàn thành hợp đồng khi đến lúc phải làm như vậy. Đó là nguyên nhân và kết quả, là khả năng và hiện thực.

Thứ ba, việc xem xét, đánh giá, phán đoán, suy luận hành vi của bên vi phạm đang diễn ra phải có cơ sở, căn cứ thực tế, khoa học, không được áp đặt, chủ quan.

Biểu hiện mất khả năng, thiếu tín nhiệm, hành vi không chuẩn bị, không thực hiện hợp đồng của bên có nghĩa vụ không phải từ sự lo sợ, sự suy diễn chủ quan của bên có quyền, mà phải được đặt trong điều kiện hoàn cảnh khách quan, xem xét cụ thể, toàn diện các tình huống, biểu hiện, hành vi của

bên vi phạm. Việc mất khả năng thực hiện phải được nhận biết khách quan. Việc rõ ràng không có khả năng thực hiện không chỉ gây ra nỗi sợ hãi chủ quan về việc thực hiện hợp đồng mà còn phải cho phép những người quan sát khách quan thấy trước việc không thực hiện được. Đặc biệt, trong việc đánh giá đầu là hợp lý, bản chất và mục đích của hợp đồng, hoàn cảnh của trường hợp, và tập quán và thực hành của các ngành nghề liên quan cần được tính đến⁵ và mức độ cần thiết để thiết lập một suy luận hợp lý; VPHĐ trong tương lai chỉ được suy luận hợp lý khi nó có ít nhất 51% khả năng xảy ra⁶. Như vậy, có thể thấy rằng, để xem xét, suy luận hành vi hiện tại của bên có nghĩa vụ có vi phạm hay không thì bên có quyền phải suy luận khách quan, toàn diện, cụ thể, đánh giá đó phải được đa số người trong cùng lĩnh vực chuyên môn thừa nhận.

(ii) *Về căn cứ: Trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ, một bên trong hợp đồng thông báo (tuyên bố) không thực hiện, không có khả năng thực hiện nghĩa vụ.* Khoản 3 Điều 72 CISG quy định: “*bên kia tuyên bố rằng họ sẽ không thực hiện nghĩa vụ*”. Khác với căn cứ (i) bên có nghĩa vụ im lặng, căn cứ (ii) bên có nghĩa vụ chủ động tuyên bố với bên có quyền về việc không thực hiện hoặc không có khả năng thực hiện hợp đồng trước thời hạn. Thông báo, tuyên bố đó có thể bằng văn bản hoặc bằng lời nói. Hợp đồng đó sẽ bị hủy bỏ. Theo David Kelly, một VPHĐ có thể xảy ra khi một bên, trước thời hạn thực hiện hợp đồng, tuyên bố rằng, họ sẽ không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng (vi phạm trước thời hạn)⁷.

4 Mercédeh Azeredo da Silveira, “Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2005.

5 Mercédeh Azeredo da Silveira, “Anticipatory Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2005.

6 Qiao Liu, *Anticipatory breach*, Oxford and Portland, Oregon, 2011.

7 David Kelly, *Business Law*, Cavendish Publishing, UK, 2002.

1.2. Biện pháp xử lý đối với vi phạm hợp đồng trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ

Sau khi ký kết hợp đồng, có căn cứ xác định vi phạm như nêu trên, CISG quy định hai biện pháp xử lý, đó là: tạm ngừng (*suspend*) thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ (*avoided*) hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Đối với biện pháp tạm ngừng thực hiện hợp đồng: Điều 71 CISG quy định bên có quyền được tạm ngừng thực hiện hợp đồng khi thỏa mãn ba điều kiện: (1) Trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ, một bên trong hợp đồng có dấu hiệu rõ ràng sẽ không thực hiện, không có khả năng thực hiện nghĩa vụ khi đến hạn; (2) vi phạm đó là việc không thực hiện *một phần quan trọng* nghĩa vụ khi đến hạn; (3) bên có quyền phải thông báo cho bên có nghĩa vụ biết việc tạm ngừng thực hiện hợp đồng, và bên có quyền phải tiếp tục thực hiện hợp đồng nếu bên vi phạm cam kết bảo đảm thỏa đáng rằng bên kia sẽ thực hiện nghĩa vụ.

Là vi phạm trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ nên bên có quyền phải gửi thông báo cho bên có nghĩa vụ trong thời gian hợp lý có thể. Đây chính là khẳng định về sự bảo đảm đầy đủ cho việc có hay không vi phạm sẽ xảy ra khi đến hạn. Nếu bên có nghĩa vụ không trả lời, không có biện pháp bảo đảm đầy đủ cho việc thực hiện nghĩa vụ khi đến hạn thì bên có quyền có thể tạm ngừng thực hiện nghĩa vụ hoặc hủy bỏ hợp đồng trước thời hạn.

Đối với biện pháp hủy bỏ hợp đồng: khi bị hủy bỏ thì hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết, các bên không phải thực hiện nghĩa vụ đã thỏa thuận, trừ thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và giải quyết tranh chấp. Với mục đích cơ bản của Công ước là duy trì việc thực hiện hợp đồng thương mại quốc tế nguyên vẹn và cho phép

thực hiện chúng ngay cả trong những trường hợp bất lợi, nhằm thúc đẩy lòng trung thành và thiện chí trong các giao dịch thương mại quốc tế. Do đó, Công ước được soạn thảo để chỉ cho phép hủy bỏ hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế trong những trường hợp rõ ràng; việc tiếp tục sẽ gây ra thiệt hại không thể khắc phục được cho một bên hoặc cả hai bên. Nói cách khác, hợp đồng được ký kết không phải là để bị hủy bỏ mà để được thực hiện nhằm mang đến cho các bên lợi ích hợp pháp mong đợi. Vì vậy, hủy bỏ hợp đồng chỉ được áp dụng khi đó là biện pháp cuối cùng, khi vi phạm đó là vi phạm cơ bản mà một bên gây thiệt hại cho bên kia đến mức làm cho bên kia không đạt được mục đích của việc giao kết hợp đồng. Điều 72, Điều 73 CISG quy định việc hủy bỏ hợp đồng trong hai trường hợp:

Trường hợp thứ nhất: trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ, một bên trong hợp đồng có dấu hiệu rõ ràng sẽ không thực hiện, không có khả năng thực hiện nghĩa vụ khi đến hạn nếu đó là *vi phạm cơ bản*.

Tương tự như việc tạm ngừng thực hiện hợp đồng, biện pháp hủy hợp đồng trong trường hợp khi thỏa mãn ba điều kiện: (1) trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ, một bên trong hợp đồng có dấu hiệu rõ ràng sẽ không thực hiện, không có khả năng thực hiện nghĩa vụ khi đến hạn; (2) vi phạm được suy đoán sẽ xảy ra khi đến hạn là *vi phạm cơ bản*; (3) bên có quyền phải gửi thông báo trong thời gian hợp lý cho bên có nghĩa vụ biết về việc hủy bỏ hợp đồng, nếu bên có nghĩa vụ cam kết bảo đảm đầy đủ và thỏa đáng cho việc tiếp tục thực hiện hợp đồng thì bên có quyền không được hủy hợp đồng.

Trường hợp thứ hai: trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ, một bên trong hợp đồng thông báo (tuyên bố) không thực hiện, không có khả năng thực hiện nghĩa vụ. VPHĐ trước

thời hạn thực hiện nghĩa vụ là dạng vi phạm được suy luận của một bên thông qua hành vi hiện tại của bên kia và mối liên hệ với nghĩa vụ cần thực hiện khi đến hạn. Vì vậy, nếu một bên tuyên bố không thực hiện nghĩa vụ thì bên kia có quyền hủy bỏ hợp đồng, bên có quyền không phải suy luận, không cần phải thông báo. Khoản 3 Điều 72 CISG khẳng định: “*quy định tại khoản trên không áp dụng nếu bên kia tuyên bố rằng họ sẽ không thực hiện nghĩa vụ*”. Một hợp đồng bị từ chối, bất kể ràng buộc về mặt pháp luật, ngay lập tức sẽ không còn là một nguồn lực kinh doanh hiệu quả⁸.

2. Một số khuyến nghị cho Việt Nam

Hiện nay, quyền tạm ngừng (hoãn), quyền hủy bỏ hợp đồng được quy định trong Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015⁹ và Luật Thương mại năm 2005¹⁰. Theo quan điểm của một số nhà nghiên cứu, pháp luật hợp đồng Việt Nam đã có “bóng dáng” của chế định VPHĐ trước thời hạn¹¹. Cụ thể, khoản 1 Điều 411 BLDS năm 2015 quy định: “*Bên phải thực hiện nghĩa vụ trước có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ, nếu khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên kia đã bị giám sát nghiêm trọng đến mức không thể thực hiện được nghĩa vụ như đã cam kết cho đến khi bên kia có khả năng thực hiện được nghĩa vụ hoặc có biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ*”. Ngoài ra, khoản 3 Điều 313 Luật Thương mại năm 2005 cũng quy định: “*Trường hợp một bên đã tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với một lần giao hàng, cung ứng dịch vụ thì bên đó vẫn có quyền tuyên bố hủy bỏ hợp đồng đối với những lần giao hàng, cung ứng dịch vụ đã thực hiện hoặc sẽ thực hiện sau đó nếu*

mối quan hệ qua lại giữa các lần giao hàng dẫn đến việc hàng hoá đã giao, dịch vụ đã cung ứng không thể được sử dụng theo đúng mục đích mà các bên đã dự kiến vào thời điểm giao kết hợp đồng”. Tuy nhiên, nếu đặt các điều luật trên vào đúng vị trí được sắp xếp trong bộ cục của BLDS năm 2015 và Luật Thương mại năm 2005, xem xét nội dung từng điều luật, cụm từ “*VPHĐ trước thời hạn*” không được ghi nhận trong bất kỳ điều khoản nào.

Trong bối cảnh Việt Nam hội nhập kinh tế ngày càng sâu rộng vào các thể chế kinh tế quốc tế, đặc biệt Việt Nam đã chính thức trở thành thành viên thứ 84 của CISG từ ngày 01/01/2017, thiết nghĩ, cần phải có sự cải cách thích ứng hệ thống pháp luật, đặc biệt là pháp luật về hợp đồng. Theo đó, pháp luật hợp đồng Việt Nam có thể tiếp thu chọn lọc những quy định pháp luật hợp đồng hợp lý của các quốc gia và các điều ước quốc tế. Trong đó, cần thiết phải bổ sung quy định về vi phạm trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ trong BLDS năm 2015 và Luật Thương mại năm 2005. Điều đó xuất phát từ những lý do sau:

Thứ nhất, bảo đảm cam kết và phù hợp với xu thế hội nhập, hợp tác quốc tế.

Văn kiện Đại hội Đảng là thứ XIII khẳng định: “*Thực hiện nhiều hình thức hội nhập kinh tế quốc tế với các lộ trình linh hoạt, phù hợp với điều kiện, mục tiêu của đất nước trong từng giai đoạn. Hoàn thiện hệ thống pháp luật phù hợp với những điều ước quốc tế và cam kết quốc tế mà Việt Nam đã ký kết*”¹². Hiện nay, Việt Nam đã tham gia vào hầu hết các thể chế đa phương, song phương

8 Keith A. Rowley, “A Brief History of Anticipatory Repudiation in American Contract Law”, University of Cincinnati Law Review, 2001.

9 Khoản 1 Điều 411, Điều 425 Bộ luật Dân sự năm 2015.

10 Khoản 2 Điều 313 Luật Thương mại năm 2005.

11 Nguyễn Ngọc Khánh, Chế định hợp đồng trong Bộ luật Dân sự Việt Nam, Nxb. Tư pháp, 2007, tr. 72.

12 Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nxb. Chính trị quốc gia, 2021, tr. 114.

trên thế giới trên tất cả các lĩnh vực. Trong đó, Việt Nam đã thiết lập quan hệ ngoại giao, kinh tế thương mại với hơn 189 quốc gia và vùng lãnh thổ, ký gần 100 hiệp định thương mại, trên 60 hiệp định ký kết và bảo hộ đầu tư; có 30 đối tác chiến lược, đối tác toàn diện và là thành viên của CISG¹³. Xuất phát từ thực tiễn Việt Nam, đồng thời tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế về xây dựng và tổ chức thi hành pháp luật, việc bổ sung quy định về VPHĐ khi chưa đến thời hạn thực hiện nghĩa vụ trong BLDS năm 2015 và Luật Thương mại năm 2005 nhằm góp phần thực hiện cam kết, hội nhập quốc tế và hoàn thiện pháp luật về hợp đồng.

Thứ hai, bảo đảm tuân thủ nguyên tắc thiện chí, trung thực trong thực hiện hợp đồng.

Đây là nguyên tắc xuyên suốt trong pháp luật hợp đồng. Khoản 3 Điều 3 BLDS năm 2015 cũng quy định: “*Cá nhân, pháp nhân phải xác lập, thực hiện, chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự của mình một cách thiện chí, trung thực*”. Quy định trên có nghĩa, các bên trong hợp đồng phải thực hiện thiện chí, trung thực các cam kết của mình. Mọi chủ thể có quyền tự do hợp đồng, tự do thỏa thuận, cam kết để đạt mục đích của mình trong quan hệ hợp đồng, tuy nhiên sự tự do đó cũng có giới hạn và trong khuôn khổ pháp định. Để đạt mục đích, trước hết đòi hỏi các bên phải tự do, tự nguyện và trung thực, thiện chí thực hiện sự thỏa thuận ấy; thiện chí, trung thực phải là chuẩn mực ứng xử, là nền tảng bảo vệ niềm tin nhận thức. Để nguyên tắc đó được thực thi thì cần phải có các biện pháp xử lý khi nguyên tắc đó không được thực hiện trên thực tế. Vì vậy, pháp luật hợp đồng quy định về VPHĐ trước thời hạn thực hiện nghĩa vụ chính là sự ghi

nhận bảo đảm tuân thủ nguyên tắc thiện chí, trung thực.

Thứ ba, hạn chế tổn thất, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của các bên trong quan hệ hợp đồng.

Khoản 2 Điều 401 BLDS năm 2015 quy định: “*từ thời điểm hợp đồng có hiệu lực, các bên phải thực hiện quyền và nghĩa vụ đối với nhau theo cam kết*”. Qua quy định trên, có thể thấy, hợp đồng có hiệu lực ràng buộc các bên. Như vậy, các bên có trách nhiệm ngay từ khi hợp đồng được ký kết. Quyền và lợi ích của mỗi bên chỉ có thể đạt được khi bên kia thực hiện đúng hợp đồng; mục đích của hợp đồng đạt được sẽ không gây ra tổn thất cho bất kỳ bên nào. Nếu biết rõ ràng bên có nghĩa vụ sẽ không thực hiện, không có khả năng thực hiện hợp đồng hoặc tuyên bố không thực hiện hợp đồng, bên có quyền phải chờ đợi đến hạn thực hiện thì rõ ràng là lãng phí thời gian, công sức. Điều đó không chỉ gây tổn hại cho bên có quyền mà còn có thể gây ra tổn thất cho cả bên có nghĩa vụ và những bên liên quan khác. Trong bối cảnh ngày nay, những tác động của toàn cầu hóa, của nền kinh tế thị trường và đặc biệt trong giai đoạn bùng nổ của công nghệ thông tin thời đại công nghệ 4.0, nếu hành vi không thực hiện, không có khả năng thực hiện hợp đồng trước thời hạn của một bên không được coi là vi phạm thì bên có quyền sẽ phải lãng phí tài nguyên của mình vào một hợp đồng vô ích vì chủ thể đó sẽ bị ràng buộc vào hợp đồng được duy trì để sẵn sàng thực hiện. Theo quan điểm của John Stuart Mill, việc tuyên bố không thực hiện hợp đồng trước thời hạn còn được coi là VPHĐ hiệu quả (*Efficient Breach*), nhằm hạn chế tổn thất cho các bên liên quan¹⁴ ■

13 http://www.mofa.gov.vn/vi/cn_vakv/, truy cập ngày 15/3/2021.

14 Giản Thị Lê Na, “Vi phạm hợp đồng hiệu quả: Từ thuyết vị lợi của Jeremy Bentham đến tư tưởng tự do của John Stuart Mill”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 11/2020.

PHÁP LUẬT VỀ CHUYỂN ĐỔI MỤC ĐÍCH SỬ DỤNG ĐẤT ĐỂ KHAI THÁC THƯƠNG MẠI QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Ngô Huy Cương

PGS. TS. Trường Đại học Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Luật Đất đai năm 2013; dự thảo Luật Đất đai năm 2023; quyền sử dụng đất; chuyển đổi mục đích; khai thác thương mại.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 20/01/2023

Biên tập: 16/02/2023

Duyệt bài: 18/02/2023

Article Information

Keywords: Law on Land of 2013; draft Law on Land of 2023; land use right; change of purpose; commercial exploitation.

Article History:

Received: 20 Jan. 2023

Edited: 16 Feb. 2023

Approved: 18 Feb. 2023

Tóm tắt:

“Chuyển đổi mục đích sử dụng đất để khai thác thương mại quyền sử dụng đất” ở nước ta hiện nay là một vấn đề pháp lý phức tạp. Đề góp ý trực tiếp cho dự thảo Luật Đất đai năm 2023, có lẽ viết theo kiểu “hàn lâm ứng dụng” là thích hợp hơn cả khi mà Dự thảo Luật Đất đai năm 2023 vẫn theo đuổi quan niệm và cách tiếp cận của những đạo luật về đất đai cũ từ sau năm 1980 tới nay và chưa có cải thiện nào trong tư duy xây dựng pháp luật. Khác biệt về cơ bản với những gì đang tồn tại ở các nước trên thế giới, kể cả đã từng tồn tại ở những nước xã hội chủ nghĩa trước kia, tuy có mang lại những thành tích nhất định liên quan tới phân bổ các lợi ích chung về đất đai trong điều kiện đất đai thuộc “sở hữu toàn dân” để xây dựng và bảo vệ đất nước, nhưng Luật Đất đai năm 2013 vẫn có những vướng mắc và bất cập nhất định. Cho đến nay, việc sửa đổi cơ bản đạo luật này đang được tiến hành, nhưng Dự thảo Luật Đất đai năm 2023 vẫn chưa tính đến việc xử lý những hạn chế này.

Abstract:

“Change of land use purpose for commercial exploitation of the land use rights” in our country is currently a complicated legal issue. For comments on the draft Law on Land of 2023, it is likely that written comments in a “applied academic” manner are more appropriate when the draft Law on Land of 2023 is still pursued by the concepts and approaches of the the old laws on land from since 1980 and there has not been any improvement in the thoughts of law-making. The Law on Land of 2013, with fundamental different approach from what exists in countries around the world, even those existed in former socialist countries, has appeared a number of certain limitations and shortcomings although it has given certain achievements regarding the distribution of benefits under the legal condition of land “owned by the entire people” for the purpose of national construction and protection. A fundamental amendments of this Law is underway, however, it unlikely that the mentioned above limitations and shortcomings have been taken into account for amendment of the Law on Land of 2023.

1. Một số hạn chế của Luật Đất đai năm 2013 và Dự thảo Luật Đất đai năm 2023

1.1. Xác định không đúng tính chất của luật

Tiếp cận khá khác biệt so với thế giới, kể cả so với các nước xã hội chủ nghĩa (XHCN) truyền thống, Luật Đất đai năm 2013 và Dự thảo Luật Đất đai năm 2023 (Dự thảo 2023)

xuất phát từ giác độ luật hành chính nhằm tới việc bảo đảm quản lý nhà nước về đất đai có lẽ bởi quá nhấn mạnh tới tính quyền lực nhà nước trong các quan hệ đất đai. Cách tiếp cận này kế tiếp các đạo luật đất đai trước đó từ sau năm 1980 và được diễn giảng tóm lược trong “Giáo trình Luật Đất đai” của Trường Đại học Luật Hà Nội như sau: “Vì vậy, quan hệ đất đai do đó xuất phát từ quan hệ mang tính quyền lực, thể hiện quyền lực đó thông qua vai trò hệ thống các cơ quan nhà nước trong việc tổ chức, quản lý đất đai...¹”.

Thế nhưng, luật đất đai, nói cho cùng, là một lĩnh vực pháp luật điều chỉnh mối quan hệ giữa người với vật (là các thửa đất). Vì vậy, quyền sở hữu đất đai với tính cách là một vật quyền luôn giữ vai trò trọng đê của luật đất đai và thuộc phạm vi điều chỉnh đương nhiên của luật dân sự ở những nước thuộc Họ Pháp luật La Mã - Đức, của luật tài sản ở những nước thuộc Họ Pháp luật Anh- Mỹ và cả ở những nước thuộc Họ Pháp luật XHCN. Bộ luật Dân sự năm 2020 của Trung Quốc hiện hành thể hiện rõ các quy định về quan hệ đất đai như quyền sở hữu đất đai và các quyền lợi của công dân đối với các thửa đất.

Trong các chế độ cũ ở nước ta, “... luật lệ về điền thổ (tức chế định về ruộng đất) là một ngành quan trọng ở *Dân luật*, và chúng có liên quan đến hầu hết các hoạt động của xã hội²”. Luật đất đai được người Anh gọi là ‘Law of Real Property’ hay ‘Land Law’, được giải thích là luật nói về đất, những quyền thuộc về hay bao trùm trên đất, và những quy trình mà bởi những quyền và lợi ích này được tạo lập và chuyển nhượng³. Khi luận về chế độ “sở hữu toàn dân” đối

với đất đai ở nước ta, nhiều người ủng hộ đã lấy ví dụ bằng câu chuyện đất đai ở Anh Quốc ra để nói. Nhưng thực sự luật về đất đai của họ được xếp vào luật tài sản (luật tư) như trên đã nêu.

Về vấn đề này, tác giả cung cấp một số thông tin và bình luận như sau:

- Có hai loại quan hệ có giá trị kinh tế (hay lợi ích kinh tế) tồn tại một cách khách quan mà đã được thừa nhận khoảng từ hơn một thiên niên kỷ nay, bao gồm:

Thứ nhất, quan hệ giữa người với vật (hay còn được mô tả là quan hệ giữa người với vật ở giữa mọi người). *Lưu ý*: ‘vật’ ở đây thường được hiểu là các vật thể vật chất (đất đai, nhà cửa, công trình, động vật, thực vật, xe cộ, vật dụng, trang thiết bị, gạo nước, củi quế, quần áo, kính mũ, tiền mặt, không khí...), tức là những gì có đặc tính vật lý mà con người đã chiếm hữu.

Thứ hai, quan hệ giữa người với người.

Quan hệ thứ nhất thuộc phạm vi truyền thống của luật tài sản hay luật về vật quyền (một đại chế định của luật dân sự). Và quan hệ thứ hai thuộc phạm vi của luật nghĩa vụ hay luật về trái quyền (cũng là một đại chế định của luật dân sự).

- Khi xây dựng một đạo luật hay pháp điển hóa, người ta phải trước hết xác định chắc chắn tính chất pháp lý của quan hệ mà đạo luật hay bộ luật tương lai đang xây dựng điều chỉnh. Việc xác định này không thể thiếu để sử dụng kỹ thuật pháp lý và thiết kế các giải pháp pháp lý đúng đắn và thỏa đáng cho những tranh chấp pháp lý hay vấn đề pháp lý xảy ra trong tương lai, cũng như xem xét tới mối liên hệ của chúng với các loại luật khác. Một quy tắc

1 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật Đất đai, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2009, tr.10.

2 Huỳnh Công Bá, Định chế pháp luật dân sự thời Pháp thuộc và Việt Nam Cộng hòa (Chủ thể & Tài sản), Nxb. Thuận Hóa, Huế, 2021, tr. 843.

3 Martin Dixon, Modern Land Law, Twelfth Edition, Routledge- Taylor & Francis Group, London and New York, 2021, p. 3.

pháp lý phải được hiểu trong một hệ thống đã được thiết lập phù hợp với tính chất pháp lý của quan hệ mà loại luật đó điều chỉnh, thậm chí cả cách viết các quy định của pháp luật cụ thể cũng cần tới sự phù hợp như vậy.

- Các nước XHCN trước kia vẫn giống như các nước thuộc Họ Pháp luật La Mã - Đức xác định luật đất đai là một chế định của luật dân sự. *Cụ thể*: Bộ luật Dân sự của Tiệp Khắc năm 1964 được chia thành 08 phần để lần lượt nói về: (1) Những quy định chung; (2) Tài sản xã hội chủ nghĩa và tài sản cá nhân; (3) Sử dụng cá nhân các căn hộ, các ngôi nhà và các thửa đất; (4) Dịch vụ; (5) Quyền và nghĩa vụ phát sinh từ các giao dịch pháp lý; (6) Trách nhiệm đối với những thiệt hại và đặc lợi vô căn cứ; (7) Thừa kế; và (8) Điều khoản cuối cùng.

Lưu ý: Trong hai năm 1963 và 1964, các nước trong Phe Xã hội chủ nghĩa đồng loạt ban hành các Bộ luật dân sự và các Đạo luật về dân sự để thể hiện sự đồng nhất trong ý thức hệ và sự khác biệt vượt trội về tổ chức đời sống xã hội so với các nước tư bản chủ nghĩa, *chẳng hạn*: Bộ luật Dân sự của Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Xô viết Liên bang Nga năm 1964, Bộ luật Dân sự Ba Lan năm 1964, Bộ luật Dân sự Tiệp Khắc...

- Bộ luật Dân sự Trung Quốc năm 2020 (hiện hành) quy định rõ về các quan hệ đất đai trong đó (mà với các quan hệ này, ở Việt Nam chúng ta có nhiều người cho là thuộc ngành luật hành chính) như sau:

“Điều 243. (*Truất hữu*)

Bởi sự cần thiết của lợi ích công, đất đai thuộc sở hữu tập thể và nhà ở cũng như bất động sản khác của tổ chức hoặc cá nhân có thể bị tước đoạt (truất hữu hay trưng thu) trong phạm vi quyền hạn và phù hợp với quy định của pháp luật.

Trong trường hợp truất hữu đất đai thuộc

sở hữu tập thể, thì chi phí đền bù đất, hỗ trợ tái định cư, và những khoản đền bù chỗ ở cho những người dân sống ở nông thôn và những gì gắn với đất cũng như mùa màng chưa thu hoạch phải được chi trả đầy đủ, đúng thời hạn phù hợp với pháp luật, và những khoản bảo hiểm xã hội của nông dân có đất bị truất hữu phải được dàn xếp, cuộc sống của họ cũng như các quyền và lợi ích hợp pháp của họ được bảo đảm” (đoạn 1 và đoạn 2).

“Điều 244. (*Bảo vệ đất trồng trọt*)

Nhà nước quy định việc bảo hộ đặc biệt đối với đất trồng trọt, hạn chế nghiêm ngặt đối với việc chuyển đổi đất nông nghiệp sang đất sử dụng cho các mục đích xây dựng và kiểm soát tổng lượng diện tích đất sử dụng cho các mục đích xây dựng. Đất thuộc sở hữu tập thể không thể bị truất hữu vượt quá quyền hạn hoặc vi phạm thủ tục do pháp luật quy định”.

- Cuba là một trường hợp đặc biệt đã biến Bộ luật Dân sự thành đạo luật để đấu tranh về đất đai mà lịch sử đã để lại. Có một đoạn văn nói như sau về vấn đề này: “Bộ luật Dân sự Xã hội chủ nghĩa trở thành luật đất đai có hiệu lực vào 12/10/1988. Nó đúng là, thật chính xác, 29 năm, 08 tháng và 12 ngày sau cuộc Cách mạng Castro chiếm được quyền lực ngày 1/1/1959. Có hay không một mối quan hệ giữa một văn bản quy phạm pháp luật 30 năm giới hạn cho việc chiếm hữu không ngay tình và sự tính toán thời gian cho việc hủy bỏ một bộ luật? Nếu không, thì tại sao nó lâu như vậy để Cuba cộng sản thông qua một Bộ luật Dân sự mới mà có thể đáp ứng những đòi hỏi xã hội chủ nghĩa tại nước này?⁴”.

Ở đây, người ta nghi ngờ rằng Cuba đã trì hoãn xây dựng Bộ luật Dân sự XHCN mới để hợp pháp hóa việc chiếm hữu những thửa đất. Như vậy, Bộ luật Dân sự không chỉ đơn thuần điều chỉnh quan hệ giữa người và

4 Juan C. Consuegra-Barquín, “The Present Status Quo of Property Rights in Cuba” (pp. 195 – 206), Cuba in Transition-ASCE 1995, p. 203.

những thửa đất, mà còn là một vũ khí đấu tranh pháp lý quan trọng trong công cuộc cách mạng XHCN, nhất là liên quan tới công hữu hóa tư liệu sản xuất, đất đai và các tài nguyên khác.

- Sau khi có Bộ luật Dân sự năm 1994, Cộng hòa Liên bang Nga (nước XHCN cũ) cũng đã thông qua Bộ luật Đất đai năm 2001, nhưng trong đó quy định rõ tại khoản 3 Điều 3 rằng: “Các quan hệ chiếm hữu, sử dụng và định đoạt các thửa đất, cũng như tiến hành các giao dịch về chúng phải được điều chỉnh bởi luật dân sự, trừ khi có yêu cầu khác bởi luật về bảo vệ môi trường, đất, rừng, nước, lòng đất và bởi các luật đặc biệt”. Như vậy, Bộ luật Đất đai của họ là một bộ luật hành chính về đất đai nhằm mục đích bảo đảm sử dụng, bảo toàn và bảo vệ đất đai với tính cách là nền tảng cho đời sống chung của dân chúng, cho môi trường và phát triển kinh tế vĩ mô...

- Trong những năm đầu cải cách mở cửa, vào năm 1986, Trung Quốc ban hành “Nguyên tắc Dân pháp” với vốn vẹn 156 Điều để hướng dẫn điều chỉnh các quan hệ dân sự vì họ chưa đủ khả năng và điều kiện để xây dựng một bộ luật dân sự hay một đạo luật đầy đủ về tài sản... Với hoàn cảnh đó, vào năm 1987, họ ban hành ‘Luật Hành chính đất đai’. Đạo luật này bao gồm các chương như:

- Chương I Các quy định chung
- Chương II Quyền sở hữu đất đai và quyền được sử dụng đất
- Chương III Sử dụng và bảo vệ đất
- Chương IV Sử dụng đất cho hoạt động xây dựng của Nhà nước
- Chương V Sử dụng đất cho hoạt động

xây dựng thành thị và nông thôn

- Chương VI Trách nhiệm pháp lý
- Chương VII Các điều khoản bổ sung

Lưu ý:

(1) “Quyền được sử dụng đất” được ghi nhận trong đạo luật này không mang ý nghĩa của luật dân sự bởi “Nguyên tắc Dân pháp” Trung Quốc năm 1986 lúc đó cũng như Bộ luật Dân sự năm 2020 quy định nội dung quyền sở hữu bao gồm 04 quyền là: quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền thu hoa lợi và quyền định đoạt. Trong khi đó “quyền sử dụng đất” ở Việt Nam bao gồm cả thu hoa lợi trong đó, vì pháp luật Việt Nam cho rằng quyền sở hữu chỉ bao gồm 03 quyền - đó là quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, và quyền định đoạt.

(2) Dù là một đạo luật về hành chính đất đai nhưng họ vẫn phải đề cập tới quyền sở hữu đất đai đầu tiên vì “sở hữu xã hội chủ nghĩa” về đất đai làm phát sinh ra nhu cầu điều chỉnh về hành chính.

- Có lẽ vì tiếp cận nghiêng về luật hành chính, Dự thảo Luật Đất đai (*sửa đổi*) năm 2023⁵ của Việt Nam có kết cấu các chương mục như sau:

Chương I: Quy định chung

Chương II: Quyền và trách nhiệm của Nhà nước, công dân đối với đất đai

Mục 1- Quyền và trách nhiệm của Nhà nước là đại diện chủ sở hữu về đất đai

Mục 2- Quản lý nhà nước về đất đai

Mục 3- Quyền và nghĩa vụ của công dân đối với đất đai

Chương III: Quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất

Mục 1- Quy định chung

Mục 2- Quyền và nghĩa vụ của tổ chức trong nước sử dụng đất

Mục 3- Quyền và nghĩa vụ của cá nhân,

⁵ Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi), <https://xaydungchinhsach.chinhphu.vn/toan-van-du-thao-luat-dat-dai-sua-doi-lay-y-kien-lan-hai-11923010312182186.htm>.

cộng đồng dân cư sử dụng đất

Mục 4- Quyền và nghĩa vụ của người Việt Nam định cư ở nước ngoài, tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao, tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài sử dụng đất

Mục 5- Điều kiện thực hiện các quyền của người sử dụng đất

Chương IV: Địa giới hành chính, điều tra cơ bản về đất đai

Mục 1- Địa giới hành chính, bản đồ địa chính

Mục 2- Điều tra, đánh giá đất đai

Chương V: Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất

Chương VI: Thu hồi đất, trưng dụng đất

Chương VII: Bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất

Mục 1- Bồi thường về đất, chi phí đầu tư còn lại vào đất

Mục 2- Bồi thường thiệt hại về tài sản, về sản xuất, kinh doanh

Mục 3- Hỗ trợ

Mục 4- Tái định cư

Chương VIII: Phát triển quỹ đất

Chương IX: Giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất

Mục 1- Giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất

Mục 2- Giao đất, cho thuê đất thông qua đấu giá quyền sử dụng đất, đấu thầu dự án có sử dụng đất và các trường hợp không đấu giá quyền sử dụng đất

Chương X: Đăng ký đất đai, cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất

Mục 1- Hồ sơ địa chính

Mục 2- Đăng ký đất đai, nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất

Mục 3- Cấp giấy chứng nhận quyền sử

dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất

Chương XI: Tài chính về đất đai, giá đất

Mục 1- Tài chính về đất đai

Mục 2- Giá đất

Chương XII: Hệ thống thông tin đất đai và cơ sở dữ liệu đất đai

Chương XIII: Chế độ sử dụng các loại đất

Mục 1- Thời hạn sử dụng đất

Mục 2- Chế độ sử dụng đất

Chương XIV: Thủ tục hành chính về đất đai

Chương XV: Giám sát; thanh tra, kiểm tra; giải quyết tranh chấp, khiếu nại, tố cáo và xử lý vi phạm pháp luật về đất đai

Mục 1- Giám sát, theo dõi và đánh giá việc quản lý, sử dụng đất đai

Mục 2- Thanh tra, kiểm tra, giải quyết tranh chấp, khiếu nại, tố cáo

Mục 3- Xử lý vi phạm pháp luật về đất đai

Chương XVI: Điều khoản thi hành.

1.2. Cách hiểu khái niệm “sở hữu toàn dân” và khái niệm “tài sản công”

“Sở hữu toàn dân” đối với đất đai ở nước ta bị Luật Đất đai năm 2013 và Dự thảo 2023 hiểu chưa chuẩn xác dẫn tới các quy định thiếu thỏa đáng về khoa học pháp lý.

Quy định của Hiến pháp năm 2013 (tại Điều 53) “Đất đai... là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý” chưa được Luật Đất đai năm 2013 và Dự thảo 2023 phân tích đầy đủ để thi hành. Tuy nhiên, cũng phải kể đến sự thiếu rành mạch trong quan niệm về “tài sản công” và sự thiếu lý giải cho thuật ngữ “sở hữu toàn dân” bởi Hiến pháp năm 2013 đã gây ra những hiểu lầm cho Luật Đất đai năm 2013 và Dự thảo 2023.

Về vấn đề này, tác giả cung cấp một số thông tin và bình luận sau:

- Từ thời La Mã cổ đại, người ta đã phân loại tài sản căn cứ vào việc “tài sản có thể được sở hữu bởi tư nhân hay không”. Sự phân loại này vẫn còn giữ nguyên trong hầu hết các bộ luật dân sự hiện hành của các nước trên thế giới, pháp luật của các quốc gia, thậm chí trong công pháp quốc tế hiện đại. *Cụ thể*, dựa vào đó, người ta chia tài sản thành các loại như sau:

(1) Tài sản chung (tiếng La tinh gọi là *res communes*- nay tiếng Anh gọi là “common property”);

(2) Tài sản công (*res publicae*- “public property”);

(3) Tài sản vô chủ (*res nullius*- “derelict property”)⁶.

“Tài sản chung” là những vật thuộc về tất cả mọi người mà không ai có thể chiếm hữu làm của riêng như không khí, nước chảy, biển... Ngày nay, không trung không thuộc chủ quyền của quốc gia nào cũng như biển cả được công pháp quốc tế xem là *res communes* (tài sản chung)⁷ và không quốc gia nào có thể chiếm thành của riêng. Còn “tài sản công” là như những tài sản thuộc về nhà nước như cầu cống, đường xá...

- Hiến pháp năm 2013 (tại Điều 53) tuyên bố “Đất đai... là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý” đã gây ra những khó khăn cho khoa học pháp lý từ việc hiểu chính xác đất đai thuộc loại “tài sản công” hay “tài sản chung” như cách phân loại ở trên.

Khi quy định về các hình thức sở hữu, Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng không có quy định nào giải thích cho khái niệm “sở

hữu toàn dân”, mà chép lại nguyên văn quy định tại Điều 53 Hiến pháp năm 2013 vào Điều 197 của Bộ luật Dân sự này.

Nhưng khi quy định quyền của cá nhân, pháp nhân đối với việc sử dụng, khai thác tài sản thuộc sở hữu toàn dân, thì Bộ luật Dân sự năm 2015 lại không có sự phân biệt về mặt khoa học pháp lý:

“**Điều 203.** *Quyền của cá nhân, pháp nhân đối với việc sử dụng, khai thác tài sản thuộc sở hữu toàn dân*

Cá nhân, pháp nhân được sử dụng đất, khai thác nguồn lợi thủy sản, tài nguyên thiên nhiên và các tài sản khác thuộc sở hữu toàn dân đúng mục đích, có hiệu quả, thực hiện đầy đủ nghĩa vụ đối với Nhà nước theo quy định của pháp luật”.

Tài sản thuộc sở hữu toàn dân theo Điều 53 Hiến pháp năm 2013 bao gồm: “Đất đai, tài nguyên nước, tài nguyên khoáng sản, nguồn lợi ở vùng biển, vùng trời, tài nguyên thiên nhiên khác và các tài sản do Nhà nước đầu tư, quản lý”. Trong số các tài sản liệt kê này, nguồn lợi ở vùng biển bao gồm cả nước biển, tấm biển, việc đi lại trên biển và dưới lòng biển gắn liền với và không thể tách rời vùng biển, mà về mặt khoa học pháp lý, biển được xem là tài sản chung không thể chiếm hữu làm của riêng. Loại tài sản này (cũng như vùng trời) khác hẳn với tài sản là các khoản đầu tư của Nhà nước trong các doanh nghiệp, bởi khi đưa một khoản tiền vào để thành lập công ty tức là phải chuyển quyền sở hữu khoản tiền đó cho công ty để đổi lấy các quyền lợi trong công ty như cổ phần, phần vốn góp (tài sản vô hình). Hoạt động đầu tư, góp vốn cho thấy khoản đầu tư, góp vốn đó bị chiếm hữu bởi Nhà nước hoặc công ty được góp vốn.

6 Andrew Borkowski & Paul du Plessis, Textbook on Roman Law, Third Edition, Oxford University Press, 2005, p. 154.

7 Julian G. Verplafse, International Law in Vertical Space- Air, Outer Space, Ether, Fred B. Rothman and Cy, USA, 1960, p.3.

Đất đai là một loại tài sản đòi hỏi phải được khai thác cho các mục đích khác nhau trong bất kỳ xã hội nào. Vì vậy, người ta mới sinh ra thuật ngữ “land use” (sử dụng đất) và “land cover” (bao phủ đất) trong quản lý đất đai. Yêu cầu chiếm hữu những thửa đất luôn được đặt ra khác với quản lý vùng biển, vùng trời.

Từ đó có thể suy ra, khái niệm “sở hữu toàn dân” theo pháp luật Việt Nam bao hàm luôn cả khái niệm “tài sản chung” và “tài sản công”. Tuy nhiên, “sở hữu toàn dân” là một khái niệm “không rõ nghĩa”, bởi “toàn dân” là một thuật ngữ không có tính xác định, trong khi chủ thể của quyền, nhất là quyền sở hữu, bị đòi hỏi có tính xác định.

Xương sống của quyền sở hữu là quyền loại trừ (exclusive right). Như vậy, trong “sở hữu toàn dân”, quyền loại trừ không rõ ràng.

Lưu ý rằng: Khái niệm “sở hữu toàn dân” hoàn toàn khác với khái niệm “tài sản chung” (*res communes*), bởi “tài sản chung” được quan niệm để loại trừ bất kỳ ai từ việc chiếm hữu những gì ở đó để làm của riêng. Còn “sở hữu toàn dân” có thể được hiểu là ai cũng là chủ sở hữu nhưng lại không phải là “đồng sở hữu” (với tính cách là một kỹ thuật pháp lý để giải quyết một vài trường hợp thực tế mà Bộ luật Dân sự của chúng ta gọi là “sở hữu chung”).

- Từ đó có những câu hỏi đặt ra là: *Phải hiểu như thế nào về “sở hữu toàn dân”? và “sở hữu toàn dân” có ý nghĩa gì?*

Để trả lời câu hỏi này, trước hết hãy tham khảo quan niệm này ở những nước XHCN hiện nay và những nước XHCN truyền thống. Ở Trung Quốc, người ta coi chế độ kinh tế XHCN có những hạt nhân chủ yếu được mô tả tại Điều 206 (đoạn 1), Bộ luật Dân sự Trung Quốc năm 2020 : “Nhà nước duy trì và hoàn thiện chế độ kinh tế

XHCN cơ bản, như chế độ sở hữu mà trong đó đa hình thức sở hữu cùng phát triển với hình thức sở hữu công làm trụ cột, chế độ phân phối mà trong đó có nhiều hình thức phân phối cùng tồn tại với chế độ phân phối theo lao động là nền tảng, cũng như chế độ kinh tế thị trường XHCN”. Để bảo đảm cho sự phát triển chế độ kinh tế XHCN cơ bản như quy định tại điều luật trên, tại Điều 246, Bộ luật Dân sự Trung Quốc năm 2020 quy định và giải thích khái niệm “sở hữu toàn dân” như sau:

“Khi một tài sản được quy định bởi pháp luật là thuộc quyền sở hữu của Nhà nước, thì tài sản đó thuộc về Nhà nước, ấy là, thuộc về toàn thể nhân dân.

Quyền sở hữu đối với tài sản nhà nước được thực hiện bởi Hội đồng Nhà nước⁸ nhân danh Nhà nước, trừ khi pháp luật có quy định khác”.

Các quy định này kế thừa các quy định của “Nguyên tắc Dân pháp” 1986. Tuy nhiên, bộ nguyên tắc này tuyên bố rõ ràng tại Điều 73 rằng: “Tài sản nhà nước được sở hữu bởi toàn thể nhân dân”. Như vậy “sở hữu công” được xem hay được gọi là “sở hữu toàn dân”, tức là đối tượng của quyền sở hữu đó là “tài sản công” (*res publicae-public property*), chứ không phải là “tài sản chung” (*res communes-common property*). Tài sản này có chủ sở hữu xác định là Nhà nước và quyền sở hữu của chủ sở hữu này có đầy đủ quyền loại trừ.

Tìm lại quan niệm này từ thời tồn tại của những nước XHCN truyền thống, chúng ta thấy đây chính là sự kế tục y nguyên của quan niệm truyền thống về “sở hữu toàn dân”.

Hiến pháp Xô-Việt 1918 được thông qua ngày 10/7/1918, hơn sáu tháng sau Cách mạng Tháng Mười Nga có tuyên bố

8. Có người gọi là Quốc vụ viện.

rõ ràng lập trường và quan niệm của Chính quyền Xô-Việt tại Chương 2, điểm 3 (a) và 3 (b) của Điều 1 như sau: “Ghi nhớ như một vấn đề cơ bản thủ tiêu chế độ người bóc lột người, sự thủ tiêu toàn bộ sự phân chia giai cấp, sự áp bức của giai cấp bóc lột, thiết lập xã hội xã hội chủ nghĩa, và chiến thắng của chủ nghĩa xã hội trên toàn thế giới, Hội nghị các Xô-Việt toàn Nga của các Đại biểu Công nhân, Binh sỹ, và Nông dân quyết nghị hơn nữa:

a. Nhằm mục đích thực hiện xã hội hóa đất đai, tất cả quyền tư hữu đất đai bị bãi bỏ, và tất cả đất đai được tuyên bố là tài sản quốc gia và sẽ được chia cho người cày mà không có bất kỳ sự đền bù nào cho các chủ sở hữu trước, trong phạm vi phù hợp với khả năng canh tác của mỗi người trên đó.

b. Tất cả rừng, quỹ đất, và nước dùng chung, tất cả những vật không kể sống hay vô tri, các trang trại kiểu mẫu và các doanh nghiệp nông nghiệp, được tuyên bố là tài sản quốc gia”.

Như vậy, ngay từ cuộc cách mạng XHCN đầu tiên, các tài sản bị xã hội hóa, hay công hữu hóa, quốc hữu hóa không phải để trở thành “tài sản chung” (*res communes*).

Đến giai đoạn XHCN phát triển, Hiến pháp năm 1977 (Hiến pháp cuối cùng của chế độ XHCN ở Liên Xô đã kế thừa và khẳng định chế độ kinh tế của Liên Xô được xây dựng trên nền tảng sở hữu XHCN đối với tư liệu sản xuất dưới hình thức tài sản nhà nước và tài sản tập thể (Điều 10). Hiến pháp này tuyên bố tại Điều 11 rằng: “Đất đai, khoáng sản, nước, và rừng là tài sản độc quyền của Nhà nước”.

Đến đây, chúng ta không thể không hiểu “sở hữu toàn dân” theo nghĩa của XHCN là một thuật ngữ mở rộng của “sở hữu nhà nước” mang nhiều ý nghĩa chính trị hơn là ý nghĩa kinh tế hay ý nghĩa pháp lý. Những

ý nghĩa chính trị của thuật ngữ “sở hữu toàn dân” có lẽ chỉ có thể được giải thích đầy đủ theo lý thuyết đấu tranh giai cấp (hòn đá tảng của chủ nghĩa Mác) và lý thuyết nhà nước một nửa nhà nước trong thời kỳ quá độ của chủ nghĩa xã hội. Những lý thuyết này đã được thể hiện phần nào đó trong các tuyên bố và các quy định tại Hiến pháp Xô-Việt 1918. “Toàn dân” qua đó phải được hiểu theo nghĩa giai cấp, có nghĩa là đại đa số nhân dân lao động. Và “sở hữu toàn dân” có lẽ phải được giải thích theo mục tiêu phục vụ nhân dân của nhà nước XHCN.

Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam chưa làm người ta hiểu đúng về “sở hữu toàn dân”. Điều 53 của Hiến pháp tuyên bố “Đất đai,... là tài sản công thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý”. Tuyên bố không rành mạch này dẫn đến vướng mắc trong việc thi hành Hiến pháp năm 2013 bởi các đạo luật có liên quan. *Chẳng hạn*: Luật Đất đai năm 2013 (tại Điều 4) chỉ quy định “Đất đai thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý”; và Dự thảo 2023 (tại Điều 13) cũng quy định như thế, bỏ qua việc xác định “**đất đai là tài sản công**” như Hiến pháp năm 2013. Lý do của việc Hiến pháp năm 2013 quy định như vậy có thể được suy diễn bởi: (1) cho rằng “tài sản công” là đối tượng của quyền “sở hữu toàn dân” hoặc (2) cố ý đẩy thuật ngữ “sở hữu toàn dân” cao lên để đạt mục đích chính trị trong khi vẫn muốn xác định bản chất thật của đất đai là “tài sản công”, tức tài sản thuộc quyền sở hữu của Nhà nước. Tuy nhiên, đoạn văn “... thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý” tại Điều 53 của Hiến pháp năm 2013 lại cho thấy lý do thứ nhất nêu trên mới đáng được quan tâm vì nếu Nhà nước đã là chủ sở hữu đối với đất đai rồi thì loại trừ bất kỳ ai khác.

Khi xây dựng Hiến pháp hay xây dựng luật, chúng ta cần xoáy vào bản chất pháp lý của vấn đề. Tán tụng về Hiến pháp 1977 trong thời kỳ cực thịnh của Liên Xô, cuốn sách giới thiệu chính thức về Hiến pháp này được xuất bản năm 1980 bằng tiếng Anh tại Nhà xuất bản Tiến bộ Mát-xcơ-va phóng bút như sau: “*Tài sản nhà nước* là tài sản chung của nhân dân Xô-Việt và được định nghĩa tại Điều 11 như một hình thức chủ yếu của tài sản xã hội chủ nghĩa. ... Các tư liệu sản xuất và lợi ích vật chất tạo thành tài sản nhà nước gồm có một kho tàng duy nhất được định đoạt bởi toàn dân. Điều này cho phép nhà nước quản lý kinh tế có hiệu quả và theo đuổi chính sách kinh tế có kế hoạch.

Kho tàng tài sản nhà nước duy nhất trước hết bao gồm những vật thể chủ yếu và quan trọng hơn hết: đất đai, khoáng sản, nước, và rừng. Những vật thể này chuyển cho các tổ chức, các hợp tác xã và các công dân chỉ để sử dụng, nhưng không phải là tài sản của họ⁹”.

Đoạn trích này cho thấy sự nhầm lẫn giữa khái niệm “tài sản công” (*res publicae*) với “tài sản chung” (*res communes*) do sự phóng bút tán tụng. Quan niệm “sở hữu toàn dân” được xem là đồng nhất với khái niệm “tài sản chung” bị bộc lộ ra qua những lời tán tụng đó, nhưng có vẻ như xa rời với khoa học pháp lý và chính bản văn Hiến pháp đang được tán tụng. Bóng dáng của những lời tán tụng này có thể được tìm thấy phần nào đó trong Điều 13 của Dự thảo 2023 với đoạn quy định: “Nhà nước trao quyền sử dụng đất cho người sử dụng đất theo quy định của Luật này. Quyền sử dụng đất là một loại tài sản và hàng hóa đặc biệt nhưng không phải là quyền sở hữu; quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất được pháp luật bảo hộ”.

- Luật Hành chính Đất đai Trung Quốc

1986 (tại Điều 2) khẳng định bản chất của vấn đề như sau: “Cộng hòa nhân dân Trung Hoa thực hiện công hữu XHCN đối với đất đai, ấy là, sở hữu toàn dân và sở hữu tập thể bởi nhân dân lao động.

Sở hữu toàn dân có nghĩa rằng quyền sở hữu đối với đất đai của Nhà nước được thực hiện bởi Hội đồng Nhà nước nhân danh Nhà nước”.

1.3. Tạo ra cơ chế “xin-cho” trong quản lý đất đai do thiếu phân tích chính xác về dịch quyền trên đất của người dân

Luật Đất đai năm 2013 đã tạo ra một cơ chế “xin- cho” liên quan tới trao quyền sử dụng đất do thiếu phân tích kỹ lưỡng, tỷ mỉ và chính xác về mối quan hệ giữa chủ sở hữu đất (Nhà nước) với người có quyền sử dụng đất (người thủ đắc quyền sử dụng đất).

Tác giả cho rằng, sự thiếu phân tích pháp lý về “tài sản công” và “sở hữu toàn dân” như đã nêu ở phần trên dẫn tới việc hình thành nhận thức về cơ chế “xin-cho” như vậy. Về vấn đề này, tác giả cung cấp thêm thông tin và bình luận như sau:

- Luật Hành chính Đất đai Trung Quốc 1986 quy định rõ tại Điều 2 rằng: “Nhà nước áp dụng, phù hợp với pháp luật, một chế độ sử dụng có đền bù đối với đất đai của Nhà nước với ngoại lệ liên quan tới quyền đối với việc sử dụng đất được cho phép bởi Nhà nước trong phạm vi các quy định của pháp luật”. Rõ ràng chỉ có ông chủ đất thật sự mới có được những quyền thống trị và tuyệt đối như vậy đối với vật (những thửa đất). Một người đại diện không thể có được quyền như vậy vì anh ta bị giới hạn ít nhiều bởi chủ sở hữu dù có giải thích ở bất kể góc độ nào, nhất là góc độ nhà nước pháp quyền.

Văn bản ủy quyền đầu tiên, quan trọng nhất và trên nhất là Hiến pháp. Nhưng Hiến

9 Boris Topornin, *The New Constitution of the USSR*, Progress Publishers Moscow, 1980 & 1987, Printed in the Union of Soviet Socialist Republics, p. 87.

pháp năm 2013 ở nước ta hiện không xác định rõ phạm vi của sự ủy quyền, thời hạn ủy quyền cũng như quyền và nghĩa vụ chủ yếu của người được ủy quyền trong mối quan hệ với người ủy quyền (nhân dân, đồng thời là người sử dụng đất). Vấn đề còn lại là Luật Đất đai năm 2013 có được xem là cụ thể hóa sự ủy quyền không? Nếu cụ thể hóa thì trong phạm vi nào thì được phép? Và Luật Đất đai năm 2013 có phải là một đạo luật mang tính hiến pháp không (một nguồn của luật hiến pháp)?

Khoa học pháp lý Việt Nam hiện chưa có câu trả lời cho những vấn đề này vì những quan niệm bất thường về “tài sản công” và “sở hữu toàn dân” không theo đúng nguyên lý của XHCN.

- Vì các lẽ nêu trên, cần xuất phát nghiên cứu từ vấn đề vật quyền để luận giải, bởi luật đất đai của Việt Nam không thể thoát ra khỏi mối quan hệ khách quan mà nó điều chỉnh- đó là quan hệ giữa người với vật (vấn đề vật quyền).

Bộ luật Dân sự Trung Quốc 2020 (tại Điều 207) có quy định như sau: “Các vật quyền của Nhà nước, của tập thể, của cá nhân, và những người khác thủ đắc vật quyền đều được bảo hộ bình đẳng bởi pháp luật và thoát khỏi sự vi phạm bởi bất kỳ tổ chức và cá nhân nào”.

Nguyên lý bình đẳng giữa các thành phần kinh tế đã được Đảng ta đề cao. Vậy, chúng ta không thể không đặt vấn đề bình đẳng trong việc bảo hộ các vật quyền (nhất là quyền sở hữu) của tư nhân, tổ chức và Nhà nước. Vì thế, chúng ta không thể đặt ra cơ chế “xin-cho” trong việc tiếp cận quyền sử dụng đất. Như một hệ quả, quan niệm hành chính về đất đai phải bị xếp hàng thứ yếu so với quan hệ tài sản (quan hệ dân sự). Ở nước ta, về thực chất chỉ có một chủ sở hữu đất đai là Nhà nước. Còn tất cả người dân, người nước ngoài và các tổ chức chỉ có dịch quyền

trên đất của Nhà nước.

Từ thời La Mã cổ đại, người ta đã phân biệt vật quyền thành hai loại là quyền trên vật của mình (tức là quyền sở hữu) và quyền trên vật của người khác (tức là quyền trên vật của một chủ sở hữu nào đó được gọi là dịch quyền ‘*servitude*’). Ở nước ta, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã quy định nhiều dịch quyền. Dịch quyền lớn nhất mà người dân có được trên đất của Nhà nước - đó là “quyền sử dụng đất”.

Câu hỏi đặt ra là làm thế nào mà người dân có được “quyền sử dụng đất”? Trả lời cho câu hỏi này phải tìm tới căn cứ làm phát sinh ra “quyền sử dụng đất” của người dân. Hiến pháp năm 2013, đến Luật Đất đai năm 2013 cũng như Dự thảo 2023 không gọi tên đúng vấn đề đúng với khoa học pháp lý mà quy định rằng: “Tổ chức, cá nhân được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận “quyền sử dụng đất” (Hiến pháp năm 2013, Điều 54, khoản 2). Đó chính là căn cứ làm phát sinh ra “quyền sử dụng đất” của người dân.

Vậy bản chất pháp lý của các căn cứ đó là gì? Trong khoa học pháp lý, người ta khái quát có ba căn cứ làm phát sinh hệ quả pháp lý (cụ thể trong trường hợp này là thủ đắc “quyền sử dụng đất”)- đó là hành vi pháp lý (hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương); sự kiện pháp lý (phát sinh ra hệ quả pháp lý ngoài ý chí của đương sự); và hiệu lực của pháp luật (phát sinh ra hệ quả pháp lý bởi ý chí của nhà làm luật).

Xét từ đây, tác giả cho rằng:

(1) ‘Giao đất’ và ‘cho thuê đất’ có bản chất là hành vi pháp lý bởi người dân có được ‘quyền sử dụng đất’ bởi ý chí của Nhà nước trong mối quan hệ bình đẳng với công dân về vật quyền như trên đã nêu. Việc vận hành của Nhà nước để có được ‘ý chí’ đó là công việc nội bộ của bộ máy nhà nước thuộc sự chi phối của luật hành chính.

(2) ‘Công nhận quyền sử dụng đất’ có bản chất là sự kiện pháp lý. Sự kiện đó có thể đã xảy ra trước khi xác lập chế độ “sở hữu toàn dân” về đất đai do chiếm hữu hoặc sở hữu theo chế độ đất đai trước kia.

Về nguyên lý, việc trao ‘quyền sử dụng đất’ có đền bù (dưới bất kỳ hình thức nào) hoặc không có đền bù thì mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân liên quan đều là quan hệ bình đẳng. Vì vậy, dẫn tới một vấn đề bồi thường khi chấm dứt quan hệ bình đẳng đó. Hiến pháp năm 2013 nhắc tới bồi thường khi thu hồi đất tại khoản 3 Điều 54. Tuy nhiên, bản chất pháp lý của khoản bồi thường đó là gì thì Luật Đất đai năm 2013 và Dự thảo 2023 chưa nhắc tới. Xét từ mối quan hệ giữa hai chủ thể bình đẳng là Nhà nước và người sử dụng đất, thì bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất là một chế tài áp dụng cho Nhà nước nếu xét từ hành vi pháp lý làm phát sinh ra ‘quyền sử dụng đất’. Vậy việc bồi thường cũng phải theo các điều kiện áp dụng chế tài bồi thường và cũng phải xác định thiệt hại để có mức bồi thường đủ để bù đắp thiệt hại. Và giải quyết tranh chấp phải theo con đường tư pháp. Vấn đề phức tạp đặt ra ở đây là thời hạn của “quyền sử dụng đất” không giống như thời hạn của quyền hưởng dụng theo luật dân sự truyền thống. Thời hạn của “quyền sử dụng đất” kéo dài không xác định do thừa kế... Tuy nhiên, phải thấy yếu tố ‘quyền sử dụng đất’ chỉ có thể chấm dứt bởi thu hồi đất trong những trường hợp thật đặc biệt liên quan đến an nguy quốc gia hoặc phát triển đất nước.

2. Kiến nghị

Việc thiếu xác định mô hình của hệ thống pháp luật nói chung và mô hình của từng đạo luật nói riêng khi xây dựng đang làm cho hệ thống pháp luật kém hiệu quả điều chỉnh các quan hệ xã hội theo các mục tiêu của Đảng đã đề ra, cũng như thiếu chuẩn

xác trong việc thể chế hóa đường lối của Đảng bằng pháp luật.

Việc xây dựng mô hình trước hết cần phải xác định tính chất pháp lý của quan hệ xã hội mà luật đó có nhiệm vụ điều chỉnh và các nguyên lý khách quan chi phối. Pháp luật về chuyển đổi mục đích sử dụng đất để khai thác thương mại là một lĩnh vực pháp luật liên quan tới cả luật công lẫn luật tư. Trong luật tư bao gồm cả vấn đề của luật dân sự và luật thương mại. Tóm lại, đây không phải là một lĩnh vực thuần nhất để có thể gói gọn trong một đạo luật mà phải cần tới nhiều đạo luật có tính chất khác nhau. Có điều, cần phải nhấn mạnh rằng, nếu như các đạo luật cùng có nhiệm vụ điều chỉnh vấn đề này mà có những mâu thuẫn, chòng chẹo sẽ gây cản trở cho việc thực hiện một cách có hiệu quả các mục tiêu kinh tế, xã hội đề ra.

Bởi vậy, tác giả kiến nghị:

(1) Tách quan hệ hành chính và quan hệ tài sản để chỉ xây dựng luật hành chính đất đai, còn trả lại quan hệ tài sản liên quan tới đất đai về cho luật dân sự, luật thương mại;

(2) Đi trước một bước sửa đổi Điều 53 và Điều 54 của Hiến pháp năm 2013 cho đúng với ý nghĩa thật của “sở hữu toàn dân” theo truyền thống cách mạng XHCN nhưng áp dụng phù hợp với xây dựng nền kinh tế thị trường nhân dịp sửa đổi Luật Đất đai năm 2013;

(3) Trên căn bản của kỹ thuật luật tư, sửa lại các đạo luật liên quan tới đầu giá tài sản, luật kinh doanh bất động sản, luật nhà ở, luật xây dựng...;

(4) Tăng cường vai trò của tư pháp trong xét xử các tranh chấp liên quan tới đất đai, kể cả các tranh chấp giữa Nhà nước và công dân trong việc giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất và thu hồi đất cũng như sử dụng đất không đúng mục đích..., và đồng thời phát triển án lệ liên quan ■

QUYỀN KHIẾU NẠI VÀ GIẢI TRÌNH CỦA ĐỐI TƯỢNG THANH TRA THEO LUẬT THANH TRA NĂM 2022

Bùi Thị Đào

PGS.TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Quyền khiếu nại, quyền giải trình, quyết định xử lý về thanh tra, đối tượng thanh tra, Luật Thanh tra.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 10/02/2023
Biên tập: 22/02/2023
Duyệt bài: 24/02/2023

Article Information

Keywords: The right to complaint, the right to explanation, decision on handling of the inspection; the inspected subjects; the Law on Inspection.

Article History:

Received: 10 Feb. 2023
Edited: 22 Feb. 2023
Approved: 24 Feb. 2023

Thanh tra là hoạt động xem xét, đánh giá việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, tổ chức, cá nhân (gọi chung là đối tượng thanh tra) và xử lý hoặc đề nghị cơ quan, người có thẩm quyền xử lý các đối tượng đó nếu phát hiện hành vi vi phạm pháp luật thông qua hoạt động thanh tra. Hoạt động thanh tra được tiến hành bởi cơ quan có thẩm quyền, theo thủ tục pháp luật quy định. Trên thực tế, qua thanh tra đã phát hiện, xử lý rất nhiều vi phạm pháp luật, góp phần tăng cường hiệu lực, hiệu quả quản lý nhà nước,

Tóm tắt:

Luật Thanh tra năm 2022 quy định đối tượng thanh tra có quyền khiếu nại các quyết định, hành vi trong hoạt động thanh tra; quyền giải trình về nội dung thanh tra. Tuy nhiên, Luật chưa quy định thực sự rõ ràng về đối tượng thanh tra và quyền giải trình mới chỉ được ghi nhận là một quyền của đối tượng thanh tra mà chưa có quy định cho việc thực hiện, bảo đảm quyền này. Pháp luật cần có quy định đầy đủ, cụ thể hơn để các quyền này thực sự có giá trị trong bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của đối tượng thanh tra.

Abstract:

The Law on Inspection of 2022 stipulates that inspected subjects have the right to complain about decisions and actions of inspection performance; the right to explain the contents of the inspection. However, the Law has not really clearly defined the subject of inspection and the right to accountability has only been recognized as a right of the inspected subject without any provisions for the exercise and guarantee of this right. The Law needs to have more sufficient and specific provisions for these rights to be really valid in ensuring the legitimate rights and interests of the inspected subjects.

bảo vệ quyền, lợi ích của nhà nước, của các cơ quan, tổ chức, cá nhân. Tuy nhiên, cũng như bất cứ hoạt động nào khác của con người, hoạt động thanh tra cũng có thể không đúng đắn, thiếu chính xác. Để bảo đảm giá trị tích cực của hoạt động thanh tra, đồng thời bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đối tượng thanh tra, Luật Thanh tra năm 2022 (Luật Thanh tra) quy định đối tượng thanh tra có quyền khiếu nại các quyết định, hành vi trong thanh tra, quyền giải trình về các vấn đề nhất định liên quan đến nội dung thanh tra.

1. Quyền khiếu nại của đối tượng thanh tra

Trong hoạt động thanh tra, các chủ thể có thẩm quyền trong thanh tra ban hành nhiều quyết định, thực hiện nhiều hành vi liên quan đến quyền, lợi ích của đối tượng thanh tra. Luật Thanh tra quy định đối tượng thanh tra có quyền khiếu nại các quyết định, hành vi đó nếu cho rằng các quyết định, hành vi đó trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Các quyết định, hành vi đó là quyết định hành chính, hành vi hành chính nên việc khiếu nại, giải quyết khiếu nại quyết định, hành vi trong thanh tra được áp dụng theo pháp luật về khiếu nại nói chung (Luật Khiếu nại năm 2011 và các văn bản có liên quan), song Luật Thanh tra cũng có một số quy định chi tiết về nội dung này, trong đó có đối tượng khiếu nại. Khoản 1 Điều 92 Luật Thanh tra quy định đối tượng thanh tra có quyền khiếu nại quyết định, hành vi của người tiến hành thanh tra trong quá trình thanh tra; khiếu nại quyết định xử lý về thanh tra. Như vậy, đối tượng khiếu nại gồm:

Một là, quyết định, hành vi của người tiến hành thanh tra trong quá trình thanh tra. Người tiến hành thanh tra gồm người ra quyết định thanh tra, Trưởng đoàn thanh tra và các thành viên khác của Đoàn thanh tra¹. Như vậy, đối tượng thanh tra được quyền khiếu nại đối với các quyết định, hành vi của người ra quyết định thanh tra, của Trưởng đoàn, các thành viên khác của Đoàn thanh tra trong quá trình thanh tra như: quyết định thanh tra; quyết định tạm giữ tài sản, giấy phép, chứng chỉ hành nghề; quyết định thu hồi tài sản của đối tượng thanh tra khi có

hành vi chiếm đoạt, sử dụng trái pháp luật; quyết định niêm phong tài liệu; quyết định kiểm kê tài sản; hành vi yêu cầu tổ chức tín dụng phong tỏa tài khoản của đối tượng thanh tra...

Hai là, quyết định xử lý về thanh tra. Khoản 15 Điều 2 Luật Thanh tra quy định: quyết định xử lý về thanh tra bao gồm quyết định của người tiến hành thanh tra để thực hiện quyền trong hoạt động thanh tra và quyết định của Thủ trưởng cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền, Thủ trưởng cơ quan thực hiện chức năng thanh tra để thực hiện kết luận thanh tra. Theo quy định này, có thể chia quyết định xử lý về thanh tra thành hai nhóm:

Nhóm thứ nhất: quyết định do người tiến hành thanh tra ban hành để thực hiện quyền trong hoạt động thanh tra. Có thể nói, nhóm này về cơ bản là trùng với các quyết định của người tiến hành thanh tra ban hành trong quá trình thanh tra đã nói ở trên. Bởi lẽ, các quyết định như quyết định thanh tra, quyết định tạm giữ tài sản, giấy phép, chứng chỉ hành nghề, quyết định thu hồi tài sản... vừa là quyết định do người tiến hành thanh tra ban hành trong quá trình thanh tra, vừa là quyết định được ban hành để các chủ thể đó thực hiện quyền trong hoạt động thanh tra.

Nhóm thứ hai: quyết định do Thủ trưởng cơ quan quản lý, Thủ trưởng cơ quan thực hiện chức năng thanh tra ban hành để thực hiện kết luận thanh tra.

Tuy nhiên, nếu theo các điều liên quan đến quyết định xử lý về thanh tra, như: Điều 11, 15, 19, 23, 27, 31 về thẩm quyền của các cơ quan thanh tra được quy định là “theo dõi, đôn đốc, kiểm tra việc thực

¹ Khoản 16 Điều 2 Luật Thanh tra năm 2022.

hiện kết luận, kiến nghị, quyết định xử lý về thanh tra”, hoặc Điều 7 về trách nhiệm phối hợp giữa cơ quan thực hiện chức năng thanh tra với cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan có trách nhiệm thực hiện yêu cầu, kiến nghị của cơ quan thực hiện chức năng thanh tra, quyết định xử lý về thanh tra, Điều 104 về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức quản lý trực tiếp đối tượng thanh tra, trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày công khai kết luận thanh tra phải thực hiện đầy đủ, kịp thời, đúng thời hạn quyết định xử lý về thanh tra, chỉ đạo đối tượng thanh tra thực hiện quyết định xử lý về thanh tra, áp dụng biện pháp theo thẩm quyền để giải quyết khó khăn, vướng mắc của đối tượng thanh tra trong quá trình thực hiện quyết định xử lý về thanh tra, hay Điều 105 về trách nhiệm của các cơ quan thanh tra theo dõi, đôn đốc, kiểm tra việc thực hiện quyết định xử lý về thanh tra của mình và của thủ trưởng cơ quan quản lý nhà nước cùng cấp thì dường như quyết định xử lý về thanh tra là quyết định được ban hành trên cơ sở kết luận thanh tra để xử lý hành vi vi phạm pháp luật, yếu kém về quản lý được phát hiện qua quá trình thanh tra. Nói cách khác, quyết định xử lý về thanh tra theo các quy định này chỉ là các quyết định thuộc nhóm thứ hai theo sự phân chia ở trên.

Bên cạnh đó, cùng với thuật ngữ *quyết định xử lý về thanh tra*, Luật còn sử dụng thuật ngữ *quyết định xử lý sau thanh tra*. Chẳng hạn, cũng là quyết định của Bộ trưởng, Điều 11 Luật Thanh tra nhắc đến quyết định xử lý sau thanh tra, Điều 15 là quyết định xử lý về thanh tra, hay Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh cũng có quyết định xử lý sau thanh tra ở Điều 11 và quyết định xử lý về thanh tra

ở Điều 23. Luật Thanh tra có giải thích quyết định xử lý về thanh tra tại khoản 15 Điều 2 nhưng không có quy định nào giải thích về quyết định xử lý sau thanh tra và cũng không có quy định về trách nhiệm thực hiện, đôn đốc, theo dõi việc thực hiện quyết định xử lý sau thanh tra. Nếu căn cứ vào thủ tục thanh tra được quy định tại Điều 49, Điều 50 của Luật Thanh tra, một cuộc thanh tra kết thúc khi kết luận thanh tra được ban hành. Như vậy, các quyết định ban hành trên cơ sở kết luận thanh tra và để thực hiện kết luận thanh tra có thể coi là quyết định xử lý sau thanh tra. Vấn đề đặt ra ở đây là *quyết định xử lý sau thanh tra* và *quyết định xử lý về thanh tra* chỉ là hai cách gọi của cùng một loại quyết định được ban hành trong hoạt động thanh tra hay là hai loại quyết định khác nhau. Nếu chỉ là một loại quyết định, thiết nghĩ Luật Thanh tra không nên dùng các thuật ngữ khác nhau để cùng chỉ về một vấn đề. Nếu là hai loại quyết định khác nhau thì quyết định nào là quyết định xử lý sau thanh tra, quyết định nào là quyết định xử lý về thanh tra và đối tượng thanh tra có quyền khiếu nại quyết định xử lý sau thanh tra không?

Từ những phân tích trên, có thể thấy đối tượng khiếu nại trong hoạt động thanh tra chưa rõ, vì:

- Qui định về đối tượng thanh tra trùng lặp: phần lớn các quyết định xử lý về thanh tra chính là quyết định của người tiến hành thanh tra ban hành trong quá trình thanh tra;
- Quyết định xử lý sau thanh tra không được qui định rõ là quyết định nào và hoàn toàn không thuộc đối tượng khiếu nại.

Việc xác định chính xác đối tượng khiếu nại có ý nghĩa rất quan trọng, vì nếu xác

định đối tượng khiếu nại thiếu hoặc không rõ ràng đồng nghĩa với việc người khiếu nại sẽ bị mất khả năng hoặc gặp khó khăn trong việc yêu cầu người có thẩm quyền bảo vệ quyền, lợi ích của mình bị xâm phạm bởi quyết định, hành vi của người có thẩm quyền. Để bảo đảm quyền khiếu nại của đối tượng thanh tra thì Luật Thanh tra cần quy định rõ ràng về đối tượng khiếu nại theo một trong hai cách sau:

Cách thứ nhất: nếu giữ nguyên quan niệm quyết định xử lý về thanh tra như trong Luật Thanh tra thì đối tượng khiếu nại gồm hành vi của người tiến hành thanh tra trong quá trình thanh tra và quyết định xử lý về thanh tra (vì quyết định xử lý về thanh tra đã bao hàm các quyết định của người tiến hành thanh tra trong quá trình thanh tra); đồng thời, Luật Thanh tra thống nhất sử dụng một thuật ngữ là quyết định xử lý về thanh tra, không sử dụng thuật ngữ quyết định xử lý sau thanh tra.

Cách thứ hai: sử dụng duy nhất một trong hai thuật ngữ là quyết định xử lý về thanh tra hoặc quyết định xử lý sau thanh tra để chỉ các quyết định được ban hành trên cơ sở kết luận thanh tra và để thực hiện kết luận thanh tra. Như vậy, thuật ngữ này có nghĩa khác với quyết định xử lý về thanh tra hiện đang sử dụng trong Luật Thanh tra. Theo đó, các quyết định được ban hành trong quá trình thanh tra để thực hiện hoạt động thanh tra như quyết định thanh tra, quyết định thu hồi tài sản... không nằm trong phạm vi khái niệm quyết định xử lý về (hoặc sau) thanh tra. Theo cách này, đối tượng khiếu nại

gồm các hành vi, quyết định của người tiến hành thanh tra trong quá trình thanh tra và các quyết định xử lý về (hoặc sau) thanh tra.

2. Quyền giải trình của đối tượng thanh tra

Trong các quan hệ pháp luật nói chung, nếu xét theo quyền và nghĩa vụ thì các quan hệ đều được xây dựng và thực hiện trên nguyên tắc bình đẳng về quyền và nghĩa vụ giữa các bên chủ thể đối với nhau. Tuy nhiên, xét cụ thể về từng khía cạnh thì trong rất nhiều quan hệ pháp luật có một bên ở thế yếu hơn so với bên còn lại. Người ở thế yếu không nhất thiết phải là người nghèo, người khuyết tật, người có hoàn cảnh đặc biệt khó khăn mà nói chung họ là người mà trong những hoàn cảnh giống nhau khi tham gia một quan hệ pháp luật họ gặp bất lợi hơn so với người khác². Trong quan hệ pháp luật hành chính nói chung, quan hệ thanh tra nói riêng, đối tượng thanh tra (bên phục tùng quyền lực nhà nước) luôn ở thế yếu hơn so với bên thanh tra (bên được sử dụng quyền lực nhà nước). Áp đặt ý chí của bên sử dụng quyền lực nhà nước đối với bên kia cũng là đặc trưng của quan hệ pháp luật hành chính. Để giảm thiểu sự chủ quan, quan liêu trong quan hệ pháp luật hành chính, nhiều trường hợp pháp luật quy định bên bị áp đặt ý chí có quyền giải trình về những vấn đề nhất định để bảo vệ quyền, lợi ích của mình. Điều 92 Luật Thanh tra quy định đối tượng thanh tra có quyền giải trình về vấn đề có liên quan đến nội dung thanh tra. Thông qua

2. Tường Duy Lương, Bảo đảm quyền lợi của người yếu thế trong quan hệ hợp đồng, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 21(397), tháng 11/2019; Đào Duy An, Chứng minh tính hợp pháp - Yếu tố cần thiết để bảo đảm quyền lợi của nhóm chủ thể yếu thế trong giao dịch dân sự về bất động sản, Tạp chí điện tử Luật sư Việt Nam, <https://lsvn.vn/chung-minh-tinh-hop-phap-yeu-to-can-thiet-de-bao-dam-quyen-loi-cua-nhom-chu-the-yeu-the-trong-giao-dich-dan-su-ve-bat-dong-san1669740630.html>.

việc giải trình, đối tượng thanh tra có thể cung cấp thêm thông tin, chứng cứ, làm rõ những khía cạnh khác nhau liên quan đến quá trình, kết quả thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn của mình liên quan đến nội dung thanh tra, nhất là khi thấy nhận định, kết luận thanh tra không phù hợp thực tế, gây bất lợi cho mình³. Mặc dù quyền giải trình là quyền đầu tiên trong 3 quyền của đối tượng thanh tra được quy định trong Điều này (cùng với quyền khiếu nại, quyền đòi bồi thường thiệt hại) nhưng trong toàn bộ nội dung của Luật Thanh tra không có quy định nào về việc thực hiện quyền giải trình, như: khi nào thì được giải trình, giải trình với ai, phương thức thực hiện quyền giải trình như thế nào, nếu người tiến hành thanh tra không tạo điều kiện cho đối tượng thanh tra thực hiện quyền giải trình thì có phải chịu trách nhiệm gì không...

Cùng với Điều 92 quy định về quyền giải trình thì Luật Thanh tra còn có các Điều 75, 80, 81, 82, 83 cũng quy định về giải trình, nhưng đó đều là quy định về quyền của người ra quyết định thanh tra, Trưởng đoàn thanh tra, thành viên khác của Đoàn thanh tra yêu cầu đối tượng thanh tra giải trình về vấn đề liên quan đến nội dung thanh tra. Tức là, giải trình trong các quy định này là nghĩa vụ của đối tượng thanh tra. Đối tượng thanh tra phải giải trình khi người tiến hành thanh tra yêu cầu. Trong khi đó, Điều 93 Luật Thanh tra quy định về các nghĩa vụ của đối tượng thanh tra thì không quy định đối tượng thanh tra có nghĩa vụ giải trình.

Từ đó có thể thấy, Luật Thanh tra dành

hẳn một điều quy định về nghĩa vụ của đối tượng thanh tra nhưng không có nghĩa vụ giải trình, trong khi rất nhiều quy định trong Luật này lại thể hiện giải trình là nghĩa vụ của đối tượng thanh tra. Ngược lại, trong điều quy định về quyền của đối tượng thanh tra có quy định rõ ràng đối tượng thanh tra có quyền giải trình nhưng trong toàn bộ nội dung của Luật này lại không có quy định về việc thực hiện và bảo đảm quyền giải trình.

Có thể nói, quyền giải trình của đối tượng thanh tra là cần thiết và nghĩa vụ giải trình cũng cần thiết, vì nghĩa vụ này giúp người tiến hành thanh tra đánh giá, kết luận nội dung thanh tra nhanh chóng, chính xác. Do vậy, Luật Thanh tra cần có cả các quy định về quyền và nghĩa vụ giải trình của đối tượng thanh tra, nhưng nên quy định một cách đồng bộ:

Thứ nhất, bổ sung nghĩa vụ của đối tượng “giải trình về nội dung thanh tra khi người tiến hành thanh tra yêu cầu” vào Điều 93.

Thứ hai, bổ sung các quy định về thực hiện quyền giải trình và bảo đảm quyền giải trình của đối tượng thanh tra, gồm: trường hợp được thực hiện quyền giải trình; phương thức thực hiện quyền giải trình; trách nhiệm tiếp nhận giải trình khi đối tượng thanh tra thực hiện việc giải trình; trách nhiệm của người tiếp nhận giải trình trong trường hợp cố tình cản trở việc thực hiện quyền giải trình hay không xem xét ý kiến giải trình dẫn đến hậu quả xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của đối tượng thanh tra ■

3 Nguyễn Ngọc Bích, Bảo vệ đối tượng thanh tra trong hoạt động thanh tra, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 17(465), tháng 9/2022.

XỬ LÝ VI PHẠM VỀ ĐĂNG KÝ DOANH NGHIỆP

Nguyễn Thị Thu Thủy

TS. Khoa Luật kinh tế, trường Đại học Ngân hàng TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Doanh nghiệp, đăng ký doanh nghiệp, xử lý vi phạm hành chính về đăng ký doanh nghiệp.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 14/11/2022

Biên tập: 16/12/2022

Duyệt bài: 18/12/2022

Tóm tắt:

Kinh doanh và thực hiện quyền tự do kinh doanh là quyền của công dân. Tuy nhiên, để quản lý hoạt động kinh doanh đối với các chủ thể kinh doanh, Nhà nước quy định doanh nghiệp phải thực hiện thủ tục đăng ký doanh nghiệp. Trong thời gian qua, nhiều doanh nghiệp đã lợi dụng thủ tục đăng ký doanh nghiệp lỏng lẻo, để thành lập nên những “doanh nghiệp ma” nhằm trốn thuế, kinh doanh ngành nghề bất hợp pháp, không chấp hành nghiêm chỉnh về thông báo thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp, gây ra nhiều thiệt hại cho đối tác, bạn hàng làm ảnh hưởng đến môi trường kinh doanh. Trong bài viết này, tác giả tập trung làm rõ vấn đề đăng ký doanh nghiệp, xử lý hành vi vi phạm về đăng ký doanh nghiệp, hậu quả pháp lý của hành vi vi phạm về đăng ký doanh nghiệp theo quy định của pháp luật hiện nay.

Article Information

Keywords: Enterprise; business registration; handling of administrative violations.

Article History:

Received: 14 Nov. 2022

Edited: 16 Dec. 2022

Approved: 18 Dec. 2022

Abstract:

Doing business and exercising freedom of business is the right of citizens. However, in order to manage business activities for business entities, the State stipulates that enterprises must carry out business registration procedures. In the past time, many businesses have taken advantage of the lax business registration procedures to establish “ghost businesses” to evade taxes, conduct illegal business, and do not strictly comply with the law, notice of changes in business registration content... causing a lot of damage to partners and customers, affecting the business environment. The article will focus on clarifying business registration issues, dealing with violations of business registration, and the legal consequences of violations on business registration in accordance with current law.

Hiện nay, cả nước có 125.821 doanh nghiệp đăng ký thành lập mới; số doanh nghiệp quay trở lại hoạt động 59.790 doanh nghiệp; doanh nghiệp tạm ngừng thực hiện kinh doanh là: 67.215 doanh nghiệp; số doanh nghiệp chờ làm thủ tục giải thể là 15.426 doanh nghiệp¹. Như vậy, “vòng đời của doanh nghiệp” từ khi doanh nghiệp được thành lập, cho đến khi chấm dứt sự tồn tại đều đặt dưới sự quản lý và giám sát của Nhà nước thông qua việc “đăng ký thành lập mới”; “đăng ký thay đổi những thông tin về doanh nghiệp.

1. Đăng ký thành lập doanh nghiệp, đăng ký thay đổi những thông tin về doanh nghiệp

1.1. Đăng ký doanh nghiệp

Tất cả các tổ chức, cá nhân đều có quyền thành lập, quản lý doanh nghiệp, được Nhà nước bảo hộ quyền này nếu không thuộc các trường hợp bị cấm. Do đó, khi nhà đầu tư có nhu cầu khởi sự thực hiện hoạt động kinh doanh chỉ cần chuẩn bị 01 bộ hồ sơ theo quy định của pháp luật tiến hành đăng ký tại cơ

¹ <https://dangkykinhdoanh.gov.vn>.

quan đăng ký kinh doanh (ĐKKD), qua dịch vụ bưu chính viễn thông, qua mạng đăng ký thông tin điện tử². Cơ quan ĐKKD xét tính hợp lệ của hồ sơ và cấp ĐKDN trong thời gian 03 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ. Trường hợp hồ sơ chưa hợp lệ, Cơ quan ĐKKD phải thông báo bằng văn bản nội dung cần sửa đổi, bổ sung cho người thành lập doanh nghiệp. Trường hợp từ chối ĐKDN thì phải thông báo bằng văn bản cho người thành lập doanh nghiệp và nêu rõ lý do³. Doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận ĐKDN khi đáp ứng đủ các điều kiện⁴: Ngành, nghề ĐKKD không bị cấm đầu tư kinh doanh; Tên của doanh nghiệp được đặt theo đúng quy định của pháp luật; Có hồ sơ ĐKDN hợp lệ; Nộp đủ lệ phí ĐKDN theo quy định của pháp luật về phí và lệ phí.

Giấy chứng nhận ĐKDN là giấy “khai sinh” ra một thực thể kinh doanh trên nền kinh tế thị trường, ghi nhận những thông tin về một doanh nghiệp, được Nhà nước bảo hộ, doanh nghiệp được quyền xác lập những giao dịch kinh doanh với đối tác, bạn hàng.

Bên cạnh đó, Luật Thương mại năm 2005 cũng chỉ công nhận cá nhân, tổ chức là thương nhân có ĐKKD⁵. Do đó, pháp luật Việt Nam không có thừa nhận thương nhân thực tế.

ĐKKD là một thủ tục hành chính “bắt buộc” đối với tất cả các loại hình doanh nghiệp, hộ kinh doanh⁶ theo trình tự, thủ tục nhất định. Hoạt động này được thực hiện bởi một bên là doanh nghiệp (chủ thể tham gia thủ tục hành chính); với một bên là cơ quan ĐKDN (cơ quan thực hiện thủ tục hành chính). Doanh nghiệp chủ động “đăng ký” nhu cầu khởi sự thực hiện hoạt động kinh doanh của mình. Thông qua việc ĐKDN để cơ quan quản lý

nhà nước đảm bảo quyền và lợi ích cho chính doanh nghiệp, những người góp vốn thành lập doanh nghiệp, cho bên thứ 3.

Dưới góc độ quản lý hành chính nhà nước, thông qua việc đăng ký thành lập doanh nghiệp, cơ quan ĐKDN thực thi quyền lực của Nhà nước ghi nhận sự ra đời của một loại hình kinh doanh, thực hiện quản lý nhằm mục tiêu phát triển kinh tế đất nước. Cơ quan ĐKDN không can thiệp, định hướng kinh doanh cho doanh nghiệp, mà doanh nghiệp được toàn quyền chủ động và quyết định kinh doanh lĩnh vực ngành nghề mà pháp luật không cấm; kinh doanh ở đâu? lựa chọn loại hình doanh nghiệp nào...?

1.2. Đăng ký thay đổi, thông báo thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp

Trong quá trình thực hiện kinh doanh, đảm bảo quyền tự do kinh doanh, doanh nghiệp được quyền chủ động thay đổi những nội dung đã ĐKDN với cơ quan ĐKDN. Tùy từng nội dung mà doanh nghiệp thay đổi, doanh nghiệp thực hiện thủ tục “đăng ký” hoặc thủ tục “thông báo”. Sự phân biệt này nhằm đơn giản hoá về thủ tục hành chính cho doanh nghiệp, cải cách môi trường đầu tư kinh doanh.

Khi doanh nghiệp thực hiện thủ tục “đăng ký thay đổi” là doanh nghiệp có nhu cầu thay đổi những thông tin trong Giấy chứng nhận ĐKDN như: tên doanh nghiệp, địa chỉ, trụ sở chính; thành viên, hoặc cổ đông công ty; người đại diện theo pháp luật, vốn điều lệ,... Đây là những nội dung quan trọng, trong hoạt động quản lý nhà nước đối với doanh nghiệp, nên doanh nghiệp bắt buộc phải đăng ký lại với cơ quan ĐKDN để doanh nghiệp được cấp lại Giấy chứng nhận ĐKDN mới.

2 Khoản 1 Điều 26 Luật Doanh nghiệp năm 2020 (Luật Doanh nghiệp).

3 Khoản 1 Điều 26 Luật Doanh nghiệp.

4 Điều 27 Luật Doanh nghiệp.

5 Khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại năm 2005 (Luật Thương mại).

6 Khoản 2 Điều 8 Luật Doanh nghiệp.

Hoạt động “thông báo thay đổi” đối với nội dung về ngành nghề kinh doanh, người đại diện theo uỷ quyền, thông tin cổ đông sáng lập của công ty cổ phần, thông tin người quản lý doanh nghiệp, thông tin đăng ký thuế, thay đổi tài khoản của ngân hàng⁷. Đây là những thông tin xảy ra đột xuất hoặc thường xuyên, không được ghi trong Giấy chứng nhận ĐKDN, tạo điều kiện cho doanh nghiệp dễ dàng thay đổi, chủ động trong kinh doanh, doanh nghiệp phải chịu trách nhiệm thông báo thay đổi nội dung ĐKDN trong một thời hạn mà luật định. Cơ quan ĐKDN, xét tính hợp lệ và thực hiện thay đổi nội dung ĐKDN trong thời gian 3 ngày. Trường hợp hồ sơ chưa hợp lệ, Cơ quan ĐKKD phải thông báo bằng văn bản nội dung cần sửa đổi, bổ sung cho doanh nghiệp. Trường hợp từ chối sửa đổi, bổ sung thông tin theo nội dung thông báo thay đổi ĐKDN thì phải thông báo bằng văn bản cho doanh nghiệp và nêu rõ lý do⁸.

Thực hiện cơ chế “tiền kiểm” sang “hậu kiểm” nên cơ quan ĐKDN chỉ ghi nhận những thay đổi của doanh nghiệp. Doanh nghiệp phải có ý thức và trách nhiệm về mọi hành vi kinh doanh của mình. Trước những nội dung cần “đăng ký” hoặc “thay đổi” doanh nghiệp xác định, sau đó có nghĩa vụ thực hiện theo trình tự thủ tục mà pháp luật quy định trong một khoảng thời gian nhất định. Pháp luật Việt Nam đã tạo cơ chế “trao quyền” cho các doanh nghiệp, đảm bảo quyền tự do kinh doanh, cơ chế thông thoáng, tạo lập môi trường kinh doanh thuận lợi, giúp các doanh nghiệp dễ dàng hơn trong hoạt động kinh doanh của mình.

1.3. Vi phạm về đăng ký thành lập doanh nghiệp và đăng ký thông báo thay đổi nội dung đăng ký doanh nghiệp

Doanh nghiệp phải có trách nhiệm, đăng

ký thành lập doanh nghiệp và đăng ký thông báo thay đổi nội dung ĐKDN. Đây là nghĩa vụ bắt buộc, doanh nghiệp không thực hiện sẽ làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của chủ thể khác, xâm phạm vào lĩnh vực quản lý kinh tế mà Nhà nước bảo vệ.

Doanh nghiệp được toàn quyền quyết định về mọi hoạt động kinh doanh của mình, nên doanh nghiệp vi phạm thì phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về hành vi của mình. Việc doanh nghiệp vi phạm đăng ký thành lập doanh nghiệp và đăng ký thông báo thay đổi nội dung ĐKDN là hành vi vi phạm về hành chính, mà không phải là tội phạm và theo quy định của pháp luật phải bị xử phạt vi phạm hành chính (VPHC)⁹.

Đối với lĩnh vực đăng ký thành lập doanh nghiệp và đăng ký thông báo thay đổi nội dung ĐKDN, chủ thể của VPHC là các loại hình doanh nghiệp thực hiện hành vi trái quy định của pháp luật bằng những hành vi hành động hoặc không hành động như, “không đăng ký”; “không thông báo” hoặc “thực hiện không đúng”, với những phương thức, thủ đoạn khác nhau xâm phạm tới các quan hệ kinh tế mà Nhà nước cần phải bảo vệ, gây ra những thiệt hại về kinh tế, ảnh hưởng đến môi trường kinh doanh.

Đối với các loại hình doanh nghiệp tổ chức là “pháp nhân” thì hành vi VPHC do người đại diện, người được giao nhiệm vụ nhân danh tổ chức hoặc người thực hiện hành vi theo sự chỉ đạo, điều hành, phân công, chấp thuận của tổ chức và theo quy định của pháp luật phải bị xử phạt hành chính.

Đối với loại hình doanh nghiệp không có tư cách pháp nhân thì chủ thể VPHC ở loại hình doanh nghiệp đó sẽ là chủ doanh nghiệp. Người chủ doanh nghiệp là cá nhân thỏa mãn các điều kiện độ tuổi, năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Chủ sở hữu doanh

7 Điều 32 Luật Doanh nghiệp.

8 Khoản 4 Điều 31 Luật Doanh nghiệp.

9 Khoản 1 Điều 2 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Luật Xử lý vi phạm hành chính).

ng nghiệp khi thực hiện hành vi “không đăng ký thành lập” hoặc “không thông báo”, “thực hiện không đúng” hoàn toàn cố ý, thấy rõ hậu quả hành vi, mong muốn đạt được “lợi ích” khi thực hiện hành vi vi phạm đó.

Khách thể của hành vi VPHC “không đăng ký thành lập” hoặc “không thông báo”, “thực hiện không đúng” xâm phạm tới những quan hệ xã hội được Luật Doanh nghiệp và Nghị định về ĐKDN quy định nhưng các doanh nghiệp cố ý không thực hiện hoặc có thực hiện nhưng thực hiện không đúng đã gây ra những thiệt hại về kinh tế, môi trường kinh doanh.

a) Hành vi không đăng ký thành lập doanh nghiệp

Hành vi không đăng ký thành lập là hành vi bị cấm theo khoản 3 Điều 16 Luật Doanh nghiệp: “Hoạt động kinh doanh dưới hình thức doanh nghiệp mà không đăng ký hoặc tiếp tục kinh doanh khi đã bị thu hồi Giấy chứng nhận ĐKDN hoặc doanh nghiệp đang bị tạm dừng hoạt động kinh doanh”.

Ngoài ra, Điều 7 Luật Thương mại quy định: “*Thương nhân có nghĩa vụ ĐKKD theo quy định của pháp luật. Trường hợp chưa ĐKKD, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của pháp luật*”.

Như vậy, được coi là doanh nghiệp khi và chỉ khi, doanh nghiệp đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật, thương nhân có ĐKKD. Nhằm đảm bảo môi trường kinh doanh lành mạnh, pháp luật quy định về ĐKDN từ Luật Công ty năm 1990 đến Luật Doanh nghiệp năm 2020 và nhiều văn bản hướng dẫn thực hiện đã đơn giản hoá thủ tục thành lập rất nhiều, tạo điều kiện cho người dân dễ gia nhập thị trường.

b) Có đăng ký thành lập nhưng thực hiện không đúng

Lợi dụng sự “thông thoáng” của pháp

luật để thực hiện đăng ký thành lập “doanh nghiệp ma” hiện nay rất dễ dàng: Doanh nghiệp chỉ cần nộp đủ các thủ tục và điền đầy đủ các thông tin về ĐKDN trong hồ sơ đăng ký thành lập doanh nghiệp hoặc khai báo đầy đủ bằng hình thức đăng ký qua mạng nên dẫn đến xuất hiện tình trạng “doanh nghiệp ma” trên thị trường trong thời gian vừa qua. Hành vi vi phạm của doanh nghiệp khi thực hiện là mượn tên người tàn tật, người mất trí nhớ để thành lập doanh nghiệp, lợi dụng việc có được giấy tờ tùy thân của người khác, ĐKKD rất nhiều ngành nghề, thường xuyên thay đổi trụ sở kinh doanh của doanh nghiệp, thời gian hoạt động ngắn, sau khi thực hiện ‘hành vi lừa đảo’ xong rồi bỏ trốn, kê khai vốn điều lệ “khổng” nhưng số thuế phải nộp ít hoặc thuế giá trị gia tăng đầu ra nhỏ hơn giá trị gia tăng đầu vào.

Ví dụ về vụ việc có được giấy tờ tùy thân của người khác để thành lập doanh nghiệp: Vụ việc Công ty TNHH phát triển thương mại Phú Phát (Công ty Phú Phát), ĐKKD tại số 20/37 đường 27, phường Đông Hưng Thuận, quận 12, TP. HCM. Đăng ký góp vốn là 2 cô gái: Nguyễn Ngọc K.V (SN 1996, trú tại quận 4) làm giám đốc, Nguyễn Thị N.H (SN 1995, trú tại quận Phú Nhuận). Khi đến kiểm tra địa điểm ĐKKD, nhà chức trách không tìm thấy doanh nghiệp nào hoạt động ở đây¹⁰. Trước hành vi đó, cơ quan công an đã điều tra, tiến hành xác minh thì mới rõ cô K.V, cô N.H không hề hay biết công ty trên. Nguyễn Thị N.H cho biết, trước đây H. có nộp hồ sơ xin việc tại cơ sở Em Spa trên đường Nguyễn Cửu Vân, quận Bình Thạnh, H. sau đó nghỉ làm do việc không phù hợp, họ bị mất căn cước.

Phóng viên Báo Thanh niên đến Văn phòng công chứng C.A (đường Võ Văn Tần, Q.3) đề nghị sao y công chứng CMND thì một nhân viên nữ ở đây trả lời: “Phôtô hết chưa ạ? Có mang bản gốc là văn phòng sẽ

10 <https://tienphong.vn/canh-bao-lap-doanh-nghiep-ma-de-truc-loi>.

sao y chứng thực nhé”. Tương tự, nhóm phóng viên ghé tiếp Văn phòng công chứng P.X.T (đường Nguyễn Thị Minh Khai, Q.3), thì cũng được phản hồi tương tự¹¹.

Ví dụ về vụ việc thay đổi trụ sở kinh doanh: Khi kiểm tra tình hình kê khai, nộp thuế của doanh nghiệp, cơ quan thuế tại nhiều địa phương phát hiện hàng loạt doanh nghiệp không tồn tại ở nơi đã đăng ký trụ sở chính. Nhiều trường hợp người đứng tên chủ doanh nghiệp chỉ là lái xe ôm, nông dân được thuê làm chủ doanh nghiệp và thực tế không có hiểu biết về pháp luật. Hành vi của công ty TNHH Thương mại dịch vụ Diệu Tiên (Công ty Diệu Tiên, địa chỉ ở 66/8 đường Tái Thiết, phường 11, quận Tân Bình, TP. HCM) nhập lậu trên 2 tấn gà voi bị phát hiện vào đầu tháng 10/2016. Dù được cấp phép thành lập vào cuối năm 2015, nhưng tại địa chỉ đăng ký kinh doanh của công ty này lại không có công ty thực tồn tại¹².

Ví dụ về vụ việc thành lập doanh nghiệp nhằm mục đích bán hoá đơn để thu lợi: Trường hợp ông Trần Văn Đức (Trà Vinh) đứng ra thành lập 3 doanh nghiệp kinh doanh hàng nông lâm thủy sản gồm: Công ty TNHH MTV Thương mại Công Đức (tỉnh Trà Vinh), Công ty TNHH MTV Thương mại Hoàn Thành và Công ty TNHH Thương mại dịch vụ xuất nhập khẩu Chí Thiện (tỉnh Tiền Giang). Các công ty này không hoạt động mà chỉ in và bán hóa đơn VAT để thu lợi hoặc mua bán hàng hóa khống qua lại cho nhau nhằm khấu trừ hóa đơn “đầu ra” và “đầu vào”.

Một hình thức khác để bán hóa đơn là thành lập chuỗi doanh nghiệp ở nhiều địa phương khác nhau để cung cấp hóa đơn qua nhiều mắt xích trung gian. Có trường hợp mua bán hóa đơn qua 7 khâu. Các doanh

NGHIỆP Ở TỈNH ĐỒNG NAI NHƯ: Công ty TNHH Thiên Phúc Lộc, Công ty TNHH TMDV Phú Hưng Long, Chi nhánh Công ty TNHH TMDV Phú Hưng Long, DNTN Ân Hồng Phước, Công ty TNHH Trường An Phát Đạt. Với chiêu thức này, các doanh nghiệp trên đã rút ruột ngân sách qua việc khấu trừ thuế VAT tới 1.617 tỷ đồng¹³.

Trước những vụ việc trên, các doanh nghiệp không đăng ký thành lập xét về hậu quả của hành vi thì không đến mức phải bị truy cứu trách nhiệm hình sự, theo quy định của pháp luật thì bị xử phạt về hành chính. Tuy nhiên, thực tế cơ quan ĐKDN chỉ là cơ quan quản lý nhà nước về ĐKDN, ghi nhận sự ra đời của một loại hình kinh doanh. Ngoài ra, ĐKKD còn được thực hiện bằng hình thức qua mạng nên “kiểm soát” có thực hay không? Đăng ký rồi có thực hiện hoạt động kinh doanh ở tại trụ sở đã đăng ký hay không? Điều này vẫn còn đang bỏ ngõ. Bởi lẽ, việc doanh nghiệp “đăng ký thành lập” thực hiện tại cơ quan ĐKDN. “Cơ quan ĐKKD chịu trách nhiệm về tính hợp lệ của hồ sơ ĐKDN, không chịu trách nhiệm về những vi phạm pháp luật của doanh nghiệp xảy ra trước và sau khi ĐKDN”¹⁴, còn việc theo dõi quản lý thực hiện hoạt động kinh doanh tại địa phương nào thì chính quyền nơi đó quản lý.

c) Hành vi không thông báo nội dung hồ sơ đăng ký doanh nghiệp

Theo Điều 31 Luật Doanh nghiệp, khi doanh nghiệp có thay đổi về ngành nghề kinh doanh, cổ đông sáng lập, cổ đông là nhà đầu tư nước ngoài, nội dung khác trong hồ sơ ĐKDN thì doanh nghiệp phải có trách nhiệm thông báo thay đổi nội dung ĐKDN trong thời hạn 10 ngày kể từ ngày có thay đổi. Doanh nghiệp có nghĩa vụ nộp lệ phí và

11 <https://thanhnien.vn/thoi-su/lo-hong-hinh-thanh-cong-ty-ma>.

12 <https://tienphong.vn/canh-bao-lap-doanh-nghiep-ma-de-truc-loi>.

13 <https://tienphong.vn/nhieu-doanh-nghiep-ma-rut-ruot-ngan-sach>.

14 Khoản 3 Điều 4 Nghị định số 01/2021/NĐ-CP.

gửi Giấy đề nghị công bố nội dung ĐKDN tới phòng ĐKKD, nơi doanh nghiệp đã đăng ký để thông báo công khai trên Cổng thông tin quốc gia về ĐKDN trong thời gian 30 ngày. Phòng ĐKDN đăng tải nội dung mà doanh nghiệp có nhu cầu thay đổi trên Cổng thông tin quốc gia về ĐKDN.

Hiện nay, trên website của Cơ quan ĐKDN, công bố công khai danh sách các doanh nghiệp vi phạm về nghĩa vụ Thông báo. Ngoài việc, công bố công khai, cơ quan ĐKDN cũng gửi giấy Thông báo nhắc nhở cho các doanh nghiệp chấp hành nghiêm chỉnh ý thức thực hiện nghĩa vụ Thông báo thay đổi nội dung ĐKDN. Đối với từng hành vi vi phạm, có doanh nghiệp vi phạm nghĩa vụ thông báo chỉ bị xử phạt hành chính còn có những trường hợp vi phạm mức độ nghiêm trọng hơn thì bị thu hồi Giấy chứng nhận ĐKDN.

Ví dụ: Công ty TNHH Doanh nghiệp xã hội H-A-O có địa chỉ tại Tầng 2, Tòa nhà 25T2, Lô N05, đường Trần Duy Hưng, Phường Trung Hoà, Quận Cầu Giấy, Hà Nội có người đại diện theo pháp luật là Mai Thanh Hà, Số 6 ngách 117/71 phố Thái Hà, Phường Trung Liệt, Quận Đống Đa, Thành phố Hà Nội, Việt Nam; thuộc trường hợp doanh nghiệp vi phạm nghĩa vụ thông báo và bị thu hồi Giấy chứng nhận ĐKDN năm 2019¹⁵.

1.3. Xử lý vi phạm về đăng ký doanh nghiệp

Nhằm đảm bảo môi trường kinh doanh lành mạnh, khi doanh nghiệp vi phạm về ĐKDN, tùy theo hành vi vi phạm ở mức độ nào? Doanh nghiệp sẽ bị xử lý VPHC hoặc có dấu hiệu tội phạm thì bị truy cứu trách nhiệm hình sự.

- Đối với hành vi có ĐKKD nhưng không có thực hiện kinh doanh, UBND cấp huyện, quận nơi “doanh nghiệp ma” đó khai báo có thẩm quyền ra quyết định xử phạt từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng¹⁶. Sau khi nhận được báo cáo của UBND tại địa chỉ vi phạm đó, nếu quá 6 tháng, cơ quan ĐKKD không nhận được báo cáo giải trình thì theo quy định của pháp luật, cơ quan ĐKKD sẽ thu hồi Giấy chứng nhận ĐKKD. Hành vi vi phạm này được hiểu là một trong những hình thức chấm dứt tồn tại, hoạt động của doanh nghiệp vì doanh nghiệp không có hoạt động trong 6 tháng liên tục.

- Đối với hành vi cố ý giả mạo, kê khai không trung thực, không chính xác nội dung hồ sơ ĐKDN, mức phạt áp dụng cho doanh nghiệp từ 10.000.000 đồng đến 15.000.000 đồng¹⁷. Ngoài ra, doanh nghiệp còn bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả: Buộc đăng ký thay đổi và thông báo lại các thông tin doanh nghiệp đã kê khai không trung thực, không chính xác.

- Đối với hành vi vi phạm quy định về việc thông báo thay đổi nội dung ĐKDN thì bị phạt cảnh cáo hoặc tùy từng thời gian vi phạm cụ thể mức phạt từ 500.000 nghìn đồng đến 500.000.000 đồng. Ngoài ra, doanh nghiệp cũng bị áp dụng thêm biện pháp khắc phục hậu quả: Buộc thông báo đến Phòng ĐKKD cấp tỉnh về các nội dung theo quy định của pháp luật¹⁸.

- Đối với hành vi thành lập doanh nghiệp mà để thực hiện hành vi mua bán hoá đơn khống nhằm trốn tránh nghĩa vụ nộp thuế, tùy theo mức độ vi phạm có thể bị xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo Điều 203 BLHS năm 2015 đã được

15 <http://www.hapi.gov.vn/vi-VN/danh-s%C3%A1ch-doanh-nghi%E1%BB%87p-th%C3%B4ng-b%C3%A1o-vi-ph%E1%BA%A1m-thu%E1%BB%99c-tr%C6%B0%E1%BB%9Dng-h%E1%BB%A3p-thu-h%E1%BB%93i-th%C3%A1ng-10-2019>.

16 Điểm a khoản 1 Điều 29 Nghị định số 50/2016/NĐ-CP

17 Khoản 1 Điều 24 Nghị định số 50/2016/NĐ-CP.

18 Điều 31 Nghị định số 50/2016/NĐ-CP.

sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS) tội in, phát hành, mua bán trái phép hoá đơn chứng từ thu nộp toàn bộ ngân sách nhà nước.

Luật Xử lý VPHC quy định xử lý vi phạm trong hoạt động đầu tư kinh doanh thì bị xử phạt và áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả.

Từ Nghị Định số 155/2013/NĐ-CP đến Nghị định số 50/2016/NĐ-CP quy định về xử phạt hành chính trong lĩnh vực kế hoạch và đầu tư quy định vi phạm về ĐKDN, đăng ký thay đổi nội dung ĐKDN chịu một mức tiền phạt và bên cạnh đó còn bị áp dụng biện pháp bổ sung.

Nhiều ý kiến của các chuyên gia, người tiêu dùng, cộng đồng doanh nghiệp cũng cho rằng, mức phạt hiện nay “quá nhẹ” bởi hệ quả của nó để lại trong môi trường kinh doanh tác động tới lợi ích của các nhà đầu tư, quản trị công ty, quản lý về thuế đối với doanh nghiệp. Một người có thể thành lập nhiều công ty, trong đó có cả các “công ty ma”; hệ quả những “công ty ma” để lại là khoản nợ hợp đồng, nợ lương người lao động, nợ bảo hiểm xã hội mà hình thức chỉ dừng lại ở mức phạt hành chính là chưa hợp lý. Riêng đối với hành vi cố ý giả mạo trong hồ sơ ĐKDN thì bị thu hồi Giấy phép ĐKDN. Đây là hành vi có tính chất nghiêm trọng nên việc bị thu hồi Giấy phép ĐKDN là hợp lý.

Như vậy, căn cứ vào hành vi vi phạm “việc không đăng ký thành lập doanh nghiệp và đăng ký thay đổi với cơ quan ĐKDN”, ngoài việc áp dụng biện pháp là phạt tiền, doanh nghiệp khi có hành vi vi phạm còn bị áp dụng biện pháp phạt bổ sung để đủ sức răn đe đối với doanh nghiệp. Mức độ hậu quả không nghiêm trọng để phải truy cứu trách nhiệm hình sự cũng là bài học kinh nghiệm để doanh nghiệp có ý thức nghiêm túc trong việc chấp hành các quy định của pháp luật về ĐKDN tạo nên môi trường kinh doanh lành mạnh.

2. Kiến nghị giải pháp

- Một trong những nội dung của hồ sơ đăng ký thành lập doanh nghiệp mà cá nhân, tổ chức là phải có Bản sao giấy tờ tùy thân. Luật Căn cước công dân quy định Chứng minh nhân dân, Hộ chiếu, thẻ Căn cước công dân là giấy tờ tùy thân. Để tránh việc “mượn” giấy tờ tùy thân của người khác khai báo thành lập doanh nghiệp, Sở Kế hoạch và Đầu tư nên áp dụng hình thức kết nối trực tuyến bằng phần mềm với chính quyền địa phương nơi thường trú trong giấy tờ tùy thân đó xác nhận, chứng thực về nhân thân của người muốn đăng ký thành lập. Quy trình kết nối này đảm bảo sự chặt chẽ ngay từ khi kiểm tra hồ sơ thành lập doanh nghiệp, có sự xác nhận từ phía chính quyền địa phương, xác nhận nhân thân người thành lập doanh nghiệp, nhằm loại bỏ những “doanh nghiệp không chính chủ” ra khỏi môi trường kinh doanh ngay từ đầu.

- Thất chặt khâu “hậu kiểm” sau khi doanh nghiệp được thành lập, doanh nghiệp thực hiện hoạt động kinh doanh tại một địa điểm, chính quyền địa phương theo chức năng, nhiệm vụ của mình phải biết để thực hiện quản lý ngay từ khi doanh nghiệp được sinh ra đó. Tránh việc “doanh nghiệp ma” sinh ra và đăng ký thành lập tại địa điểm, mấy tháng sau không thấy doanh nghiệp này đâu. Bên cạnh đó, cần tăng cường sự giám sát từ phía chính quyền địa phương “theo dõi”; “kiểm tra” hoạt động của doanh nghiệp góp phần hoàn thiện quy trình quản lý doanh nghiệp thống nhất, loại bỏ những “doanh nghiệp ma” ra khỏi thị trường.

- Kể từ thời điểm doanh nghiệp được thành lập, doanh nghiệp được cấp mã số doanh nghiệp, mã số thuế; khi có sự thông báo từ phía chính quyền địa phương phản ánh về việc doanh nghiệp không thực hiện kinh doanh ở trên địa bàn một thời gian đến Sở Kế hoạch và Đầu tư, Sở sẽ thông báo kịp thời tới cơ quan thuế. Như vậy, sẽ tránh được

việc sau một thời gian mới biết, lúc này số tiền “nợ thuế” của doanh nghiệp cao, nhưng không chính xác, khi tập hợp làm báo cáo số tiền dư nợ thuế này là “ảo”.

- Đối với trường hợp doanh nghiệp thực hiện thay đổi trụ sở kinh doanh, cần quy định doanh nghiệp phải tiến hành đồng thời song song cả hai, vừa gửi hồ sơ thông báo đến cơ quan ĐKKD và cũng gửi tới cả cơ quan thuế để cơ quan thuế, nơi đến và đi giám sát được sự thay đổi của doanh nghiệp, nhằm tránh thất thu ngân sách của Nhà nước.

- Về mức độ xử phạt hành chính đối với doanh nghiệp đăng ký nhưng không thực hiện kinh doanh, mức phạt hiện nay cao nhất là 10.000.000 đồng, mức phạt này quá thấp. Bởi lẽ khi nhà đầu tư có nhu cầu thành lập doanh nghiệp, nhận thức rõ về hành vi của mình, nên việc thành lập ra doanh nghiệp, trừ những trường hợp bất khả kháng đối với doanh nghiệp một chủ, mà lại không kinh doanh thì cơ quan ĐKKD xem xét, còn đối với doanh nghiệp đồng chủ sở hữu mà lại không kinh doanh, thì không nên dừng lại ở mức độ xử phạt. Sau khi bị thu hồi Giấy chứng nhận ĐKDN, pháp luật về ĐKDN cũng cần có chế tài cấm đối với những cá nhân, tổ chức mà đăng ký rồi, không thực hiện kinh doanh, ảnh hưởng môi trường kinh doanh, thời gian bị cấm từ 3 -5 năm. Muốn tiếp tục thực hiện kinh doanh, thì phải chờ 3-5 năm sau.

- Đối với trường hợp cá nhân, tổ chức có hành vi cố ý giả mạo hồ sơ đăng ký thành lập doanh nghiệp, không nên áp dụng xử phạt mà cần áp dụng biện pháp thu hồi Giấy chứng nhận ĐKDN và “truy cứu trách nhiệm hình sự” về hành vi cố ý xâm phạm tới trật tự quản lý kinh tế của Nhà nước.

- Đối với hành vi không thông báo thay đổi nội dung ĐKDN, mức phạt cao nhất là 5.000.000 đồng. Đây là mức phạt thấp, việc thay đổi nội dung ĐKDN diễn ra thường xuyên phục vụ cho quá trình hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Do đó, cần tăng hình

thức xử lý theo số lần vi phạm, quá bao nhiêu lần thì tăng mức phạt, và áp dụng biện pháp mạnh như thu hồi Giấy chứng nhận ĐKDN.

- Tăng cường sự giám sát của cộng đồng xã hội, đối tác, bạn hàng phát hiện thấy doanh nghiệp không có địa điểm kinh doanh rõ ràng, thay đổi, di dời nhiều lần, ngành nghề kinh doanh đa dạng..., cần nâng cao cảnh giác tránh giao kết hợp đồng, gây thiệt hại cho doanh nghiệp.

- Tuyên truyền nhằm tăng cường ý thức của cá nhân, tổ chức khi nhận được lời mời hợp tác thành lập doanh nghiệp, tránh bị lợi dụng của kẻ xấu, góp vốn thành lập những “doanh nghiệp ma”; nâng cao ý thức chấp hành quy định của pháp luật về thông báo thay đổi nội dung ĐKDN, doanh nghiệp phải thực hiện thông báo đúng thời hạn với nội dung mà pháp luật quy định.

- Tăng cường hoạt động, kiểm tra, của chính quyền địa phương sở tại nơi doanh nghiệp đặt trụ sở chính, thực hiện kiểm tra và giám sát thường xuyên đối với hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp để từ đó có những thông báo kịp thời tới cơ quan kinh doanh và các cơ quan chuyên môn khác để có những biện pháp kịp thời xử lý.

- Tăng cường khâu “hậu kiểm”, phối hợp giữa các cơ quan quản lý nhà nước về hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, phát hiện và xử lý đối với “doanh nghiệp ma” kịp thời, loại bỏ những doanh nghiệp này ra khỏi môi trường kinh doanh.

- Tăng cường bồi dưỡng trình độ, nghiệp vụ, chuyên môn của cán bộ làm công tác ĐKDN, phát hiện thấy điều bất thường ngay từ khâu tiếp nhận hồ sơ. Trong thời gian 03 ngày, nhận biết, báo cáo kịp thời với cấp trên để xử lý đối với kẻ xấu có mưu đồ bất chính lợi dụng kẽ hở của pháp luật thành lập “doanh nghiệp ma”, gây ảnh hưởng xấu đến môi trường kinh doanh, thiệt hại về kinh tế cho đối tác, bạn hàng, thất thu ngân sách nhà nước ■

HỌC THUYẾT “QUẢ TRÊN CÂY ĐỘC” TRONG TƯ PHÁP HÌNH SỰ HOA KỲ VÀ KHUYẾN NGHỊ CHO VIỆT NAM

Võ Minh Kỳ*

Nguyễn Phương Anh**

*ThS. Kiểm sát viên Viện kiểm sát nhân dân quận Ninh Kiều, thành phố Cần Thơ

**ThS. Vụ pháp luật hình sự - hành chính, Bộ Tư pháp.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Học thuyết “quả trên cây độc”, tố tụng hình sự, tư pháp hình sự, nguyên tắc loại trừ chứng cứ, Hoa Kỳ.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 14/11/2022

Biên tập: 22/12/2022

Duyệt bài: 24/12/2022

Article Information

Keywords: The “Fruit of the Poisonous Tree” doctrine; criminal procedure; criminal justice; exclusionary rule; the United States of America.

Article History:

Received: 14 Nov. 2022

Edited: 22 Dec. 2022

Approved: 24 Dec. 2022

Tóm tắt:

Học thuyết “quả trên cây độc” là một trong các học thuyết nền tảng định hướng hoạt động thu thập chứng cứ trong việc điều tra vụ án hình sự, cũng như hoạt động đánh giá chứng cứ tại phiên tòa xét xử vụ án hình sự tại Hoa Kỳ. Giá trị lớn nhất của học thuyết này là bảo đảm sự thượng tôn pháp luật của lực lượng cảnh sát khi điều tra vụ án, đồng thời, bảo vệ các quyền cơ bản của người bị buộc tội. Trong bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích học thuyết “quả trên cây độc” trong tố tụng hình sự Hoa Kỳ, chỉ ra sự thiếu hụt quy định tương tự trong pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam và khuyến nghị cho Việt Nam.

Abstract:

The “Fruit of the Poisonous Tree” doctrine is one of the fundamental doctrines that orient the collection of evidence in the criminal investigation and the evaluation of evidence at the criminal trial hearing in the United States of America. The doctrine ensures that the police force always obeys the law when investigating the case, thereby protecting the accused’s fundamental rights. Within this article, the author present their studies and analysis of the “Fruit of the Poisonous Tree” doctrine in the US criminal justice system, points out the lack of similar provisions in Vietnam’s criminal procedure law, and also give out a number of recommendation for its application for Vietnam.

Trong tố tụng hình sự (TTHS), chứng cứ là một trong những chế định quan trọng nhất. Mọi vận động của con người trong thế giới khách quan đều để lại dấu vết, và chứng cứ trong vụ án hình sự là những dấu vết mà các hành vi phạm tội (hoặc chuẩn bị phạm tội) để lại trong thế giới khách quan sau khi sự việc đã xảy ra, được các bên trong vụ án hình sự dùng để tái hiện lại nội dung

vụ việc. Vì lẽ đó, chứng cứ, và các quy định xoay quanh như thu thập, bảo quản, đánh giá chứng cứ có giá trị quan trọng bậc nhất trong việc chứng minh tội phạm.

Một trong các thuộc tính của chứng cứ được thừa nhận ở hầu hết các nền tư pháp trên thế giới là tính hợp pháp của chứng cứ (*legality*), hay nói cách khác, việc thu thập chứng cứ có bảo đảm tuân thủ quy định của

pháp luật hay không. Việc thừa nhận hay loại trừ đối với chứng cứ có giá trị chứng minh cao, nhưng lại được thu thập theo cách trái luật đặt ra nhiều ý kiến khác nhau trên thế giới. Nếu thừa nhận chứng cứ bị thu thập trái phép, sẽ có thêm căn cứ chứng minh sự thật của vụ án, nhưng đồng thời cũng khuyến khích hành vi trái luật của lực lượng điều tra. Ngược lại, nếu từ bỏ chứng cứ đó, sự thật của vụ án có thể sẽ không bao giờ được khám phá đầy đủ, nhưng lại tránh rủi ro lạm quyền từ cơ quan tố tụng.

Tòa án Tối cao Hoa Kỳ đã lựa chọn phương án thứ hai, và học thuyết “quả trên cây độc” (nguyên văn “*Fruit of the Poisonous Tree*”) được lựa chọn vận dụng để điều chỉnh vấn đề trên. Theo đó, nếu trình tự thu thập chứng cứ không tuân thủ quy định pháp luật (cây đã bị nhiễm độc), thì các chứng cứ được thu thập cũng được xem là không hợp pháp (quả cũng bị nhiễm độc theo) và phải bị loại bỏ, không được sử dụng trước Tòa án. Điều này nhằm bảo đảm sự thượng tôn pháp luật của lực lượng cảnh sát khi điều tra vụ án, đồng thời, bảo vệ các quyền cơ bản của người bị buộc tội.

1. Học thuyết “quả trên cây độc” trong tư pháp hình sự Hoa Kỳ: nguyên tắc loại trừ chứng cứ

Học thuyết “quả trên cây độc” có thể hiểu đơn giản là nếu trình tự thu thập chứng cứ (được xem là thân cây) không tuân thủ quy định pháp luật (nghĩa là cây đã bị nhiễm độc), thì các chứng cứ được thu thập (quả của cây) cũng được xem là không hợp pháp

(quả cũng bị nhiễm độc theo). Có nghĩa là, nếu trình tự thu thập chứng cứ không hợp pháp, chứng cứ được thu thập cũng được xác định là không hợp pháp theo và bị loại trừ không được sử dụng. Sự loại trừ này diễn ra ở hai cấp độ.

Ở cấp độ thứ nhất, học thuyết này loại trừ các chứng cứ được tìm thấy, được thu thập được trực tiếp từ hành vi thu thập bất hợp pháp (tạm gọi là chứng cứ sơ phát)¹. Ví dụ, khi cơ quan điều tra khám xét nhà và tìm thấy bằng chứng phạm tội ở đó, nếu việc khám xét được xác định là trái luật, thì bằng chứng phạm tội tìm được cũng bị loại trừ theo. Hoặc nếu cơ quan tố tụng tiến hành lén lút thu âm tại nhà của đối tượng tình nghi phạm tội mà không có lệnh cho phép từ Tòa án thì nội dung ghi âm được sẽ không được sử dụng làm chứng cứ tại tòa.

Án lệ đặt nền móng cho mức độ thứ nhất của học thuyết này là Án lệ *Weeks v. United States* năm 1914. Trong vụ án này, Tòa án Tối cao Hoa Kỳ đã có những nỗ lực bảo vệ các quyền được bảo đảm bởi tu chính án thứ tư, từ đó thông qua quy tắc loại trừ. Tại vụ kiện này, bị cáo đã bị một cảnh sát bắt giữ tại ga Union ở thành phố Kansas, Missouri, nơi bị cáo đang làm việc. Điều đáng nói, cảnh sát thực hiện việc bắt giữ lại không có trát của tòa án. Không chỉ bắt giữ bị cáo, các cảnh sát khác đã đến nhà của bị cáo và vào nhà bị cáo để tìm kiếm chứng cứ nhưng lại không thông qua thủ tục hợp pháp. Các cảnh sát này đã vào nhà bị cáo thông qua việc hỏi chỗ cất chìa khóa từ người hàng xóm của bị

1 Hiện nay, trong các thuật ngữ pháp lý được sử dụng tại Việt Nam, chưa có thuật ngữ nào để mô tả sự khác biệt giữa chứng cứ ban đầu được thu thập trực tiếp từ các biện pháp thu thập chứng cứ, và chứng cứ sau này được thu thập dựa trên thông tin từ chứng cứ ban đầu đó. Trong bài viết, người viết dùng thuật ngữ “chứng cứ sơ phát” để chỉ nhóm chứng cứ ban đầu, và thuật ngữ “chứng cứ thứ phát” để chỉ nhóm chứng cứ phát sinh dựa trên thông tin của nhóm chứng cứ ban đầu. Thuật ngữ tương tự cũng đã từng được sử dụng trong bài nghiên cứu khác của người viết. Xem thêm Võ Minh Kỳ, “*Một số nguyên tắc đánh giá chứng cứ trong tố tụng tranh tụng và kiến nghị cho Việt Nam*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3 (359), 2018: tr.22-29.

cáo. Từ đó, họ khám xét phòng của bị cáo, chiếm giữ các giấy tờ và vật phẩm khác nhau và chuyển giao các tài liệu đó cho cơ quan khác. Điều đáng nói trong vụ án này là cả cảnh sát trưởng và các cảnh sát khác đều không có lệnh khám xét. Sau đó, Tòa án Tối cáo đã kết luận việc thu thập chứng cứ tại nhà bị cáo đã vi phạm trực tiếp các quyền hiến định của bị cáo, các chứng cứ được thu thập phải bị loại trừ, do đó không đủ chứng cứ buộc tội bị cáo và hủy bỏ kết quả phán quyết trước đó của tòa án². Sau phán quyết này, học thuyết “quả trên cây độc” đã được hình thành ở phạm vi cơ bản.

Ở cấp độ thứ hai, học thuyết này được mở rộng hơn. Theo đó, học thuyết này không chỉ cấm việc sử dụng các chứng cứ được thu thập bất hợp pháp để làm chứng cứ tại phiên tòa, mà còn cấm việc sử dụng thông tin từ các chứng cứ đó để tiếp tục tìm kiếm các chứng cứ khác. Nếu các chứng cứ được thu thập trực tiếp (chứng cứ sơ phát) từ quá trình thu thập trái phép tiết lộ các thông tin, tài liệu, chứng cứ khác thì các thông tin, tài liệu, chứng cứ này cũng sẽ bị loại trừ (chứng cứ thứ phát). Ví dụ, nếu Điều tra viên thực hiện hành vi bức cung hoặc dùng nhục hình để lấy lời khai của người bị tình nghi. Khi đó, hiển nhiên, lời khai sẽ bị loại trừ bởi vì việc dùng nhục hình là bất hợp pháp. Đồng thời, nếu lời khai đó tiết lộ các thông tin dẫn dắt Điều tra viên tới các chứng cứ, tài liệu, đồ vật khác thì các chứng cứ, tài liệu, đồ vật đó cũng sẽ bị loại trừ.

Tại vụ kiện *Silverthorne Lumber Co. v. United States* năm 1920³, hai quan chức

chính phủ đã thu giữ bất hợp pháp sổ sách và tài liệu công ty của bị cáo vì tình nghi về tội trốn thuế. Việc thu giữ này được thực hiện nhưng không có lệnh của Tòa án. Theo Án lệ tại vụ kiện *Weeks v. United States*, Tòa án nhận thấy rằng, nếu các nhà điều tra tìm thấy chứng cứ quan trọng để chứng minh hành vi phạm tội của bị cáo được thu thập bằng cách khám xét bất hợp pháp thì tòa án sẽ không chấp nhận chứng cứ này làm bằng chứng trong quá trình tố tụng. Sau đó, bị cáo đã xin được lệnh của tòa án và bảo đảm trả lại các tài liệu đã bị thu giữ. Tuy nhiên, trong khi thu giữ các tài liệu, cơ quan chức năng đã chụp ảnh chúng và sử dụng các bức ảnh đó để lấy trát đòi hầu tòa yêu cầu bị đơn xuất trình bản gốc tại phiên tòa. Không đồng ý giao ra bản gốc, bị cáo từ chối tuân thủ trát đòi hầu tòa và khởi kiện trên cơ sở rằng, nếu không có lần thu giữ trái phép đầu tiên, cơ quan chức năng sẽ không có cơ sở để xin trát mới từ Tòa án. Tuy nhiên, vì không tuân thủ trát đòi hầu tòa, bị cáo đã bị cáo buộc thêm tội danh khinh thường phiên tòa. Khi kháng cáo, Tòa án Tối cao cho rằng, Chính phủ không thể sử dụng các bức ảnh đã được thu thập để đòi hỏi trát đòi hầu tòa và lật ngược việc kết tội của bị cáo. Theo Tòa án, quyền của một công ty chống lại việc khám xét và thu giữ bất hợp pháp phải được bảo vệ ngay cả khi kết quả tương tự có thể đạt được một cách hợp pháp.

Từ nguyên tắc đã được thiết lập trong Án lệ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, đến năm 1939 Thẩm phán Tòa án tối cao Justice Frankfurter lần đầu tiên sử dụng cụm từ “*fruit of poisonous tree*” trong vụ *Nardone v. United States*⁴ vào năm 1939⁵.

2 *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

3 *Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920).

4 *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

5 “Fruit of the Poisonous Tree,” LII / Legal Information Institute, accessed November 13, 2022, https://www.law.cornell.edu/wex/fruit_of_the_poisonous_tree.

Trong vụ việc này, Tòa án cho rằng, lời khai được thu thập thông qua việc nghe lén bất hợp pháp của cơ quan tố tụng đã vi phạm Đạo luật Truyền thông năm 1934, và do đó, việc kết tội đã không được công nhận⁶. Tuy nhiên, vào giai đoạn này, học thuyết “quả trên cây độc” chỉ được áp dụng trong phạm vi tòa án liên bang, không áp dụng trong phạm vi tòa án các tiểu bang.

Đến vụ *Mapp v. Ohio* (1961), Tòa án tối cao đã đảo ngược quyết định của Tòa án bang Ohio. Vụ án nảy sinh vào năm 1957 khi cảnh sát ở Cleveland (thuộc bang Ohio) đã thực hiện việc khám xét nhà của Dollree Mapp và tiến hành một cuộc khám xét như đối với một nghi phạm đánh bom. Tuy nhiên, việc khám xét của cảnh sát dường như không hề được bảo đảm. Mặc dù không có nghi phạm nào được tìm thấy nhưng các cảnh sát đã phát hiện ra một số sách và tranh bị cáo buộc là “dâm dục và khiêu dâm”. Theo quy định của pháp luật bang Ohio, việc sở hữu sách và tranh dâm dục và khiêu dâm là hành vi bị cấm. Mapp bị kết tội vi phạm pháp luật dựa trên bằng chứng này. Xét xử vụ việc, Tòa án bang Ohio đã công nhận tính bất hợp pháp của cuộc khám xét nhưng vẫn giữ nguyên kết tội với lý do vụ kiện *Wolf v. Colorado* (1949)⁷ đã thiết lập rằng, các bang không bắt buộc phải tuân theo quy tắc loại trừ. Tuy nhiên, Tòa án Tối cao Hoa Kỳ vào ngày 19/6/1961 đã ra phán quyết (6–3) đảo ngược quyết định của Tòa án bang Ohio, trong đó quy định việc

bằng chứng thu được nếu vi phạm Tu chính án thứ tư của Hiến pháp Hoa Kỳ là không thể chấp nhận được tại các tòa án tiểu bang và nghiêm cấm việc “*khám xét và tịch thu không hợp lý*”⁸. Tại vụ kiện này, Tòa án đã kết hợp quy tắc loại trừ vào các yêu cầu về thủ tục tố tụng công bằng (*due process*) của tu chính án thứ mười bốn, có giá trị bắt buộc đối với các tiểu bang⁹. Từ đó, học thuyết “quả trên cây độc” được áp dụng thống nhất trong toàn bộ hệ thống tư pháp hình sự Hoa Kỳ, ở cả cấp độ tiểu bang và liên bang.

Nguồn gốc của học thuyết bắt nguồn từ Tu chính án thứ tư của Hiến pháp Hoa Kỳ. Theo đó, quyền của người dân được bảo đảm về con người, nhà cửa, giấy tờ và các tác dụng của họ, chống lại việc khám xét và thu giữ bất hợp lý, sẽ không bị vi phạm và không có trát nào được ban hành, nhưng có thể có nguyên nhân, được hỗ trợ bởi Lời thề hoặc sự khẳng định, và đặc biệt mô tả nơi được khám xét và những người hoặc vật sẽ bị thu giữ¹⁰. Và sau này tiếp tục mở rộng để bảo vệ quyền im lặng của Tu chính án thứ năm. Nguyên tắc hoạt động của học thuyết là mối quan hệ nhân quả (*causation*) giữa việc tìm kiếm bằng chứng và tính khả năng chứng minh của chứng cứ. Điều này có nghĩa là, nếu cơ quan TTHS không vi phạm luật thì sẽ không tìm thấy bằng chứng, và như vậy, cơ quan tiến hành tố tụng phải tìm kiếm bằng chứng bằng bất cứ giá nào, bao gồm cả việc thu thập chứng cứ một cách bất hợp pháp. Chính việc thu thập chứng cứ

6 IRALR, “The Doctrine Of ‘Fruit Of The Poisonous Tree’ And Its Implementation In India,” *Indian Review of Adv*, March 14, 2021, <https://www.iralr.in/post/the-doctrine-of-fruit-of-the-poisonous-tree-and-its-implementation-in-india>.

7 *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949).

8 *Mapp v. Ohio* | Definition, Summary, Date, & Facts | Britannica (U.S. Supreme Court June 19, 1961).

9 Editors, “Fruit of the Poisonous Tree-A Plea for Relevant Criteria,” 115 *University of Pennsylvania Law Review* 1136 (1967), p.1136, accessed November 11, 2022, https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol115/iss7/6.

10 “U.S. Constitution - Fourth Amendment | Resources | Constitution Annotated | Congress.Gov | Library of Congress,” accessed November 11, 2022, <https://constitution.congress.gov/constitution/amendment-4/>.

một cách bất hợp pháp đã làm chứng cứ mất đi tính chất chứng minh, và không còn giá trị chứng minh. Điều này giống với việc “*quả bị nhiễm độc*” (nguyên văn tiếng Anh là *tainted fruit*) bởi “chất độc” của cuộc tìm kiếm bất hợp pháp¹¹. Có thể hình dung, nếu hành vi thu thập chứng cứ là trái pháp luật (thân cây đã nhiễm độc), thì các chứng cứ được tìm thấy là hệ quả của hành vi thu thập chứng cứ trái pháp luật trên cũng đương nhiên không có giá trị pháp lý (quả của cây cũng bị nhiễm độc) và cũng phải bị loại trừ.

Mặc dù vậy, không phải mọi vụ án đều bị áp dụng quy tắc loại trừ. Tòa án chỉ xem xét áp dụng quy tắc này với tư cách là một biện pháp để kiểm soát hoạt động của phía cảnh sát chỉ khi có bằng chứng rõ ràng về hành vi trái pháp luật của cảnh sát. Do đó, khi tòa án áp dụng quy tắc loại trừ trong bất kỳ trường hợp cụ thể nào thường có nghĩa là trả tự do cho một cá nhân đã bị tuyên là có tội trước đó¹².

Học thuyết quả trên cây độc và nguyên tắc loại trừ tồn tại một số trường hợp ngoại lệ sau. Cụ thể, bằng chứng sẽ không bị loại trừ, cho dù việc thu thập bằng chứng đó là bất hợp pháp nếu rơi vào một trong các trường hợp sau đây. *Thứ nhất*, nếu bằng chứng được phát hiện từ một nguồn độc lập với hoạt động thu thập chứng cứ bất hợp pháp. *Thứ hai*, việc khám phá ra bằng chứng là sự kiện tất yếu, không thể tránh khỏi dù có hay không sự việc thu thập chứng cứ bất hợp

pháp. *Trường hợp thứ ba* là nếu mối quan hệ nhân quả giữa hoạt động bất hợp pháp và việc phát hiện ra bằng chứng là không rõ ràng. Ví dụ rõ nhất cho trường hợp này là nếu việc khám xét bất hợp pháp, thu thập các tài liệu dẫn đến tiết lộ tên của một nhân chứng, thì lời khai của nhân chứng này vẫn được xem là hợp pháp bởi “tên của một người làm chứng tiềm năng tự bản thân nó không có giá trị chứng cứ đáng kể, và bởi lẽ người làm chứng là một cá nhân độc lập với ý chí, trí nhớ, nhận thức, lý trí của riêng anh ta sẽ tự định đoạt việc cho lời khai”¹³ nên lời khai của người làm chứng này với việc khám xét bất hợp pháp nêu trên không có mối quan hệ nhân quả rõ rệt.

Một ngoại lệ khác cũng được sử dụng là sự thiện chí (*good faith*) của cơ quan có thẩm quyền. Điều này tức là, trong trường hợp tòa án tin tưởng một cách hợp lý và thiện chí rằng cơ quan tố tụng đang hành động theo thẩm quyền pháp lý, chẳng hạn như dựa vào lệnh khám xét, tuy nhiên sau đó lệnh khám xét lại được phát hiện có khiếm khuyết về mặt pháp lý, thì bằng chứng bị thu giữ bất hợp pháp có thể được chấp nhận theo quy tắc này. Một số án lệ điển hình của việc áp dụng nguyên tắc thiện chí này có thể kể tới như vụ *Arizona v. Evans, Davis v. U.S.*, và *Illinois v. Krull*¹⁴. Nói cách khác, khi cảnh sát hành động có thiện chí và chỉ vi phạm các quy định về mặt kỹ thuật mặc dù cảnh sát đã có hành vi xâm hại một số quyền của bị cáo, dù là cố ý hay cầu thả¹⁵.

11 Mark A. Lemley, “The Fruit of the Poisonous Tree in IP Law,” SSRN Scholarly Paper (Rochester, NY, November 9, 2016), p. 1, <https://doi.org/10.2139/ssrn.2867099>.

12 Anthony G. Amsterdam, Search Seizure and Section 2255, 112 University of Pennsylvania Law Review 378 (1964), p. 389, accessed November 11, 2022, https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol112/iss3/2.

13 Smith v. United States, 324 F. 2d 879 (D.C. Cir. 1963), cert. denied, 377 U.S. 954 (1964), p. 881.

14 “Good Faith Exception to Exclusionary Rule,” LII / Legal Information Institute, accessed November 13, 2022, https://www.law.cornell.edu/wex/good_faith_exception_to_exclusionary_rule.

15 Brown v. Illinois, 422 U.S. 590 (1975), p. 611-12.

Học thuyết “quả trên cây độc” được cho là hướng tới các mục đích cụ thể sau. Một là, ngăn chặn việc tòa án sẽ trở thành đồng phạm với lực lượng hành pháp trong việc bắt tuân theo Hiến pháp, vi phạm quyền con người. Hai là, học thuyết là sự bảo đảm của Chính phủ với người dân rằng cơ quan công quyền sẽ không thu lợi từ hành vi trái pháp luật của mình. Mục đích thứ ba, cũng chính là mục đích quan trọng nhất của quy tắc loại trừ, đó là ngăn chặn các hành vi bất hợp pháp có thể xảy ra trong tương lai của lực lượng cảnh sát¹⁶. Với việc loại bỏ bất kỳ lợi ích nào có được của các cơ quan thực thi pháp luật, quy tắc loại trừ hướng tới việc ngăn chặn các hành vi trái pháp luật của họ. Các nhà làm luật không hy vọng có thể ngăn chặn được tất cả các cuộc khám xét và bắt giữ bất hợp pháp, nhưng việc áp dụng quy tắc loại trừ sẽ buộc các sĩ quan cảnh sát và các quan chức truy tố tuân thủ luật để bảo đảm các chứng cứ buộc tội không bị hủy hoại¹⁷. Học thuyết này được áp dụng nhằm ngăn chặn việc cơ quan có thẩm quyền sử dụng các phương pháp, cách thức trái pháp luật, cho dù mục đích của các hành vi trái pháp luật này là chứng minh tội phạm. Nhằm ngăn chặn các hành vi trái pháp luật này, luật TTTHS Hoa Kỳ quy định quy tắc loại trừ phải được áp dụng không chỉ cho bằng chứng bị thu giữ do kết quả trực tiếp của

một hành vi bất hợp pháp, mà còn cho bất kỳ bằng chứng nào khác được phát hiện cuối cùng do hành vi đó¹⁸.

Một nền tư pháp hình sự tốt luôn cố gắng tránh việc bỏ lọt tội phạm, và kết án oan người vô tội. Tuy nhiên, đây lại là hai giá trị đối nghịch với nhau. Không có cách nào làm giảm tỷ lệ bỏ lọt tội phạm mà lại không làm gia tăng khả năng kết án oan người vô tội, và ngược lại. Mỗi khi chúng ta khiến việc kết án một tội phạm trở nên dễ dàng hơn, thì cũng đồng nghĩa với việc chúng ta gia tăng khả năng kết án oan một người vô tội¹⁹.

Nếu chúng ta cho phép cơ quan tố tụng sử dụng các biện pháp trái luật để thu thập chứng cứ có giá trị chứng minh, không có gì bảo đảm rằng các cơ quan tố tụng sẽ không lạm dụng quyền lực đó để nguy tạo chứng cứ làm sai bản chất vụ án, làm oan người vô tội hoặc bỏ lọt tội phạm. Mặt khác, nếu chúng ta cho phép các cơ quan tố tụng vi phạm pháp luật trong hoạt động của mình, thì cũng không có gì bảo đảm rằng sự vi phạm đó chỉ giới hạn trong hoạt động thu thập chứng cứ mà không tiến đến các hoạt động khác và xâm phạm nghiêm trọng đến các quyền con người. Cần phải nhớ rằng, lực lượng cảnh sát điều tra là một lực lượng chính quy, đào tạo bài bản, nếu chấp thuận hành vi trái luật của lực lượng này trong một vài trường hợp đơn lẻ, cũng dễ dẫn đến

16 David K. Gruver, “Criminal Procedure, Constitutional Law - Applying the Fruit of the Poisonous Tree Doctrine to Evidence Obtained through Statements Made without Proper Miranda Warnings - *Stamper v. State*,” *Land & Water Law Review*: Vol. 19 : Iss. 1 , 1984, p. 273, accessed November 11, 2022, https://scholarship.law.uwyo.edu/land_water/vol19/iss1/15.

17 Xem tại *People v. Cahan* (1955) 44 Cal.2d 434, 282 P.2d 905, đoạn 448, accessed November 11, 2022, <https://casetext.com/case/people-v-cahan>.

18 Melanie J. Strigel, *Criminal Procedure—Scope of the Exclusionary Rule—Inevitable Discovery Exception Adopted*, 4 *UALR Law Review* 551 (1981), p.551-552, accessed November 11, 2022, <https://lawrepository.ualr.edu/lawreview/vol4/iss3/9>.

19 Alan M. Dershowitz, *Reasonable Doubts: The Criminal Justice System and the O.J. Simpson Case*, Reprint edition, New York: Simon and Schuster, 1997, p. 199.

sự học hỏi, áp dụng của toàn bộ lực lượng trong mọi trường hợp khác bởi tính đồng bộ của toàn hệ thống.

Có thể thấy, học thuyết “quả trên cây độc” được sinh ra để triệt tiêu động lực của các hành vi vi phạm pháp luật của cơ quan tiến hành tố tụng trong quá trình thu thập bằng chứng. Học thuyết bảo đảm sự tuân thủ pháp luật, tính liên chính của cơ quan buộc tội và bảo vệ quyền con người của người bị tình nghi, người bị buộc tội.

2. Quy định về đánh giá chứng cứ trong tố tụng hình sự Việt Nam: sự thiếu hụt quy định trong việc loại trừ chứng cứ thứ phát

Hiến pháp năm 2013 lần đầu tiên quy định về nguyên tắc giới hạn quyền con người nhằm ngăn ngừa sự tùy tiện của Nhà nước, thể hiện bước tiến lớn trong tư duy lập hiến,²⁰ theo đó “Quyền con người, quyền công dân *chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật* trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”²¹.

Trong TTHS, các cơ quan tiến hành tố tụng được trao rất nhiều quyền năng để tiến hành các hoạt động thu thập chứng cứ trong các giai đoạn khởi tố, điều tra, truy tố, và xét xử nhằm làm sáng tỏ sự thật của vụ án. Các hoạt động này đa phần đều ảnh hưởng trực tiếp hoặc gián tiếp đến các quyền tự do cá nhân. Do đó, dưới tinh thần của Hiến pháp năm 2013, Bộ luật TTHS năm 2015 đã có những quy định cơ bản về chứng cứ và việc loại trừ chứng cứ được thu thập bất hợp pháp nhằm bảo đảm

quyền con người, ngăn chặn sự xâm phạm từ cơ quan tố tụng.

Điều 86 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định khái niệm về chứng cứ. Quy định này về cơ bản đã kế thừa tinh thần của khoản 1 Điều 64 Bộ luật TTHS 2003 để định nghĩa về chứng cứ và các thuộc tính của chứng cứ gồm ba thuộc tính cơ bản, bao gồm: tính khách quan, tính hợp pháp, và tính liên quan. Trong đó, tính hợp pháp có nghĩa là “*được thu thập theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định*”.

Quan trọng hơn, so với Bộ luật TTHS năm 2003 thì Bộ luật TTHS năm 2015 đã nhấn mạnh đến tính hợp pháp khi quy định rõ việc loại trừ chứng cứ nếu thiếu thuộc tính này bằng quy định “*Những gì có thật nhưng không được thu thập theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định thì không có giá trị pháp lý và không được dùng làm căn cứ để giải quyết vụ án hình sự*”²². Quy định này là một bước tiến mới trong nhận thức của cơ quan lập pháp Việt Nam trong việc bảo đảm quyền con người, quyền công dân trong TTHS. Bởi lẽ, quy định này đã thúc đẩy động lực tuân thủ theo trình tự, thủ tục do luật định trong hoạt động thu thập chứng cứ của cơ quan tiến hành tố tụng để có thể sử dụng các chứng cứ đó nhằm giải quyết vụ án. Nếu mọi hoạt động thu thập chứng cứ đều được thu thập tuân theo trình tự, thủ tục luật định, thì các hoạt động này đều được thực hiện đúng theo nguyên tắc giới hạn quyền trong Hiến pháp năm 2013, phòng ngừa sự tùy tiện xâm phạm của cơ quan tố tụng đến quyền cơ bản của các cá nhân. Đồng thời, quy định này còn tăng cường và

20 Bùi Tiến Đạt, “Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6(286), tháng 3/2015, truy cập ngày 10/11/2022.

21 Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013.

22 Khoản 2 Điều 87 BLTTHS năm 2015.

bảo đảm cho nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa, theo đó “mọi hoạt động TTHS của cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng phải được tiến hành theo quy định của Bộ luật này”²³. Tăng cường tính liêm chính, tính chính đáng trong hoạt động của các tư quan tư pháp, tạo nên niềm tin của cộng đồng đến hệ thống tư pháp.

Khi phân tích quy định tại Điều 87 Bộ luật TTHS năm 2015, có thể thấy quy định hiện tại đã loại trừ tính pháp lý của các chứng cứ được thu thập không tuân theo trình tự, thủ tục do luật định, từ đó loại trừ việc sử dụng các chứng cứ này. Ví dụ, khi tiến hành khám xét nơi ở, nếu Điều tra viên khám xét mà chưa có sự phê chuẩn lệnh khám xét của Viện kiểm sát thì cuộc khám xét đó đã vi phạm trình tự, thủ tục được quy định tại Điều 193 Bộ luật TTHS năm 2015 nên các vật chứng thu được từ cuộc khám xét sẽ không có giá trị pháp lý và không được sử dụng làm chứng cứ để giải quyết vụ án. Có nghĩa là, Việt Nam đã áp dụng một phần của học thuyết “quả trên cây độc” khi đã loại trừ các chứng cứ sơ phát, là hệ quả trực tiếp của các vi phạm trình tự, thủ tục do luật định.

Tuy nhiên, đối với các chứng cứ thứ phát, bắt nguồn từ thông tin của các chứng cứ sơ phát đã bị loại trừ thì hiện Bộ luật TTHS năm 2015 vẫn chưa có quy định về việc loại trừ các chứng cứ thứ phát này dựa trên sự vi phạm thủ tục tố tụng ban đầu. Nếu áp dụng các quy định hiện hành về thu thập chứng cứ, nếu trình tự thu thập các chứng cứ thứ phát tuân thủ đúng quy định

thì các chứng cứ này vẫn được thừa nhận tính hợp pháp và được sử dụng làm chứng cứ. Cùng ví dụ trên, trong một cuộc khám xét nơi ở, nếu việc khám xét mà chưa có sự phê chuẩn của Viện kiểm sát thì cuộc khám xét đó đã vi phạm trình tự, thủ tục được quy định tại Điều 193 Bộ luật TTHS năm 2015 nên các vật chứng thu được (như máy tính, điện thoại,...) từ cuộc khám xét sẽ không có giá trị pháp lý. Tuy nhiên, nếu máy tính, điện thoại bị thu giữ này lại chứa các thông tin dẫn dắt Điều tra viên đến các chứng cứ khác như địa điểm cất giấu hung khí gây thương tích, hoặc địa điểm cất giấu ma túy; chỉ cần thực hiện việc thu giữ hung khí hoặc chất ma túy đúng theo quy định của Bộ luật TTHS thì hung khí hoặc chất ma túy bị thu giữ vẫn được xem là chứng cứ bởi bảo đảm các thuộc tính khách quan, hợp pháp và liên quan.

Trên thực tế, đây chính là xu hướng áp dụng pháp luật tại các Tòa án. Ví dụ, tại Bản án số 35/2017/HSPT ngày 14/09/2017 về tội cưỡng đoạt tài sản của Tòa án nhân dân tỉnh Bắc Ninh đã thừa nhận tính hợp pháp của chứng cứ thứ phát, khi trình tự thủ tục thu giữ chứng cứ sơ phát không được bảo đảm. Theo đó, Tòa án nhận định việc thu thập chiếc điện thoại di động hiệu LG.G4 (chứng cứ sơ phát) của Lê Thái H. không niêm phong là thiếu sót về thủ tục tố tụng. Tuy nhiên, biên bản về việc in dữ liệu nội dung tin nhắn zalo vào hồi 9h30' ngày 29/7/2016 từ máy điện thoại nhãn hiệu LG.G4 của Lê Thái H. và được in thành văn bản đánh số trang từ 01 đến 250 (chứng cứ thứ phát). Biên bản này có đầy đủ chữ

23 Điều 3 BLTTHS năm 2015.

24 Tham khảo Bản án 35/2017/HSPT ngày 14/09/2017 về tội cưỡng đoạt tài sản của Tòa án nhân dân tỉnh Bắc Ninh, <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/ban-an-352017hspt-ngay-14092017-ve-toi-cuong-doat-tai-san-25534>, truy cập ngày 14/11/2022.

ký của Điều tra viên, Kiểm sát viên, cán bộ điều tra, cán bộ VKS và bị cáo H. Tuy nhiên, các bản in tin nhắn từ 01 đến 250 chỉ có chữ ký Kiểm sát viên và bị cáo H., đây chỉ là thiếu sót của Cơ quan điều tra. Quan trọng là bị cáo H. đã ký xác nhận vào tất cả các trang trên, không có bất kỳ khiếu nại gì, tại phiên tòa hôm nay, bị cáo cũng công nhận điều đó. Do vậy, việc thiếu chữ ký của một số thành phần ở các bản in tin nhắn là có thiếu sót về thủ tục nhưng không làm thay đổi bản chất vụ án nên không phải là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng²⁴. Như vậy, Tòa án tỉnh Bắc Ninh vẫn thừa nhận các bản in tin nhắn trên là chứng cứ của vụ án để buộc tội bị cáo dù các tin nhắn trên được in ra từ chứng cứ là điện thoại hiệu LG.G4 đã bị thu thập không đúng trình tự, thủ tục.

Một vấn đề khác đáng lo ngại hơn, đó là khi hỏi cung, nếu có sự cưỡng ép về thể chất hoặc tinh thần để buộc bị can cho lời khai, và lời khai đó dẫn dắt Cơ quan điều tra đến các chứng cứ vật lý khác (vật chứng, tài liệu, đồ vật,...). Hoặc trong lần hỏi cung đầu tiên, nếu Điều tra viên sử dụng một số hành vi bất hợp pháp, không tuân theo quy định của Bộ luật TTHS để cưỡng ép bị can cho lời khai nhận tội. Sau đó, trong những lần hỏi cung sau, Điều tra viên thực hiện việc hỏi cung đúng theo trình tự, thủ tục do BLTTHS quy định, nhưng lại dựa trên nội dung nhận tội của bản cung đầu tiên để đấu tranh với người bị buộc tội, khiến người bị buộc tội phải

lặp lại nội dung nhận tội trong bản cung đầu tiên bị cưỡng ép. Như vậy, về nguyên tắc, lời khai trong bản cung đầu tiên sẽ bị loại trừ do vi phạm về trình tự, thủ tục; tuy nhiên, các chứng cứ vật lý có được từ lời khai bị ép buộc hoặc lời khai tương tự trong các lần hỏi cung tiếp theo nếu được thu thập đúng trình tự, thủ tục thì vẫn được xem là chứng cứ của vụ án.

Việc không loại trừ chứng cứ thứ phát sau khi đã loại trừ chứng cứ sơ phát không thực sự làm giảm đi động lực vi phạm thủ tục tố tụng của Cơ quan tiến hành tố tụng trong việc thu thập chứng cứ điều tra vụ án. Thực tế, trong một số vụ án oan sai điển hình như các vụ của Hàn Đức Long, Nguyễn Thanh Chấn, Huỳnh Văn Nén đều có nguyên nhân cơ bản là những người này đều nhận tội trong giai đoạn điều tra ban đầu, khi xét xử tại phiên tòa cho đến sau khi được minh oan thì tất cả đều tố cáo họ đã bị ép buộc phải nhận tội trong giai đoạn điều tra bởi các Điều tra viên²⁵. Lời nhận tội của họ là chứng cứ chủ yếu để Cơ quan điều tra định hướng việc thu thập chứng cứ củng cố cho lời nhận tội đó, để từ đó các cấp tòa sơ thẩm, phúc thẩm tuyên án họ có tội.

Sự thiếu vắng quy định về việc loại trừ chứng cứ thứ phát có thể dẫn đến tình trạng chấp nhận vi phạm thủ tục để thu thập các chứng cứ sơ phát để lấy thông tin, từ các thông tin đó mà Cơ quan tố tụng sẽ thu thập chứng cứ thứ phát một cách chần chừ, đúng quy định; từ đó xâm phạm đến các quyền cơ bản của công dân nói chung, của người bị

25 Xem thêm Nguyễn Trường, “Kỳ án tử tù Hàn Đức Long- Bài 2: Một mục kêu oan, không thoát án tử”, Báo điện tử Tiền Phong, ngày 06/01/2025, <https://tienphong.vn/ky-an-tu-tu-han-duc-long-bai-2-mot-muc-keu-oan-khong-thoat-an-tu-post749450.tpo>, truy cập ngày 11/11/2022. Hoàng Điệp và Nguyễn Nam, “Huỳnh Văn Nén - vụ oan sai chưa từng có trong tố tụng”, <https://tuoitre.vn/huynh-van-nen-vu-oan-sai-chua-tung-co-trong-to-tung-1013980.html>, truy cập ngày 11/11/2022. “Ông Nguyễn Thanh Chấn mô tả việc bị ép cung”, Báo điện tử Vnexpress, ngày 06/11/2013, <https://vnexpress.net/ong-nguyen-thanh-chan-mo-ta-viec-bi-ep-cung-2906391.html>, truy cập ngày 11/11/2022.

buộc tội nói riêng, không bảo đảm nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa, nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa.

3. Khuyến nghị cho Việt Nam

Từ những phân tích nêu trên, việc áp dụng học thuyết “quả trên cây độc” vào TTHS Việt Nam là hoàn toàn có thể và cần thiết. Bởi lẽ, hiện khoản 2 Điều 87 Bộ luật TTHS năm 2015 đã áp dụng một phần học thuyết này khi đã loại trừ các chứng cứ sơ phát là hệ quả trực tiếp của việc vi phạm trình tự, thủ tục khi thu thập, việc mở rộng phạm vi áp dụng học thuyết loại trừ chứng cứ này là hoàn toàn có thể. Mặt khác, việc mở rộng phạm vi loại trừ chứng cứ bất hợp pháp là cần thiết để triệt tiêu hoàn toàn động lực vi phạm tố tụng trong hoạt động thu thập chứng cứ, bảo đảm hoạt động điều tra hình sự tuân thủ đúng quy định của pháp luật, hạn chế sự xâm phạm đến quyền con người, bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa và gia tăng lòng tin của cộng đồng vào hệ thống tư pháp. Do đó, các tác giả kiến nghị áp dụng học thuyết “quả trên cây độc” vào TTHS Việt Nam cùng với các ngoại lệ như sau:

Thứ nhất, bổ sung khoản 3 Điều 87 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định về việc loại trừ chứng cứ thứ phát, cụ thể: “3. Những gì được thu thập dựa trên thông tin của chứng cứ đã bị loại trừ theo quy định tại khoản 2 của Điều này cũng không có giá trị pháp lý và không được dùng làm căn cứ để giải quyết vụ án hình sự”.

Thứ hai, bổ sung khoản 4 Điều 87 Bộ luật TTHS năm 2015 để quy định về những trường hợp ngoại lệ của nguyên tắc trên, cụ thể: “4. Những chứng cứ được quy định tại khoản 3 của Điều này vẫn có thể có giá trị pháp lý và được sử dụng là chứng cứ

nếu thuộc vào một trong các trường hợp sau đây:

a) *Chứng cứ đó được khám phá từ một nguồn thông tin độc lập với chứng cứ bị loại trừ quy định tại khoản 2 Điều này;*

b) *Việc khám phá ra chứng cứ đó là không thể tránh khỏi, bất kể chứng cứ bị loại trừ theo quy định tại khoản 2 Điều này có được thu thập hay không;*

c) *Không có mối quan hệ nhân quả trực tiếp giữa việc thu thập chứng cứ đó với chứng cứ bị loại trừ theo quy định tại khoản 2 Điều này;*

d) *Khi người thực hiện hoạt động thu thập chứng cứ bị loại trừ theo quy định tại khoản 2 Điều này không biết và không thể biết được việc thu thập chứng cứ trên là chưa tuân thủ trình tự, thủ tục do luật định vào thời điểm thực hiện hoạt động thu thập chứng cứ”.*

Nguyên tắc tranh tụng trong xét xử là bảo đảm sự công bằng giữa hai bên, bên buộc tội và bên bị buộc tội. Nếu lực lượng điều tra có thể vi phạm pháp luật mà thu thập chứng cứ, hiển nhiên sẽ rất bất lợi cho bên bị buộc tội. Không chỉ vậy, việc vi phạm pháp luật còn dẫn đến sự bất lợi cho chính bên buộc tội; bởi lẽ, chứng cứ thu thập được sẽ không bảo đảm được tính chất chứng minh tội phạm. Như vậy, mọi nỗ lực điều tra, truy tố sau này đều sẽ là sản phẩm của hành vi vi phạm pháp luật. Và do đó, việc tuân thủ các nguyên tắc, quy định của pháp luật cần được tuân thủ triệt để. Điều này không chỉ bảo vệ quyền con người của bên bị buộc tội, bảo vệ pháp chế xã hội chủ nghĩa, mà còn là sự tôn trọng sự thật khách quan của vụ án và nỗ lực của các cơ quan tiến hành tố tụng trong suốt quá trình điều tra, truy tố, xét xử ■

ĐẨY MẠNH PHÂN QUYỀN, PHÂN CẤP, ỦY QUYỀN CHO CHÍNH QUYỀN THÀNH PHỐ THỦ ĐỨC: CƠ SỞ KHOA HỌC VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

Trần Thị Thu Hà

TS. GVC. Khoa Luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết

Từ khóa: Phân cấp, phân quyền, ủy quyền, thành phố Thủ Đức.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài: 20/08/2022

Biên tập: 17/10/2022

Duyệt bài: 19/10/2022

Tóm tắt:

Đẩy mạnh phân quyền, phân cấp, ủy quyền cho chính quyền thành phố Thủ Đức hiện nay là vấn đề vô cùng quan trọng không chỉ đối với sự phát triển của thành phố Thủ Đức mà còn có ý nghĩa quyết định đối với sự thành bại của mô hình chính quyền “thành phố trong thành phố” nói chung và chính quyền đô thị ở Thành phố Hồ Chí Minh nói riêng. Trong bài viết này, tác giả tập trung lý giải cơ sở khoa học của vấn đề này, đồng thời đưa ra một số đề xuất nhằm đẩy mạnh phân quyền, phân cấp, ủy quyền cho chính quyền thành phố Thủ Đức hiện nay.

Article Information

Keywords: Authority decentralization; power decentralization; authorization.

Article History:

Received: 20 Aug. 2022

Edited: 17 Oct. 2022

Approved: 19 Oct. 2022

Abstract:

Promoting power decentralization, authority decentralization and authorization for the Thu Duc city administration is an extremely crucial matter not only for the development of Thu Duc city but also for the success or failure of the administration modality of “city under city” in general and urban administration in Ho Chi Minh City in particular. Within this article, the author focuses on providing the scientific ground of the discussed matters as well as giving out a number of recommendations for promoting the power decentralization; authority decentralization and authorization for the local administration of Thu Duc city.

1. Cơ sở khoa học của việc đẩy mạnh phân quyền, phân cấp, ủy quyền cho chính quyền Thành phố Thủ Đức

Việc đẩy mạnh phân quyền, phân cấp, ủy quyền cho chính quyền địa phương theo quan điểm chỉ đạo của Đảng tại Nghị quyết số 18-NQ/TW Hội nghị Trung ương lần thứ 6 Khóa XII thực chất là sự tăng cường thẩm quyền nhằm thúc đẩy sự chủ động, sáng tạo, tự chịu trách nhiệm của các chủ thể thực thi quyền lực nhà nước ở cấp tỉnh, cấp huyện và

cấp xã. Theo Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Tổ chức chính quyền địa phương), *phân quyền* được hiểu là sự phân định, phân giao quyền lực giữa trung ương và địa phương do Quốc hội tiến hành, được thể hiện trong luật. Với cơ chế phân quyền, các cơ quan thuộc thiết chế chính quyền địa phương tiếp nhận các nhiệm vụ, quyền hạn từ sự phân công của cơ quan lập pháp và về nguyên tắc không được chuyển giao những

nhệm vụ, quyền hạn đó cho các cơ quan cấp dưới¹. *Phân cấp* là phân định nhiệm vụ, quyền hạn cho từng cấp hành chính để việc quản lý được thuận lợi và hiệu quả². Bản chất của phân cấp là cấp trên chuyển giao cho cấp dưới thực hiện một cách liên tục, thường xuyên một số nhiệm vụ, quyền hạn do cấp mình đang nắm giữ. Khác với phân quyền, phân cấp cho phép cơ quan nhà nước ở địa phương tùy điều kiện, hoàn cảnh cụ thể, có thể phân cấp tiếp cho chính quyền địa phương hoặc cơ quan cấp dưới thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn mà cơ quan cấp trên đã chuyển giao cho họ³. Còn *ủy quyền* là việc chủ thể có thẩm quyền giao cấp dưới thay mặt mình thực hiện một hoặc một số nhiệm vụ, quyền hạn của mình trong khoảng thời gian xác định kèm theo các điều kiện cụ thể⁴. Ủy quyền phải được thể hiện bằng văn bản và cơ quan, tổ chức nhận ủy quyền không được ủy quyền tiếp cho các cơ quan, tổ chức khác thực hiện những nhiệm vụ, quyền hạn đó.

Trong xu thế đẩy mạnh phân quyền, phân cấp, ủy quyền cho chính quyền địa phương ở nước ta hiện nay, vấn đề mở rộng thẩm quyền cho chính quyền Tp. Thủ Đức càng trở nên cấp bách hơn bao giờ hết. Bởi đây chính là vấn đề quan trọng không chỉ đối với sự phát triển của Tp. Thủ Đức mà còn có ý nghĩa quyết định đối với sự thành bại của mô hình chính quyền “thành phố trong thành phố” nói chung và chính quyền đô thị ở Tp. Hồ Chí Minh nói riêng. Trên phương diện khoa học, tính cấp thiết của vấn đề được thể hiện ở những khía cạnh cơ bản sau:

Thứ nhất, tăng cường sự phân quyền, phân cấp, ủy quyền nhằm mục đích thúc đẩy sự năng động, sáng tạo, tự chủ, tự chịu trách nhiệm của chính quyền Tp. Thủ Đức. Điều này có ý nghĩa lớn, nhất là trong bối cảnh bộ máy nhà nước ở Việt Nam bao lâu nay được tổ chức và hoạt động theo mô hình tập quyền, với xu hướng quyền lực tập trung về các cơ quan nhà nước ở trung ương, chính quyền địa phương phục tùng và phụ thuộc vào chính quyền trung ương. Để Tp. Thủ Đức có thể phát triển như kỳ vọng, các chuyên gia, các nhà khoa học, các nhà hoạt động thực tiễn đều cho rằng cần phải trao cho nó một cơ chế pháp lý đặc thù, vượt trội. Theo chúng tôi, điểm mấu chốt của cái gọi là “cơ chế đặc thù” chính là việc chính quyền Tp. Thủ Đức cần phải được trao đủ thẩm quyền, sao cho có thể tự quyết định được nhiều nhất và nhanh nhất các vấn đề của địa phương, đồng thời có đủ khả năng tự chịu trách nhiệm về các quyết định đó. Có như vậy, mới hạn chế được tình trạng bị kiểm toả bởi cơ chế “xin – cho” mang đậm dấu ấn của nền kinh tế tập trung quan liêu bao cấp trước đây, từ đó sẽ không bị lệ thuộc quá nhiều vào cấp trên và Trung ương.

Thứ hai, mở rộng thẩm quyền cho chính quyền Tp. Thủ Đức theo các phương thức phân quyền, phân cấp, ủy quyền nhằm khơi thông các nguồn lực tại chỗ, đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước đối với một đô thị có tiềm năng phát triển mạnh mẽ.

Theo Nghị quyết số 1111/NQ-UBTVQH14 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội ngày 9/12/2020, Tp. Thủ Đức được

1 Khoản 1 Điều 12 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (sđ, bs năm 2019).

2 Nguyễn Thị Thu Hà (2019), Phân cấp, phân quyền giữa trung ương và địa phương theo tinh thần Nghị quyết số 18-NQ/TW Hội nghị Trung ương lần thứ 6 Khóa XII, Tạp chí Tổ chức Nhà nước số 1, tr.22.

3 Khoản 4 Điều 13 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (sđ, bs năm 2019).

4 Khoản 4 Điều 13 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (sđ, bs năm 2019).

thành lập trên cơ sở sáp nhập toàn bộ quận 2, quận 9, quận Thủ Đức, là thành phố thuộc thành phố đầu tiên của cả nước, với diện tích tự nhiên rộng lớn (211,56 km²) và quy mô dân số đông đảo (1.013.795 người). Sau khi hình thành, Tp. Thủ Đức được phát triển theo định hướng về một “khu đô thị sáng tạo tương tác cao”, với kỳ vọng trở thành “một cực tăng trưởng mạnh mẽ nhất, lớn nhất” của Tp. Hồ Chí Minh và khu vực Đông Nam Á. Tp. Thủ Đức được quy hoạch để gánh vác vai trò của một “thành phố vệ tinh”, khai thác tận dụng các nguồn lực hiện hữu nhằm định hình diện mạo với các mục tiêu cụ thể: 1) Là trung tâm tài chính của Tp. Hồ Chí Minh (gắn với Khu đô thị mới Thủ Thiêm); 2) Là trung tâm thể thao và chăm sóc sức khỏe, khai thác xu hướng ngày càng phổ biến của lĩnh vực chăm sóc sức khỏe tại khu vực Đông Nam Á (gắn với Khu liên hiệp thể thao Rạch Chiếc); 3) Là trung tâm sản xuất ứng dụng công nghệ cao (với hạt nhân là Khu công nghệ cao Thành phố); 4) Là trung tâm giáo dục, đào tạo đại học và nghiên cứu khoa học công nghệ trình độ cao (dựa trên nền tảng là Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh); 5) Là trung tâm khởi nghiệp sáng tạo lớn nhất Việt Nam (theo hướng kết hợp vừa đào tạo, vừa ứng dụng mạnh mẽ vào thực tiễn trên cơ sở kết hợp, liên kết giữa các cơ sở đào tạo và người sử dụng lao động trong khu vực này); 6) Là trung tâm công nghệ sinh thái (khu vực Tam Đa và đại học Long Phước); 7) Là trung tâm giao thông kết nối vùng Đông Nam Bộ và cảng Container Cát Lái⁵...

Tuy nhiên, trên thực tế, việc hiện thực hóa các mục tiêu cụ thể nêu trên không hề dễ dàng. Từ góc độ quản lý nhà nước, có thể thấy những vướng mắc bắt nguồn từ vấn đề thẩm quyền của chính quyền Tp. Thủ Đức theo quy định của pháp luật hiện hành. Cụ thể, những gì được coi là thế mạnh của “thành phố thuộc thành phố” này lại chịu rất ít sự tác động trực tiếp của chính quyền sở tại. Chẳng hạn, Khu công nghệ cao quận 9 – điểm nhấn quan trọng nhất của Thành phố Thủ Đức là một dự án mang tầm quốc gia, được phê duyệt bởi Thủ tướng Chính phủ, phát triển dựa trên các quyết sách của Trung ương và Tp. Hồ Chí Minh nhiều hơn Tp. Thủ Đức⁶. Tương tự, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh – vốn được kỳ vọng là hạt nhân của trung tâm giáo dục, đào tạo đại học và nghiên cứu khoa học công nghệ trình độ cao, thực ra lại là đơn vị sự nghiệp công lập trực thuộc Thủ tướng Chính phủ. Bản thân sự phát triển của Đại học Quốc gia không phụ thuộc nhiều vào Tp. Hồ Chí Minh, càng không phụ thuộc vào Tp. Thủ Đức. Trong khi đó, tuyến Metro Bến Thành – Suối Tiên là hệ thống giao thông công cộng chủ yếu do Trung ương đầu tư từ nguồn vốn ODA và một phần từ Tp. Hồ Chí Minh, do Tp. Hồ Chí Minh thống nhất quản lý; cảng Cát Lái – nhân tố quan trọng trong mục tiêu biến Tp. Thủ Đức trở thành trung tâm giao thông kết nối vùng Đông Nam Bộ lại thuộc quyền quản lý của Tổng công ty Tân Cảng Sài Gòn, trực thuộc Bộ Quốc phòng⁷... Rõ ràng, trong bối cảnh có sự phân tán, chòng chèo về thẩm quyền nêu trên, Tp. Thủ Đức rất khó thực thi công tác quản lý nhà nước

5 Ủy ban nhân dân Tp. Hồ Chí Minh, Đề án thành lập Thành phố Thủ Đức (trên cơ sở sáp xếp quận 2, 9, Thủ Đức theo đề án sáp xếp đơn vị hành chính giai đoạn 2019 - 2021), tr.5-11.

6 Nguyễn Cảnh Hợp (2020), Thành phố trong thành phố: Đòi điều suy nghĩ, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 24, tr.51.

7 Nguyễn Cảnh Hợp (2020), Tlđđ, tr.51.

một cách tập trung, thống nhất đối với các chủ thể tồn tại và hoạt động trên địa bàn nhằm đạt được các mục tiêu chung. Thực tiễn cho thấy, tăng cường sự chuyển giao thẩm quyền trong một giới hạn phù hợp để chính quyền Thành phố Thủ Đức có thể chủ động quản lý, điều hành một đô thị có tốc độ phát triển kinh tế - xã hội nóng bỏng nhất ở Tp. Hồ Chí Minh hiện nay là vấn đề vô cùng cấp bách.

Thứ ba, đẩy mạnh phân quyền, phân cấp, uỷ quyền cho Tp. Thủ Đức là điều kiện cần thiết để củng cố mô hình chính quyền thành phố thuộc thành phố ở Việt Nam. Hiện nay, chính quyền Tp. Thủ Đức có địa vị pháp lý chỉ tương đương cấp huyện. Trong khi những vấn đề mà nó phải đương diện lại vượt ra ngoài khả năng của một đơn vị hành chính lãnh thổ cấp huyện. Hậu quả là, trong nhiều trường hợp, chính quyền Tp. Thủ Đức rơi vào hoàn cảnh “lực bất tòng tâm”. Thay vì được chủ động giải quyết các vấn đề của địa phương, đảm bảo sự nhanh chóng, kịp thời, các cơ quan nhà nước ở Thủ Đức buộc phải trông chờ vào sự phân quyền của Quốc hội (vốn rất lâu dài và khó khăn, vì đó là sự phân định thẩm quyền bằng Luật), sự phân cấp của chính quyền Tp. Hồ Chí Minh (vốn khá hạn chế). Từ đó dẫn đến những nghi ngờ về sự cần thiết của việc hình thành chính quyền thành phố thuộc thành phố, về hiệu quả mà nó có thể mang lại cho công tác quản lý nhà nước ở đô thị, nhất là các đô thị trung tâm và đầu tàu. Bởi nếu thành lập chính quyền thành phố thuộc thành phố không song hành với việc mở rộng thẩm quyền cho chúng thì cũng đồng nghĩa với việc chỉ thiết kế bộ máy mà

không tạo cơ chế cho bộ máy đó hoạt động, là vô hiệu hóa chúng ngay từ khi khai sinh ra chúng. Vậy nên, đẩy mạnh phân quyền, phân cấp và uỷ quyền cho chính quyền Tp. Thủ Đức không chỉ có ý nghĩa riêng đối với thành phố này mà còn là phép thử để khẳng định tính đúng đắn của mô hình thành phố trong thành phố, tạo đà cho việc tiếp tục triển khai mô hình này ở các thành phố trực thuộc trung ương khác.

2. Một số đề xuất nhằm đẩy mạnh phân quyền, phân cấp, uỷ quyền cho Tp. Thủ Đức hiện nay

Một là, cần có quan điểm đúng đắn và nhất quán về tổ chức chính quyền Tp. Thủ Đức.

Theo đó, trước hết cần xác định rõ vị trí của Tp. Thủ Đức trong Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội và Quy hoạch tổng thể của Tp. Hồ Chí Minh. Khi xây dựng Đề án thành lập Tp. Thủ Đức, Uỷ ban nhân dân Tp. Hồ Chí Minh hướng tới việc thiết lập một “đô thị con” trong một “siêu đô thị”. Thế nhưng, sau hơn một năm thành lập, “Thủ Đức bị rơi vào thế bị động về cơ chế, chính sách và không thể điều hành, quản trị theo định hướng một đô thị vệ tinh như Đề án thành lập thành phố Thủ Đức đặt ra”⁸. Vì vậy, để Thủ Đức có thể phát triển xứng tầm “một trung tâm kinh tế tri thức”, “một cực tăng trưởng mới của vùng Đông Nam Bộ” như mục tiêu ban đầu, Trung ương cần phải có quan điểm rõ ràng hơn về đường hướng phát triển Tp. Thủ Đức thành một đô thị vệ tinh của Tp. Hồ Chí Minh, trên cơ sở đó có sự tháo gỡ về cơ chế, tạo không gian rộng mở và một hành lang pháp lý phù hợp với

8 Nguyễn Thị Thiện Trí (2022), Cơ chế đặc thù để phát triển đô thị Việt Nam: Giải pháp hay vòng luẩn quẩn? Tạp chí Tia sáng số 5, tr.20.

vai trò, chức năng, nhiệm vụ của một thành phố thuộc thành phố trực thuộc trung ương.

Đồng thời, cần nhận diện chính xác hơn vị trí của chính quyền Tp. Thủ Đức trong hệ thống chính quyền đô thị ở Tp. Hồ Chí Minh. Một thành phố được hình thành từ sự sáp nhập toàn bộ diện tích tự nhiên của ba quận có tiềm năng phát triển dồi dào, một “tiểu đô thị” trong lòng một “đại đô thị”, vậy mà lại chỉ được tổ chức và hoạt động theo mô hình chính quyền cấp huyện là hoàn toàn không tương xứng. Từ khung khổ chật hẹp mang hơi hướng của sự “cào bằng” đó, chính quyền Tp. Thủ Đức không thể tận dụng một cách tối ưu các nguồn lực hiện có, cũng như không thể khai thác triệt để và hiệu quả các tiềm năng, thế mạnh của địa phương. Do vậy, chúng tôi cho rằng, cần phải có quan điểm táo bạo hơn về vị thế của chính quyền thành phố thuộc thành phố nói chung và chính quyền Tp. Thủ Đức nói riêng. Nên chăng, thông qua kỹ thuật phân quyền, Quốc hội cần trao cho Hội đồng nhân dân (HĐND) và Ủy ban nhân dân (UBND) Thành phố Thủ Đức một số thẩm quyền tương đương với thẩm quyền của HĐND và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Điều này có ý nghĩa quan trọng trong việc gia tăng sự tự chủ, tự chịu trách nhiệm của chính quyền Tp. Thủ Đức, góp phần giảm thiểu sự phụ thuộc của chính quyền cấp dưới vào chính quyền cấp trên, khắc phục phần nào tình trạng luẩn quẩn, rằng “được công nhận là một thành phố nhưng Thủ Đức phải đi “xin” Tp. Hồ Chí Minh cơ chế đặc thù để hoạt động như một chính quyền đô thị. Đến lượt mình, Tp. Hồ Chí Minh lại phải “xin” Trung ương để có thể trao cho Thủ Đức những cơ chế này trong khi bản thân cũng đang phải “xin” những cơ chế đặc thù khác”⁹.

Hai là, tăng cường sự chuyển dịch thẩm quyền từ chính quyền Tp. Hồ Chí Minh đến chính quyền Tp. Thủ Đức trên các lĩnh vực cụ thể.

Để thực hiện giải pháp này, trước tiên cần có sự rà soát kỹ lưỡng đối với thẩm quyền của chính quyền thành phố trực thuộc trung ương, đặc biệt là thẩm quyền của UBND Tp. Hồ Chí Minh; qua đó, xác định rõ những vấn đề cần thiết phải được chuyển giao cho cấp dưới thông qua phương thức phân cấp và ủy quyền.

Tác giả cho rằng, trong thời gian tới, HĐND Tp. Hồ Chí Minh cần thông qua Nghị quyết cho phép UBND Tp. Thủ Đức thực thi những thẩm quyền từ trước đến nay vẫn được giao cho các Sở, cơ quan tương đương Sở phụ trách, điển hình là các lĩnh vực như: kế hoạch đầu tư, tài chính, tài nguyên và môi trường, quy hoạch - kiến trúc, xây dựng, y tế, giáo dục, giao thông vận tải...

Trên lĩnh vực đầu tư, chính quyền Tp. Thủ Đức cần phải được bổ sung thêm nhiệm vụ, quyền hạn để có thể chủ động đưa ra những quyết sách có tính bứt phá. Chẳng hạn, cần thực hiện sự phân cấp sao cho HĐND Tp. Thủ Đức được quyết định chủ trương đầu tư và Chủ tịch UBND Tp. Thủ Đức được quyết định đầu tư các dự án nhóm A sử dụng vốn đầu tư công do Tp. Thủ Đức quản lý, các dự án nhóm B, nhóm C sử dụng vốn đầu tư công do Tp. Hồ Chí Minh quản lý trên địa bàn Tp. Thủ Đức, trừ một số lĩnh vực như quốc phòng, an ninh, đầu tư công, phát thanh, truyền hình, đối ngoại... để đảm bảo sự thống nhất quản lý nhà nước trên địa bàn Tp. Hồ Chí Minh. Thậm chí, nếu có thể,

9 Nguyễn Thị Thiện Trí (2022), Tlđđ, tr.21.

nên cho phép HĐND thành phố thuộc thành phố trực thuộc Trung ương được quyết định vay nợ để đầu tư trên cơ sở tự cân đối khả năng trả nợ, trong sự tuân thủ chặt chẽ các quy định của Chính phủ về điều kiện vay nợ nhằm hạn chế rủi ro, mất khả năng thanh toán của ngân sách nhà nước hoặc ảnh hưởng đến các nhiệm vụ chi cho quản lý nhà nước trên địa bàn¹⁰.

Trên lĩnh vực ngân sách, cần có sự phân bổ lại ngân sách và tỷ lệ phân chia ngân sách theo hướng tăng cường để lại nguồn thu cho Tp. Thủ Đức. Điều này có ý nghĩa cực kỳ quan trọng trong việc đảm bảo sự tự chủ về ngân sách địa phương cho một thành phố đang cần huy động rất nhiều nguồn lực để giải quyết các bài toán tồn đọng phức tạp như nạn kẹt xe, ngập nước, ô nhiễm môi trường, tệ nạn xã hội, thiếu vốn đầu tư xây dựng cơ sở hạ tầng... Bên cạnh đó, cần thí điểm bổ sung nhiệm vụ chi khoa học và công nghệ cho Tp. Thủ Đức, nhằm đảm bảo mục tiêu đưa đô thị này phát triển thành một trung tâm sản xuất ứng dụng công nghệ cao dựa trên cơ sở Khu công nghệ cao Thành phố.

Trên lĩnh vực biên chế, trong điều kiện Trung ương thống nhất quản lý về biên chế, việc mở rộng thẩm quyền cho chính quyền Tp. Thủ Đức là rất khó khăn. Nhưng theo tác giả, UBND Tp. Hồ Chí Minh có thể đề xuất Trung ương cho phép Thành phố được chủ động trong việc giao biên chế cho UBND Tp. Thủ Đức; thông qua đó, góp phần tháo gỡ khó khăn cho chính quyền cấp dưới trước áp lực khối lượng công việc gia tăng mà nhân sự trong biên chế lại bị cắt giảm.

Ba là, mở rộng thẩm quyền cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân Tp. Thủ Đức

Hiện nay, theo Nghị quyết của Quốc hội về chính quyền đô thị tại Tp. Hồ Chí Minh, Chủ tịch UBND Tp. Thủ Đức có thẩm quyền bổ nhiệm, miễn nhiệm, điều động, luân chuyển, biệt phái, khen thưởng, kỷ luật, đình chỉ công tác Chủ tịch, Phó Chủ tịch UBND các phường trực thuộc, người đứng đầu và cấp phó của người đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc UBND thành phố thuộc thành phố. Thoạt nghe, chúng ta có thể nhầm tưởng rằng các thẩm quyền này của Chủ tịch UBND Tp. Thủ Đức và Chủ tịch UBND quận là hoàn toàn giống nhau. Nhưng thực ra, với Chủ tịch UBND Tp. Thủ Đức, thẩm quyền quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc UBND chỉ được thực hiện sau khi HĐND cùng cấp tiến hành bầu, bãi nhiệm các ủy viên UBND. Nói cách khác, tuy là người ra quyết định bổ nhiệm đối với các Trưởng phòng nhưng thực ra Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố không có thẩm quyền lựa chọn các thành viên UBND như lựa chọn một “ê kíp” ăn ý cho mình trong quá trình thực hiện chức năng, nhiệm vụ. Do vậy, theo tác giả, Quốc hội nên mạnh dạn tăng cường thẩm quyền cho Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố về tổ chức bộ máy và nhân sự. Trước mắt, có thể điều chỉnh theo hướng: cho phép Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố đề nghị nhân sự để HĐND phê chuẩn các chức danh Phó Chủ tịch và các Ủy viên UBND, sau đó đích thân Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố ra quyết định bổ nhiệm các Ủy viên Ủy ban này vào vị trí thủ trưởng các cơ quan chuyên môn cấp huyện.

10 Nguyễn Văn Cương và Trương Hồng Quang (2014), Phân định thẩm quyền giữa chính quyền trung ương và chính quyền địa phương: Những vấn đề đặt ra và hướng hoàn thiện, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 11, tr.34.

Về lâu dài, theo tác giả, nên chuyển giao thẩm quyền quyết định nhân sự (như là một phần của chức năng quyết định những vấn đề quan trọng của địa phương) từ HĐND sang Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố, tức là chỉ quy định HĐND cùng cấp bầu ra Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố, còn nhân sự UBND do Chủ tịch toàn quyền quyết định. Kiến nghị về sự phân quyền này có thể hơi táo bạo nhưng rất cần thiết (trong một tầm nhìn xa và bao quát). Bởi trong một đơn vị hành chính có cấp chính quyền đầy đủ, về lâu dài, cần phát huy mạnh mẽ và thực chất hơn vai trò của HĐND trong tư cách một thiết chế đại diện cho nhân dân ở địa phương. Cụ thể là, HĐND nên tập trung thực hiện tốt chức năng giám sát việc thi hành Hiến pháp, pháp luật và Nghị quyết của HĐND đối với các chủ thể thực thi quyền lực nhà nước, đặc biệt là các chủ thể đến từ bộ máy hành chính nhà nước ở địa phương¹¹. Khi HĐND chú trọng khâu giám sát, Chủ tịch UBND và các thành viên UBND buộc phải tăng cường trách nhiệm giải trình (thông qua việc báo cáo hoạt động, trả lời chất vấn của các đại biểu...). Càng được mở rộng thẩm quyền, việc giải trình của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước càng phải được diễn ra thường xuyên, nghiêm túc nhằm ngăn ngừa, hạn chế xu hướng lạm quyền, vi quyền, tham nhũng, tiêu cực¹².

Bốn là, việc mở rộng thẩm quyền cho chính quyền Tp. Thủ Đức và quá trình thực thi chúng phải được đặt trong cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước chặt chẽ.

Tăng cường thẩm quyền cho chính

quyền Tp. Thủ Đức là xu hướng tất yếu khách quan. Nhưng nếu việc mở rộng thẩm quyền bị lạm dụng hoặc bị thả nổi, hậu quả sẽ rất nặng nề. Chính vì vậy, song song với việc đẩy mạnh phân quyền, phân cấp, ủy quyền cho chính quyền Tp. Thủ Đức nhằm củng cố sức mạnh của một đô thị vệ tinh trong quản trị địa phương hiện đại, cần phải kích hoạt, vận hành cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước một cách đồng bộ và hiệu quả. Trước hết, phải đảm bảo sự kiểm soát bên trong của chính quyền Tp. Thủ Đức, với vai trò quan trọng của HĐND cùng cấp, cơ quan Thanh tra và cơ chế kiểm tra nội bộ, để ngăn ngừa các hiện tượng tham nhũng, tiêu cực. Chẳng hạn, để giám sát của HĐND thực sự có hiệu quả, cơ quan quyền lực nhà nước ở thành phố thuộc thành phố cần không ngần ngại sử dụng công cụ bỏ phiếu tín nhiệm đối với Chủ tịch UBND thành phố thuộc thành phố, buộc người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước phải rời khỏi vị trí quyền lực nếu kết quả bỏ phiếu cho thấy họ không dành được sự tín nhiệm từ đa số các đại biểu HĐND. Bên cạnh đó, cần phát huy hiệu lực, hiệu quả của các thiết chế kiểm soát bên ngoài, điển hình như Kiểm toán nhà nước và Tòa án. Đặc biệt, việc thực thi thẩm quyền của chính quyền Tp. Thủ Đức nói riêng và chính quyền đô thị nói chung cần phải được diễn ra trong sự giám sát thường xuyên của báo chí, các tổ chức xã hội và nhân dân, đề cao yếu tố công khai, minh bạch. Có như vậy, việc tăng cường thẩm quyền cho chính quyền thành phố thuộc thành phố đầu tiên trong cả nước mới thực sự có ý nghĩa ■

11 Nguyễn Đức Minh (2014), Những nội dung cơ bản của Hiến pháp năm 2013 về chính quyền địa phương và định hướng triển khai, trong cuốn "Hiến pháp nước CHXHCN Việt Nam - Nền tảng chính trị, pháp lý cho công cuộc đổi mới toàn diện đất nước trong thời kỳ mới", Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Nxb. Lao động Xã hội, tr.426, 427.

12 Trần Thị Thu Hà (2021), Ủy ban nhân dân Thành phố Thủ Đức và những yêu cầu đối với cơ quan hành chính nhà nước trong chính quyền thành phố thuộc thành phố, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 2, tr.64.