

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISBN 1859 - 2953  
<http://lapphap.vn>



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



- ❖ XUNG ĐỘT LỢI ÍCH TRONG HOẠT ĐỘNG CÔNG VỤ
- ❖ THU HỒI TÀI SẢN THAM NHŨNG Ở VIỆT NAM
- ❖ CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ DỊCH VỤ ĐẠI DIỆN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

SỐ 07 (431)

THÁNG 4/2021

# NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

## Mục lục Số 07/2021

### NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Đổi mới quy trình lập pháp ở Việt Nam trong điều kiện cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư

**ThS. Lê Thị Khánh Huyền**

- 9** Xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ

**TS. Nguyễn Văn Quân**

- 15** Thu hồi tài sản tham nhũng ở Việt Nam

**PGS. TS. Vũ Công Giao - Vũ Thành Cự -  
ThS. Phạm Thị Yến**

### BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 26** Các quy định của pháp luật Việt Nam về dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp và giải pháp hoàn thiện

**Nguyễn Thị Tuyền**

### THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 34** Hoàn thiện các quy định của pháp luật về thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của chức danh đồn trưởng đồn biên phòng và các chức danh có thẩm quyền tương đương

**TS. Phạm Thị Thanh Huế**

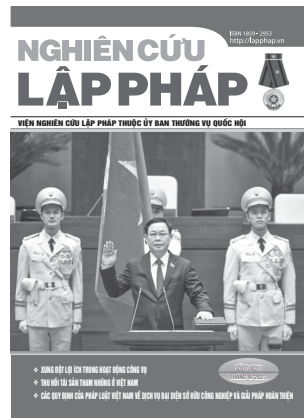
- 43** Điều kiện và hệ quả xác lập quyền về lỗi đi qua theo quy định của pháp luật

**ThS. Đặng Lê Phương Uyên**

### KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 54** Pháp luật Hoa Kỳ bảo vệ người mua căn hộ du lịch - Những gợi mở cho Việt Nam

**ThS. Đào Thu Hà**



#### HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. Nguyễn Văn Hiến (Chủ tịch)  
TS. Nguyễn Văn Giàu  
PGS. TS. Nguyễn Thanh Hải  
PGS. TS. Đinh Văn Nhã  
TS. Nguyễn Văn Luật  
TS. Lê Hải Đường  
TS. Lương Minh Tuân (Thư ký)  
PGS. TS. Vũ Công Giao  
PGS. TS. Ngô Huy Cương  
PGS. TS. Vũ Hồng Anh

#### PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUÂN

#### TRỤ SỞ:

35 NGŨ QUYỂN - HOÀN KIẾM - HÀ NỘI.  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: nclp@quochoi.vn  
Website: <http://lapphap.vn>

#### THIẾT KẾ:

TẠ ANH

#### GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

#### PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

#### TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

**GIÁ: 25.000 ĐỒNG**

#### Ảnh bìa:

Chủ tịch Quốc hội, Chủ tịch Hội đồng bầu cử quốc gia Vương Đình Huệ tuyên thệ trước Quốc hội.

**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 7/2021

### STATE AND LAW

- 3** Reform of Legislative Process in Vietnam in Context of the Fourth Industrial Revolution

**LLM. Le Thi Khanh Huyen**

- 9** Conflicts of Interests in Public Service Activities

**Dr. Nguyen Van Quan**

- 15** Recovery of Corrupted Assets in Vietnam

**Prof. Dr. Vu Cong Giao**

**Vu Thanh Cu**

**LLM. Pham Thi Yen**

### DISCUSSION OF BILLS

- 26** The Legal Regulations of Vietnam on Services of Representatives for Industrial Property and Recommendations for Improvements

**Nguyen Thi Tuyen**

### LEGAL PRACTICE

- 34** Improvements of Legal Regulations on Competence of Commander of Checkpoint of Border Guard Force and of the Equivalent Position to Fining Administrative Violations

**Dr. Pham Thi Thanh Hue**

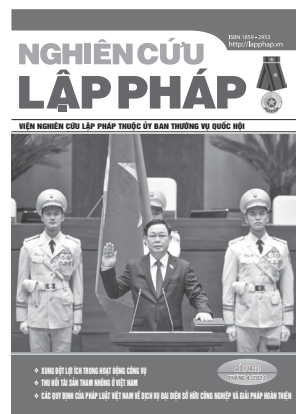
- 43** Conditions and Consequences of Establishment of Right to the Passageway under the Legal Regulations

**LLM. Dang Le Phuong Uyen**

### FOREIGN EXPERIENCE

- 54** The Law of the United States on Protection of the Vacation Apartment Buyers and Recommendations for Vietnam

**LLM. Dao Thu Ha**



#### EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)  
Dr. Nguyen Van Giau  
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai  
Prof. Dr. Dinh Van Nha  
Dr. Nguyen Van Luat  
Dr. Le Hai Duong  
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)  
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 - HANOI.  
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206  
FAX: 0243.2121201  
Email: [nclp@quochoi.vn](mailto:nclp@quochoi.vn)  
Website: <http://lapphap.vn>

#### DESIGN:

TA ANH

#### LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

#### DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

#### ACCOUNT NUMBER:

0991000023097  
THE INSTITUTE FOR LEGISLATIVE STUDIES  
JOINT STOCK COMMERCIAL BANK FOR  
FOREIGN TRADE OF VIETNAM  
(VIETCOMBANK).

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY

PRICE: **25.000 VND**

# ĐỔI MỚI QUY TRÌNH LẬP PHÁP Ở VIỆT NAM TRONG ĐIỀU KIỆN CUỘC CÁCH MẠNG CÔNG NGHIỆP LẦN THỨ TƯ

**Lê Thị Khánh Huyền**

*ThS. Công ty Ứng dụng kỹ thuật và sản xuất, Bộ Quốc phòng*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Cuộc Cách mạng lần thứ tư, quy trình lập pháp.

## Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/02/2021

Biên tập : 14/3/2021

Duyệt bài : 17/3/2021

## Tóm tắt:

Cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư đã và đang tạo ra những biến chuyển mạnh mẽ, chưa có tiền lệ trong đời sống kinh tế - xã hội, làm nảy sinh những vấn đề mới về pháp lý, tác động trực tiếp tới hoạt động xây dựng, hoàn thiện pháp luật của mỗi quốc gia. Trong quá trình này, hoạt động lập pháp ở Việt Nam cần thiết phải tiếp tục được đổi mới toàn diện, trong đó phải được chú trọng hơn đối với quy trình lập pháp.

## Article Information:

*Keywords:* The fourth revolution, the legislative process.

## Article History:

Received : 20 Feb. 2021

Edited : 14 Mar. 2021

Approved : 17 Mar. 2021

## Abstract:

The fourth industrial revolution has provided strong and unprecedented changes in the socio-economic life, giving new legal issues that directly impact on development and improvements of the laws of each country. Under this process, the legislative performance in Vietnam needs to continue to be comprehensively reformed, in which it is required to pay more attention to the legislative process.

## 1. Tính tất yếu đổi mới quy trình lập pháp ở Việt Nam trong bối cảnh cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư

Việt Nam là quốc gia đang trong quá trình công nghiệp hóa, hiện đại hóa và hội nhập quốc tế; cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư (CMCN 4.0) mở ra nhiều cơ hội và thách thức cho quá trình phát triển kinh tế - xã hội, trong đó bao gồm cả hoạt động lập pháp. Mặc dù, quy trình lập pháp ở Việt Nam trong nhiều

năm qua đã có nhiều tiến bộ vượt bậc, góp phần quan trọng vào hoàn thiện hệ thống pháp luật, xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, nhưng trước sự tác động mạnh mẽ của CMCN 4.0, để đáp ứng nhu cầu phát triển của đất nước trong thời kỳ mới, quy trình lập pháp ở nước ta cần được tiếp tục đổi mới, cụ thể là:

*Thứ nhất*, vận dụng các thành tựu khoa học, công nghệ của CMCN 4.0 vào hoàn thiện quy trình lập pháp là tất yếu khách

quan trọng quá trình phát triển kinh tế - xã hội trong bối cảnh CMCN 4.0.

Chỉ thị số 16/CT-TTg ngày 14/5/2017 của Thủ tướng Chính phủ chỉ rõ: “*Cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ 4 với xu hướng phát triển dựa trên nền tảng tích hợp cao độ của hệ thống kết nối số hóa - vật lý - sinh học với sự đột phá của Internet vạn vật và trí tuệ nhân tạo đang làm thay đổi căn bản nền sản xuất của thế giới. (...) đang tạo ra tác động mạnh mẽ, ngày một gia tăng tới mọi mặt của đời sống kinh tế - xã hội, dẫn đến việc thay đổi phương thức và lực lượng sản xuất của xã hội*”. Thực tiễn cho thấy, CMCN 4.0 với những công nghệ nổi trội, chưa từng có trong tiền lệ như in 3D, robot, trí tuệ nhân tạo, Internet kết nối vạn vật (IoT), mạng xã hội, điện toán đám mây, di động, phân tích dữ liệu lớn (S.M.A.C), công nghệ nano (CNNN), sinh học, vật liệu mới, v.v.. đã và đang làm thay đổi nhiều lĩnh vực của cuộc sống theo “cấp số nhân”; trong đó, đặc biệt thúc đẩy đến việc nâng cao trình độ công nghệ, nâng cao năng lực sản xuất và cạnh tranh trong chuỗi sản phẩm; tạo ra sự thay đổi lớn về hình thái kinh doanh dịch vụ; tạo ra nhiều cơ hội cho các doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo; giảm đáng kể chi phí giao dịch, vận chuyển; tạo cơ hội đầu tư hấp dẫn và đầy tiềm năng trong lĩnh vực công nghệ số.

Những tính năng vượt trội của công nghệ trong CMCN 4.0 không chỉ hữu dụng

đối với phát triển kinh tế, phát triển các tiện ích cho đời sống mà còn hữu ích trong hoạt động lập pháp, thúc đẩy quá trình chuyển đổi từ quy trình lập pháp truyền thống sang quy trình lập pháp hiện đại với sự trợ giúp của công nghệ phân tích dữ liệu lớn, trí tuệ nhân tạo, công nghệ số, v.v.. vào quá trình phân tích chính sách luật, tổng kết đánh giá tác động các quy phạm pháp luật (RIA) trong quá trình soạn thảo các dự luật, phân tích thực tiễn và xây dựng mô hình dự báo để từ đó đưa ra các phương án lựa chọn cho nhà lập pháp.

*Thứ hai*, đổi mới quy trình lập pháp Việt Nam trong bối cảnh CMCN 4.0 nhằm đáp ứng yêu cầu phát sinh các quan hệ pháp lý mới trong gian đoạn hiện nay.

Trước sự tác động mạnh mẽ, vượt trội của CMCN 4.0, chất lượng hệ thống pháp luật ở Việt Nam đã và đang bộ lộ những hạn chế nhất định, đó là:

*Một là*, thay đổi về không gian của các quan hệ pháp luật: Xuất hiện và ngày càng phổ biến các giao dịch “phi biên giới”, thậm chí “phi chủ thể”; chủ thể thực hiện các hoạt động truyền thông, quảng cáo; các hành vi, hoạt động thương mại, các giao dịch dân sự, v.v.. không bó hẹp trong phạm vi lãnh thổ quốc gia và một chủ thể pháp lý thông thường<sup>1</sup>.

*Hai là*, thay đổi về thời gian của các quan hệ pháp luật: Cách tính thời gian làm việc, nghỉ ngơi không còn phù hợp; cách xác định thời điểm có hiệu lực của các giao

<sup>1</sup> PGS. TS. Nguyễn Thị Quế Anh - PGS. TS. Ngô Huy Cương (Đồng chủ biên), *Cách mạng công nghiệp lần thứ tư và những vấn đề đặt ra đối với cải cách pháp luật Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2018, tr. 67-68.

dịch dân sự...<sup>2</sup>. Thực tế hiện nay, các giao dịch dân sự có thể thực hiện 24/7 thông qua sự hỗ trợ của công nghệ thông tin và truyền thông như dịch vụ E-Banking của các ngân hàng, v.v...

*Ba là*, thay đổi về chủ thể của các quan hệ pháp luật: Nếu như trong pháp luật truyền thống, chủ thể tham gia các quan hệ pháp luật là cá nhân hoặc pháp nhân (nghĩa là các chủ thể này thuộc về xã hội con người tự nhiên), nhưng trong bối cảnh CMCN 4.0, robot ngày một phổ biến và dần trở thành một chủ thể chính tham gia các quan hệ xã hội.

*Bốn là*, thay đổi về nội dung quan hệ pháp luật: Với sự phát triển mạnh mẽ của công nghệ IoT (Internet of Things), trong xã hội xuất hiện nhiều hành vi pháp lý mới như giao dịch tiền ảo, đánh bạc trực tuyến, khủng bố, lừa đảo, bắt nạt trên mạng... Nội dung điều chỉnh của pháp luật không chỉ giới hạn trong các đối tượng truyền thống mà được mở rộng hơn, bởi nhiều đối tượng mới và quan hệ xã hội mới xuất hiện, trong bối cảnh hội nhập quốc tế và CMCN 4.0, như: tiền ảo; các ứng dụng từ blockchain; tài sản ảo; không gian giao dịch trên môi trường ảo; mối quan hệ giữa cá nhân, pháp nhân với người nhân tạo - robot sinh học.

Những yêu cầu mới này đòi hỏi hệ thống pháp luật Việt Nam phải tiếp tục hoàn thiện theo hướng đầy đủ, kịp thời, đồng bộ, thống nhất, khả thi, phù hợp với

sự biến đổi nhanh chóng của các quan hệ xã hội và sự kết hợp giữa yếu tố kinh tế, xã hội và công nghệ trong các quan hệ xã hội, các hiện tượng xã hội, như Uber, Grap, các giao dịch thương mại, dân sự trên môi trường điện tử, v.v.. Những yêu cầu này không dễ giải quyết nếu quy trình lập pháp ở nước ta vẫn theo mô hình và công nghệ lập pháp truyền thống; cho nên, việc đổi mới quy trình lập pháp phù hợp với bối cảnh CMCN 4.0 ở nước ta nhằm đáp ứng yêu cầu giải quyết tốt những tồn tại, hạn chế trên.

*Thứ ba*, quy trình lập pháp của Việt Nam hiện nay đã và đang đối mặt với những thách thức mới trong bối cảnh CMCN 4.0.

Trong bối cảnh CMCN 4.0, các quan hệ xã hội diễn ra rất nhanh chóng, nhiều quan hệ xã hội mới phát sinh đòi hỏi phải có các quy phạm pháp luật mới điều chỉnh. Tuy nhiên, hoạt động lập pháp Việt Nam còn khá lạc hậu, thời gian thông qua một dự luật diễn ra rất lâu: “Thông thường, để trải qua các quy trình kể trên, một dự án luật thường mất ít nhất 18 tháng nhưng thực tế, một dự án luật từ lúc xây dựng đến lúc thông qua có thể mất khoảng 2-3 năm. Một số trường hợp, từ khi khởi thảo tới lúc thông qua còn mất nhiều thời gian hơn nữa”<sup>3</sup>. Trong khi đó, thực tiễn cuộc sống sẽ diễn biến nhanh hơn rất nhiều khả năng đáp ứng của quy trình xây dựng luật hiện tại. Điều đó cho thấy, việc tiếp tục tìm các giải pháp để đẩy nhanh hơn nữa hoạt động lập pháp là rất cần thiết.

<sup>2</sup> PGS. TS. Nguyễn Thị Quế Anh - PGS. TS. Ngô Huy Cương (Đồng chủ biên), *Cách mạng công nghiệp lần thứ tư và những vấn đề đặt ra đối với cải cách pháp luật Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2018, tr. 69-70.

<sup>3</sup> TS. Phan Chí Hiếu và TS. Nguyễn Văn Cương (Đồng Chủ biên) (2019), *Cách mạng công nghiệp lần thứ tư và những vấn đề pháp lý đặt ra*, Nxb. Tư pháp, tr.55.

Bên cạnh đó, các quan hệ xã hội trong bối cảnh này, “các văn bản luật điều chỉnh các vấn đề mới phát sinh từ việc ứng dụng công nghệ mới của CMCN 4.0 thường giải quyết những vấn đề mang bản chất pha trộn giữa khía cạnh kinh tế, công nghiệp và pháp lý”<sup>4</sup>. Chính vì thế, cơ quan lập pháp có thể còn e ngại khi biểu quyết thông qua một dự luật trong khi chưa thực sự hiểu bản chất pháp lý của các hiện tượng kinh tế - xã hội - công nghệ mới đó.

Tuy nhiên, nếu không bắt kịp nhịp độ phát triển của thế giới và khu vực, đi chung trên “chuyến tàu CMCN 4.0”, Việt Nam sẽ phải đối mặt những thách thức, như tụt hậu về khoa học và công nghệ, suy giảm năng lực cạnh tranh trong sản xuất, kinh doanh; dư thừa lao động có kỹ năng và trình độ thấp, gây phá vỡ thị trường lao động truyền thống, ảnh hưởng tới tình hình kinh tế - xã hội đất nước; mất an toàn, an ninh thông tin, xâm phạm bản quyền, v.v.. Cuộc cách mạng công nghiệp này cũng đặt ra những thách thức đối với một số ngành, lĩnh vực cụ thể, đặc biệt yêu cầu cao hơn về bảo đảm an toàn, an ninh thông tin mạng; yêu cầu bảo vệ quyền con người trong hoạt động thương mại điện tử và số hóa các hoạt động của đời sống xã hội; v.v..

Thực tiễn này đặt ra cho quy trình lập pháp ở Việt Nam cần phải được đổi mới toàn diện, phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội nước ta, cũng như yêu cầu đầy mạnh chuyển đổi số nhằm theo đáp ứng kịp yêu cầu của CMCN 4.0.

## 2. Những yêu cầu đặt ra đối với quy trình lập pháp ở nước ta trong điều kiện cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư

Theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020, quy trình lập pháp bao gồm các giai đoạn sau: (1) Lập chương trình xây dựng luật; (2) Soạn thảo; lấy ý kiến; chỉnh lý tiếp thu, giải trình, đăng tải, thẩm định, xem xét; (3) Thẩm tra; (4) Xem xét, cho ý kiến; (5) Thảo luận; chỉnh lý; lấy ý kiến; chỉnh lý; (6) Xem xét, thông qua; hoàn thiện về kỹ thuật văn bản; công bố. Các giai đoạn này có thể được gộp lại thành 4 bước chính sau đây: (1) Sáng kiến lập pháp; (2) Soạn thảo dự án; (3) Thảo luận và thông qua; (4) Công bố, ban hành.

Trong bối cảnh CMCN 4.0, nhu cầu đẩy nhanh tiến độ lập pháp đã tạo áp lực lên yêu cầu bảo đảm chất lượng của sản phẩm lập pháp. Để bảo đảm sự hài hòa giữa tiến độ và chất lượng của các văn bản quy phạm pháp luật, tác giả cho rằng, quy trình lập pháp ở nước ta cần phải chú trọng đến các yêu cầu sau đây:

*Thứ nhất*, tách bạch quy trình xây dựng chính sách và quy trình soạn thảo văn bản luật; tăng cường tính công khai, minh bạch trong xây dựng, ban hành văn bản.

Theo yêu cầu này, cần phải xác định rõ chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan trong quá trình lập pháp, phát huy vai trò đề xuất, xây dựng chính sách luật và bảo vệ chính sách luật của Chính phủ; Chính phủ phải có quyền và phải được tạo điều

<sup>4</sup> TS. Phan Chí Hiếu và TS. Nguyễn Văn Cường (Đồng Chủ biên) (2019), *Cách mạng công nghiệp lần thứ tư và những vấn đề pháp lý đặt ra*, Nxb. Tư pháp, tr. 55.

kiện để bảo vệ chính sách của mình trong suốt quy trình lập pháp<sup>5</sup>; phát huy vai trò thẩm tra, cho ý kiến và thông qua luật của Quốc hội và các cơ quan của Quốc hội. Bên cạnh đó, trong quá trình lập pháp, cần phải tiếp tục thực hiện công khai, minh bạch, huy động và sử dụng tốt trí tuệ của cộng đồng trong quá trình hoàn thiện các dự thảo luật trước khi Quốc hội thông qua.

Ở bước sáng kiến lập pháp, chủ thể chịu trách nhiệm sáng kiến lập pháp phải trả lời chính xác câu hỏi: tại sao phải xây dựng luật này hoặc tại sao phải sửa luật này? luật này cần phải ban hành (hay sửa) ngay để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước hay “đón đầu” trong thời gian tới?, v.v.. Để xử lý thỏa đáng những câu hỏi nêu ra, cần phải có được câu trả lời chính xác trong thời gian sớm nhất. Vì vậy, trong điều kiện của CMCN 4.0, cần phải sử dụng trí tuệ nhân tạo, điện toán đám mây, phân tích dữ liệu lớn (S.M.A.C), v.v.. vào tổng kết, đánh giá thực tiễn triển khai, thực hiện các quy phạm pháp luật trong cuộc sống, từ đó phân tích, đánh giá mức độ cần thiết và cấp thiết của dự án luật.

*Thứ hai*, kết hợp giữa huy động trí tuệ, sự tham gia của các chuyên gia, nhà khoa học và nhân dân với sự trợ giúp của công nghệ 4.0 vào quá trình soạn thảo, đánh giá tác động và thảo luận các dự án luật.

Như đã đề cập ở trên, trong thời kỳ CMCN 4.0, công nghệ cũng là một yếu tố điều chỉnh quan hệ xã hội. Vì vậy, để khắc phục sự bất đối xứng thông tin về

các vấn đề công nghệ trong quá trình xây dựng luật, cần đưa vào quá trình lập pháp cách thức tham vấn chuyên gia công nghệ và doanh nghiệp. Mặc dù, cả công nghệ và pháp luật đều điều chỉnh đến các quan hệ xã hội, đều tác động đến quyền và lợi ích của các chủ thể trong xã hội, nhưng sự tác động đó khác nhau cả về mục đích, quy mô. Nếu như công nghệ tác động đến các khía cạnh của đời sống xã hội với tốc độ rất nhanh chóng, không theo tuần tự; không bảo đảm sự bình đẳng giữa các chủ thể (chủ thể nào chủ động, tích cực, có sự am hiểu sâu sắc sẽ thụ hưởng được những lợi ích từ quá trình này; những chủ thể thiếu chủ động, thiếu tri thức và kỹ năng về công nghệ có thể bị tác động tiêu cực của quá trình); xuất phát từ lợi ích tư hoặc của một nhóm xã hội (nhóm xã hội có lợi ích từ việc triển khai và ứng dụng công nghệ). Trong khi đó, pháp luật tác động đến các khía cạnh của đời sống xã hội chậm hơn, sự ra đời của các quy phạm pháp luật thường có “độ trễ nhất định” so với thực tiễn; đảm bảo sự công bằng, khách quan của các chủ thể trước pháp luật; xuất phát từ lợi ích công.

Mặc dù Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật đã quy định các bước lấy ý kiến doanh nghiệp và lấy ý kiến nhân dân cũng như cho phép huy động chuyên gia. Tuy nhiên, trên thực tế cần đảm bảo quá trình tham vấn đó được thực hiện một cách linh hoạt hơn và đảm bảo sự công khai, minh bạch và chịu sự giám sát của công chúng. Quá trình tham vấn cũng cần phải đảm bảo sự khách quan,

<sup>5</sup> TS. Nguyễn Sỹ Dũng, *Động lực của quy trình lập pháp*, <https://nhandan.com.vn/chinh-tri-hangthang/ong-luc-cua-quy-trinh-lap-phap-579267/>, ngày 03/01/2020.



## NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

độc lập giữa chuyên gia và doanh nghiệp, đảm bảo các cơ quan xây dựng pháp luật không lệ thuộc vào ý kiến của bên nào<sup>6</sup>. Bên cạnh đó, cần đẩy mạnh việc sử dụng ứng dụng trợ lý ảo (chatbot) để gia tăng tính tương tác giữa cơ quan chủ trì soạn thảo với các đối tượng liên quan hoặc với người dân 24/7.

Bên cạnh việc phát huy vai trò của chuyên gia, nhà khoa học và nhân dân vào quá trình xây dựng, thảo luận và đánh giá các dự luật thì việc ứng dụng các công nghệ 4.0 để phân tích, đánh giá tác động (RIA) thông qua các mô hình giả lập để dự báo những tác động của các quy phạm pháp luật của dự luật này đối với các quan hệ xã hội nếu dự luật đó được thông qua và triển khai vào cuộc sống, từ đó đưa ra các phương án để nhà lập pháp lựa chọn phương án tối ưu. Với sự trợ giúp của trí tuệ nhân tạo, phân tích dữ liệu lớn (S.M.A.C), v.v.. sẽ giúp các nhà lập pháp lường trước được viễn cảnh các quy phạm pháp luật này tác động đến các chủ thể trong xã hội như thế nào, từ đó điều chỉnh các quy phạm theo hướng đảm bảo tối đa quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của các chủ thể pháp luật trong xã hội, theo đúng tinh thần của Đại hội XIII của Đảng: “Xây dựng hệ thống pháp luật đầy đủ, kịp thời, đồng bộ, thống nhất, khả thi, công khai, minh bạch, ổn định, lấy quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của người dân, doanh nghiệp làm trung tâm

thúc đẩy đổi mới sáng tạo, bảo đảm yêu cầu phát triển nhanh, bền vững”<sup>7</sup>.

*Thứ ba*, xây dựng quy trình lập pháp chuyên biệt nhằm áp dụng đối với văn bản pháp luật chuyên biệt, phù hợp với tính đặc thù của một số văn bản phục vụ cho yêu cầu quản lý nhà nước trong bối cảnh cuộc CMCN 4.0.

Để đáp ứng yêu cầu phản ứng nhanh và linh hoạt với các vấn đề mới phát sinh, Việt Nam cần xây dựng và áp dụng cơ chế thử nghiệm trong phạm vi ngành, lĩnh vực và thời gian nhất định (Sandbox). Theo đó, trong quy trình lập pháp cần phải gắn với trách nhiệm đề xuất dự án luật (nếu có thể) sau quá trình thử nghiệm để nếu việc thử nghiệm thành công thì thiết lập cơ chế pháp lý chung điều chỉnh các vấn đề mới này; cần nghiên cứu giảm lược một số khâu trong quá trình lập pháp để việc ban hành luật điều chỉnh các vấn đề nêu trên được kịp thời hơn. Bên cạnh đó, cần nghiên cứu các ứng dụng công nghệ để xây dựng những nền tảng hoạch định chính sách cho phép đông đảo công chúng tham gia (Crowdlaw)<sup>8</sup>, cho phép công chúng, chuyên gia, doanh nghiệp tham gia một cách rộng rãi và tích cực hơn vào quá trình xây dựng luật. Ngoài ra, để đảm bảo khắc phục những điểm trống về mặt pháp luật, cần phát huy vai trò của tòa án trong việc tạo ra các án lệ và có quy trình phù hợp để xây dựng các quy tắc pháp luật từ các án lệ ■

<sup>6</sup> TS. Trần Thị Quang Hồng, “Tác động của Cách mạng công nghiệp lần thứ tư đến quy trình lập pháp ở Việt Nam nhìn từ kinh nghiệm quốc tế”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 1/2020, tr. 63

<sup>7</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, tập 1, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 175

<sup>8</sup> TS. Trần Thị Quang Hồng, “Tác động của Cách mạng công nghiệp lần thứ tư đến quy trình lập pháp ở Việt Nam nhìn từ kinh nghiệm quốc tế”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 1/2020, tr. 62

## XUNG ĐỘT LỢI ÍCH TRONG HOẠT ĐỘNG CÔNG VỤ

Nguyễn Văn Quân

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

**Thông tin bài viết:***Từ khóa:* Xung đột lợi ích; công vụ; tham nhũng.*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 12/10/2020

Biên tập : 22/11/2020

Duyệt bài : 29/11/2020

**Article Information:***Keywords:* Conflicts of interest; public service; corruption.*History:*

Received : 12 Oct. 2020

Edited : 22 Nov. 2020

Approved : 29 Nov. 2020

**Tóm tắt:**

Xung đột lợi ích tồn tại phổ biến trong đời sống xã hội, chịu sự điều chỉnh của nhiều lĩnh vực pháp luật khác nhau, cả luật công và luật tư. Trong hoạt động công vụ, xung đột lợi ích có thể làm tổn hại đến sự vô tư, công bằng và liêm chính của người thực thi công vụ. Điều này có thể dẫn đến tham nhũng.

**Abstract:**

The existence of conflicts of interest widely spreads in social life and it is subject to be regulated by different legal fields, both public laws, and private ones. In public service activities, conflicts of interest may cause harm to the impartiality, fairness, and integrity of public service executors, which may lead to corruption in public service delivery.

Trong cuộc sống, chúng ta chứng kiến nhiều tình huống có sự đối lập hoặc bất đồng giữa các lợi ích khác nhau. Trong những tình huống này, chủ thể liên quan không thể đồng thời thỏa mãn cả hai lợi ích. Điều này làm phát sinh lo ngại rằng, lợi ích này tổn hại lợi ích kia, dù có thể thiệt hại không diễn ra trên thực tế. Ví dụ như luật sư bảo vệ cho các khách hàng có lợi ích đối lập nhau; thẩm phán có lợi ích liên quan đến vụ việc mà người này xét xử; một bác sĩ kê đơn thuốc không phải vì lợi ích của người bệnh (dựa vào hiệu quả điều trị và chi phí) mà dựa vào lợi ích (phần trăm) do nhà sản xuất cung cấp thuốc mang lại; một quan chức chịu

trách nhiệm kiểm tra, giám sát một doanh nghiệp mà mình góp vốn; hoặc một đại biểu dân cử có lợi ích riêng liên quan tới quyết định mà người này đưa ra; người quản lý một công ty có lợi ích cá nhân trong hợp đồng do chính công ty đó ký kết. Xung đột lợi ích phổ biến trong cuộc sống, vì mỗi cá nhân đều có những lợi ích hợp pháp và đan xen trong các mối quan hệ xã hội ngày càng đa dạng.

**1. Quan niệm về xung đột lợi ích**

Hiểu một cách chung nhất thì xung đột lợi ích là “tình huống mà một người thấy lợi ích cá nhân của mình xung đột với lợi ích khác mà mình phải chịu trách nhiệm”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Pierre-François Cuif, “Le conflit d’intérêts: essai sur la détermination d’un principe juridique en droit privé”, RTD commercial, n° 1, janvier-mars 2005, tr.1.

Nói cách khác, xung đột lợi ích nảy sinh “khi lợi ích cá nhân của một người đối lập với một lợi ích khác mà người này có trách nhiệm bảo vệ”<sup>2</sup>. Lợi ích có thể được hiểu một cách khái quát nhất là những tiện ích về mặt vật chất hoặc tinh thần, có được ở thời điểm hiện tại hoặc tương lai mà một người có thể có được từ một tình huống. Cũng theo hướng này, tác giả Dominique Schmidt cho rằng, xung đột lợi ích là “tình huống trong đó có một lợi ích cần được bảo vệ căn cứ vào một thẩm quyền hay quyền hạn được giao, nhưng lợi ích này bị hy sinh vì một lợi ích khác đối lập”<sup>3</sup>. Giáo sư người Pháp Joël Moret-Bailly đưa ra định nghĩa tổng quát về xung đột lợi ích như sau: “*Xung đột lợi ích là tình huống mà một người đảm trách một lợi ích khác với lợi ích riêng của người này nhưng không hành động hoặc bị nghi ngờ không hành động, với sự trung thành và vô tư để bảo vệ lợi ích mà mình được giao phó, với mục đích ưu ái cho lợi ích cá nhân của mình hoặc bên thứ ba*”<sup>4</sup>.

Một cách khái quát nhất, xung đột lợi ích là một tình huống mà trong đó, lợi ích cá nhân của một người đối lập với những nghĩa vụ mà người này gánh vác và phải có trách nhiệm bảo vệ.

Xung đột lợi ích tồn tại trong các mối quan hệ theo chiều dọc (quan hệ có tính thứ bậc). Ví dụ như xung đột lợi ích trong hoạt động của công chức, viên chức chịu trách nhiệm bảo vệ lợi ích công. Đồng thời, xung

đột lợi ích cũng diễn ra trong mối quan hệ theo chiều ngang, tức trong quan hệ mang tính chất hợp tác giữa những người có địa vị xã hội và quyền lực mang tính tương đương, ví dụ như chuyên gia y tế, bác sĩ với bệnh nhân, giữa luật sư và khách hàng...

Theo học giả Mustapha Mekki, xung đột lợi ích có thể được phân thành 3 điển hình loại sau<sup>5</sup>:

*Thứ nhất*, xung đột liên quan đến người được giao quyền lực: quyền lực được định nghĩa là ưu quyền được trao cho một người và người này phải thực hiện vì lợi ích của chủ thể khác (điển hình của loại xung đột này liên quan đến lĩnh vực công vụ).

*Thứ hai*, xung đột liên quan đến những chủ thể được giao nhiệm vụ “trọng tài”: thẩm phán, trọng tài viên, hòa giải viên.

*Thứ ba*, xung đột liên quan đến những người được trao nhiệm vụ đánh giá với tư cách là chuyên gia pháp lý, tài chính, kế toán hay khoa học.

Trên thực tế, bên cạnh xung đột lợi ích trong lĩnh vực công, còn tồn tại xung đột lợi ích trong lĩnh vực tư. Ví dụ như những trường hợp xung đột lợi ích trong quan hệ công ty như: giao dịch có nguy cơ tư lợi giữa người quản lý công ty với công ty, sử dụng tài sản, thông tin mật và cơ hội của công ty cho mục đích cá nhân, cạnh tranh với công ty...<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Dominique Schmidt, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Joly, 2004.

<sup>3</sup> Claire Ogier, *Le Conflit d'intérêts*, thèse de doctorat, Université Jean-Monnet, Saint-Étienne, 2008, tr. 278.

<sup>4</sup> Xem: Joël Moret-Bailly, *Définir les conflits d'intérêts*, Recueil Dalloz, 2011, chronique, tr.1100-1106.

<sup>5</sup> Mustapha Mekki, *La lutte contre les conflits d'intérêt: essor de la transparence ou règne de la méfiance?*, Pouvoirs, n° 47/2013, tr. 23.

<sup>6</sup> Đỗ Minh Tuấn, *Nghĩa vụ trung thành của người quản lý công ty cổ phần*, Sđd, tr. 52-53.

## 2. Xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ

Hiện có nhiều quan niệm, định nghĩa khác nhau về xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ<sup>7</sup>. Trong đó, định nghĩa do Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) đưa ra được sử dụng phổ biến hơn cả. Theo đó, “xung đột lợi ích là xung đột giữa nhiệm vụ công và lợi ích cá nhân của viên chức nhà nước mà lợi ích cá nhân của viên chức đó có thể ảnh hưởng không thích hợp đến cách người này thực hiện các nghĩa vụ và trách nhiệm của họ”<sup>8</sup>. Định nghĩa này chỉ ra bản chất của xung đột lợi ích là lợi ích cá nhân công chức với trách nhiệm và nghĩa vụ công của họ. Theo chúng tôi, đây là định nghĩa toàn diện và dễ hiểu về xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ. Tuy nhiên, không phải mọi tình huống căng thẳng hoặc xung đột giữa các lợi ích đều cấu thành “xung đột lợi ích”. Ví dụ, một chính phủ phải lựa chọn giữa phát triển công nghiệp và bảo vệ môi trường, giữa khôi phục tăng trưởng kinh tế và bảo đảm sức khỏe cộng đồng trong giai đoạn dịch bệnh. Đây cũng là những “xung đột lợi ích” mà quyền lực chính trị phải tìm cách dung hòa và đưa ra lựa chọn, nhưng không phải là xung đột lợi ích trong công

vụ như trong định nghĩa của OECD và các thiết chế quốc tế. Bởi vì, xung đột lợi ích trong lĩnh vực công vụ là tình huống có sự xung đột giữa lợi ích riêng của một cá nhân với lợi ích công của một tổ chức, thiết chế mà cá nhân này làm việc. Và vấn đề xung đột lợi ích chỉ đặt ra khi lợi ích tư đe dọa lợi ích công, chứ không phải trong trường hợp ngược lại<sup>9</sup>. Nói cách khác, xung đột lợi ích liên quan đến sự ảnh hưởng, tác động không thích hợp, không thỏa đáng của lợi ích tư (cá nhân) tới việc thực thi quyền lực công.

Ảnh hưởng không thích hợp, không thỏa đáng (influence improperly) được giải thích trong “Khuyến nghị về Hướng dẫn để quản lý xung đột lợi ích trong lĩnh vực công”<sup>10</sup> của OECD. Theo đó, đây là những ảnh hưởng tiêu cực đến tính hợp pháp (legitimacy), vô tư (impartiality) và công bằng (fairness) của người công chức trong việc ra quyết định công, làm sai lệch chế độ pháp quyền, xây dựng, áp dụng chính sách, hoạt động của thị trường và phân bổ nguồn lực công.

Tại Việt Nam, định nghĩa về xung đột lợi ích được thể hiện trong khoản 8 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018: “Xung đột lợi ích là tình huống mà

<sup>7</sup> Phạm Thị Huệ, *Kiểm soát xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ nhằm phòng ngừa tham nhũng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, 2020, tr.17-25.

<sup>8</sup> OECD, *Managing conflict of interest in the Public Service. Oecd Guidelines and Country Experiences*, Paris, OCDE publishing, 2004, tr.15; OECD, *Conflict of Interest Policies and Practices in Nine EU Member States: A Comparative Review*, 18 juin 2007, tr.6. Xem: [https://www.oecd-ilibrary.org/governance/conflict-of-interest-policies-and-practices-in-nine-eu-member-states\\_5kml60r7g5zq-en](https://www.oecd-ilibrary.org/governance/conflict-of-interest-policies-and-practices-in-nine-eu-member-states_5kml60r7g5zq-en), truy cập ngày 25/9/2020, Recommendation of the Council on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service. Xem: <http://www.oecd.org/governance/ethics/2957360.pdf>, truy cập ngày 25/9/2020.

<sup>9</sup> Bernardo Giorgio Mattarella, *Le régime juridique du conflit d'intérêts. Éléments comparés*, RFAP, 2010, n° 135, tr. 644.

<sup>10</sup> OECD, *Recommendation of the Council on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service*, tr.4. Xem: <http://www.oecd.org/governance/ethics/2957360.pdf>, truy cập ngày 25/9/2020.

trong đó lợi ích của người có chức vụ, quyền hạn hoặc của người thân thích của họ tác động hoặc sẽ tác động không đúng đến việc thực hiện nhiệm vụ, công vụ”. Tuy nhiên, định nghĩa này chưa làm toát ra được lý do (cơ sở) cần phải kiểm soát xung đột là xung đột này sẽ “tác động tiêu cực” đến việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của người thực hiện công vụ. “Tác động tiêu cực” tới tính vô tư, khách quan của hoạt động công vụ cũng là điểm được chỉ ra trong “Khuyến nghị của Hội đồng bộ trưởng Liên minh châu Âu về quy tắc ứng xử của nhân viên công vụ”<sup>11</sup>. Theo đó, xung đột lợi ích là “tình huống mà một viên chức nhà nước có lợi ích cá nhân ảnh hưởng hoặc sẽ ảnh hưởng đến việc thực hiện công bằng, vô tư và khách quan các nhiệm vụ của họ”<sup>12</sup>. Xung đột lợi ích là tình huống mà không phải là hành vi<sup>13</sup>, cho nên không phải mọi tình huống xung đột lợi ích đều vi phạm pháp luật và đều có thể truy cứu trách nhiệm<sup>14</sup>. Trong mối tương quan với hành vi tham nhũng, không phải mọi tình huống xung đột lợi ích đều gắn liền với tham nhũng, mà tùy thuộc vào cách thức, thái độ hành xử của người thực thi công vụ liên quan, đặc biệt

là căn cứ về tính vô tư, khách quan của người công chức khi thực thi công vụ. Cán bộ, công chức, viên chức khi thực hiện công vụ luôn nhân danh Nhà nước, bảo vệ lợi ích chung. Vì thế, bảo đảm sự vô tư, khách quan, không thiên vị là nghĩa vụ căn bản nhất của người thực thi công vụ. Chỉ có sự khách quan, vô tư, không thiên vị trong hoạt động công vụ thì mới bảo đảm sự bình đẳng của người dân khi tiếp cận các dịch vụ công<sup>15</sup>. Đây cũng là căn cứ đánh giá trách nhiệm công chức trong các vụ việc có xung đột lợi ích.

### 3. Bản chất của xung đột lợi ích: Xâm hại tới tính liêm chính, vô tư của hoạt động công vụ

Nếu như xung đột lợi ích trong lĩnh vực luật tư làm tổn hại tới nguyên tắc trung thành (loyalty) trong quan hệ giữa một pháp nhân và người được giao quyền, thì trong lĩnh vực công vụ, xung đột lợi ích có thể làm tổn hại đến nguyên tắc đảm bảo tính vô tư trong hoạt động công<sup>16</sup>.

Tại nhiều quốc gia trên thế giới, đảm bảo sự vô tư là nguyên tắc cơ bản áp dụng cho mọi hoạt động công vụ, cho mọi nhân viên công quyền<sup>17</sup>. Bởi vì, hoạt động công

<sup>11</sup> Conseil of Europe, *Recommendation No. R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member states on codes of conduct for public officials*. Xem: <https://rm.coe.int/16805e2e52>, truy cập ngày 25/9/2020.

<sup>12</sup> Điều 13 Recommendation No. R (2000) 10 of the Committee of Ministers to Member states on codes of conduct for public officials.

<sup>13</sup> Bernardo Giorgio Mattarella, *Le régime juridique du conflit d'intérêts. Éléments comparés*, RFAP, 2010, n° 135, tr. 649.

<sup>14</sup> Xung đột phải ở một mức độ đủ lớn, có thể ảnh hưởng đến tính đúng đắn, liêm chính, vô tư, công bằng của hoạt động công vụ.

<sup>15</sup> 03 nguyên tắc cơ bản điều chỉnh hoạt động dịch vụ công là đảm bảo tính liên tục, bình đẳng, tính có thể thay đổi. Xem Martine Lombard, *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb. Tư pháp, 2007, tr. 454-457.

<sup>16</sup> Xem: Joël Moret-Bailly, *Définir les conflits d'intérêts*, Recueil Dalloz, 2011, chronique, tr.1100-1106.

<sup>17</sup> Xem: Eric Mitard, *L'impartialité administrative*, AJDA, 1999, tr. 478-495.

vụ là hoạt động nhân danh quyền lực nhà nước, thực hiện chức năng quản lý nhà nước trong các lĩnh vực của đời sống xã hội. Hoạt động đó tác động đến mọi chủ thể trong xã hội và hoạt động đó sử dụng nguồn lực của toàn xã hội (thông qua nguồn thu từ thuế) nhằm mục đích mang lại lợi ích chung của xã hội. Do vậy, tiêu chí đặt lên hàng đầu là sự công bằng, vô tư trong hoạt động này để bảo vệ và tôn trọng quyền của các chủ thể khác nhau trong xã hội. Cho nên, để đảm bảo tính đúng đắn, công bằng, liêm chính trong hoạt động công vụ, mọi nguyên tắc hoạt động, trình tự, thủ tục, thẩm quyền tiến hành hoạt động này đều được pháp luật định trước một cách chặt chẽ. Tình huống xung đột lợi ích xuất hiện sẽ khiến chủ thể thực thi công vụ có thể vì lợi ích của riêng mình mà bỏ qua những nguyên tắc chung. Và chính vì thế, quyền, lợi ích chính đáng của các chủ thể khác sẽ không được bảo vệ<sup>18</sup>. Nói cách khác, xung đột lợi ích có thể xâm hại đến tính vì lợi ích chung của hoạt động công vụ, vì nó phá vỡ sự liêm chính, công bằng, vô tư của người thực thi công vụ. Đây chính là tiền đề nảy sinh tham nhũng<sup>19</sup>.

Về cơ bản, tính vô tư, công bằng trong công vụ đòi hỏi chủ thể thực thi công vụ không được để yếu tố cá nhân tác động tới công việc do mình xử lý, và hoạt động thực thi công vụ của những người này không được tạo ra ghi ngờ có thành kiến hoặc định kiến khi thực hiện nhiệm vụ<sup>20</sup>.

Xuất phát từ tầm quan trọng của sự liêm chính, công bằng, vô tư trong hoạt động công vụ, một số quốc gia đã hiến định nguyên tắc vô tư, công bằng của hoạt động công vụ. Theo Điều 33 Luật liên bang của Cộng hòa liên bang Đức về quy chế của công chức ngày 17/6/2008<sup>21</sup>, công chức có nghĩa vụ thực thi nhiệm vụ của mình một cách không đảng phái và vô tư, công bằng (*unparteiisch und gerecht*). Tại Hoa Kỳ, Các tiêu chuẩn đạo đức ứng xử áp dụng cho nhân viên hành pháp<sup>22</sup> do Cơ quan Đạo đức Chính phủ Hoa Kỳ (US Office Of Government Ethics, OGE<sup>23</sup>) ban hành năm 2002 quy định: Nhân viên phải hành động không thiên vị và không dành sự ưu đãi cho bất kỳ tổ chức hoặc cá nhân tư nhân nào. Khoản 3 Điều 103 Hiến pháp Tây Ban Nha năm 1978 quy định: Luật sẽ điều chỉnh quy chế của công chức [...] và các bảo đảm liên quan đến

<sup>18</sup> Phạm Thị Huệ, *Kiểm soát xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ nhằm phòng ngừa tham nhũng ở Việt Nam hiện nay*, Sđd, tr. 39.

<sup>19</sup> Phạm Thị Huệ, *Kiểm soát xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ nhằm phòng ngừa tham nhũng ở Việt Nam hiện nay*, Sđd, tr. 39.

<sup>20</sup> Christian Vigouroux, *Déontologie des fonctions publiques*, 2<sup>ème</sup> édition, 2012, tr.153.

<sup>21</sup> Xem: <https://www.gesetze-im-internet.de/beamstsg/BJNR101000008.html>, truy cập ngày 08/3/2021.

<sup>22</sup> Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch, October 2002, part 2635. Xem: <https://www.oecd.org/mena/governance/35527111.pdf>, truy cập ngày 25/9/2020.

<sup>23</sup> OGE là một cơ quan độc lập trong bộ máy Chính phủ Mỹ được thành lập năm 1989, phụ trách soạn thảo quy phạm hành vi đạo đức của nhân viên làm trong các cơ quan hành chính, xét duyệt các quy tắc phụ về hành vi đạo đức do các ban, ngành hành chính đặt ra, giám sát tình hình thi hành khai báo tài sản công khai và bí mật của các quan chức chính quyền, và thẩm tra lý lịch những quan chức được Tổng thống bổ nhiệm xem họ có xung đột lợi ích kinh tế (với chính quyền) hay không.

tính vô tư, không thiên vị trong thực thi công vụ”<sup>24</sup>. Điều 97 Hiến pháp Italia đặt ra nguyên tắc vô tư của hệ thống cơ quan hành chính<sup>25</sup>. Theo đó, các cơ quan công sở được tổ chức theo quy định của pháp luật, bảo đảm hiệu quả, công bằng, không thiên vị trong hoạt động. Điều 8 Bộ luật về đạo đức nghề nghiệp của công chức ngày 28/11/2000 của nước này<sup>26</sup> đưa ra định nghĩa về tính vô tư trong hoạt động công vụ.

Xung đột lợi ích và tham nhũng là hai khái niệm khác nhau, nhưng có mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Đôi khi có xung đột lợi ích ở nơi không có tham nhũng và ngược lại<sup>27</sup>. Ví dụ, một viên chức nhà nước tham gia vào việc ra quyết định trong một vụ việc mà người này có lợi ích cá nhân nhưng vẫn có thể hành động một cách đúng đắn, liêm chính và tuân thủ pháp luật thì sẽ không có tham nhũng, hay một quan chức nhận hối lộ (tham nhũng) để đưa ra quyết định dù không có bất kỳ xung đột lợi ích nào liên quan đến vụ việc. Tham nhũng là “hành vi của người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó vì vụ lợi” (khoản 2 Điều 1 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018)<sup>28</sup>; trong khi đó, xung đột lợi ích chỉ dừng lại ở các tình huống. Nghĩa là, các

tình huống xung đột lợi ích có thể dẫn đến hành vi tham nhũng hay không còn tùy thuộc vào cách hành xử của người thực thi công vụ. Nếu cán bộ, công chức, viên chức ở tình huống xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ lựa chọn hành động vì lợi ích cá nhân của mình và làm tổn hại tới lợi ích chung thì xung đột lợi ích sẽ chuyển từ tình huống (nguy cơ nảy sinh hành vi tham nhũng) sang hành vi tham nhũng. Ngược lại, trong trường hợp cán bộ, công chức, viên chức lựa chọn hành động vì lợi ích chung thì xung đột lợi ích không dẫn tới hành vi tham nhũng<sup>28</sup>. Tuy nhiên, trong đa số các trường hợp, tham nhũng sẽ xuất hiện khi lợi ích cá nhân của người thực thi công vụ ảnh hưởng tiêu cực đến tính liêm chính, hiệu quả hoạt động công vụ. Đặc biệt, những người này được giao quyền lực công nên dễ có xu hướng lạm quyền, đánh mất sự liêm chính, công tâm nếu không được kiểm tra, giám sát chặt chẽ. Chính vì thế, OECD cho rằng, phòng ngừa xung đột lợi ích là một phần của chính sách phòng, chống tham nhũng<sup>29</sup>; bởi vì, kiểm soát xung đột lợi ích là một công cụ để tạo dựng khu vực công liêm chính - nền tảng để phòng ngừa tham nhũng hiệu quả ■

<sup>24</sup> Hiến pháp Tây Ban Nha năm 1978 (bản tiếng Anh). Xem: [http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist\\_Normas/Norm/const\\_esp\\_texto\\_ingles\\_0.pdf](http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Hist_Normas/Norm/const_esp_texto_ingles_0.pdf), truy cập ngày 25/9/2020.

<sup>25</sup> Hiến pháp Italia (bản tiếng Anh). Xem: [https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione\\_inglese.pdf](https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf), truy cập ngày 25/9/2020.

<sup>26</sup> Bộ luật về đạo đức nghề nghiệp của công chức (Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni). Xem: <https://www.privacy.it/archivio/dm20001128.html>, truy cập ngày 08/3/2021.

<sup>27</sup> OECD, *Conflict of Interest Policies and Practices in Nine EU Member States: A Comparative Review*, Sđd, tr.6.

<sup>28</sup> Phạm Thị Huệ, *Kiểm soát xung đột lợi ích trong hoạt động công vụ nhằm phòng ngừa tham nhũng ở Việt Nam hiện nay*, Sđd, tr. 41.

<sup>29</sup> OECD, *Conflict of Interest Policies and Practices in Nine EU Member States: A Comparative Review*, Sđd, tr. 6.

# THU HỒI TÀI SẢN THAM NHŨNG Ở VIỆT NAM <sup>1</sup>

Vũ Công Giao\*

Vũ Thành Cự\*\*

Phạm Thị Yến\*\*\*

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

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

\*\*\* ThS. Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Tham nhũng, tài sản tham nhũng, thu hồi tài sản tham nhũng.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 15/3/2021

Biên tập : 27/3/2021

Duyệt bài : 29/3/2021

## Article Information:

*Keywords:* Corruption, corrupted assets, recovery of corrupted assets.

*Article History:*

Received : 15 Mar. 2021

Edited : 27 Mar. 2021

Approved : 29 Mar. 2021

## Tóm tắt:

Tham nhũng là “giặc nội xâm”<sup>2</sup>, là nguy cơ đe dọa sự tồn vong của chế độ, là tác nhân chính dẫn đến làm giảm hiệu quả quản lý của bộ máy nhà nước<sup>3</sup>. Chính vì vậy, kể từ khi bắt đầu Công cuộc đổi mới toàn diện đất nước (1986), vấn đề đấu tranh phòng, chống tham nhũng luôn được Đảng và Nhà nước quan tâm. Trong mấy năm gần đây, cuộc chiến chống tham nhũng ở nước ta đã giành được những thành tựu, thể hiện qua việc đưa ra xét xử nhiều vụ án tham nhũng lớn mà trong đó nhiều quan chức cấp cao đã bị kết án<sup>4</sup> - điều chưa từng có trước đây. Tuy nhiên, tình trạng tham nhũng ở nước ta hiện vẫn còn khá phổ biến và gây nhiều bức xúc trong xã hội<sup>5</sup>. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả phân tích cơ sở chính trị, pháp lý, những thách thức đặt ra đối với việc thu hồi tài sản tham nhũng và đề xuất giải pháp nâng cao hiệu quả của việc thu hồi tài sản tham nhũng ở Việt Nam hiện nay.

## Abstract:

Corruption is the "internal invaders", the threat to the survival of the regime, the main factor leading to the reduction of the management efficiency of the state apparatus. Therefore, since the beginning of the comprehensive national reform (1986), fights against corruption have always got concerns by both the Party and the State. In recent years, the fights against corruption in our country have gained significant achievements, as evidenced by the trial of many major corruption cases in which several high-position officials have been sentenced, which is an unprecedented phenomenon. However, corruption in our country is still quite common and causes great frustrations in society. Within the scope of this article, the authors provide an analysis of the political ground and legal basis, the challenges posed to the recovery of corrupted assets, and also solutions to improve the efficiency of the recovery of corrupted assets in Vietnam.

<sup>1</sup> Bài viết có sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài cấp bộ: “*Những vấn đề lý luận và thực tiễn về hoàn thiện pháp luật giải quyết xung đột lợi ích và thu hồi tài sản tham nhũng trong phòng, chống tham nhũng ở Việt Nam hiện nay*” do GS.TS. Phan Trung Lý làm Chủ nhiệm.

<sup>2</sup> Lê Hiệp. Tổng bí thư, Chủ tịch nước: “*Lợi ích nhóm, tham nhũng là giặc nội xâm vô cùng nguy hiểm*”, <https://thanhnien.vn/thoi-su/tong-bi-thu-chu-tich-nuoc-loi-ich-nhom-tham-nhung-la-giac-noi-xam-vo-cung-nguy-hiem-1225373.html>.

<sup>3</sup> Quốc Anh, “*Tham nhũng trở thành nguy cơ chính đe dọa sự tồn vong chế độ*”, <https://dantri.com.vn/xa-hoi/tham-nhung-tro-thanh-nguy-co-chinh-de-doa-su-ton-vong-che-do-20151224222419406.htm>.

<sup>4</sup> *10 vụ án lớn về kinh tế, tham nhũng và các vụ án điển hình được đưa ra xét xử trong năm 2018*, Tạp chí TAND online, 11/01/2019, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/xet-xu-xet-xu/10-vu-an-lon-ve-kinh-te-tham-nhung-va-cac-vu-an-dien-hinh-duoc-dua-ra-xet-xu-trong-nam-2018>.

<sup>5</sup> An Nguyễn, Bộ Công an: Tội phạm về kinh tế, tham nhũng vẫn nghiêm trọng, <https://baodautu.vn/bo-cong-an-toi-pham-ve-kinh-te-tham-nhung-van-nghiem-trong-d121993.html>.



### 1. Quan niệm về tài sản, tài sản tham nhũng và thu hồi tài sản tham nhũng ở Việt Nam

#### 1.1. Quan niệm về tài sản, tài sản tham nhũng ở Việt Nam

Ở Việt Nam, có nhiều cách định nghĩa ít nhiều khác nhau về “tài sản”. Theo Đại từ điển tiếng Việt: “Tài sản là của cải vật chất dùng để sản xuất hoặc tiêu dùng”<sup>6</sup>; còn theo Từ điển Luật học: “Tài sản là các vật có giá trị bằng tiền và là đối tượng của quyền tài sản và các lợi ích vật chất khác”<sup>7</sup>. Cuốn Thuật ngữ pháp lý giải thích cụ thể hơn: “Tài sản bao gồm vật có thực, tiền, giấy tờ trị giá được bằng tiền và các quyền về tài sản. Tài sản có hai loại: bất động sản và động sản”<sup>8</sup>.

Về mặt pháp lý, Điều 105 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 quy định: “Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản; tài sản bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai”.

Cũng từ góc độ pháp lý, khoản 1 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng (PCTN) năm 2018 quy định: “Tham nhũng là hành vi của người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó vì vụ lợi”. Kết hợp giữa các khái niệm tài sản và tham nhũng, khoản 3 Điều 3 Luật PCTN năm 2018 nêu ra định nghĩa về tài sản tham nhũng: “Tài sản tham nhũng là tài sản có được từ tham nhũng, tài sản có nguồn gốc từ tham nhũng”.

Tuy nhiên, trong thực tế, xung quanh khái niệm “tài sản có nguồn gốc từ tham nhũng”, ở Việt Nam hiện vẫn còn những quan điểm khác nhau. Quan điểm thứ nhất cho rằng, tài sản có nguồn gốc từ hành vi tham nhũng là tài sản không trực tiếp có được do thực hiện các hành vi bị xem là tội phạm tham nhũng, mà có được do lợi dụng chức vụ, quyền hạn hay lạm quyền trong khi thi hành công vụ để gây ảnh hưởng đối với người khác; do giả mạo trong công tác; do đưa hối lộ, môi giới hối lộ của người có chức vụ, quyền hạn để giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị hoặc địa phương; do lợi dụng chức vụ, quyền hạn sử dụng trái phép tài sản của Nhà nước.<sup>9</sup> Quan điểm thứ hai cho rằng, tài sản có nguồn gốc từ hành vi tham nhũng gồm các loại tài sản có được từ hành vi tham nhũng nhưng đã được người thực hiện hành vi tham nhũng và người khác hợp pháp hóa để đầu tư trực tiếp vào sản xuất kinh doanh, biến tiền “bẩn” thành tiền “sạch” (gọi là rửa tiền), hay để trả các khoản nợ, vay cũ tại các ngân hàng, các cơ quan, tổ chức, cá nhân; kể cả để dùng vào mục đích từ thiện như xây bệnh viện, trường học, đình, chùa, miếu mạo<sup>10</sup>.

Như vậy, có thể thấy rằng, ở Việt Nam, quan điểm về tài sản tham nhũng vẫn chưa cụ thể và có xu hướng hẹp hơn so với nhận thức chung của cộng đồng quốc tế. Cụ thể, theo khoản d Điều 2 Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng (UNCAC)<sup>11</sup>, tài sản [tài sản tham nhũng] “... có nghĩa là mọi loại tài sản, vật chất hay phi vật chất, động sản

<sup>6</sup> Đại từ điển tiếng Việt, Nxb. Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, năm 2008, tr.1417.

<sup>7</sup> Từ điển Luật học, Nxb. Từ điển Bách khoa; Nhà xuất bản Tư pháp, Hà Nội 2006, tr.685.

<sup>8</sup> Nguyễn Mạnh Hùng, Thuật ngữ pháp lý, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.384.

<sup>9</sup> Đinh Văn Quế, “Thu hồi tài sản tham nhũng - Thực trạng và giải pháp”, tham luận tại Hội thảo “Thu hồi tài sản tham nhũng - Thực trạng và giải pháp”, do Ban Nội chính Trung ương tổ chức, tháng 4/2014.

<sup>10</sup> Bùi Minh Thanh, “Thu hồi tài sản tham nhũng trong hoạt động điều tra của cơ quan cảnh sát điều tra, Bộ Công an”, tham luận tại Hội thảo “Thu hồi tài sản tham nhũng - Thực trạng và giải pháp”, do Ban Nội chính Trung ương tổ chức, tháng 4/2014.

<sup>11</sup> <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Bo-may-hanh-chinh/Cong-uoc-chong-tham-nhung-cua-Lien-Hop-quoc-09-12-2003-94971.aspx>.

hay bất động sản, hữu hình hay trừu tượng, và các văn bản pháp lý hay giấy tờ chứng minh quyền sở hữu hoặc lợi ích đối với tài sản đó”. Ngoài ra, theo Điều 31 UNCAC, tài sản tham nhũng là những “tài sản có nguồn gốc từ tội phạm được quy định theo Công ước này hoặc tài sản có giá trị tương đương với giá trị của tài sản do phạm tội mà có” (khoản 1(a)) và “tài sản, trang thiết bị hay công cụ khác được sử dụng hoặc sẽ được sử dụng để thực hiện hành vi phạm tội quy định theo Công ước này” (khoản 1(b)), và “thu nhập hoặc các lợi ích khác có được từ tài sản do phạm tội mà có, từ tài sản được biến đổi hoặc chuyển đổi từ tài sản do phạm tội mà có hoặc từ tài sản mà trong đó lẫn lộn một phần là tài sản do phạm tội mà có ...” (khoản 6). Như vậy, theo các quy định này của UNCAC, tài sản tham nhũng có thể là hữu hình hoặc vô hình, có được một cách trực tiếp từ hành vi tham nhũng, hoặc gián tiếp thông qua hành vi rửa tiền tham nhũng. Tương tự, Tổ chức Hợp tác kinh tế và Phát triển (OECD) định nghĩa tài sản bị đánh cắp (*stolen asset*) là tiền bạc, của cải, hoặc các tài sản khác tích lũy được thông qua hành vi tham nhũng, trong đó bao gồm hối lộ, tham ô, biển thủ tài sản hoặc ngân quỹ, kinh doanh nhờ ảnh hưởng và lạm dụng chức năng trong khu vực công<sup>12</sup>.

## **1.2. Quan niệm về thu hồi tài sản tham nhũng ở Việt Nam**

Hiện nay, ở Việt Nam, do chưa có quy định cụ thể về tài sản tham nhũng nên quan điểm về cách thức thu hồi tài sản tham nhũng cũng chưa được hiểu một cách thống nhất. Các quy định trong pháp luật hiện hành của Việt Nam về vấn đề này chưa rõ ràng và hẹp so với các tiêu chuẩn quốc tế. Ví dụ, đối với

trường hợp tài sản có nguồn gốc từ hành vi phạm tội mà không còn tồn tại, không thể xác định hoặc giá trị đã giảm đáng kể so với ban đầu, khoản 5 Điều 31 UNCAC khuyến nghị hình thức “tịch thu phần giá trị được xác định là có từ tài sản do phạm tội mà có”. Theo đó, hình phạt tiền được cho là tương đương với giá trị của tài sản do phạm tội mà có sẽ được Tòa án cân nhắc sau khi đánh giá khả năng thanh toán của bị cáo. Đây là cách xử lý linh hoạt và triệt để. Ưu điểm của phương thức tịch thu này là ở chỗ, kể cả khi kẻ phạm tội đã “nhanh tay” tẩu tán tất cả tài sản của mình cho người khác thì bên thứ ba có được khối tài sản trên (cổ ý hay ngay tình) vẫn có thể bị tịch thu<sup>13</sup>. Tuy nhiên, phương thức này hiện chưa được áp dụng ở Việt Nam, dẫn đến bế tắc trong việc thu hồi tài sản của nhiều vụ án tham nhũng lớn, khi mà tài sản tham nhũng đã bị tẩu tán hầu hết<sup>14</sup>.

## **2. Cơ sở chính trị, pháp lý của việc thu hồi tài sản tham nhũng ở Việt Nam**

### **2.1. Cơ sở chính trị**

Trong hệ thống chính trị của nước ta hiện nay, việc giải quyết các vấn đề xã hội lớn đều cần phải dựa trên nền tảng quan điểm định hướng của Đảng Cộng sản Việt Nam. Đảng Cộng sản Việt Nam đã rất coi trọng công tác PCTN, thể hiện qua các văn kiện của Đảng, trong đó bao gồm các Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc, các nghị quyết của Ban Chấp hành Trung ương và các chỉ thị của Bộ Chính trị, Ban Bí thư...

Xét riêng về vấn đề thu hồi tài sản tham nhũng, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng yêu cầu phải “Xử lý

<sup>12</sup> OECD, *Thu hồi tài sản*, <http://www.oecd.org/cleangovbiz/toolkit/assetrecovery.htm>, truy cập ngày 14/11/2014.

<sup>13</sup> Hướng dẫn lập pháp về thực thi Công ước Liên hợp quốc về chống tham nhũng.

<sup>14</sup> Ví dụ như xem *Tài sản vụ ông Đinh La Thăng: Còn hơn 900 tỷ chưa thu hồi*, <https://vietnamnet.vn/vn/thoi-su/chong-tham-nhung/tai-san-vu-ong-dinh-la-thang-con-hon-900-ty-chua-thu-hoi-485827.html>.

đúng pháp luật, kịp thời, công khai cán bộ tham nhũng; tịch thu sung công tài sản tham nhũng, tài sản có nguồn gốc từ tham nhũng”<sup>15</sup>. Nghị quyết Trung ương 3 (khóa X) nhấn mạnh, trong công tác PCTN, cần: “*Chú trọng thu hồi tài sản tham nhũng; áp dụng chính sách khoan hồng đối với những người phạm tội nhưng có thái độ thành khẩn, đã bồi thường thiệt hại hoặc khắc phục hậu quả kinh tế, hợp tác tốt với cơ quan chức năng; nghiên cứu sửa đổi pháp luật hình sự theo hướng khoan hồng hơn đối với những người đưa hoặc người nhận hối lộ nhưng đã tự giác khai báo và nộp lại tài sản trước khi bị phát hiện; chú trọng tới các chế tài phạt tiền nhằm tăng khả năng thu hồi tài sản tham nhũng*”<sup>16</sup>. Để thể chế hóa các quan điểm đó thành các quy định của pháp luật, Kết luận Hội nghị Trung ương 5 (khóa XI) đã yêu cầu các cơ quan chức năng “*Sửa đổi pháp luật hình sự theo hướng tăng hình thức phạt tiền, miễn hoặc giảm hình phạt khác đối với những đối tượng có hành vi tham nhũng nhưng đã chủ động khai báo, khắc phục hậu quả*”<sup>17</sup>.

### 2.2. Cơ sở pháp lý

Điều 93 Luật PCTN năm 2018 nêu ra hai nguyên tắc: *Tài sản tham nhũng phải được thu hồi, trả lại cho chủ sở hữu, người quản lý hợp pháp hoặc tịch thu theo quy định của pháp luật* (khoản 1) và *Thiệt hại do hành vi tham nhũng gây ra phải được khắc phục; người có hành vi tham nhũng gây thiệt hại*

*phải bồi thường theo quy định của pháp luật* (khoản 2).

Theo quy định của Điều 92 Luật PCTN năm 2018, người có hành vi tham nhũng giữ bất kỳ chức vụ, vị trí công tác nào đều phải bị xử lý nghiêm minh theo quy định của pháp luật, kể cả người đã nghỉ hưu, thôi việc, chuyển công tác (khoản 1). Hình thức xử lý có thể là kỷ luật, xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự tùy theo mức độ vi phạm (khoản 2). Tuy nhiên, người có hành vi tham nhũng đã chủ động khai báo trước khi bị phát giác, tích cực hợp tác với cơ quan có thẩm quyền, góp phần hạn chế thiệt hại, tự giác nộp lại tài sản tham nhũng, khắc phục hậu quả của hành vi tham nhũng thì được xem xét giảm hình thức kỷ luật, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, miễn hình phạt hoặc miễn trách nhiệm hình sự (khoản 4).

Cũng liên quan đến vấn đề thu hồi tài sản tham nhũng, Điều 91 Luật PCTN năm 2018 quy định, trên cơ sở điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên, các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam hợp tác với các cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài trong kê biên tài sản, phong tỏa tài khoản, tịch thu hoặc thu hồi tài sản tham nhũng và trả lại tài sản đó cho chủ sở hữu, người quản lý hợp pháp. Luật cũng giao cho Viện Kiểm sát nhân dân tối cao là cơ quan trung ương về hợp tác quốc tế thu hồi tài sản tham nhũng trong tố tụng hình sự; tiếp nhận, xử

<sup>15</sup> Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI của Đảng Cộng sản Việt Nam, <https://cpv.ctu.edu.vn/vn-bn-quy-nh/36-trung-ng/135-vn-kin-i-hi-i-biu-toan-quc-ln-th-xi-ca-ng-cng-sn-vit-nam>.

<sup>16</sup> Nghị quyết số 04-NQ/TW, ngày 21/8/2006, Hội nghị lần thứ ba Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa X) về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác phòng, chống tham nhũng, lãng phí, <https://tulieuvankien.dangcongsan.vn/van-kien-tu-lieu-ve-dang/hoi-nghi-bch-trung-uong/khoa-x/nghi-quyet-so-04-nqtw-ngay-2182006-hoi-nghi-lan-thu-ba-ban-chap-hanh-trung-uong-dang-khoa-x-ve-tang-cuong-su-lanh-dao-602>.

<sup>17</sup> Kết luận số 21-KL/TW, ngày 25/5/2012, Hội nghị lần thứ 5 Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa XI) về việc tiếp tục thực hiện Nghị quyết Hội nghị lần thứ 3 BCHTW (khóa X) về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác phòng, chống tham nhũng, lãng phí, <https://tulieuvankien.dangcongsan.vn/van-kien-tu-lieu-ve-dang/hoi-nghi-bch-trung-uong/khoa-xi/ket-luan-so-21-kltw-ngay-2552012-hoi-nghi-lan-thu-5-ban-chap-hanh-trung-uong-dang-khoa-xi-ve-viec-tiep-tuc-thuc-hien-554>.

lý yêu cầu tương trợ tư pháp hình sự của nước ngoài về thu hồi tài sản tham nhũng và đề nghị nước ngoài thực hiện yêu cầu tương trợ tư pháp hình sự về thu hồi tài sản tham nhũng của Việt Nam; còn Thanh tra Chính phủ, Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao và cơ quan nhà nước khác có liên quan, trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình, có trách nhiệm phối hợp với Viện kiểm sát nhân dân tối cao trong hợp tác quốc tế về thu hồi tài sản tham nhũng.

Bên cạnh Luật PCTN, vấn đề thu hồi tài sản tham nhũng còn được quy định trong một số văn bản pháp luật khác như:

- Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 quy định về thu hồi tài sản nói chung, thu hồi tài sản tham nhũng nói riêng, được thể hiện trong các quy định về áp dụng hình phạt tiền, tịch thu tài sản và các biện pháp tư pháp đối với các tội phạm, trong đó có tội phạm tham nhũng.

- Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2015 không bao hàm quy định riêng về thu hồi tài sản tham nhũng. Việc thu hồi tài sản tham nhũng có thể được thực hiện như đối với các trường hợp thu hồi tài sản khác. Đối với bị can, bị cáo phạm các tội mà BLHS quy định có thể tịch thu tài sản hoặc phạt tiền cũng như đối với người phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật thì Bộ luật TTHS quy định cho phép các cơ quan tiến hành tố tụng thực hiện việc kê biên tài sản. Đây là những biện pháp nhằm bảo đảm cho việc thi hành các quyết định của Tòa án về phạt tiền, tịch thu tài sản, buộc bồi thường thiệt hại trong các vụ án hình sự nói chung (trong đó có các vụ án tham nhũng) được thuận lợi.

- Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 không bao hàm các quy định trực tiếp về thu hồi tài sản tham nhũng. Tuy nhiên,

Bộ luật này quy định về quyền của chủ sở hữu đối với tài sản; xác định quyền của chủ sở hữu trong việc đòi lại các tài sản bị chiếm đoạt bất hợp pháp; đòi bồi thường thiệt hại về tài sản do hành vi xâm phạm gây ra; nghĩa vụ hoàn trả tài sản do chiếm hữu, sử dụng, được lợi về tài sản không có căn cứ pháp luật. Như vậy, trong các trường hợp tài sản bị chiếm đoạt bất hợp pháp; bị thiệt hại do hành vi xâm phạm trái pháp luật gây ra (trong đó có hành vi tham nhũng); bị chiếm hữu, sử dụng, được lợi không có căn cứ pháp luật (trong đó có những tài sản có nguồn gốc từ tham nhũng), thì chủ sở hữu có quyền đề nghị cơ quan có thẩm quyền áp dụng các quy định của BLDS để đòi lại các tài sản đó và đòi bồi thường thiệt hại về tài sản do hành vi xâm phạm gây ra.

- Cũng như BLDS năm 2015, Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS) năm 2015 không bao hàm quy định riêng về thu hồi tài sản tham nhũng, mà quy định về trình tự, thủ tục, thẩm quyền, trách nhiệm của các cơ quan chức năng trong việc phát hiện, xử lý các tài sản trong các vụ án dân sự; các biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tố tụng dân sự... Những quy định này có thể được áp dụng cho việc thu hồi tài sản (trong đó có tài sản tham nhũng) trong các vụ án dân sự.

- Luật Thi hành án dân sự năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2014 cũng không có quy định riêng cho việc thu hồi tài sản tham nhũng. Tuy nhiên, việc thu hồi tài sản tham nhũng trong thi hành án dân sự có thể được thực hiện như các trường hợp thi hành án thu hồi tiền, tài sản khác. Trong vấn đề này, Luật Thi hành án dân sự có các quy định liên quan đến việc thi hành bản án, quyết định của Tòa án về dân sự, hình phạt tiền, tịch thu tài sản, truy thu tiền, tài sản thu lợi bất chính, xử lý vật chứng, tài sản, án phí và quyết

định dân sự trong bản án, quyết định về vụ án hình sự.

- Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012 quy định về các biện pháp phòng ngừa, phát hiện, ngăn chặn, xử lý tổ chức, cá nhân có hành vi hợp pháp hóa nguồn gốc của tài sản do phạm tội mà có và hợp tác quốc tế về phòng, chống rửa tiền. Trong trường hợp các đối tượng tham nhũng có hành vi hợp pháp hóa nguồn gốc, dịch chuyển các tài sản do phạm tội mà có thì có thể áp dụng các quy định của Luật Phòng, chống rửa tiền để thu hồi tài sản đó.

- Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017 quy định về trách nhiệm của các tổ chức tín dụng trong việc phòng, chống rửa tiền; hợp tác với các cơ quan chức năng trong công tác điều tra về hoạt động rửa tiền. Đây là những quy định có tác dụng phòng ngừa và phát hiện việc chuyển tài sản tham nhũng; giúp cho việc phát hiện, thu giữ tài sản tham nhũng được thuận lợi.

- Luật Kiểm toán Nhà nước năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2019 quy định mục đích kiểm toán là: Phục vụ việc kiểm tra, giám sát của Nhà nước trong quản lý, sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước; góp phần thực hành tiết kiệm, chống tham nhũng, thất thoát, lãng phí, phát hiện và ngăn chặn hành vi vi phạm pháp luật; nâng cao hiệu quả sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước.

- Luật Thanh tra năm 2010 quy định về thẩm quyền của Trường đoàn thanh tra hành chính, thanh tra chuyên ngành và người ra quyết định thanh tra hành chính, thanh tra chuyên ngành trong việc yêu cầu tạm giữ tiền, đồ vật, phong tỏa tài khoản để phục vụ cho việc thanh tra cũng như ngăn chặn hành vi tẩu tán tài sản của đối tượng thanh tra. Luật này cũng quy định thẩm quyền

của người ra quyết định thanh tra trong việc quyết định thu hồi tiền, tài sản bị chiếm đoạt, sử dụng trái phép hoặc bị thất thoát do hành vi vi phạm pháp luật của đối tượng thanh tra gây ra. Những quy định này cũng được áp dụng với tài sản tham nhũng.

- Luật Tương trợ tư pháp năm 2007 quy định về nguyên tắc, thẩm quyền, trình tự, thủ tục thực hiện tương trợ tư pháp về dân sự, hình sự; và trách nhiệm của các cơ quan nhà nước Việt Nam trong tương trợ tư pháp. Đây là căn cứ pháp lý để các cơ quan có thẩm quyền thực hiện các hoạt động tương trợ tư pháp giữa Việt Nam với các nước, trong đó có các hoạt động liên quan đến việc thu hồi tài sản tham nhũng ở nước ngoài.

### **3. Những thách thức mà Việt Nam đang phải đối mặt trong việc thu hồi tài sản tham nhũng**

Mặc dù công cuộc đấu tranh PCTN nói chung, thu hồi tài sản tham nhũng nói riêng đã có cơ sở chính trị, pháp lý khá toàn diện và vững chắc; song hiện nay, việc thu hồi tài sản tham nhũng vẫn còn nhiều thách thức đặt ra.

#### *- Thách thức về mặt tội phạm học*

Ở Việt Nam, chủ thể của tội phạm tham nhũng, đặc biệt là tham nhũng lớn, thường là những người có chức vụ, quyền hạn; có trình độ học vấn và chuyên môn nhất định, am hiểu pháp luật, có khả năng nhận biết những khoảng trống của hệ thống pháp luật để thực hiện hành vi phạm tội. Những chủ thể này cũng thường có điều kiện tạo dựng được nhiều mối quan hệ có khả năng “che chắn”, “bảo vệ” cho hành vi sai phạm, thường có sự chuẩn bị chu đáo khi phạm tội; khi thực hiện xong chủ động xóa hết mọi dấu vết, tiêu hủy giấy tờ, chứng từ, hóa đơn, sổ sách, che giấu, tẩu tán tài sản tham nhũng. Thời gian

gần đây, các vụ tham nhũng lớn ở Việt Nam thường được thực hiện trong một quy trình khép kín, liên quan đến nhiều người nhưng có sự liên kết, bao che, thống nhất về mặt lợi ích; vì vậy, trong nhiều vụ án rất khó cá thể hóa trách nhiệm hình sự khi có hiện tượng tham nhũng tập thể; các đối tượng bằng nhiều hình thức đã chuyển tài sản chung thành tài riêng của một nhóm người có liên quan.

Mức độ khó khăn đối với các cơ quan tư pháp còn cao hơn do việc kiểm soát tài sản, thu nhập và thu hồi tài sản tham nhũng thiếu hiệu quả nên nhiều đối tượng phạm tội có tâm lý sẵn sàng chấp nhận hình phạt để thụ hưởng tài sản tham nhũng. Những đối tượng này thường không chịu hợp tác với các cơ quan tố tụng để có thể che giấu, tẩu tán tài sản tham nhũng. Bên cạnh đó, do chính sách hình sự chưa thực sự hợp lý, dẫn đến tình trạng người phạm tội cho là dù có khai nhận, nộp lại tài sản tham nhũng thì vẫn có thể phải chịu mức án cao nên họ chấp nhận hình phạt, không chịu khai báo, che giấu tài sản tham nhũng để người thân trong gia đình hưởng lợi.

### *- Thách thức về mặt xã hội*

Ở nước ta, kể từ khi bắt đầu Công cuộc đổi mới toàn diện đất nước (năm 1986), mặc dù thanh toán qua tài khoản đã dần trở nên quen thuộc hơn, song thói quen sử dụng tiền mặt trong thanh toán vẫn còn rất phổ biến, đặc biệt là trong các giao dịch dân sự. Văn hóa sử dụng tiền mặt đã ăn sâu bén rễ trong xã hội trong khi cơ chế kiểm soát tài sản, thu nhập, quản lý các giao dịch dân sự ở Việt Nam hiện còn khá lỏng lẻo; hệ thống ngân hàng chưa hoàn thành vai trò kiểm soát dòng tiền trong nền kinh tế, mức độ minh bạch tài sản còn thấp và hệ thống đăng ký tài sản mới đang được phát triển; những giá trị liêm chính trong xã hội bị

suy giảm và sự phổ biến của tham nhũng trong nhiều thập kỷ dẫn đến tâm lý “sống chung với tham nhũng”, “chấp nhận tham nhũng” trong một bộ phận khá lớn người dân - làm cho các hành vi tham nhũng và việc che giấu tài sản tham nhũng ít bị phát hiện và tố cáo. Tất cả những điều này tạo ra một môi trường xã hội không thuận lợi cho PCTN nói chung, cho việc thu hồi tài sản tham nhũng nói riêng.

### *- Thách thức về mặt pháp lý*

Như đã đề cập ở trên đây, vấn đề thu hồi tài sản tham nhũng, mặc dù đã được đề cập trong nhiều văn bản pháp luật, song xét về nội dung, hệ thống pháp luật về thu hồi tài sản tham nhũng vẫn còn nhiều khoảng trống, thiếu cụ thể; công tác giải thích, hướng dẫn thực thi pháp luật của cơ quan có thẩm quyền chưa kịp thời gây khó khăn cho việc xác định tài sản tham nhũng, cũng như việc thu hồi tài sản tham nhũng.

## **4. Nâng cao hiệu quả thu hồi tài sản tham nhũng ở Việt Nam hiện nay**

Để nâng cao hiệu quả thu hồi tài sản tham nhũng, Việt Nam cần vận dụng kinh nghiệm của một số nước trong vấn đề này nhằm hoàn thiện khung chính sách, pháp luật hiện hành của mình, cụ thể như sau:

### ***Thứ nhất, cần có chiến lược toàn diện và quyết tâm mạnh mẽ trong thu hồi tài sản tham nhũng***

Kinh nghiệm các quốc gia cho thấy, những trở ngại về thể chế tác động nhiều nhất đến hiệu quả các biện pháp thu hồi tài sản tham nhũng. Những trở ngại này thể hiện ở *chiến lược thu hồi tài sản thiếu toàn diện và quyết tâm chính trị thiếu mạnh mẽ, nhất quán*. Trong trường hợp đó, việc thu hồi tài sản sẽ không được coi là vấn đề ưu tiên trong PCTN và không được cung cấp

đầy đủ những nguồn nhân lực và tài chính cũng như công cụ pháp lý cần thiết để triển khai hiệu quả.

Như đã phân tích ở trên, trong khoảng 10 năm gần đây, Việt Nam đã có những nhận thức rõ ràng hơn về vai trò quan trọng của công tác thu hồi tài sản tham nhũng, nhưng cho đến nay, Việt Nam vẫn chưa có chính sách và chiến lược toàn diện, với những mục tiêu rõ ràng và lộ trình thực hiện cụ thể trong vấn đề này. Vì vậy, để bảo đảm sự thành công của việc thu hồi tài sản tham nhũng, Việt Nam cần khắc phục những hạn chế đó, và cần tạo sự phối hợp đồng bộ, thống nhất giữa các cơ quan chức năng cùng hành động với quyết tâm truy tìm và thu hồi tài sản tham nhũng tới cùng, hiện thực hóa thông điệp mà các tổ chức quốc tế đã đề xuất đó là: “*không có bến đỗ nào có thể coi là an toàn cho những kẻ tham nhũng và tài sản phi pháp của chúng*”.

### ***Thứ hai, tăng cường kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn***

Kinh nghiệm của cộng đồng quốc tế cho thấy kiểm soát tài sản, thu nhập tốt là một trong những điều kiện tiên quyết để thực hiện các biện pháp thu hồi tài sản tham nhũng. Kiểm soát tài sản, thu nhập, mà thể hiện trước hết qua việc thực hiện minh bạch về tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn giúp các cơ quan chức năng phân biệt được đâu là tài sản có nguồn gốc hợp pháp và đâu là tài sản có nguồn gốc không hợp pháp, trên cơ sở đó đề ra các giải pháp cho phù hợp.

Ở Việt Nam thời gian qua, việc thực hiện minh bạch tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn còn mang tính hình thức, hiệu quả thấp. Vì vậy, để nâng cao hiệu quả thu hồi tài sản tham nhũng, Việt Nam cần khắc phục hạn chế này, mà trước hết cần cải cách việc kê khai tài sản, thu

nhập của cán bộ, công chức, viên chức theo hướng thực chất, có kiểm tra, xác minh và công khai rộng rãi để người dân giám sát. Nhà nước cũng cần xây dựng cơ chế kiểm soát hiệu quả tài sản trong xã hội nói chung để từ đó xác định được tài sản tham nhũng, tài sản được hình thành từ tài sản tham nhũng, tạo điều kiện cho việc thu hồi tài sản tham nhũng.

### ***Thứ ba, xây dựng cơ chế thu hồi tài sản tham nhũng không dựa trên kết án hình sự***

Để nâng cao hiệu quả thu hồi tài sản tham nhũng, Việt Nam nên vận dụng kinh nghiệm về thu hồi tài sản không dựa trên kết án hình sự mà nhiều nước trên thế giới đã áp dụng, trong đó bao gồm các vấn đề sau: (1) Giám nghĩa vụ chứng minh trong thu hồi tài sản đối với những tội phạm (đã được quy định trong UNCAC và UNTOC); (2) Chuyển nghĩa vụ chứng minh nguồn gốc hợp pháp của tài sản cho người bị tình nghi phạm tội sau khi cơ quan có thẩm quyền có bằng chứng đáng tin cậy cho rằng tài sản này có nguồn gốc bất hợp pháp; (3) Cho phép tịch thu tài sản không dựa trên phán quyết hình sự hoặc khi không chứng minh được tội phạm; (4) Cho phép thực hiện một cách trực tiếp hoặc gián tiếp quyết định thu hồi tài sản không dựa trên phán quyết của Tòa án nước ngoài; (5) Cho phép phong tỏa hoặc thu hồi tài sản hợp pháp thay thế có giá trị tương đương với tài sản thất thoát; (6) Công nhận và thi hành phần dân sự trong quyết định, bản án của Tòa án nước ngoài, đặc biệt liên quan đến tịch thu, hoàn trả tài sản do phạm tội mà có.

### ***Thứ tư, hình sự hóa hành vi làm giàu bất chính***

Hiện tại, Việt Nam đang gặp những khó khăn trong việc xác định và xử lý những tài sản của công chức nhà nước tăng lên một

cách đáng kể so với thu nhập chính đáng của họ mà không chứng minh được một cách hợp lý về nguồn gốc của việc tăng lên đó. Điều 20 của UNCAC quy định: *Mỗi Quốc gia thành viên sẽ áp dụng các biện pháp lập pháp và các biện pháp cần thiết khác nhằm quy định là tội phạm, nếu được thực hiện một cách cố ý, hành vi làm giàu bất chính, nghĩa là việc tài sản của một công chức tăng đáng kể so với thu nhập hợp pháp của công chức mà công chức này không giải thích được một cách hợp lý về lý do tăng đáng kể như vậy.* Đây là quy định mà Việt Nam có thể xem xét áp dụng để giải quyết khó khăn nêu trên. Điều đó là bởi việc xác lập tội danh làm giàu bất chính có nghĩa là *chuyển một phần nghĩa vụ chứng minh* để cá nhân phải chứng minh tính hợp pháp đối với tài sản của họ. Nếu giải thích được tài sản đã được thủ đắc một cách hợp pháp thì sẽ không bị tịch thu. Khi áp dụng quy tắc đảo ngược trách nhiệm chứng minh, các đối tượng có liên quan phải chứng minh tính hợp pháp của tài sản thuộc quyền sở hữu của họ.

#### ***Thứ năm, áp dụng có hiệu quả các biện pháp phòng, chống rửa tiền***

Mặc dù Việt Nam đã có Luật Phòng, chống rửa tiền từ năm 2012, song các biện pháp phòng, chống rửa tiền như kiểm tra thông tin khách hàng hoặc báo cáo giao dịch đáng ngờ chưa được thực hiện hiệu quả, các cơ quan và tổ chức tài chính chưa thực hiện được vai trò kiểm soát sự luân chuyển của các tài sản bị thất thoát tới các trung tâm tài chính. Để khắc phục những hạn chế đó,

Việt Nam cần: (1) Thực hiện nghiêm các quy định của Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012; (2) Thực hiện đầy đủ các biện pháp chống rửa tiền được quy định trong các điều ước và chuẩn mực quốc tế (bao gồm UNCAC và các khuyến nghị của Lực lượng đặc nhiệm Tài chính về chống rửa tiền); (3) Thực hiện các khuyến nghị của Sáng kiến StAR<sup>18</sup> liên quan đến những người có thể lực chính trị, buộc các trung tâm tài chính phải: Áp dụng các biện pháp kiểm tra thông tin khách hàng đối với tất cả những người có thể lực chính trị, là công dân của nước sở tại hoặc công dân nước ngoài; yêu cầu kê khai về chủ sở hữu hưởng lợi; yêu cầu kê khai thu nhập và tài sản; tiến hành rà soát định kỳ về các khách hàng là những người có thể lực chính trị và không giới hạn thời gian quy định một cá nhân được coi là người có thể lực chính trị.

#### ***Thứ sáu, hoàn thiện quy định về phong tỏa, kê biên, thu giữ và trả lại tài sản do phạm tội mà có***

Việc phong tỏa, kê biên, thu giữ và trả lại tài sản do phạm tội mà có gắn liền với hoạt động của các tổ chức tín dụng. Đây là biện pháp phòng, chống rửa tiền theo khuyến nghị của các tổ chức quốc tế và khu vực và cả điều ước quốc tế về lĩnh vực này<sup>19</sup>.

Tuy nhiên, ở Việt Nam, việc áp dụng các biện pháp này còn nhiều bất cập. Để khắc phục hạn chế này, Việt Nam cần nghiên cứu bổ sung quy định cụ thể việc kê biên tài sản, phong tỏa tài khoản tại các ngân hàng, các tổ chức tín dụng mà áp dụng đối với người

<sup>18</sup> StAR (*Stolen Asset Recovery Initiative* - Sáng kiến thu hồi tài sản thất thoát – là chương trình hợp tác giữa Nhóm Ngân hàng thế giới và Văn phòng Liên hợp quốc về Ma túy và Tội phạm (UNODC) hỗ trợ các hoạt động của quốc tế nhằm chấm dứt tình trạng bao che tham nhũng. StAR phối hợp với các nước đang phát triển và trung tâm tài chính trong ngăn chặn rửa tiền liên quan đến tham nhũng và tạo điều kiện cho việc thu hồi các tài sản thất thoát một cách đồng bộ và kịp thời. Xem tại <https://star.worldbank.org/>.

<sup>19</sup> Thanh tra Chính phủ (2014), *Một số kinh nghiệm quốc tế về công tác phòng, chống tham nhũng*, Tái bản lần hai, Nxb. Lao động, tr. 268-269.



có hành vi phạm tội, qua đó để bảo đảm việc thu hồi tài sản. Bên cạnh đó, Việt Nam cũng cần nghiên cứu, bổ sung quy định về trình tự, thủ tục phong tỏa, kê biên, thu giữ và trả lại tài sản do phạm tội mà có trong trường hợp yêu cầu này do Tòa án nước ngoài ban hành trong Bộ luật TTHS. Ngoài ra, Việt Nam cũng cần xây dựng những công cụ hỗ trợ cho quá trình xác định và phong tỏa tài sản, bao gồm việc xây dựng và duy trì hệ thống cơ sở dữ liệu công khai sẵn có về tài sản các hồ sơ công ty, giấy tờ nhà đất và hồ sơ của các tổ chức phi lợi nhuận; xây dựng cơ sở dữ liệu thông tin ngân hàng ở cấp độ quốc gia trong đó bao gồm những thông tin về tài khoản, tên của những chủ sở hữu hưởng lợi và những người được ủy quyền.

### ***Thứ bảy, tăng cường hợp tác quốc tế trong thu hồi tài sản tham nhũng***

Hiện nay, ngoài Hiệp định Tương trợ tư pháp về hình sự với các nước ASEAN và các Hiệp định Tương trợ tư pháp về hình sự, dẫn độ với Hàn Quốc, hầu hết các hiệp định tương trợ tư pháp khác mà Việt Nam đã ký kết đều không có quy định về thu hồi tài sản phạm tội. Luật Tương trợ tư pháp hiện thiếu chế định về thu hồi tài sản và chưa xác định rõ vấn đề thu hồi tài sản phạm tội có thuộc phạm vi tương trợ tư pháp về hình sự hay không.

Do vậy, Việt Nam cần ưu tiên áp dụng các hiệp định, thỏa thuận đã ký kết có nội dung thu hồi tài sản tham nhũng. Việt Nam cũng cần tiếp tục tham gia, ký kết các hiệp định tương trợ tư pháp song phương trong lĩnh vực hình sự và dẫn độ tội phạm với các nước nhằm tạo cơ sở pháp lý, cơ chế phối hợp trong xử lý các vụ tham nhũng có yếu tố nước ngoài; tăng cường vai trò của các cơ quan đầu mối trung ương trong tương trợ tư pháp hình sự; thường xuyên trao đổi, đôn đốc các cơ quan tố tụng nước ngoài thực

hiện kịp thời các yêu cầu tương trợ tư pháp của Việt Nam.

### ***Thứ tám, gia nhập Nhóm Đơn vị tình báo tài chính Egmont***

Để khẳng định sự quan trọng của việc hợp tác quốc tế trong chống hoạt động rửa tiền và tài trợ khủng bố, một nhóm các đơn vị tình báo (FIUs) của một số nước đã gặp nhau tại Egmont Arenberg Palace, Bussels của Bỉ và quyết định thành lập mạng lưới thông tin của các FIUs để thúc đẩy hợp tác quốc tế. Hiện nay, mạng lưới này được biết đến là Nhóm Egmont FIUs. Nhóm này có nhiệm vụ thúc đẩy sự phát triển các FIUs để hợp tác trong các lĩnh vực trao đổi thông tin, đào tạo và chia sẻ chuyên gia.

Ở Việt Nam, ngày 12/6/2014, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 35/2014/QĐ-TTg quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, cơ cấu tổ chức của Cơ quan Thanh tra giám sát ngân hàng, trực thuộc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam. Trong cơ cấu tổ chức của Cơ quan Thanh tra giám sát ngân hàng có Cục Phòng, chống rửa tiền. Cục này có chức năng, nhiệm vụ tương đương với FIUs của Việt Nam. Tuy nhiên, Việt Nam vẫn cần xây dựng thêm các đầu mối (đơn vị) ở cơ quan trung ương đảm nhận chức năng, nhiệm vụ giống một FIUs, đồng thời, chỉ định một trong các đầu mối này gia nhập vào Nhóm Đơn vị tình báo tài chính Egmont.

### ***Thứ chín, hoàn thiện quy định liên quan đến thu hồi tài sản***

- Sửa đổi Luật PCTN năm 2018 theo hướng mở rộng hơn nội hàm khái niệm “tài sản tham nhũng”, “thu hồi tài sản tham nhũng”. Theo đó, tài sản tham nhũng còn bao gồm các tài sản phái sinh từ hành vi tham nhũng (tài sản của Nhà nước, của

xã hội, của cá nhân bị thiệt hại do hành vi tham nhũng gây ra) hoặc tài sản có được do áp dụng các chế tài đối với người có hành vi tham nhũng (chế tài dân sự, chế tài hành chính, chế tài hình sự); thu hồi tài sản tham nhũng là hoạt động của cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhằm thu hồi tài sản do người có hành vi tham nhũng chiếm đoạt, tài sản có nguồn gốc từ hành vi tham nhũng, tài sản phải sinh từ hành vi tham nhũng hoặc tài sản thu được từ việc áp dụng các chế tài đối với người có hành vi tham nhũng.

- Sửa đổi BLHS năm 2015 theo hướng: bắt buộc trong xử lý tội phạm tham nhũng phải áp dụng hình phạt bổ sung nhằm thu hồi đủ giá trị tài sản bị thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra; tăng mức hình phạt tiền, giảm hình phạt tù có thời hạn và các hình phạt khác đối với những đối tượng có hành vi tham nhũng nhưng đã chủ động khai báo, khắc phục hậu quả, nhằm giúp tăng khả năng thu hồi tài sản tham nhũng; không chỉ người phạm tội mới có nghĩa vụ trả lại tài sản, sửa chữa hoặc bồi thường thiệt hại mà bất kỳ ai đang chiếm hữu không có căn cứ pháp luật cũng phải thực hiện nghĩa vụ trên.

- Sửa đổi Bộ luật TTDS năm 2015 theo hướng: trình tự, thủ tục nhằm bảo đảm thu hồi tài sản tham nhũng như là một thủ tục đặc biệt; bổ sung biện pháp phong tỏa tài khoản tại ngân hàng; bổ sung quy định cụ thể về thủ tục kê biên; cho phép cơ quan điều tra được áp dụng các biện pháp điều tra đặc biệt với một số loại tội, trong đó có các tội về tham nhũng như: ghi âm, nghe điện thoại, kiểm tra thư tín, tài khoản ngân hàng...; bổ sung thẩm quyền của Tòa án trong giai đoạn chuẩn bị xét xử có quyền xác minh tài sản trong trường hợp người phạm tội sẽ phải trả lại tài sản, sẽ phải

bồi thường thiệt hại để quyết định có hay không ra lệnh kê biên tài sản bảo đảm cho thi hành án.

- Sửa đổi Bộ luật TTDS năm 2015 theo hướng: bổ sung quy định về quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm của cơ quan, tổ chức được giao quản lý tài sản thuộc sở hữu nhà nước trong việc khởi kiện vụ án dân sự để đòi lại những tài sản thuộc quyền quản lý của cơ quan, tổ chức mình nhưng bị hành vi tham nhũng xâm phạm, để trả về cho Nhà nước; bổ sung chế tài đối với những người có trách nhiệm nhưng không thực hiện trách nhiệm khởi kiện, chứng minh tài sản bị hành vi tham nhũng xâm hại, gây ra; bổ sung quy định về sở hữu tài sản nhằm ngăn chặn có hiệu quả việc hợp pháp hóa quyền sở hữu đối với tài sản tham nhũng thông qua các giao dịch dân sự.

- Sửa đổi Luật Tương trợ tư pháp năm 2007 theo hướng: bổ sung quy định về thu hồi tài sản và xác định rõ vấn đề thu hồi tài sản do phạm tội mà có thuộc phạm vi tương trợ tư pháp về hình sự; bổ sung quy định về thẩm quyền, trình tự, thủ tục hợp tác quốc tế trong việc đề nghị các cơ quan có thẩm quyền nước ngoài xác minh, phong tỏa, thu giữ, chuyển giao tài sản tham nhũng có nguồn gốc từ Việt Nam ở nước ngoài về cho Nhà nước Việt Nam; bổ sung quy định về thực hiện ủy thác hoặc lệnh của cơ quan có thẩm quyền nước ngoài về xác minh, phong tỏa, thu giữ, tịch thu tài sản tham nhũng có nguồn gốc từ nước ngoài.

- Nghiên cứu xây dựng Luật Đăng ký tài sản để tất cả các cơ quan, tổ chức, cá nhân có tài sản đều phải kê khai, đăng ký nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho việc quản lý nhà nước đối với tài sản trong toàn quốc; qua đó hỗ trợ cho việc thi hành án thu hồi tài sản tham nhũng thuận lợi hơn ■

# CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ DỊCH VỤ ĐẠI DIỆN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

Nguyễn Thị Tuyền \*

\*Phòng Pháp chế và Chính sách - Cục Sở hữu trí tuệ

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Đại diện sở hữu công nghiệp, dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp.

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 03/02/2021

Biên tập : 13/3/2021

Duyệt bài : 17/3/2021

### Article Information:

*Keywords:* Representative services of industrial property, representative services of industrial property.

### Article History:

Received : 03 Feb. 2021

Edited : 13 Mar. 2021

Approved : 17 Mar. 2021

Trong xu thế tự do hóa thương mại và hội nhập kinh tế thế giới, hệ thống bảo hộ sở hữu trí tuệ, trong đó có sở hữu công nghiệp, ngày càng khẳng định được vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy năng lực đổi mới và đầu tư cho sáng tạo, tạo động lực phát triển khoa học và công nghệ, bảo đảm môi trường kinh doanh lành mạnh và công bằng, khai thác mọi nguồn lực tiềm năng trong nước và thu hút đầu tư nước ngoài, góp phần ổn định và phát triển kinh tế - xã

### Tóm tắt:

Hiện nay, việc bảo hộ và thực thi quyền sở hữu công nghiệp (SHCN) nói riêng và sở hữu trí tuệ (SHTT) nói chung là một trong những vấn đề mà các doanh nghiệp Việt Nam vấp phải trong giao thương trên thị trường quốc tế. Việc thiếu hiểu biết pháp luật, thiếu thông tin, thiếu kinh nghiệm đã trở thành rào cản lớn đối với các doanh nghiệp trong việc bảo vệ thành quả đầu tư do chính họ sáng tạo. Từ đó, các dịch vụ hỗ trợ hệ thống bảo hộ SHCN cũng lần lượt ra đời và ngày càng được chú trọng hơn, trong đó phải kể tới dịch vụ đại diện SHCN và dịch vụ giám định SHCN. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quy định của pháp luật Việt Nam về dịch vụ đại diện SHCN và đề xuất giải pháp hoàn thiện.

### Abstract:

Currently, one of the problems that Vietnamese enterprises facing is the protection and enforcement of industrial property rights in particular and intellectual property rights in general in the international trading market. Lack of legal knowledge, of information and of experience have become major barriers for businesses in protecting their investment results. From which, the protection system support services for industrial property rights have also come out in turn and have been paid more and more attention, including the representative services of industrial property rights and verification services of industrial property rights. This article provides an analysis of the provisions of Vietnamese law on representative services on industrial property rights and also recommendations for further improvements.

hội của đất nước. Sự phát triển của hệ thống bảo hộ SHTT tạo cho các doanh nghiệp ngày càng nhiều cơ hội phát triển nhưng cũng đặt ra không ít thách thức.

Dịch vụ đại diện SHCN ở Việt Nam - một ngành kinh doanh có điều kiện, một dịch vụ pháp lý mang tính chuyên biệt cao đòi hỏi tính chuyên nghiệp cao, đã được hình thành từ những năm 1996. Cho tới nay, hệ thống này đã lớn mạnh lên rất nhiều cả về

số lượng cũng như chất lượng<sup>1</sup>, chiếm được lòng tin của khách hàng trong và ngoài nước<sup>2</sup> và ngày càng khẳng định được vai trò hết sức quan trọng của mình trong hệ thống bảo hộ SHCN.

Sự ra đời của Luật SHTT năm 2005 đánh dấu bước phát triển mới, thúc đẩy hoạt động bảo hộ và thực thi quyền SHTT tại Việt Nam. Trải qua hơn 15 năm thi hành, pháp luật dịch vụ đại diện SHCN đã phát huy vai trò quan trọng trong việc tạo hành lang pháp lý cho hoạt động đại diện SHCN trong cả nước, tạo môi trường kinh doanh lành mạnh cho hệ thống đại diện SHCN được phát triển, mang lại nhiều giá trị tích cực cho hoạt động xác lập quyền SHCN của cả chủ thể của quyền này, góp phần khuyến khích hoạt động sáng tạo, đẩy mạnh chuyển giao công nghệ, thu hút đầu tư nước ngoài, thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Hệ thống dịch vụ đại diện SHCN ngày càng khẳng định vai trò hết sức quan trọng trong lĩnh vực SHCN, không chỉ ở Việt Nam mà ở nhiều quốc gia, khu vực trên thế giới.

Hiện nay, các vấn đề liên quan đến dịch vụ đại diện SHCN được quy định trong Luật SHTT năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2009 và năm 2019 (Luật SHTT) và các văn bản hướng dẫn thi hành. Tuy nhiên, trước xu thế hội nhập quốc

tê ngày càng sâu rộng của Việt Nam thông qua việc tham gia các Hiệp định thương mại tự do (FTA) thế hệ mới, làn sóng của cuộc Cách mạng công nghiệp 4.0, xu hướng bảo hộ thương mại gia tăng cũng như mục tiêu hướng tới một chính phủ kiến tạo, một số quy định điều chỉnh hoạt động dịch vụ đại diện SHCN của Luật SHTT không còn đáp ứng được yêu cầu, cần được sửa đổi, bổ sung.

## **1. Về phạm vi hoạt động đại diện SHCN**

Điều 151 Luật SHTT quy định: “1. Dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp bao gồm:

a) Đại diện cho tổ chức, cá nhân trước cơ quan nhà nước có thẩm quyền về xác lập và bảo đảm thực thi quyền sở hữu công nghiệp;

b) Tư vấn về vấn đề liên quan đến thủ tục xác lập và thực thi quyền sở hữu công nghiệp;

c) Các dịch vụ khác liên quan đến thủ tục xác lập và thực thi quyền sở hữu công nghiệp.

2. Đại diện sở hữu công nghiệp gồm tổ chức kinh doanh dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp (sau đây gọi là tổ chức dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp) và cá nhân hành nghề đại diện sở hữu công nghiệp trong tổ chức đó (sau đây gọi là người đại diện sở hữu công nghiệp)”.

<sup>1</sup> Qua số liệu thống kê của Cục Sở hữu trí tuệ, số lượng các đại diện không ngừng tăng lên, từ con số 05 tổ chức dịch vụ đại diện SHCN vào năm 1996, đến năm 2001 đã tăng lên thành 19 tổ chức dịch vụ đại diện SHCN với 52 người đại diện SHCN và cho tới nay tăng lên tới 220 tổ chức với 369 người đại diện SHCN. Trong số 369 người đại diện SHCN có 283 người được cấp theo chứng chỉ và 86 người cấp theo kinh nghiệm, 105 người được đào tạo ở nước ngoài (chủ yếu là các nước Liên Xô cũ, Tiệp Khắc và Đức), 254 người được đào tạo trong nước, 123 người chuyên ngành kỹ thuật, 155 người chuyên ngành luật, còn lại là những chuyên ngành khác.

<sup>2</sup> Theo số liệu thống kê hằng năm của Cục SHTT, số lượng đơn SHCN nộp đến Cục SHTT thông qua đại diện ngày một gia tăng từ 23.826 đơn (năm 2010), 22.728 đơn (năm 2011), 24.590 đơn (năm 2012), 24.241 đơn (năm 2013), 25.388 đơn (năm 2014), 27.270 đơn (năm 2015), 30.288 đơn (năm 2016), 30.391 đơn (năm 2017), 32.613 đơn (năm 2018), 38.329 đơn (năm 2019) và 36.912 đơn (tháng 11/2020), với tỉ lệ đơn nộp thông qua đại diện trong tổng số đơn nộp đến Cục so với đơn nộp trực tiếp tương ứng là 71,5%, 66,66%, 68,72%, 64,11%, 63,16%, 60,31%, 58,90%, 57,86%, 58,37%, 58,60% và 57,32%.

Khoản 1 Điều 28 Luật Luật sư năm 2006 (Luật Luật sư) quy định: “*Tư vấn pháp luật là việc luật sư hướng dẫn, đưa ra ý kiến, giúp khách hàng soạn thảo các giấy tờ liên quan đến việc thực hiện quyền, nghĩa vụ của họ. Luật sư thực hiện tư vấn pháp luật trong tất cả các lĩnh vực pháp luật*”. Đối chiếu hai điều luật này, có hai cách hiểu sau đây:

*Cách hiểu thứ nhất*, bất kỳ dịch vụ nào liên quan đến thủ tục xác lập và thực thi quyền SHCN, điển hình là các dịch vụ đại diện và tư vấn, đều thuộc “dịch vụ đại diện SHCN”; vì vậy, chỉ tổ chức dịch vụ đại diện SHCN mới được thực hiện “tư vấn về vấn đề liên quan đến thủ tục xác lập và thực thi quyền SHCN”; luật sư (nếu không phải là đại diện SHCN) thì không được tư vấn về vấn đề liên quan đến thủ tục xác lập và thực thi quyền SHCN, tức là không được tư vấn pháp luật về SHCN. Mục 7 Danh mục các lĩnh vực cá nhân được phép thành lập tổ chức khoa học và công nghệ, được ban hành theo Quyết định số 97/QĐ-TTg ngày 24/7/2009 của Thủ tướng Chính phủ quy định phù hợp với quy định nêu trên của Luật SHTT. Theo đó, trong lĩnh vực dịch vụ SHTT có “*dịch vụ tư vấn về SHTT (không bao gồm tư vấn liên quan đến thủ tục xác lập và bảo vệ/thực thi quyền SHTT)*” (Mục 7.3), được xếp độc lập với “*dịch vụ đại diện về diện SHTT (bao gồm đại diện, tư vấn và các dịch vụ khác liên quan đến thủ tục xác lập và bảo vệ/thực thi quyền SHTT)*” (Mục 7.1).

*Cách hiểu thứ hai*, nếu không thực hiện tất cả các hoạt động trong quy định nêu trên, chẳng hạn chỉ thực hiện dịch vụ tư vấn mà không thực hiện dịch vụ đại diện thì không bị coi là thực hiện “dịch vụ đại diện SHCN”. Với cách hiểu này, theo Luật Luật sư, luật sư thực hiện tư vấn pháp luật về SHCN không bị coi là vi phạm quy định

về đại diện SHCN theo quy định của Điều 151 Luật SHTT.

Như vậy, có thể thấy rằng, giữa quy định về phạm vi dịch vụ đại diện SHCN của Luật SHTT với quy định của Luật Luật sư về phạm vi hoạt động của luật sư chưa bảo đảm sự thống nhất. Điều này gây nên những trở ngại nhất định cho hoạt động tư vấn pháp luật về SHCN.

Mặt khác, theo quy định của Điều 134 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS), *đại diện là việc cá nhân, pháp nhân (gọi chung là người đại diện) nhân danh và vì lợi ích của cá nhân hoặc pháp nhân khác (gọi chung là người được đại diện) xác lập, thực hiện giao dịch dân sự*. Xét về bản chất, dịch vụ đại diện SHCN là một dạng cụ thể của dịch vụ đại diện theo ủy quyền trong lĩnh vực SHCN. Vì vậy, với tính chất là luật chuyên ngành, Luật SHTT cần quy định theo hướng dịch vụ đại diện SHCN là đại diện cho tổ chức, cá nhân trước cơ quan nhà nước có thẩm quyền về xác lập và bảo đảm thực thi quyền SHCN, không nên bổ sung thêm hoạt động “tư vấn về vấn đề liên quan đến thủ tục xác lập và thực thi quyền SHCN”. Điều này đã dẫn đến sự xung đột với các luật chuyên ngành khác, trong đó có Luật Luật sư.

Tác giả cho rằng, để xác định rõ hơn bản chất của dịch vụ đại diện SHCN và tránh mâu thuẫn với quy định trong các văn bản luật khác, khoản 1 Điều 151 Luật SHTT cần được sửa đổi theo một trong hai phương án sau:

**Phương án 1:** Bỏ các nội dung được quy định tại điểm b và c (dịch vụ tư vấn và các dịch vụ khác); theo đó, khoản 1 Điều 134 BLDS được viết lại như sau: “*Dịch vụ đại diện SHCN là việc tổ chức, cá nhân đáp ứng điều kiện hoạt động, thay mặt cho tổ chức, cá nhân khác thực hiện các giao dịch trước*

*cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhằm xác lập và bảo vệ quyền SHCN”.*

**Phương án 2:** Thay cụm từ “*tư vấn*” bằng cụm từ “*chuẩn bị giấy tờ pháp lý*” vào điểm b, bỏ điểm c; theo đó, khoản 1 Điều 134 BLDS được viết lại như sau: *1. Dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp bao gồm:*

*a) Đại diện cho tổ chức, cá nhân trước cơ quan nhà nước có thẩm quyền về xác lập và bảo đảm thực thi quyền sở hữu công nghiệp;*

*b) Chuẩn bị các giấy tờ pháp lý liên quan đến thủ tục xác lập và thực thi quyền sở hữu công nghiệp.*

Quy định này nhằm bảo đảm đưa dịch vụ đại diện SHCN đến gần với dịch vụ giấy tờ pháp lý mà Việt Nam bảo lưu không cam kết mở cửa thị trường trong cam kết gia nhập WTO. Theo hệ thống phân loại CPC của Liên hợp quốc, *dịch vụ giấy tờ và chứng thực pháp lý* thuộc nhóm 87 phiên bản 1, phiên bản 2 thuộc phân lớp 8213, *bao gồm: soạn thảo và chứng thực tài liệu, các dịch vụ pháp lý liên quan đến quyền đối với sáng chế, quyền tác giả và các quyền SHTT khác; soạn thảo và chứng thực tài liệu, giấy tờ và các dịch vụ pháp lý liên quan khác như di chúc, hôn nhân, hợp đồng thương mại, điều lệ doanh nghiệp...* và phù hợp với phân ngành trong hệ thống ngành kinh tế Việt Nam được ban hành theo Quyết định số 27/2018/QĐ-TTg ngày 06/7/2018 của Thủ tướng Chính phủ, nhóm 69102 (*Hướng dẫn chung và tư vấn, chuẩn bị các tài liệu pháp lý*) gồm: *dịch vụ hướng dẫn chung và tư vấn, chuẩn bị các tài liệu pháp lý liên quan đến bản quyền, bằng phát minh, sáng chế, quyền tác giả...*

## **2. Về điều kiện hành nghề dịch vụ đại diện SHCN**

Theo quy định của Điều 155 Luật SHTT, cá nhân được phép hành nghề dịch vụ đại diện SHCN nếu có Chứng chỉ hành nghề dịch vụ đại diện SHCN và hoạt động cho một tổ chức dịch vụ đại diện SHCN. Để được cấp Chứng chỉ hành nghề thì cá nhân phải đạt yêu cầu tại Kỳ kiểm tra nghiệp vụ đại diện SHCN. Một trong những điều kiện để được dự kiểm tra là cá nhân đó phải có bằng tốt nghiệp đại học (Nghị định số 63/1996/NĐ-CP trước đây yêu cầu phải là tốt nghiệp đại học chuyên ngành pháp lý, kỹ thuật).

Thực tiễn thi hành Luật SHTT cho thấy, kể từ khi có sự thay đổi từ điều kiện “tốt nghiệp đại học chuyên ngành pháp lý, kỹ thuật” sang điều kiện “tốt nghiệp đại học”, tức là chấp nhận tất cả các chuyên ngành đào tạo, chất lượng của người đại diện SHCN giảm đã giảm sút, thể hiện ở các điểm sau: (i) số lượng đơn nộp vào Cục SHTT dự kiểm tra nghiệp vụ bị từ chối hoặc phải bổ sung do sai sót về nội dung và hình thức ngày càng nhiều; (ii) khả năng lập luận, trao đổi trực tiếp của người đại diện với cơ quan có thẩm quyền xác lập và thực thi quyền SHCN còn yếu do thiếu hiểu biết về pháp luật cơ bản; (iii) số lượng thí sinh dự thi đầu vào nghiệp vụ đại diện SHCN không đạt yêu cầu tăng lên rõ rệt, trong đó thí sinh không đạt yêu cầu ở hai môn thi pháp luật về SHCN và sáng chế - thiết kế bố trí chủ yếu rơi vào các trường hợp không tốt nghiệp đại học chuyên ngành pháp lý và chuyên ngành kỹ thuật<sup>3</sup>; (iv) kỹ năng viết bản mô tả sáng chế, giải pháp hữu ích, kiểu dáng công nghiệp kém.

<sup>3</sup> Theo số liệu thống kê hàng năm của Cục Sở hữu trí tuệ, số lượng thí sinh đạt yêu cầu trong các kỳ kiểm tra 2009, 2011, 2013, 2015, 2017 và 2019 lần lượt là có tới 42/223 (18.83%), 41/148 (27.7%), 2/76 (2.63%), 15/128 (11,7%), 7/253 (2,77%) và 40/238 (16,8%).

Mặt khác, theo quy định hiện hành, chỉ có một thuật ngữ chứng chỉ hành nghề dịch vụ đại diện SHCN cho những người muốn hành nghề dịch vụ đại diện trong lĩnh vực SHCN. Theo đó, cá nhân được thực hiện dịch vụ với tất cả các đối tượng SHCN bao gồm: sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, bí mật kinh doanh, nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý và chống cạnh tranh không lành mạnh. Để được cấp chứng chỉ này, mỗi cá nhân phải trải qua một kỳ thi sát hạch cho tất cả các đối tượng SHCN; trong đó, có những môn không liên quan đến đối tượng mà họ có nhu cầu làm đại diện và thực tế, rất khó để các thí sinh có thể đạt được yêu cầu cho cả 5 môn trong một Kỳ kiểm tra.

Ở các tổ chức dịch vụ đại diện SHCN, để đảm bảo sự chuyên môn hóa, nhiều tổ chức thường phân thành các phòng/ban/nhóm chuyên môn thực hiện việc đại diện đối với từng nhóm đối tượng SHCN (sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu,...). Việc phân thành các nhóm chuyên môn như trên phù hợp với nhu cầu đào tạo, tích lũy kinh nghiệm, nâng cao năng lực chuyên môn của người đại diện đối với mỗi lĩnh vực nhất định, nhất là hoạt động đại diện đối với đối tượng có yêu cầu cao về mức độ chuyên sâu như sáng chế. Mặt khác, nhiều tổ chức đại diện, tùy thuộc vào năng lực của người đại diện SHCN hành nghề trong tổ chức đó, chỉ có thể chuyên về một lĩnh vực hoặc sáng chế (gồm sáng

chế, kiểu dáng, thiết kế bố trí là những đối tượng SHCN có tính sáng tạo cao) hoặc chỉ chuyên về nhãn hiệu (gồm nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại... là những đối tượng SHCN có tính xã hội cao). Người đại diện SHCN cũng thường chỉ hành nghề dịch vụ đại diện SHCN đối với một hoặc một số các đối tượng SHCN nhất định, ví dụ như đại diện về sáng chế, đại diện về nhãn hiệu hoặc đại diện về kiểu dáng công nghiệp... Về hiệu quả hoạt động, những cá nhân, tổ chức có uy tín trong lĩnh vực dịch vụ đại diện SHCN cũng chỉ được đánh giá thực sự mạnh về một lĩnh vực hoặc chỉ thiên về sáng chế, kiểu dáng hoặc chỉ thiên về nhãn hiệu.

Điều này cho thấy, quy định về đại diện SHCN chưa phù hợp với thực tế, cản trở người có nhu cầu chỉ hành nghề dịch vụ đại diện SHCN cho một hoặc một số đối tượng sở hữu công nghiệp cụ thể. Thực tế, trong các kỳ kiểm tra nghiệp vụ đại diện SHCN, đa phần những cá nhân chưa qua đào tạo về kỹ thuật khó có thể vượt qua được các môn kiểm tra liên quan đến sáng chế, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, kiểu dáng công nghiệp<sup>4</sup>...

Xét về bản chất, đối tượng SHCN có thể chia thành hai nhóm lĩnh vực chuyên ngành: Sáng chế (bao gồm: sáng chế, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, kiểu dáng công nghiệp) và Nhãn hiệu (bao gồm: nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại, bí mật kinh doanh, chống cạnh tranh không lành mạnh). Sáng chế, thiết kế bố trí, kiểu

<sup>4</sup> Theo số liệu thống kê kỳ kiểm tra nghiệp vụ đại diện SHCN năm 2009 của Cục Sở hữu trí tuệ, trong số 223 thí sinh dự thi (19 thí sinh tốt nghiệp chuyên ngành khoa học, kỹ thuật, 151 thí sinh tốt nghiệp chuyên ngành luật, còn lại là các ngành khác), có 109 thí sinh trượt môn sáng chế, 103 thí sinh trượt môn kiểu dáng công nghiệp. Trong số 19 thí sinh tốt nghiệp chuyên ngành khoa học, kỹ thuật, chỉ có 3/109 thí sinh trượt môn sáng chế - thiết kế bố trí, có 7/103 thí sinh trượt môn kiểu dáng công nghiệp, số thí sinh còn lại đạt điểm khá cao, thậm chí có cả điểm 10).

dáng công nghiệp là những đối tượng mà trong quá trình thực hiện các nội dung liên quan đến xác lập, thực thi quyền SHCN đòi hỏi người thực hiện không chỉ nắm chắc kiến thức về mặt pháp luật, mà còn phải có những kiến thức chuyên ngành kỹ thuật nhất định. Do đó, những người đại diện cho khách hàng trong xác lập và thực thi quyền SHCN đối với các đối tượng này cần phải đáp ứng cả hai yêu cầu có kiến thức pháp luật và cả kiến thức kỹ thuật chuyên ngành. Những người không trải qua quá trình đào tạo về kỹ thuật chuyên ngành sẽ rất khó để có thể hành nghề dịch vụ đại diện sáng chế. Trong khi đó, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại, bí mật kinh doanh và chống cạnh tranh không lành mạnh là những đối tượng không mang tính chất kỹ thuật, cần nhiều tư duy trực quan trong việc đưa ra lập luận và đòi hỏi nhiều về kiến thức pháp luật nên những người đã qua đào tạo về pháp luật, trong đó có pháp luật về SHCN là có thể thực hiện được công việc đại diện SHCN liên quan đến nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại...

Ở nhiều nước trên thế giới, hoạt động đại diện được tách ra theo hai nhánh gồm: đại diện về sáng chế (gồm sáng chế, kiểu dáng công nghiệp) và đại diện về nhãn hiệu. Tại một số nước (như Hoa Kỳ, Châu Âu, Nhật Bản, Hàn Quốc, Singapore), việc kiểm tra nghiệp vụ để cấp chứng chỉ hành nghề chỉ áp dụng đối với đại diện sáng chế, trong khi dịch vụ đại diện về nhãn hiệu được mở cho tất cả các luật sư. Pháp luật một số nước có lịch sử phát triển hệ thống SHTT lâu dài như Anh, Pháp, Đức, Nga, Hoa Kỳ, Nhật Bản, hoặc những nước

công nghiệp điển hình trong khu vực như Trung Quốc, Hàn Quốc, Philippines, Úc đều quy định tiêu chuẩn về trình độ đối với người muốn được hành nghề dịch vụ đại diện SHTT<sup>5</sup>, đó là: có trình độ đại học trở lên hoặc đại học chuyên ngành pháp lý đối với lĩnh vực dịch vụ đại diện nhãn hiệu, chuyên ngành kỹ thuật, pháp lý đối với lĩnh vực dịch vụ đại diện sáng chế. Đây là xu hướng chung mà Việt Nam cần hướng đến khi hội nhập vào nền kinh tế thế giới.

Từ những phân tích trên đây, tác giả cho rằng, để khắc phục những bất cập trong quy định về điều kiện hành nghề dịch vụ đại diện SHCN, cần sửa đổi khoản 1, 2 Điều 155 Luật SHTT theo hướng không bổ sung thêm vào trong Luật này khái niệm tổ chức đại diện sáng chế, tổ chức đại diện nhãn hiệu, người đại diện sáng chế, người đại diện nhãn hiệu vì sẽ gây rối khi dùng từ trong các quy định mà phân định lĩnh vực kinh doanh, hành nghề của tổ chức, cá nhân theo loại chứng chỉ hành nghề được cấp cho mỗi cá nhân; cá nhân đạt yêu cầu kiểm tra trong nhóm lĩnh vực nào thì được cấp chứng chỉ hành nghề tương ứng với lĩnh vực đó. Cụ thể:

**Phương án 1:** Quy định cá nhân được cấp chứng chỉ hành nghề dịch vụ đại diện SHCN phải có bằng tốt nghiệp đại học đối với trường hợp hành nghề trong lĩnh vực nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại, chống cạnh tranh không lành mạnh, bí mật kinh doanh; hoặc có bằng tốt nghiệp đại học chuyên ngành khoa học kỹ thuật đối với trường hợp hành nghề trong lĩnh vực sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế

<sup>5</sup> Cục Sở hữu trí tuệ, Báo cáo tổng hợp đề tài nghiên cứu khoa học “Tổ chức và hoạt động của hệ thống đại diện sở hữu công nghiệp”, 12/2001, tr. 35.



bố trí, để phù hợp với đặc thù của từng lĩnh vực và đảm bảo chất lượng đầu ra đối với các cá nhân hành nghề trong lĩnh vực dịch vụ đại diện sáng chế.

**Phương án 2:** Bổ sung yêu cầu phải có bằng tốt nghiệp đại học chuyên ngành pháp lý đối với tất cả các lĩnh vực dịch vụ đại diện SHCN và có thêm bằng tốt nghiệp đại học chuyên ngành khoa học kỹ thuật đối với lĩnh vực dịch vụ đại diện sáng chế để đưa dịch vụ đại diện SHCN gần hơn với dịch vụ giấy tờ pháp lý theo biểu cam kết dịch vụ gia nhập WTO (đòi hỏi người thực hiện dịch vụ này cần có những nền tảng cơ bản về pháp lý để có thể thực hiện tốt nhiệm vụ đại diện cho khách hàng trước cơ quan nhà nước trong việc bảo vệ quyền lợi của khách hàng trong quá trình xác lập và thực thi quyền SHCN, cũng như đảm bảo cho việc chuẩn bị các giấy tờ pháp lý đáp ứng tốt hơn các yêu cầu mà pháp luật đặt ra), phù hợp với nhiều nước tiên tiến trên thế giới như Mỹ, EU (yêu cầu phải tốt nghiệp đại học chuyên ngành pháp lý).

Bên cạnh đó, cần quy định bổ sung ngoại lệ đối với cá nhân có Chứng chỉ hành nghề luật sư, trong trường hợp có lựa chọn môn học về kỹ năng tư vấn pháp luật về SHTT cho doanh nghiệp thì được cấp Chứng chỉ hành nghề dịch vụ đại diện SHCN (nếu có yêu cầu) đối với chuyên ngành nhãn hiệu vì những lý do sau:

**Thứ nhất,** dịch vụ đại diện sở hữu công nghiệp trong lĩnh vực nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại, cạnh tranh không lành mạnh không đòi hỏi phải am hiểu về kỹ thuật mà chủ yếu đòi hỏi nắm bắt được các kiến thức pháp lý và vận dụng các quy định của pháp luật vào các tình huống cụ thể nên luật sư (là những người có nền tảng

kiến thức pháp lý và có thực tế hoạt động áp dụng luật) có thể đáp ứng được những quy định này. Việc cho phép luật sư được hành nghề đại diện chỉ giới hạn riêng cho nhóm dịch vụ đại diện nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại... là phù hợp với bản chất của các đối tượng SHCN này (việc xác lập quyền chủ yếu dựa trên căn cứ pháp lý mà bản thân luật sư có thể đáp ứng ngay được), không mở rộng cho tất cả các đối tượng khác như sáng chế, kiểu dáng, thiết kế bố trí, ngoài việc hiểu biết, vận dụng các căn cứ pháp lý, cần phải có kiến thức kỹ thuật thì mới có thể chuẩn bị tốt bộ tài liệu đơn (trong đó, có bản mô tả, yêu cầu bảo hộ, bản vẽ kỹ thuật... là những căn cứ mang tính quyết định để chứng minh và khẳng định đối tượng SHCN đó có đủ điều kiện được bảo hộ hay không).

**Thứ hai,** hiện nay ở Việt Nam, theo Chương trình chi tiết đào tạo nghề luật sư theo hệ thống tín chỉ được Học viện Tư pháp ban hành trong thời gian gần nhất là Quyết định số 873/QĐ-HVTTP ngày 06/7/2017 của Giám đốc Học viện tư pháp thì Môn học “Kỹ năng tư vấn pháp luật về SHTT cho doanh nghiệp” bao gồm phần lý thuyết (Kỹ năng tư vấn pháp luật về SHTT cho doanh nghiệp), tình huống I (Tư vấn xác lập quyền SHTT cho doanh nghiệp) và tình huống II (Tư vấn bảo hộ, thực thi quyền và xử lý xâm phạm quyền SHTT cho doanh nghiệp) được coi là 1 trong 12 môn học tự chọn, tương đương với 15 giờ tín chỉ (1 tín chỉ), nội dung đào tạo này phù hợp với nội dung kiểm tra nghiệp vụ đại diện SHCN mà cơ quan quản lý nhà nước về đại diện SHCN đã và đang tổ chức. Như vậy, chỉ những luật sư lựa chọn môn học này mới thật sự đủ điều kiện để có thể thực hiện các nghiệp vụ đại diện chuyên ngành

nhân hiệu ngay khi được cấp Chứng chỉ hành nghề luật sư.

*Thứ ba*, nhiều nước trên thế giới quy định luật sư đủ điều kiện hành nghề dịch vụ đại diện SHCN vì bản thân quá trình đào tạo để được trở thành một luật sư, cá nhân đó đã phải trải qua quá trình đào tạo đại học chuyên ngành pháp lý và trải qua khóa đào tạo chuyên sâu nghiêm ngặt. Thực tiễn quá trình đào tạo luật sư của Việt Nam, cá nhân phải trải qua 5 năm đại học về chuyên ngành pháp lý và tham gia khóa đào tạo thực tiễn vận dụng kiến thức pháp lý vào các tình huống cụ thể và để được cấp Chứng chỉ hành nghề luật sư, họ phải trải qua kỳ sát hạch nghiêm ngặt.

### **3. Về điều kiện kinh doanh dịch vụ đại diện SHCN**

Theo quy định của khoản 1 Điều 154 Luật SHTT, để được kinh doanh dịch vụ đại diện SHCN, tổ chức phải là doanh nghiệp, hợp tác xã, tổ chức hành nghề luật sư, tổ chức dịch vụ khoa học và công nghệ được thành lập và hoạt động theo

quy định của pháp luật, riêng các tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài hành nghề tại Việt Nam không được phép kinh doanh. Trong khi đó, theo quy định của Luật Luật sư, tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài hành nghề tại Việt Nam được phép tư vấn pháp luật nói chung, trong đó có pháp luật về SHCN. Cụ thể, Điều 70 Luật Luật sư quy định: *“Chi nhánh, công ty luật nước ngoài hành nghề tại Việt Nam được thực hiện tư vấn pháp luật và các dịch vụ pháp lý khác...”*

Như vậy, quy định của khoản 1 Điều 154 Luật SHTT không thống nhất với quy định của Điều 70 Luật Luật sư về điều kiện kinh doanh. Điều này dẫn đến những ý kiến khác nhau giữa các cơ quan quản lý nhà nước đối với cùng một vụ việc<sup>6</sup>. Để khắc phục bất cập này, tác giả cho rằng, cần sửa đổi Luật Luật sư nhằm bảo đảm sự thống nhất với Luật SHTT hoặc sửa đổi Luật SHTT bảo đảm sự thống nhất với Luật Luật sư ■

<sup>6</sup> Năm 2014, Hội Sở hữu trí tuệ Việt Nam (VIPA) đã gửi đơn kiến nghị lên Thủ tướng Chính phủ đề nghị xử lý vi phạm về SHTT đối với một số tổ chức luật sư nước ngoài hành nghề tại Việt Nam như Chi nhánh Tư vấn Tilleke & Gibbins đã và đang tiến hành kinh doanh trái phép dịch vụ đại diện SHCN, cụ thể là thực hiện dịch vụ tư vấn về quyền SHCN (đăng ký và thực thi quyền), vi phạm quy định tại Điều 151 và Điều 154 của Luật SHTT (các tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại VN không được thực hiện chức năng kinh doanh dịch vụ đại diện SHCN). Tại thời điểm này, Cục SHTT (Bộ KH&CN) cho rằng Chi nhánh Tư vấn Tilleke & Gibbins đã vi phạm các quy định của pháp luật về kinh doanh dịch vụ đại diện SHCN khi thực hiện dịch vụ tư vấn pháp luật liên quan đến thủ tục xác lập và thực thi quyền SHCN và/hoặc thực hiện các dịch vụ pháp lý khác liên quan đến thủ tục xác lập và thực thi quyền SHCN, vì theo quy định tại khoản 1 Điều 151 Luật Sở hữu trí tuệ, chữ *“bao gồm”* được hiểu là chỉ cần thực hiện một trong ba loại công việc nêu tại khoản 1 thì đã bị coi là thực hiện dịch vụ đại diện SHCN và như vậy là đã vi phạm quy định tại khoản 1 Điều 154 Luật Sở hữu trí tuệ (tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam bị loại trừ, không được phép kinh doanh dịch vụ đại diện SHCN). Trong khi đó, Vụ Bộ trợ tư pháp (Bộ Tư pháp) cho rằng, quy định nêu tại khoản 1 Điều 151 Luật SHTT cho thấy chữ *“bao gồm”* được hiểu chỉ khi một tổ chức thực hiện đầy đủ các hành vi nêu tại khoản 1 Điều 151 của Luật Sở hữu trí tuệ, thì mới bị coi là đã thực hiện dịch vụ đại diện SHCN. Hoạt động tư vấn của Chi nhánh Tư vấn Tilleke & Gibbins không vi phạm quy định của pháp luật về kinh doanh dịch vụ đại diện SHCN theo Điều 151, Điều 154 Luật Sở hữu trí tuệ, đồng thời cũng phù hợp với phạm vi hoạt động của tổ chức/chi nhánh của tổ chức hành nghề luật sư nước ngoài tại Việt Nam, nêu tại Điều 4, khoản 1 Điều 28 và Điều 70 Luật Luật sư.

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ THẨM QUYỀN XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH CỦA CHỨC DANH ĐỒN TRƯỞNG ĐỒN BIÊN PHÒNG VÀ CÁC CHỨC DANH CÓ THẨM QUYỀN TƯƠNG ĐƯƠNG

**Phạm Thị Thanh Huế\***

*TS. Phó Trưởng khoa, Khoa Pháp luật, Học viện Biên phòng*

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Xử lý vi phạm hành chính; thẩm quyền xử lý vi phạm hành chính, chức danh Đồn trưởng Đồn biên phòng, Luật Xử lý vi phạm hành chính.

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 16/3/2021

Biên tập : 25/3/2021

Duyệt bài : 27/3/2021

### Article Infomation:

*Keywords:* Fining of administrative violations; competence of fining administrative violations; commander of the checkpoint of border guard force; Law on Handling of Administrative Violations.

### Article History:

Received : 16 Mar. 2021

Edited : 25 Mar. 2021

Approved : 27 Mar. 2021

## 1. Thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của chức danh Đồn trưởng Đồn biên phòng và các chức danh có thẩm quyền tương đương

**1.1. Quy định trong các văn bản luật về thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của chức danh Đồn trưởng Đồn biên phòng và các chức danh có thẩm quyền tương đương**

### Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích, chỉ ra những hạn chế, bất cập trong các quy định của pháp luật hiện hành về thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của chức danh Đồn trưởng Đồn Biên phòng và các chức danh có thẩm quyền tương đương; đồng thời đưa ra các kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

### Abstract:

Under the scope of this article, the author provides an analysis of and gives out a number of shortcomings in the applicable legal regulations on the competence of fining administrative violations of the commander of the checkpoint on duty and the equivalent position. It also provides recommendations to further improve legal regulations on this matters.

Ngày 13/11/2020, Quốc hội thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều (Luật sửa đổi, bổ sung năm 2020)<sup>1</sup> của Luật Xử lý vi phạm hành chính (VPHC) năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2014 và năm 2017 (Luật Xử lý VPHC năm 2012). So sánh về thẩm quyền xử phạt VPHC của chức danh Đồn trưởng Đồn biên phòng (ĐBP) và các chức danh có thẩm

<sup>1</sup> Luật này có hiệu lực từ ngày 01/01/2022.

quyền tương đương giữa Luật Xử lý VPHC năm 2012 và Luật sửa đổi, bổ sung năm 2020 có một số thay đổi như sau:

- *Về tên gọi của các chức danh:* Cả hai luật đều xác định thống nhất tên gọi chức danh Đồn trưởng ĐBP. Tuy nhiên, các chức danh có thẩm quyền tương đương giữa hai văn bản luật có cách gọi khác nhau. Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định các chức danh có thẩm quyền tương đương gồm: Hải đội trưởng Hải đội biên phòng, Chỉ huy trưởng Tiểu khu biên phòng, Chỉ huy trưởng biên phòng Cửa khẩu cảng. Luật sửa đổi, bổ sung năm 2020 giữ nguyên cách gọi “Hải đội trưởng Hải đội Biên phòng”; thay “Chỉ huy trưởng biên phòng Cửa khẩu cảng” thành “Chỉ huy trưởng Ban chỉ huy Biên phòng cửa khẩu cảng”; bỏ chức danh “Chỉ huy trưởng Tiểu khu biên phòng”.

- *Về thẩm quyền xử phạt chung (bao gồm thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt và thẩm quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả)<sup>2</sup>:*

+ Đối với thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt, cả hai văn bản luật đều xác định các chức danh này được áp dụng ba hình thức xử phạt là cảnh cáo, phạt tiền và tịch thu tang vật, phương tiện VPHC. Tuy nhiên, về hình thức xử phạt tiền và hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC có sự thay đổi.

+ *Đối với hình thức xử phạt tiền*, hai văn bản luật xác định giới hạn áp dụng mức phạt tiền có khác nhau: “phạt tiền đến 20% mức tiền phạt tối đa đối với lĩnh vực tương ứng quy định tại Điều 24 nhưng không quá 25.000.000 đồng. Từ ngày 01/01/2022, Điều 24 được sửa đổi theo hướng tăng mức

phạt tiền tối đa đối với 10 lĩnh vực (trong đó có 4 lĩnh vực quy định chức danh Đồn trưởng ĐBP và các chức danh tương đương có thẩm quyền xử phạt). Vì thế, thẩm quyền phạt tiền của các chức danh này được tăng thêm trong 04 lĩnh vực: quản lý, bảo vệ biên giới quốc gia (mức phạt tiền tối đa tăng từ 50 triệu lên 75 triệu); phòng, chống tệ nạn xã hội (mức phạt tiền tối đa tăng từ 40 triệu lên 75 triệu); thủy lợi và báo chí (mức phạt tiền tối đa tăng từ 100 triệu lên 250 triệu).

+ *Đối với hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC*, Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định chức danh Đồn trưởng ĐBP và các chức danh có thẩm quyền tương đương được tịch thu tang vật, phương tiện VPHC có giá trị không vượt quá mức tiền phạt. Từ 01/01/2022, các chức danh này có thẩm quyền cao hơn thể hiện qua việc “tịch thu tang vật, phương tiện VPHC có giá trị không vượt quá 02 lần mức tiền phạt”<sup>3</sup>.

+ *Đối với thẩm quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả*, Luật Xử lý VPHC năm 2012 quy định Đồn trưởng ĐBP và các chức danh có thẩm quyền tương đương có thẩm quyền áp dụng 04 nhóm biện pháp khắc phục hậu quả, bao gồm 03 nhóm được xác định cụ thể tên gọi (Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu; Buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh; Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn hóa phẩm có nội dung độc hại) và 01 nhóm do Chính phủ quy định (Các biện pháp khắc phục hậu quả khác)<sup>4</sup>. Luật sửa đổi, bổ sung năm 2020 bổ sung thêm cho các chức danh này 01 biện pháp khắc phục hậu quả là “Buộc đưa ra khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ

<sup>2</sup> Khoản 2 Điều 2 Luật Xử lý VPHC năm 2012.

<sup>3</sup> Khoản 3 Điều 40 Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020.

<sup>4</sup> Điểm a, c, đ và k khoản 1 Điều 28; Điều 40 Luật Xử lý VPHC năm 2012.

nghĩa Việt Nam hoặc tái xuất hàng hóa, vật phẩm, phương tiện”<sup>5</sup>.

### ***1.2. Quy định trong các văn bản dưới luật về thẩm quyền xử phạt VPHC của chức danh Đồn trưởng ĐBP và các chức danh có thẩm quyền tương đương***

- *Về tên gọi của các chức danh:* Trong số các nghị định quy định về xử phạt VPHC, có 18 nghị định<sup>6</sup> sử dụng chức danh “Chỉ huy trưởng biên phòng cửa khẩu cảng”; 08 nghị định<sup>7</sup> sử dụng chức danh “Chỉ huy trưởng Ban chỉ huy biên phòng cửa khẩu

<sup>5</sup> Điều d khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC năm 2012; Điều 40 Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020.

<sup>6</sup> Nghị định số 120/2013/NĐ-CP ngày 09/10/2013 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực quốc phòng, cơ yếu (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 102/2014/NĐ-CP ngày 10/11/2014 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực đất đai); Nghị định số 131/2013/NĐ-CP ngày 16/10/2013 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC về quyền tác giả, quyền liên quan (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 28/2017/NĐ-CP và Nghị định số 158/2013/NĐ-CP); Nghị định số 162/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trên các vùng biển, đảo và thềm lục địa của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 23/2017/NĐ-CP); Nghị định số 132/2015/NĐ-CP ngày 25/12/2015 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực giao thông đường thủy nội địa; Nghị định số 31/2016/NĐ-CP ngày 06/5/2016 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực giống cây trồng, bảo vệ và kiểm dịch thực vật (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 90/2017/NĐ-CP ngày 31/7/2017 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực thú y (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 104/2017/NĐ-CP ngày 14/9/2017 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực phòng, chống thiên tai; khai thác và bảo vệ công trình thủy lợi; đề điều (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 65/2019/NĐ-CP); Nghị định số 119/2017/NĐ-CP ngày 01/11/2017 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực tiêu chuẩn đo lường và chất lượng sản phẩm, hàng hóa (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 42/2019/NĐ-CP ngày 16/5/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực thủy sản); Nghị định số 55/2018/NĐ-CP ngày 16/4/2018 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực phân bón; Nghị định số 64/2018/NĐ-CP ngày 07/5/2018 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực giống vật nuôi, thức ăn chăn nuôi, thủy sản; Nghị định số 115/2018/NĐ-CP ngày 04/9/2018 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC về an toàn thực phẩm; Nghị định số 35/2019/NĐ-CP ngày 25/4/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực lâm nghiệp; Nghị định số 42/2019/NĐ-CP ngày 16/5/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực thủy sản; Nghị định số 45/2019/NĐ-CP ngày 21/5/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực du lịch; Nghị định số 46/2019/NĐ-CP ngày 27/5/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực thể thao; Nghị định số 71/2019/NĐ-CP ngày 30/8/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực hóa chất và vật liệu nổ công nghiệp; Nghị định số 15/2020/NĐ-CP ngày 03/02/2020 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin và giao dịch điện tử; Nghị định số 117/2020/NĐ-CP ngày 28/9/2020 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực y tế.

<sup>7</sup> Nghị định số 119/2017/NĐ-CP ngày 01/11/2017 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực tiêu chuẩn đo lường và chất lượng sản phẩm, hàng hóa (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 42/2019/NĐ-CP ngày 16/5/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực thủy sản); Nghị định số 88/2019/NĐ-CP ngày 14/11/2019 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng; Nghị định số 18/2020/NĐ-CP ngày 11/02/2020 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực đo đạc và bản đồ; Nghị định số 36/2020/NĐ-CP ngày 24/3/2020 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực tài nguyên nước và khoáng sản; Nghị định số 96/2020/NĐ-CP ngày 24/8/2020 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực quản lý, bảo vệ biên giới quốc gia; Nghị định số 98/2020/NĐ-CP ngày 26/8/2020 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; Nghị định số 99/2020/NĐ-CP ngày 26/8/2019 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực dầu khí, kinh doanh xăng dầu và khí; Nghị định số 128/2020/NĐ-CP ngày 19/10/2020 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực hải quan.

cảng”; 17 nghị định<sup>8</sup> sử dụng chức danh “Chỉ huy trưởng Tiểu khu biên phòng”, 09 nghị định<sup>9</sup> bỏ chức danh này; 08 Nghị định<sup>10</sup> không nêu rõ tên gọi của bất kỳ chức

<sup>8</sup> Nghị định số 120/2013/NĐ-CP ngày 09/10/2013 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực quốc phòng, cơ yếu (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 102/2014/NĐ-CP ngày 10/11/2014 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực đất đai); Nghị định số 131/2013/NĐ-CP ngày 16/10/2013 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC về quyền tác giả, quyền liên quan (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 28/2017/NĐ-CP và Nghị định số 158/2013/NĐ-CP); Nghị định số 162/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trên các vùng biên, đảo và thềm lục địa của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 23/2017/NĐ-CP); Nghị định số 132/2015/NĐ-CP ngày 25/12/2015 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực giao thông đường thủy nội địa; Nghị định số 31/2016/NĐ-CP ngày 06/5/2016 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực giống cây trồng, bảo vệ và kiểm dịch thực vật (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 90/2017/NĐ-CP ngày 31/7/2017 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực thú y (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 104/2017/NĐ-CP ngày 14/9/2017 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực phòng, chống thiên tai; khai thác và bảo vệ công trình thủy lợi; đê điều (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 65/2019/NĐ-CP); Nghị định số 119/2017/NĐ-CP ngày 01/11/2017 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực tiêu chuẩn đo lường và chất lượng sản phẩm, hàng hóa (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 42/2019/NĐ-CP ngày 16/5/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực thủy sản); Nghị định số 55/2018/NĐ-CP ngày 16/4/2018 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực phân bón; Nghị định số 64/2018/NĐ-CP ngày 07/5/2018 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực giống vật nuôi, thức ăn chăn nuôi, thủy sản; Nghị định số 115/2018/NĐ-CP ngày 04/9/2018 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC về an toàn thực phẩm; Nghị định số 35/2019/NĐ-CP ngày 25/4/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực lâm nghiệp; Nghị định số 42/2019/NĐ-CP ngày 16/5/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực thủy sản; Nghị định số 45/2019/NĐ-CP ngày 21/5/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực du lịch; Nghị định số 46/2019/NĐ-CP ngày 27/5/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực thể thao; Nghị định số 71/2019/NĐ-CP ngày 30/8/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực hóa chất và vật liệu nổ công nghiệp; Nghị định số 15/2020/NĐ-CP ngày 03/02/2020 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin và giao dịch điện tử.

<sup>9</sup> Nghị định số 119/2017/NĐ-CP ngày 01/11/2017 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực tiêu chuẩn đo lường và chất lượng sản phẩm, hàng hóa (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 42/2019/NĐ-CP ngày 16/5/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực thủy sản); Nghị định số 88/2019/NĐ-CP ngày 14/11/2019 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng; Nghị định số 18/2020/NĐ-CP ngày 11/02/2020 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực đo đạc và bản đồ; Nghị định số 36/2020/NĐ-CP ngày 24/3/2020 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực tài nguyên nước và khoáng sản; Nghị định số 96/2020/NĐ-CP ngày 24/8/2020 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực quản lý, bảo vệ biên giới quốc gia; Nghị định số 98/2020/NĐ-CP ngày 26/8/2020 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; Nghị định số 99/2020/NĐ-CP ngày 26/8/2019 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực dầu khí, kinh doanh xăng dầu và khí; Nghị định số 117/2020/NĐ-CP ngày 28/9/2020 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực y tế; Nghị định số 128/2020/NĐ-CP ngày 19/10/2020 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực hải quan.

<sup>10</sup> Nghị định số 55/2009/NĐ-CP ngày 10/6/2009 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC về bình đẳng giới; Nghị định số 86/2013/NĐ-CP ngày 29/7/2013 của Chính phủ quy định về kinh doanh trò chơi điện tử có thưởng dành cho người nước ngoài; Nghị định số 98/2013/NĐ-CP ngày 28/8/2013 của Chính phủ quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm, kinh doanh xổ số (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 48/2018/NĐ-CP và Nghị định số 80/2019/NĐ-CP); Nghị định số 109/2013/NĐ-CP ngày 24/9/2013 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 49/2016/NĐ-CP); Nghị định số 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng cháy và chữa cháy; phòng,

danh nào có thẩm quyền xử phạt trong Bộ đội Biên phòng (BĐBP).

- Về thẩm quyền xử phạt của các chức danh: Các nghị định đều xác định các chức danh nêu trên có thẩm quyền áp dụng hình thức xử phạt cảnh cáo (trừ Nghị định số 42/2019/NĐ-CP<sup>11</sup>), phạt tiền và tịch thu tang vật, phương tiện VPHC. Tuy nhiên, quy định cụ thể về hình thức xử phạt tiền và tịch thu tang vật, phương tiện VPHC giữa các nghị định có sự khác nhau, cụ thể như sau:

Một là, thẩm quyền áp dụng các hình thức xử phạt tiền và xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC có sự khác nhau.

+ Đối với hình thức xử phạt tiền

1) Nghị định quy định rõ mức phạt tiền tối đa đối với lĩnh vực hoặc hoạt động thuộc phạm vi điều chỉnh của nghị định; trên cơ sở tính toán mức phạt tiền, xác định thẩm quyền xử phạt của chức danh Đoàn trưởng ĐBP và các chức danh có thẩm quyền tương đương (trong mối quan hệ với các yếu tố xác định thẩm quyền xử phạt), chỉ rõ căn cứ pháp lý (điểm, khoản, điều của Nghị định) xác định hành vi VPHC thuộc thẩm quyền

xử phạt của từng chức danh đã nêu trên. Theo phương thức này, có 07 nghị định<sup>12</sup>.

2) Nghị định quy định rõ mức phạt tiền tối đa đối với lĩnh vực hoặc hoạt động thuộc phạm vi điều chỉnh của nghị định; trên cơ sở tính toán mức phạt tiền, xác định thẩm quyền xử phạt của chức danh Đoàn trưởng ĐBP và các chức danh có thẩm quyền tương đương (trong mối quan hệ với các yếu tố xác định thẩm quyền xử phạt), chỉ rõ căn cứ pháp lý (điểm, khoản, điều của nghị định) nhưng chỉ xác định hành vi VPHC thuộc thẩm quyền xử phạt của BĐBP nói chung mà không nêu rõ thẩm quyền xử phạt của từng chức danh cụ thể nêu trên (theo cách xác định điểm, khoản, điều của nghị định thuộc thẩm quyền xử phạt của từng chức danh này). Theo phương thức này, có 16 nghị định<sup>13</sup>.

3) Nghị định quy định rõ mức phạt tiền tối đa đối với lĩnh vực hoặc hoạt động thuộc phạm vi điều chỉnh của nghị định; nhưng không xác định thẩm quyền xử phạt tiền cụ thể của chức danh Đoàn trưởng ĐBP và các chức danh có thẩm quyền tương đương, gắn với căn cứ pháp lý xác định hành vi VPHC

chống bạo lực gia đình; Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực bảo vệ môi trường; Nghị định số 139/2017/NĐ-CP ngày 27/11/2017 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong hoạt động đầu tư xây dựng; khai thác, chế biến, kinh doanh khoáng sản làm vật liệu xây dựng, sản xuất, kinh doanh vật liệu xây dựng; quản lý công trình hạ tầng kỹ thuật; kinh doanh bất động sản, phát triển nhà ở, quản lý sử dụng nhà và công sở; Nghị định số 142/2017/NĐ-CP ngày 11/12/2017 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong lĩnh vực hàng hải.

<sup>11</sup> Sau đây, các nghị định được trích dẫn từ lần thứ 2 trở đi, được viết gọn, chỉ bao gồm tên loại và số, ký hiệu của nghị định.

<sup>12</sup> Nghị định số 96/2020/NĐ-CP; Nghị định số 15/2020/NĐ-CP; Nghị định số 99/2020/NĐ-CP; Nghị định số 42/2019/NĐ-CP; Nghị định số 71/2019/NĐ-CP; Nghị định số 88/2019/NĐ-CP; riêng Nghị định số 98/2020/NĐ-CP xác định thẩm quyền của các chức danh này đến điều luật.

<sup>13</sup> Nghị định số 119/2020/NĐ-CP; Nghị định số 120/2013/NĐ-CP; Nghị định số 117/2020/NĐ-CP; Nghị định số 31/2016/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 155/2016/NĐ-CP; Nghị định số 90/2017/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 104/2017/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 65/2019/NĐ-CP); Nghị định số 119/2017/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 42/2019/NĐ-CP); Nghị định số 55/2018/NĐ-CP; Nghị định số 64/2018/NĐ-CP; Nghị định số 115/2018/NĐ-CP; Nghị định số 46/2019/NĐ-CP; Nghị định số 45/2019/NĐ-CP; Nghị định số 35/2019/NĐ-CP; Nghị định số 173/2013/NĐ-CP; Nghị định số 84/2017/NĐ-CP; Nghị định số 36/2020/NĐ-CP.

(điểm, khoản, điều của nghị định) mà chỉ viện dẫn thẩm quyền chung của BĐBP (hoặc xác định khái quát về thẩm quyền phạt tiền tối đa của các chức danh này), làm căn cứ để người áp dụng tự xác định thẩm quyền cụ thể của từng chức danh. Theo phương thức này, có 06 nghị định<sup>14</sup>.

4) Nghị định không quy định rõ mức phạt tiền tối đa đối với lĩnh vực hoặc hoạt động thuộc phạm vi điều chỉnh của nghị định, nhưng theo quy định chung của Luật Xử lý VPHC, trên cơ sở tính toán mức phạt tiền, xác định thẩm quyền xử phạt của Đoàn trưởng ĐBP và các chức danh có thẩm quyền tương đương (trong mối quan hệ với các yếu tố xác định thẩm quyền xử phạt), chỉ rõ căn cứ pháp lý xác định hành vi VPHC (điểm, khoản, điều của nghị định) thuộc thẩm quyền xử phạt của từng chức danh này. Theo phương thức này, có 01 nghị định<sup>15</sup>.

5) Nghị định không quy định rõ mức phạt tiền tối đa đối với lĩnh vực hoặc hoạt động thuộc phạm vi điều chỉnh của nghị định; đồng thời, không xác định thẩm quyền xử phạt tiền cụ thể của các chức danh này gắn với căn cứ pháp lý xác định hành vi VPHC (mà chỉ nêu các chức danh này có thẩm quyền phạt tiền

đến mức tối đa theo quy định). Theo phương thức này, có 01 nghị định<sup>16</sup>.

6) Ngoài ra, có 2 nghị định với 02 trường hợp quy định về thẩm quyền xử phạt tiền của các chức danh nêu trên như sau: i) không quy định mức phạt tiền tối đa ở phần chung, nhưng viện dẫn điểm đ khoản 1 Điều 24 và Điều 40 Luật Xử lý VPHC năm 2012 ở phần thẩm quyền của BĐBP và không xác định thẩm quyền xử phạt tiền cụ thể của các chức danh này<sup>17</sup>; ii) xác định mức phạt tiền tối đa.

*+ Đối với hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC*

Các nghị định đều xác định trong từng hành vi vi phạm có áp dụng hình thức xử phạt này hoặc không. Tuy nhiên, đối với phần quy định chung của nghị định, có 02 phương thức quy định điển hình: i) nêu rõ hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC (gắn liền với tên của lĩnh vực áp dụng trong phần quy định chung) trong 18 nghị định<sup>18</sup>; ii) nêu rõ hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC (không gắn liền với tên lĩnh vực áp dụng trong phần quy định chung) trong 2 nghị định. Ngoài ra, có nghị định không nêu rõ hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC ở phần quy định chung của nghị định, nhưng xác định hình thức này được áp

<sup>14</sup> Nghị định số 167/2013/NĐ-CP; Nghị định số 98/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 48/2018/NĐ-CP và Nghị định số 80/2019/NĐ-CP); Nghị định số 109/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 49/2016/NĐ-CP); Nghị định số 131/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 28/2017/NĐ-CP); Nghị định số 162/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 23/2017/NĐ-CP); Nghị định số 86/2013/NĐ-CP.

<sup>15</sup> Nghị định số 128/2020/NĐ-CP.

<sup>16</sup> Nghị định số 132/2015/NĐ-CP.

<sup>17</sup> Nghị định số 142/2017/NĐ-CP.

<sup>18</sup> Nghị định số 167/2013/NĐ-CP; Nghị định số 119/2020/NĐ-CP; Nghị định số 98/2013 (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 48/2018/NĐ-CP và Nghị định số 80/2019/NĐ-CP); Nghị định số 15/2020/NĐ-CP; Nghị định số 117/2020/NĐ-CP; Nghị định số 132/2015/NĐ-CP; Nghị định số 31/2016/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 155/2016/NĐ-CP; Nghị định số 99/2020/NĐ-CP; Nghị định số 90/2017/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 119/2017/NĐ-CP; Nghị định số 142/2017/NĐ-CP; Nghị định số 64/2018/NĐ-CP; Nghị định số 35/2019/NĐ-CP; Nghị định số 42/2019/NĐ-CP; Nghị định số 71/2019/NĐ-CP; Nghị định số 173/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 65/2015/NĐ-CP); Nghị định số 18/2020/NĐ-CP; Nghị định số 88/2019/NĐ-CP.



dụng trong từng hành vi vi phạm có liên quan (trong 4 nghị định)<sup>19</sup>.

Ngoài ra, giữa các quy định về hình thức xử phạt này trong các nghị định còn có sự không thống nhất, cụ thể như sau:

1) *Không thống nhất về tên gọi của hình thức xử phạt*: “Tịch thu tang vật, phương tiện VPHC”; “Tịch thu tang vật, phương tiện sử dụng để VPHC”; “Tịch thu tang vật VPHC”; “Tịch thu tang vật vi phạm”; “Tịch thu tang vật và phương tiện vi phạm”; “Tịch thu tang vật và phương tiện được sử dụng để VPHC”. Đặc biệt, trong cùng một nghị định mà cách gọi cũng không thống nhất: Nghị định số 132/2015/NĐ-CP; Nghị định số 31/2016/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 142/2017/NĐ-CP; Nghị định số 35/2019/NĐ-CP; Nghị định số 36/2020/NĐ-CP; Nghị định số 96/2020/NĐ-CP; Nghị định số 98/2020/NĐ-CP; Nghị định số 99/2020/NĐ-CP...

2) *Không thống nhất về việc giải thích nội hàm của hình thức xử phạt này trong phần quy định chung của nghị định*. Thực tế, phần lớn nghị định chỉ nêu tên của hình thức xử phạt này ở phần quy định chung; một số nghị định giải thích rõ tang vật hoặc phương tiện đó là gì<sup>20</sup>.

3) *Có nghị định quy định hình thức xử phạt này mang tính hình thức*, nghĩa là chủ thể có thẩm quyền không có khả năng áp dụng hình thức xử phạt này vì nghị định không quy định trường hợp nào được áp dụng. Cụ thể: i) Nghị định số 104/2017/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định

số 65/2019/NĐ-CP), ở chương quy định chung có nêu hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC (điểm b khoản 2 Điều 3) nhưng trong các hành vi vi phạm thì chỉ duy nhất có các hành vi vi phạm quy định tại Điều 20 có quy định hình thức xử phạt bổ sung là “tịch thu phương tiện vi phạm” (khoản 8 Điều 20) mà không có “tịch thu tang vật vi phạm”.

ii) Nghị định số 55/2018/NĐ-CP quy định hình thức xử phạt bổ sung là “tịch thu tang vật VPHC, phương tiện được sử dụng để VPHC”, đồng thời xác định thẩm quyền của các chức danh liên quan đến hình thức này. Tuy nhiên, trong hành vi VPHC cụ thể Nghị định chỉ xác định hành vi liên quan đến tịch thu tang vật mà không xác định hành vi nào bị tịch thu phương tiện; iii) Nghị định số 128/2020/NĐ-CP không quy định hình thức xử phạt “tịch thu phương tiện”, nhưng điểm a, b khoản 4 Điều 32 lại đề cập đến “trị giá phương tiện bị tịch thu”; iv) Nghị định số 55/2009/NĐ-CP quy định hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC ở chương quy định chung, nhưng không xác định hành vi vi phạm áp dụng hình thức này; v) Nghị định số 115/2018/NĐ-CP quy định hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC, tuy nhiên không xác định hành vi vi phạm áp dụng hình thức này; vi) Nghị định số 45/2019/NĐ-CP quy định hình thức “tịch thu tang vật VPHC: giấy phép kinh doanh dịch vụ lữ hành giả; thẻ hướng dẫn viên du lịch giả; biển hiệu phương tiện vận tải khách du lịch giả”. Tuy nhiên, Nghị định không xác định hành vi vi phạm bị áp dụng hình

<sup>19</sup> Nghị định số 120/2013/NĐ-CP; Nghị định số 98/2020/NĐ-CP; Nghị định số 131/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 28/2017/NĐ-CP); Nghị định số 162/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 23/2017/NĐ-CP).

<sup>20</sup> Nghị định số 132/2015/NĐ-CP; Nghị định số 90/2017/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 42/2019/NĐ-CP.

thức tịch thu “biên hiệu phương tiện vận tải khách du lịch giả”.

+ *Đối với quy định về các biện pháp khắc phục hậu quả*

Căn cứ Luật Xử lý VPHC<sup>21</sup>, tất cả các nghị định đều quy định biện pháp khắc phục hậu quả đối với các hành vi VPHC cụ thể phải áp dụng. Tuy nhiên, biện pháp khắc phục hậu quả lại được các nghị định quy định theo các cách thức khác nhau:

1) *Liệt kê cụ thể* các biện pháp khắc phục hậu quả đối với các lĩnh vực điều chỉnh của nghị định. Cách thức quy định này chiếm đa số, thể hiện trong nhiều nghị định<sup>22</sup>.

2) *Viện dẫn tên* các điểm trong khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC năm 2012 và *bổ sung* các biện pháp mới phù hợp với lĩnh vực điều chỉnh. Cách thức này cũng được áp dụng trong nhiều nghị định<sup>23</sup>. Thậm chí, có nghị định, ở phần chung chỉ nêu khái quát theo hướng “các biện pháp khắc phục hậu quả quy định cụ thể tại chương quy định về hành vi vi phạm”<sup>24</sup>.

3) *Quy định lại* tất cả hoặc một số biện pháp trong khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC và *bổ sung* các biện pháp mới phù hợp với lĩnh vực điều chỉnh. Cách thức này không phổ biến, chỉ áp dụng trong một số nghị định như Nghị định số 96/2020/NĐ-CP.

<sup>21</sup> Điều 4 Luật Xử lý VPHC năm 2012 và Điều 4 Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020.

<sup>22</sup> Nghị định số 55/2009/NĐ-CP; Nghị định số 109/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 49/2016/NĐ-CP); Nghị định số 173/2013/NĐ-CP; Nghị định số 155/2016/NĐ-CP; Nghị định số 104/2017/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 65/2019/NĐ-CP); Nghị định số 119/2017/NĐ-CP; Nghị định số 48/2018/NĐ-CP; Nghị định số 55/2018/NĐ-CP; Nghị định số 115/2018/NĐ-CP; Nghị định số 35/2019/NĐ-CP; Nghị định số 45/2019/NĐ-CP; Nghị định số 46/2019/NĐ-CP; Nghị định số 88/2019/NĐ-CP; Nghị định số 36/2020/NĐ-CP; Nghị định số 98/2020/NĐ-CP; Nghị định số 99/2020/NĐ-CP...

<sup>23</sup> Nghị định số 131/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 28/2017/NĐ-CP); Nghị định số 162/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 23/2017/NĐ-CP); Nghị định số 167/2013/NĐ-CP; Nghị định số 90/2017/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 04/2020/NĐ-CP); Nghị định số 42/2019/NĐ-CP; Nghị định số 71/2019/NĐ-CP; Nghị định số 117/2020/NĐ-CP.

<sup>24</sup> Nghị định số 132/2015/NĐ-CP; Nghị định số 142/2017/NĐ-CP.

4) *Không nêu* các biện pháp khắc phục hậu quả trong chương quy định chung. Đối với phương thức này, chỉ có một số nghị định áp dụng như Nghị định số 120/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 102/2014/NĐ-CP).

## **2. Hoàn thiện các quy định của pháp luật về thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính của chức danh Đồn trưởng Đồn biên phòng và các chức danh có thẩm quyền tương đương**

*Thứ nhất, về tên gọi các chức danh:*

Các văn bản quy định về thẩm quyền xử phạt VPHC trong từng lĩnh vực cần thống nhất quy định rõ các chức danh có thẩm quyền xử phạt (trong đó có nhóm chức danh Đồn trưởng ĐBP và các chức danh có thẩm quyền tương đương trong BDBP), không quy định chung “các chức danh có thẩm quyền xử phạt trong BDBP” hoặc quy định mang tính chất viện dẫn điều luật. Việc quy định tên gọi của các chức danh này phải phù hợp với Luật Biên phòng Việt Nam năm 2020 và Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020. Cụ thể, các chức danh có thẩm quyền tương đương với Đồn trưởng ĐBP gồm: “Hải đội trưởng Hải đội biên phòng, Chỉ huy trưởng Ban chỉ huy Biên phòng Cửa khẩu cảng”.

*Thứ hai, về hình thức xử phạt tiền:*

- Cần thống nhất cách thức quy định về hình thức xử phạt tiền theo hướng nghị định quy định rõ mức phạt tiền tối đa đối với lĩnh vực thuộc phạm vi điều chỉnh của nghị định; trên cơ sở tính toán mức phạt tiền, xác định thẩm quyền xử phạt của chức danh Đoàn trưởng ĐBP và các chức danh có thẩm quyền tương đương (trong mối quan hệ với các yếu tố xác định thẩm quyền xử phạt), chỉ rõ căn cứ pháp lý (điểm, khoản, điều của nghị định) xác định hành vi VPHC thuộc thẩm quyền xử phạt của từng chức danh đã nêu trên.

- Điều chỉnh mức phạt tiền tối đa tăng thêm đối với các chức danh này trong 04 lĩnh vực có liên quan. Bên cạnh đó, mức phạt tiền tối đa phải gắn với lĩnh vực chứ không phải theo hoạt động.

- Tên gọi của nghị định xử phạt VPHC cần gắn với lĩnh vực cụ thể theo Điều 24 Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020 quy định về mức phạt tiền tối đa đối với lĩnh vực quản lý nhà nước<sup>25</sup>.

*Thứ ba, về hình thức tịch thu tang vật, phương tiện VPHC:*

Hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC cần quy định rõ trong phần quy định chung của nghị định, đồng thời xác định cụ thể hình thức này gắn với lĩnh vực áp dụng nào, là hình thức xử phạt chính hay hình thức xử phạt bổ sung; thống nhất tên gọi của hình thức xử phạt này trong nghị định, bảo đảm yêu cầu về tính chính xác của thuật ngữ pháp lý và thống nhất trong cách hiểu.

Tiến hành rà soát, loại bỏ những quy định mang tính hình thức trong các văn bản sau: Nghị định số 104/2017/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 65/2019/NĐ-CP), Nghị định số 55/2018/NĐ-CP, Nghị định số 128/2020/NĐ-CP, Nghị định số 55/2009/NĐ-CP, Nghị định số 115/2018/NĐ-CP, Nghị định số 45/2019/NĐ-CP.

*Thứ tư, về các biện pháp khắc phục hậu quả:*

Thống nhất quy định về biện pháp khắc phục hậu quả trong nghị định theo một trong các cách sau:

- Quy định biện pháp khắc phục hậu quả ở phần quy định chung và ở phần quy định các hành vi VPHC cụ thể; xác định thẩm quyền của từng chức danh này gắn với việc được áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả nào; bổ sung thẩm quyền của các chức danh đối với 01 biện pháp khắc phục hậu quả tại điểm d khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC số 15/2012/QH13;

- Quy định liệt kê cụ thể các biện pháp khắc phục hậu quả đối với các lĩnh vực điều chỉnh của nghị định ở phần quy định chung có viện dẫn tên các điểm trong khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC và bổ sung các biện pháp mới phù hợp với lĩnh vực điều chỉnh. Không quy định lại tất cả hoặc một số biện pháp trong khoản 1 Điều 28 Luật Xử lý VPHC mà không gắn với biện pháp khắc phục hậu quả trong lĩnh vực cần điều chỉnh.

Bên cạnh đó, cần khắc phục tình trạng không quy định biện pháp khắc phục hậu quả nào trong nghị định. Điều này gây khó khăn cho người áp dụng cũng như công tác phổ biến, giáo dục pháp luật hoặc tìm hiểu pháp luật của cá nhân, tổ chức ■

<sup>25</sup> Điều 24 Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020 gọi tên các lĩnh vực là: “giao thông hàng hải” nhưng trong Nghị định số 142/2017/NĐ-CP gọi là “hàng hải”; trong Luật nêu lĩnh vực “báo chí”, “xuất bản” nhưng trong Nghị định số 119/2020/NĐ-CP lại gọi là “hoạt động báo chí”, “hoạt động xuất bản”.

# ĐIỀU KIỆN VÀ HỆ QUẢ XÁC LẬP QUYỀN VỀ LỐI ĐI QUA THEO QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT

**Đặng Lê Phương Uyên\***

*\*ThS. GV. Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.*

## Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Quyền đối với bất động sản liền kề, quyền về lối đi qua.

*Lịch sử bài viết:*

Nhận bài : 23/12/2020

Biên tập : 09/01/2021

Duyệt bài : 12/01/2021

## Tóm tắt:

Xác lập quyền về lối đi qua được xem là vấn đề quan trọng và phức tạp nhất trong các quyền đối với bất động sản liền kề. Bởi lẽ, quyền về lối đi qua tác động trực tiếp đến quyền lợi của chủ sở hữu bất động sản liền kề do mất diện tích đất, ảnh hưởng thường xuyên, liên tục đến cuộc sống cũng như điều kiện kinh doanh, sản xuất của họ trong suốt quá trình tồn tại lối đi (nhất là trong trường hợp lối đi xuyên qua diện tích ở hoặc lối đi chung). Để đảm bảo quyền về lối đi qua được xác lập trên thực tế không chỉ cần có căn cứ xác lập mà còn phải xác định được các điều kiện xác lập cũng như những hệ quả pháp lý phát sinh khi xác lập quyền.

## Article Information:

*Keywords:* Rights to adjoining real estate, right to passageway.

*Article History:*

Received : 23 Dec. 2020

Edited : 09 Jan. 2021

Approved : 12 Jan. 2021

## Abstract:

Establishment of right to passageway is considered to be the most important and complicated matters of the rights to adjoining real estate. Because, the right to the passageway directly affects the interests of the owners of adjoining real estate due to the loss of land area, constantly and continuously affects the life as well as the business and production conditions of them during the existence of a passageway (especially in the case of a passageway through a shared area or shared passageway). In order to ensure that the right of a passageway is established in practice, it is not only necessary to have solid grounds but also to identify the conditions of establishment as well as the legal consequences arising from the establishment of this right.

## 1. Điều kiện xác lập quyền về lối đi qua

Khoản 1 Điều 254 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 quy định: “*Chủ sở hữu có bất động sản (BDS) bị vây bọc bởi các BDS của các chủ sở hữu khác mà không có hoặc không đủ lối đi ra đường công cộng, có quyền yêu cầu chủ sở hữu BDS vây bọc*

*dành cho mình một lối đi hợp lý trên phần đất của họ*”. Lúc này, “lối đi” được hiểu là khoảng đất dẫn vào BDS bị vây bọc mà diện tích đất này được thiết lập trên phần diện tích BDS liền kề<sup>1</sup>.

Theo pháp luật hiện hành, để xác lập quyền về lối đi qua, BDS phải ở trong vị

<sup>1</sup> Mai Thị Mị, “Quyền về lối đi qua bất động sản liền kề”, Luận văn Thạc sĩ, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, năm 2014, tr. 11.

trí bị vây bọc bởi các BĐS của các chủ sở hữu khác mà không có hoặc không đủ lối đi ra đường công cộng. Từ điển tiếng Việt giải thích “vây bọc” có nghĩa là “vây kín bốn phía, không để hở chỗ nào”<sup>2</sup>. Cách diễn giải này chỉ phù hợp trong bối cảnh của các BLDS trước đây; cụ thể, theo khoản 1 Điều 280 BLDS năm 1995 và khoản 1 Điều 275 BLDS năm 2005 thì điều kiện để xác lập quyền về lối đi qua BĐS liền kề là “chủ sở hữu BĐS bị vây bọc bởi các BĐS của các chủ sở hữu khác mà không có lối đi ra”. Trên thực tế, việc không có lối đi thường ít khi xảy ra, hiếm thấy một BĐS bị vây bọc hoàn toàn đến mức không có đường để con người ra vào<sup>3</sup>. Do đó, sự thay đổi của BLDS năm 2015 là hợp lý. Lúc này, điều kiện đặt ra là BĐS “không có” lối đi hoặc có nhưng “không đủ” đến mức không sử dụng được lối đi đó để ra đường công cộng. Đáng chú ý là đây không phải điểm mới riêng của BLDS năm 2015 mà đã xuất hiện từ các Bộ Dân luật trước năm 1975. Điều 620 Bộ Dân luật Bắc Kỳ năm 1931, Điều 653 Bộ Dân luật Trung Kỳ năm 1944 và Điều 472 Bộ Dân luật Sài Gòn năm 1972 đều theo hướng xác lập quyền về lối đi qua cho “chủ đất bị bao bọc xung quanh không có lối đi ra đường công hoặc có lối đi mà không đủ...”. Tóm lại, nếu BĐS không tiếp giáp trực tiếp với đường công cộng, đồng thời không có lối đi hoặc có lối đi nhưng không đủ, không đáp ứng được tiêu chuẩn sử dụng bình thường, thì chủ sở hữu BĐS có thể yêu cầu mở lối đi qua BĐS liền kề phù hợp nguyên tắc, điều kiện luật định.

Sự mở rộng của BLDS năm 2015 là một quy định thực sự có ý nghĩa, có thể thấy trong hai trường hợp sau: (1) BĐS bị vây bọc trước nay vẫn có lối ra vào dù nhỏ. Tuy nhiên, do sự kiện mới xuất hiện như sạt lở hoặc sụp đổ công trình làm bít một phần lối đi đó khiến cho con người, xe cộ không thể ra vào; (2) BĐS bị vây bọc trước là nhà ở nhưng nay được cho thuê làm nhà kho bến bãi, xe tải cần có lối ra vào mà lối đi vốn có thì không đủ độ rộng. Đây là những trường hợp lối đi cũ vẫn tồn tại nhưng không đủ để đáp ứng mục đích mà nó được lập ra nên chủ sở hữu BĐS bị vây bọc có thể yêu cầu một lối đi qua BĐS khác để thuận tiện cho việc ra vào BĐS của mình<sup>4</sup>.

Ngược lại, nếu BĐS có lối đi thông thương ra đường công đủ để đáp ứng nhu cầu sử dụng BĐS của chủ sở hữu thì Tòa án sẽ bác yêu cầu mở lối đi qua BĐS liền kề. Ví dụ, Bản án số 59/2018/DS-ST ngày 03/12/2018 của Tòa án nhân dân (TAND) huyện Lấp Vò, tỉnh Đồng Tháp<sup>5</sup>. Theo đó, Tòa án không chấp nhận yêu cầu của bà M1 buộc ông M2 san lấp ngang 0.7m, dài hết kênh thủy lợi cho bà M1 sử dụng làm lối đi. Bởi lẽ, bà M1 có thể đi qua bờ đê phía sau phần đất ông M2 để qua lại giữa hai phần đất của mình, bờ đê này bà M1 đi lại không ai tranh cản, cũng thuận tiện và đi được, đồng thời các hộ canh tác xung quanh đều đi bờ đê này và vận chuyển nông sản được.

Nếu chính chủ sở hữu BĐS chặn lối đi sẵn có của BĐS của mình để yêu cầu mở lối

<sup>2</sup> Hoàng Khê, *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, Đà Nẵng, năm 2004, tr. 1108.

<sup>3</sup> Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, năm 2017, tr. 412.

<sup>4</sup> Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ, *ltdđ*, tr. 412.

<sup>5</sup> [http://congboaban.toaan.gov.vn/5ta265255t1cvn/MAI\\_MINH.pdf](http://congboaban.toaan.gov.vn/5ta265255t1cvn/MAI_MINH.pdf), truy cập ngày 06/4/2021.

đi qua BĐS liền kề, hoặc chủ sở hữu tự tạo ra một mảnh đất khép kín bằng cách phân chia khu đất của mình rồi yêu cầu mở lối đi trên BĐS liền kề khác thì không thỏa mãn đặc điểm “tự nhiên” của tình trạng bị vây bọc nên không thể xác lập quyền đối với BĐS liền kề do địa thế tự nhiên. Trường hợp này có thể gọi là “vây bọc giả tạo”, nghĩa là “việc vây bọc trong đó chủ sở hữu BĐS tự mình xây dựng các công trình chắn ngang nơi mà BĐS có thể trực tiếp thông thương với đường công cộng, thiết bị công cộng”<sup>6</sup>. Đây rõ ràng không phải là sự vây bọc theo nghĩa pháp lý để có thể sử dụng nó như là căn cứ xác lập quyền đối với BĐS liền kề, bởi vì nếu đã có ranh giới tiếp giáp với các công trình công cộng thì tính vây bọc không còn nữa, chủ sở hữu BĐS có thể khai thác, sử dụng BĐS của mình mà không cần đến sự phiền lụy vào BĐS liền kề<sup>7</sup>. Pháp luật Cộng hòa liên bang Đức thể hiện khá rõ quan điểm này tại Điều 918 BLDS Đức; theo đó, “nghĩa vụ cho phép quyền về lối đi do sự cần thiết sẽ không còn nếu thửa đất có lối đi ra đường công cộng nhưng bị chặn lại bởi chính hành vi của chủ sở hữu”<sup>8</sup>.

Mặc dù BLDS năm 2015 có những nội dung tiến bộ về điều kiện mở lối đi qua nhưng vẫn còn một số bất cập sau đây:

*Thứ nhất*, tiêu chí nào để xác định lối đi “đủ” hay “không đủ”. Những câu hỏi đặt

ra là lối đi mở qua BĐS liền kề chỉ được sử dụng cho việc đi lại của chủ sở hữu và những người liên quan đến chủ sở hữu như người thân, người ở nhờ, khách vãng lai,... hay còn phục vụ những mục đích khác như công việc kinh doanh,...; lối đi bộ hay lối đi cho xe cơ giới;...

Luật La Mã quy định quyền về lối đi không chỉ cho người; theo đó, quyền *iter* là quyền về lối đi cho người và ngựa, *actus* là quyền đưa súc vật về nhà ngang qua nhà hàng xóm, *via* là tổng hợp của hai quyền trên<sup>9</sup>. Pháp luật một số quốc gia quy định vấn đề này khá rõ. Cụ thể, theo khoản 1 Điều 274 BLDS Liên bang Nga thì “địa dịch có thể được thiết lập để đảm bảo lối đi qua lô đất lân cận cả đi bộ và xe cơ giới...”<sup>10</sup>; Điều 682 BLDS Cộng hòa Pháp quy định: “chủ sở hữu có tài sản bị bao vây và không có lối ra đường cao tốc công cộng, hoặc chỉ một lối đi không đủ cho mục đích sử dụng nông nghiệp, công nghiệp hoặc thương mại hoặc để thực hiện các hoạt động xây dựng hoặc phát triển, được quyền yêu cầu một lối đi đủ để phục vụ BĐS của mình qua BĐS của người hàng xóm...”<sup>11</sup>.

Có thể thấy, pháp luật các nước quy định theo hướng mở rộng mục đích của việc sử dụng lối đi qua BĐS liền kề, thay vì đơn thuần phục vụ việc đi lại từ BĐS ra đường công cộng, bao gồm cả hình thức

<sup>6</sup> Nguyễn Ngọc Điện, *Nghiên cứu về tài sản trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Trẻ, Thành phố Hồ Chí Minh, năm 1999, tr. 360.

<sup>7</sup> Phạm Công Lạc, *tlđđ*, tr. 143-144.

<sup>8</sup> German Civil Code, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/), truy cập ngày 29/3/2020.

<sup>9</sup> Trường Đại học Luật - Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, *Luật La Mã*, Tp. Hồ Chí Minh, năm 1999, tr.139.

<sup>10</sup> The Civil Code of the Russian Federation (Amendments of 23 December 2003), <http://www.russian-civil-code.com/>, truy cập ngày 21/3/2020.

<sup>11</sup> French Civil Code (1 July 2013), <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/fr/fr512en.pdf>, truy cập ngày 21/3/2020.

đi bộ và đi xe cơ giới, lối đi này cần đủ rộng để đáp ứng những mục đích khác như chuyên chở hàng hóa, nông sản,... Trên thực tế, BLDS năm 2015 không hề giới hạn lối đi qua BĐS của người khác chỉ dành cho con người, nghĩa là gia súc của người đó, phương tiện vận chuyển, xe cộ của người đó cũng có thể sử dụng lối đi ấy<sup>12</sup>. Mặt khác, với sự phát triển kinh tế - xã hội như hiện nay thì quy định quyền về lối đi cho chủ sở hữu BĐS bị vây bọc cần đảm bảo các nhu cầu về sản xuất, kinh doanh, phù hợp với ý nghĩa của việc xác lập địa dịch đó là để đảm bảo cho việc sử dụng BĐS được bình thường. Như vậy, “quy định lối đi không đủ để khai thác BĐS mà chủ sở hữu BĐS được yêu cầu lối đi cho đủ là một dạng quy định động, có thể thay đổi tùy thuộc vào hoàn cảnh và mục đích sử dụng của BĐS, điều này còn phụ thuộc cả vào sự phát triển của khoa học kỹ thuật và sự phát triển của nền kinh tế”<sup>13</sup>.

Thật ra, ý tưởng này đã từng tồn tại trong pháp luật Việt Nam. Theo Điều 620 Bộ Dân luật Bắc Kỳ năm 1931 và Điều 653 Bộ Dân luật Trung Kỳ năm 1944, “*người chủ đất nào bị bao bọc chung quanh không có lối đi ra đường công (kể cả các sông ngòi thuyền bè đi được) hay có lối đi mà không đủ cho sự kinh lý các việc nông công trong nhà đất mình thì có thể yêu cầu đặt lối đi trên đất của người láng giềng được, nhưng thiệt hại cho người ta bao nhiêu thì phải bồi thường bấy nhiêu*”.

<sup>12</sup> Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ (2017), *tlđđ*, tr. 413.

<sup>13</sup> Phạm Công Lạc (2006), *tlđđ*, tr. 168.

<sup>14</sup> Nguyễn Tấn Hoàng Hải, “Quyền về lối đi qua theo Bộ luật Dân sự và ảnh hưởng của nó đến các chế định, ngành luật khác có liên quan”, Kỷ yếu Hội thảo khoa học “*Quy định về tài sản trong Bộ luật Dân sự 2015 và ảnh hưởng của nó đến các quy định khác trong pháp luật Việt Nam*”, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, năm 2017, tr. 36-37.

*Thứ hai*, hiểu khái niệm “đường công cộng” như thế nào, chỉ giới hạn là đường bộ hay mở rộng ra đường thủy và những loại hình giao thông khác.

Trong Bộ Dân luật Bắc Kỳ năm 1931 và Bộ Dân luật Trung Kỳ năm 1944, “đường công” được giải thích bao gồm “các sông ngòi thuyền bè đi được”. Quan điểm này được kế thừa trong Bộ Dân luật Sài Gòn năm 1972 tại Điều 472: “*Sở hữu chủ một địa sản bị vây bọc không có hoặc không đủ lối ra công lộ hay thủy đạo cần cho sự khai thác địa sản của mình được quyền đòi các địa chủ lân cận để cho mình qua lại trên phần đất của họ, với điều kiện phải bồi thường những thiệt hại gây ra*”.

Thừa nhận đường thủy cũng là đường giao thông công cộng khá phù hợp với đặc thù Việt Nam - một quốc gia nhiều sông ngòi, đường bờ biển dài, hơn 1/3 số tỉnh thành giáp biển và việc người dân di chuyển bằng thuyền bè rất phổ biến. Tuy nhiên, cần cân nhắc xem một mặt sông, biển... có được coi là đường giao thông cho chủ sở hữu BĐS bị vây bọc sử dụng thuận tiện không bởi không phải lúc nào giao thông đường thủy cũng có thể sử dụng được<sup>14</sup>.

Về vấn đề này, khoản 2 Điều 210 BLDS Nhật Bản quy định quyền đi qua đất xung quanh để ra đường công cộng được áp dụng trong cả trường hợp “*chủ sở hữu không thể tiếp cận các con đường công cộng trừ khi họ đi qua ao, hồ, sông, đường thủy hoặc biển, hoặc có sự chênh lệch đáng kể về chiều cao*”.

giữa vùng đất và đường công cộng do dốc đứng”<sup>15</sup>. Điều khoản trên được các nhà bình luận giải thích như sau: “Nếu đất thuộc sở hữu là cô lập, lọt giữa các địa phận của chủ sở hữu khác hoặc là bị cô lập một nửa, còn một nửa không phụ thuộc của người nào cả, mà không thể đi qua đó được, thì chủ sở hữu có quyền đi qua địa phận xung quanh để đến đường công cộng”<sup>16</sup>. Từ đó cho thấy, để kết luận đường thủy có phải đường công cộng hay không cần xem xét khả năng sử dụng con đường đó, nếu người dân trong khu vực vẫn sử dụng đường thủy này để lưu thông thì BĐS bị vây bọc trên bộ nhưng giáp sông, hồ, biển... không bị xem là “không có lối đi” ra đường công cộng. Ngược lại, nếu BĐS tiếp giáp với đường thủy nhưng không có phương tiện giao thông đường thủy được sử dụng phổ biến, dẫn đến khó khăn trong di chuyển công cộng và sinh hoạt cộng đồng thì vẫn được hưởng quyền về lối đi qua.

Theo tác giả, điều kiện xác lập quyền về lối đi qua là “không có lối đi” hoặc “lối đi không đủ” cần giải thích như sau:

“*Không có lối đi*” được hiểu là BĐS bị bao vây hoàn toàn bởi các BĐS thuộc sở hữu của những người khác, hoặc có một phần không do ai sở hữu nhưng không thể đi qua hoặc việc đi qua đó quá khó khăn đến mức bất hợp lý.

“*Lối đi không đủ*” được hiểu là không thể khai thác BĐS một cách bình thường, theo mục đích và công dụng của BĐS đó.

## 2. Hệ quả xác lập quyền về lối đi qua

Khi áp dụng căn cứ luật định để xác lập quyền về lối đi qua sẽ làm phát sinh những hệ quả sau: *một là* xác định lối đi trên thực tế và *hai là* đền bù cho chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền.

Để mở lối đi trên thực tế, điều kiện tiên quyết là xác định vị trí cũng như kích thước lối đi và việc xác định này phụ thuộc vào thỏa thuận giữa các bên, nếu không thỏa thuận được thì có thể yêu cầu Tòa án can thiệp. “Đó không phải là thỏa thuận để tạo ra quyền đối với BĐS liền kề mà là thỏa thuận về các thể thức thực hiện một quyền đối với BĐS liền kề đã sẵn có được pháp luật thừa nhận”<sup>17</sup>. Tuy những thỏa thuận này chỉ là hệ quả việc mở lối đi, nhưng “một quyền của chủ thể không thể tồn tại nếu không xác định đối tượng của quyền đó và khi chưa có thỏa thuận hoặc chưa có quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì không có đối tượng của quyền và do đó cũng không thực sự có quyền đó”<sup>18</sup>. Các quy trình “yêu cầu có lối đi” và “xác định lối đi” thường được tiến hành đồng thời mà không phải tách biệt làm hai giai đoạn<sup>19</sup>.

Trong quá trình xây dựng BLDS năm 2015, một trong những tranh luận được quan tâm nhiều nhất liên quan đến quyền đối với BĐS liền kề xác lập căn cứ vào địa thế tự nhiên là cách thức xác định lối đi qua BĐS liền kề. Có ý kiến đề nghị “quy định cụ thể về vị trí, giới hạn chiều dài, chiều

<sup>15</sup> Civil Code of Japan (amendment of 2006), <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2057&vm=2&re=02>, truy cập ngày 19/3/2020.

<sup>16</sup> Viện Nghiên cứu khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Nhật Bản*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 1995, tr. 242.

<sup>17</sup> Nguyễn Ngọc Điện, *tlđđ*, tr. 365.

<sup>18</sup> Phạm Công Lạc, *tlđđ*, tr. 159.

<sup>19</sup> Phạm Công Lạc, *tlđđ*, tr. 155.



rộng, chiều cao của lối đi; quy định cụ thể về chiều rộng, bồi thường thiệt hại và việc mở lối đi qua nhiều BĐS”<sup>20</sup>. Trong lịch sử, từng có văn bản ghi nhận kích thước giới hạn đối với lối đi qua BĐS của người khác. Cụ thể, Luật 12 bảng - văn bản cổ xưa nhất của pháp luật La Mã có đề cập địa dịch, quy định “chiều rộng của đường đi, chỗ thẳng được quy định là 8 chân, chỗ vòng là 16 chân”, với 1 chân (pes) = 29,6 cm<sup>21</sup>. Như vậy, vào thời kỳ này, chiều rộng lối đi trên đường thẳng là khoảng hơn 2m, khá tương đồng với phán quyết của các Tòa án trong thực tiễn xét xử hiện nay.

Tuy nhiên, với sự phát triển phức tạp của kinh tế - xã hội, cũng như nhu cầu đa dạng trong việc mở lối đi qua, việc cố định kích thước lối đi trong luật trở nên không khả thi. Do đó, giải pháp của BLDS năm 2015 vẫn là trao quyền thỏa thuận cho các bên. BLDS năm 2015 vẫn giữ nguyên quan điểm từ BLDS năm 2005 là không quy định cụ thể tiêu chuẩn chiều rộng, chiều cao của lối đi, cũng như không áp đặt vị trí cố định để mở lối đi. Tùy thuộc vào đặc điểm cụ thể của địa điểm, lợi ích của BĐS bị vây bọc và thiệt hại gây ra là ít nhất cho BĐS có mở lối đi mà lối đi được mở trên BĐS liền kề nào mà được coi là thuận tiện và hợp lý nhất<sup>22</sup>. Về nguyên tắc, việc xác lập lối đi trước tiên do các bên thỏa thuận, còn các tiêu chí sau đó là cơ sở và định hướng cho việc thỏa thuận<sup>23</sup>. Ưu điểm của cách quy định này là khá linh hoạt, các bên có thể dựa vào tình hình thực tế của các

BĐS để mở lối đi phù hợp, cân bằng giữa việc đáp ứng nhu cầu cho bên có quyền với việc hạn chế thiệt hại cho chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền.

Tính thuận tiện thông thường trùng với tính hợp lý nhưng có thể xảy ra trường hợp không đồng nhất trong các quan niệm này. Nếu xem lối đi “thuận tiện” là lối đi ngắn nhất ra đến đường công cộng thì “hợp lý” có thể còn phụ thuộc vào thiệt hại gây ra do việc mở lối đi là ít nhất đối với chủ sở hữu BĐS liền kề, đồng thời không gây ra sự bất tiện trong sinh hoạt, sản xuất, kinh doanh của họ. Xét theo logic thông thường thì với cùng một chiều rộng, chiều cao, lối đi ngắn nhất có diện tích nhỏ nhất và chiếm không gian ít nhất, do đó thiệt hại cho chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền sẽ là ít nhất. Nhưng nếu để mở lối đi đó mà phải phá dỡ công trình xây dựng hay cây cối thì thiệt hại có thể nhiều hơn so với việc mở lối đi dài và nhiều khi không thể thực hiện trên thực tế<sup>24</sup>.

Do chưa có tiêu chuẩn cố định để xác định lối đi như thế nào là “thuận tiện” và “hợp lý” nên thực tế thường xảy ra tranh chấp và Tòa án cũng không có căn cứ nào để giúp các bên chọn vị trí mở lối đi phù hợp. Trong thực tiễn xét xử, đã có bản án theo hướng đề cao sự thuận tiện cho chủ sở hữu BĐS hưởng quyền, mặc dù thiệt hại gây ra cho chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền có thể lớn hơn. Ví dụ, tại Bản án số 346/2018/DS-PT ngày 30/10/2018 của TAND tỉnh Tiền Giang, Tòa án chấp nhận mở lối đi

<sup>20</sup> Văn phòng Quốc hội, *Báo cáo Tổng hợp ý kiến tham gia dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)*, Hà Nội, năm 2015, tr. 17.

<sup>21</sup> The Twelve Tables, [https://avalon.law.yale.edu/ancient/twelve\\_tables.asp](https://avalon.law.yale.edu/ancient/twelve_tables.asp), truy cập ngày 29/3/2020.

<sup>22</sup> Khoản 1 Điều 254 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>23</sup> Phạm Công Lạc, *tlđđ*, tr. 155.

<sup>24</sup> Phạm Công Lạc, *tlđđ*, tr. 152, 154.

có diện tích 47,13m<sup>2</sup> thay vì lối đi có diện tích 32,3m<sup>2</sup> trên BĐS của bị đơn<sup>25</sup>. Theo lập luận của Tòa phúc thẩm, việc Tòa sơ thẩm không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của bà L (nguyên đơn), nhưng ghi nhận việc ông G (bị đơn) tự nguyện giao cho bà L phần đất có diện tích 32,3m<sup>2</sup> vừa không hợp lý mà còn gây khó khăn cho việc đi lại của gia đình bà L. Bởi nếu bà L sử dụng lối đi có diện tích 32,3m<sup>2</sup> thì phải khởi kiện hoặc thỏa thuận với ông Huỳnh Văn Th để xin mở 01 lối đi có diện tích khoảng 30m<sup>2</sup>, rồi lại tiếp tục thỏa thuận hoặc khởi kiện ông Huỳnh Văn X xin mở một lối đi nữa mới ra tới đường công cộng. Trong khi nếu buộc ông G mở cho bà L lối đi ngang 1m dài 46m như bà L yêu cầu thì bà L chỉ cần thỏa thuận với ông X mở cho bà một lối đi qua đất ông X là có thể ra đường công cộng mà không cần phải xin mở lối đi thêm qua hai chủ đất nữa mới ra đường công cộng.

Ngược lại, cũng có Tòa án đề cao quyền lợi của chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền so với quyền lợi của chủ sở hữu BĐS hưởng quyền. Các quyền đối với BĐS liên kề cụ thể khác hoặc chỉ đề cập tính “hợp lý”, “thích hợp”, hoặc không nói rõ tính “hợp lý” hay tính “thuận tiện” là quan trọng hơn. Trong thực tiễn xét xử tranh chấp về quyền tưới nước, tiêu nước trong canh tác, dường như Tòa án nghiêng về bảo vệ quyền lợi của chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền. Tại Bản án số 271/2017/DS-PT ngày 06/11/2017 của TAND tỉnh Tiền Giang<sup>26</sup>, khi phải lựa chọn giữa đặt ống dẫn nước dưới lòng đất hay đào mương trên mặt đất

thì Tòa án đã áp dụng hình thức đặt ống dẫn nước, vì lý do: “sẽ không làm thiệt hại năng suất lúa bên phần đất của bà Đ vì nếu đào mương bên đất bà Đ để dẫn nước vào phần đất lúa của anh D, chị T thì dẫn đến nước trên thửa ruộng 868 của bà Đ sẽ bị rút hết xuống mương gây mất nước và năng suất lúa không đạt làm thiệt hại đến quyền lợi chính đáng của bà Đ”. Rõ ràng là việc đào mương trên mặt đất sẽ tiết kiệm chi phí và dễ dàng sử dụng cũng như bảo trì hơn, tức là thuận tiện hơn cho chủ sở hữu BĐS hưởng quyền. Thế nhưng, Tòa án vẫn lựa chọn hình thức đặt ống dẫn nước dưới lòng đất để hạn chế đến mức thấp nhất thiệt hại cho chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền. Có thể áp dụng tương tự quan điểm này khi giải quyết tranh chấp quyền về mở lối đi qua, bởi lẽ, “sự phiền lụy phải có giới hạn”.

Có quan điểm cho rằng, “để tính toán, xem xét như thế nào là “thuận tiện và hợp lý nhất” và “thiệt hại gây ra là ít nhất” cần phải xét đến cả BĐS hưởng quyền và BĐS chịu hưởng quyền, nhưng rõ ràng, chủ thể chịu hưởng quyền là chủ thể chịu những hạn chế nhất định, nên trong mối quan hệ của hai bên, cần phải ưu tiên hơn quyền lợi của chủ thể này”<sup>27</sup>. Tác giả đồng tình với quan điểm này, khi giải quyết tranh chấp về xác định vị trí và kích thước của lối đi, cần phải cân nhắc những phiền lụy mà chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền phải gánh chịu. Lý do là quyền đối với BĐS liên kề, trong đó có quyền về lối đi qua, thực chất bảo đảm lợi ích công cộng vì khai thác có hiệu quả BĐS không chỉ đáp ứng nhu cầu

<sup>25</sup> <http://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta171561t1cvn/chi-tiet-ban-an>, truy cập ngày 06/4/2021.

<sup>26</sup> <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/ban-an-2712017dspt-ngay-06112017-ve-tranh-chap-mo-loi-dan-nuoc-cho-viec-tuoi-tieu-trong-canh-ta-5857>, truy cập ngày 06/4/2021.

<sup>27</sup> Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, *Giáo trình Pháp luật về tài sản, quyền sở hữu và thừa kế*, Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, Thành phố Hồ Chí Minh, năm 2019, tr. 295-296.

của chủ sở hữu BĐS mà còn tạo ra của cải vật chất cho xã hội. Mục đích trên sẽ không thể đạt được nếu để làm lợi cho BĐS này mà gây ra bất lợi quá lớn cho BĐS khác; bởi lẽ, cùng với khoản lợi có được từ việc khai thác BĐS hưởng quyền, xã hội có nguy cơ mất đi lợi ích từ BĐS chịu hưởng quyền. Như vậy, nguyên tắc là phải xác lập quyền đối với BĐS liền kề trên cơ sở dung hòa lợi ích các bên, do đó cần “xét đến cả BĐS hưởng quyền và BĐS chịu hưởng quyền”. Tuy nhiên, không phải lúc nào cũng đạt được sự cân bằng này nên một bên sẽ chịu thiệt thòi hơn bên còn lại. Thật ra, “bản thân việc thiết lập trên một BĐS một hệ thống phục vụ cho một BĐS khác đã là việc làm có tác dụng gây thiệt hại cho chủ sở hữu BĐS đó”<sup>28</sup>; vì vậy, sẽ không hợp lý khi tiếp tục buộc chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền gánh chịu phần thiệt thòi để nhường lợi ích cho chủ sở hữu BĐS hưởng quyền. Do đó, trong trường hợp buộc phải lựa chọn ưu tiên tính “thuận tiện” hay tính “hợp lý” khi mở lối đi qua thì nên đề cao tính “hợp lý” hơn.

Bên cạnh việc định hình lối đi sẽ mở, một vấn đề khác mà các bên cũng cần đạt được sự thống nhất là giá trị đền bù cho chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền. Đây là điểm đặc biệt đáng chú ý vì quyền về lối đi qua là quyền duy nhất trong các quyền đối với BĐS liền kề được liệt kê trong BLDS năm 2015 có yêu cầu chủ sở hữu BĐS hưởng quyền phải “đền bù”, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Yêu cầu này cũng được tìm thấy trong pháp luật các quốc gia theo hệ thống thông luật. Cụ thể, bang Queensland, Úc trao cho

Tòa án quyền áp đặt địa dịch lên một BĐS xác định nhưng theo khoản 3 Điều 180 Đạo luật tài sản của bang này thì Tòa án chỉ được tuyên bố xác lập quyền địa dịch khi đáp ứng được ba điều kiện và một trong ba điều kiện đó là “chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền được bồi thường thỏa đáng bằng tiền cho bất kỳ mất mát hoặc bất lợi nào mà chủ sở hữu có thể phải chịu khi bị áp đặt địa dịch”<sup>29</sup>.

Khi sử dụng thuật ngữ “đền bù”, thay vì “bồi thường”, pháp luật đã phân biệt bản chất các khoản tiền này. Theo pháp luật Nhật Bản, người có quyền đi qua phải đền bù cho vùng đất mà người đó đi qua và khoản tiền đền bù có thể được trả theo hàng năm, trừ những thiệt hại gây ra do việc xây dựng lối đi<sup>30</sup>. Điều luật này được hiểu là những thiệt hại xảy ra khi xây dựng lối đi (ví dụ như chặt bỏ cây cối, làm hư hại công trình xây dựng khác,...) cần được bồi thường theo pháp luật về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, chỉ có khoản tiền bù đắp cho thiệt hại lên đất mở lối đi mới được áp dụng cách thức thanh toán hàng năm. Luật quy định nghĩa vụ đền bù dựa trên những tổn thất mà chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền phải gánh chịu, thường là lớn hơn rất nhiều so với những quyền đối với BĐS liền kề khác. Tổn thất này có thể đến từ những bất tiện đối với cuộc sống do phải mở lối cho nhiều người qua lại, hoặc đến từ sự sụt giảm giá trị BĐS. Thực tế cho thấy, việc xác định giá trị cần đền bù gặp trở ngại vì rất khó để cân bằng lợi ích giữa chủ sở hữu BĐS hưởng quyền với chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền vì lý do sau:

<sup>28</sup> Nguyễn Ngọc Điện, *tlđđ*, tr. 384.

<sup>29</sup> Property Law Act 1974 of Queensland (current as at 27 September 2016), <https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/inforce/2016-09-27/act-1974-076>, truy cập ngày 25/3/2020.

<sup>30</sup> Civil Code of Japan (amendment of 2006), <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2057&vm=2&re=02>, truy cập ngày 22/3/2020.

*Thứ nhất*, việc mở lối đi không làm chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền mất đất. Trên lý thuyết, quyền sử dụng đất đối với phần đất dùng làm lối đi vẫn thuộc về chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền và người này hoàn toàn có thể cùng sử dụng<sup>31</sup>. Nhưng chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền gần như không thể khai thác phần diện tích đất đã dùng làm lối đi. Bên cạnh đó, giá trị thửa đất không còn trọn vẹn, nếu chủ đất bán đất thì khả năng có người mua toàn bộ thửa đất, bao gồm cả phần đất đã cho người khác làm lối đi, là rất thấp.

*Thứ hai*, bên có quyền cũng chỉ được phép đi qua không gây hại mà không hưởng thêm bất kỳ lợi ích nào từ phần diện tích đất dùng để mở lối đi. Giá trị phần đất dùng làm lối đi không được khai thác triệt để, dẫn đến nhiều quan điểm trái chiều về việc đền bù theo giá mua bán đất hay giá thuê đất, căn cứ vào bảng giá của Nhà nước hay bảng giá thị trường để tính mức đền bù, giá trị đền bù bằng bao nhiêu phần giá trị thiệt hại thực tế gây ra cho BĐS chịu hưởng quyền... đều chưa có câu trả lời thuyết phục. Hơn nữa, trong một số trường hợp đặc biệt, giá trị BĐS chịu hưởng quyền lại tăng thêm nếu qua BĐS đó mở một con đường giao thông, kênh tưới tiêu nước<sup>32</sup>.

Có ý kiến cho rằng, quy định cụ thể khung giá áp dụng trong việc đền bù đối với trường hợp thực hiện quyền đối với BĐS liền kề là khung giá thị trường địa phương do một cơ quan có chức năng thẩm định trên cơ sở giá thị trường tại thời điểm tranh chấp là phù hợp. Trên cơ sở thông tin về giá đất

do hệ thống dịch vụ định giá đất cung cấp, Tòa án hoặc các cơ quan có thẩm quyền giải quyết khiếu nại, khởi kiện tranh chấp về các quyền đối với BĐS liền kề có thể áp dụng trong trường hợp các bên tranh chấp không thể thống nhất về phương án đền bù<sup>33</sup>.

Trong khi đó, thực tiễn xét xử dường như có xu hướng áp dụng giá đất do Nhà nước quy định để tính giá trị đền bù phần đất mở lối đi. Tại Bản án số 78/2017/DS-ST ngày 24/8/2017 của TAND huyện Giồng Trôm, tỉnh Bến Tre<sup>34</sup>, Tòa án chấp nhận yêu cầu mở lối đi qua BĐS của người khác. Diện tích lối đi là 125,9m<sup>2</sup> và mức đền bù được Hội đồng định giá tài sản xác định là 5.539.600 đồng, nghĩa là 44.000 đồng/m<sup>2</sup>. Đối chiếu với bảng giá các loại đất trên địa bàn tỉnh Bến Tre giai đoạn 2015 - 2019 (Ban hành kèm theo Quyết định số 35/2014/QĐ-UBND ngày 19/12/2014 của Ủy ban nhân dân tỉnh Bến Tre) thì mức giá trên đúng bằng giá đất ở huyện Giồng Trôm do Nhà nước quy định.

Vụ việc tại Bản án số 30/2018/DS-PT ngày 11/7/2018 của TAND tỉnh Ninh Thuận cũng được giải quyết tương tự<sup>35</sup>, Tòa án áp dụng đơn giá 60.000 đồng/m<sup>2</sup> để tính số tiền đền bù mà bên có quyền về lối đi qua phải trả cho chủ sở hữu BĐS mở lối đi. Mức giá này phù hợp với giá đất trong Bảng giá các loại đất kỳ 2015 - 2019 trên địa bàn tỉnh Ninh Thuận (Ban hành kèm theo Quyết định số 106/2014/QĐ-UBND ngày 29/12/2014 của Ủy ban nhân dân tỉnh Ninh Thuận) và Quyết định số 21/2018/QĐ-UBND ngày 21/02/2018 Về việc quy

<sup>31</sup> Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ, *tlđđ*, tr. 415.

<sup>32</sup> Phạm Công Lạc, *tlđđ*, tr. 57.

<sup>33</sup> Nguyễn Tấn Hoàng Hải, *tlđđ*, tr. 41.

<sup>34</sup> <http://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta25593t1cvn/chi-tiet-ban-an>, truy cập ngày 06/4/2021.

<sup>35</sup> [http://congbobanan.toaan.gov.vn/5ta178854t1cvn/AN\\_SA\\_HOA.pdf](http://congbobanan.toaan.gov.vn/5ta178854t1cvn/AN_SA_HOA.pdf), truy cập ngày 06/4/2021.

định hệ số điều chỉnh giá đất năm 2018 trên địa bàn tỉnh Ninh Thuận.

TAND tỉnh Long An có cách giải quyết khá đặc biệt là lấy trung bình cộng giá các bên đưa ra làm căn cứ tính giá trị đền bù, thể hiện tại Bản án số 33/2018/DS-PT ngày 16/01/2018<sup>36</sup>. Trong vụ việc này, ông B được sử dụng đất làm lối đi và cấp thoát nước qua đất của ông Đ. Về giá trị đền bù, ông B thống nhất kết quả định giá của Hội đồng định giá huyện G tại biên bản định giá ngày 21/7/2017; ông Đ muốn áp dụng giá theo chứng thư định giá tài sản số 66/31/08/2017 của Công ty cổ phần thương mại dịch vụ và tư vấn H mà ông Đ cung cấp. Tuy nhiên, giá ông Đ đưa ra là giá trị quyền sử dụng đất (QSDĐ) chứ không phải giá để đền bù và bồi thường thiệt hại nên không có căn cứ chấp nhận. Tòa phúc thẩm đồng ý cách giải quyết của Tòa án cấp sơ thẩm là lấy trung bình cộng mức giá của hai bên cung cấp để làm cơ sở giải quyết vụ án. Số tiền đền bù và bồi thường thiệt hại cụ thể là 29.503.500 đồng ((15.100.000 đồng + 43.907.000 đồng)/2).

Thông qua Bản án trên, Tòa án đã thể hiện rõ quan điểm là: không có căn cứ chấp nhận giá trị QSDĐ là giá đền bù trong quyền về lối đi qua. Điều này là hợp lý; bởi lẽ, về bản chất, quyền đối với BĐS liền kề chỉ cung cấp quyền khai thác hạn chế chứ

không trao quyền sở hữu, chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền có khả năng lấy lại toàn quyền sử dụng tài sản khi quyền đối với BĐS liền kề chấm dứt. Mặt khác, việc đền bù mang ý nghĩa hỗ trợ vật chất cho chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền khi không thể khai thác, sử dụng triệt để BĐS của mình nên khoản tiền này không thể hiểu là trao đổi ngang giá như trường hợp chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền bán phần quyền sở hữu đối với phần diện tích dành cho lối đi qua<sup>37</sup>. Nếu như giá trị đền bù cho việc mở lối đi lớn hơn hoặc bằng với giá trị của thiệt hại gây ra cho BĐS chịu hưởng quyền thì tính chất “phiên lụy” không còn, dẫn đến không còn tồn tại quan hệ về quyền đối với BĐS liền kề mà quan hệ giữa hai chủ sở hữu BĐS trở thành quan hệ mua bán<sup>38</sup>.

Có ý kiến cho rằng, nhiều chủ sở hữu BĐS không hiểu đúng tính chất của địa dịch khi định giá. Do địa dịch không trao quyền sở hữu đối cho chủ sở hữu BĐS hưởng quyền nên giá thị trường hoặc giá có thể chấp nhận của phần đất được đề xuất sử dụng để mở lối đi là không phù hợp. Khoản tiền đền bù thích hợp phải thấp hơn giá trị của phần đất chịu địa dịch<sup>39</sup>.

Án lệ nước ngoài cũng theo hướng khoản tiền đền bù phải thấp hơn giá trị của phần đất chịu địa dịch. Tòa án Việt Nam có thể tham khảo phương pháp phổ biến mà các Tòa nước ngoài sử dụng để định giá địa

<sup>36</sup> <https://congbobanan.toaan.gov.vn/2ta65134t1cvn/chi-tiet-ban-an>, truy cập ngày 06/4/2021.

<sup>37</sup> Nguyễn Thanh Thư, “Mối liên hệ của quyền về lối đi qua bất động sản liền kề và các chế định khác theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015”, Kỷ yếu Hội thảo khoa học “Quy định về tài sản trong Bộ luật Dân sự năm 2015 và ảnh hưởng của nó đến các quy định khác trong pháp luật Việt Nam”, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, năm 2017, tr. 45.

<sup>38</sup> Lê Đăng Khoa, “Hoàn thiện quy định pháp luật về quyền địa dịch trong Bộ luật Dân sự năm 2015”, *Tạp chí Dân chủ và Pháp luật*, số 6, năm 2017, tr. 27-28.

<sup>39</sup> Mersal & Associates PTY LTD Solicitors (2013), “Easements Law”, <http://www.mersalsolicitors.com.au/blog/easements>, truy cập ngày 22/3/2020.

dịch, gọi là phương pháp “giảm bớt” hay phương pháp “trước và sau”. Phương pháp này bắt nguồn từ vụ việc Rogerson v The Minister: Tòa án sẽ định giá toàn bộ thửa đất trước và sau khi có địa dịch, giá trị giảm bớt chính là sự chênh lệch giữa các lần định giá và đây cũng là khoản đền bù mà chủ sở hữu BĐS hưởng quyền phải trả cho chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền<sup>40</sup>.

Tòa án Việt Nam có thể xem xét áp dụng phương pháp này khi tính toán giá trị đền bù để mở lối đi, thay vì áp dụng giá đất do Nhà nước quy định. Bởi lẽ, giá Nhà nước thường thấp hơn giá thị trường rất nhiều, có thể gây thiệt hại không nhỏ cho chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền. Trong trường hợp không đồng tình với phán quyết của Tòa án, chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền có thể tiếp tục kháng cáo, làm cho tranh chấp kéo dài, không có lợi cho kinh tế - xã hội. Hơn nữa, các bên trong tranh chấp là láng giềng với nhau nên có thể dễ dàng dẫn đến những bất lợi sau này nếu không có những giải pháp thích hợp được sự đồng thuận của họ. Việc tính giá trị chênh lệch của BĐS trước và sau khi mở lối đi tỏ ra hợp lý hơn cả vì phần chênh lệch này không thấp như giá Nhà nước nhưng cũng không cao như giá thị trường. Có thể hình dung là một thửa đất diện tích 100m<sup>2</sup> phải chừa lối đi cho chủ thể khác vẫn có giá trị hơn thửa đất 90m<sup>2</sup>. Vì vậy, giá trị chênh lệch không thể bằng giá chuyển nhượng quyền sử dụng 10m<sup>2</sup> đất.

Sau khi xác định khoản tiền đền bù thì vấn đề tiếp theo cần giải quyết là phương thức thanh toán, cụ thể là trả một lần hay trả hàng năm. Trong trường hợp các bên không thỏa thuận được, thực tiễn xét xử ở Việt Nam theo hướng buộc chủ sở hữu BĐS hưởng quyền thanh toán một lần số tiền đền bù do mở lối đi cho chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền. Cách làm này tỏ ra hợp lý vì bảo vệ tốt hơn quyền lợi của chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền - chủ thể gánh chịu thiệt hại do BĐS của mình phải phục vụ một BĐS khác.

Hạn chế của biện pháp này là, nếu quyền đối với BĐS liên kề chấm dứt thì quyền lợi của chủ sở hữu BĐS hưởng quyền được bảo vệ như thế nào khi mà người này đã trả toàn bộ tiền đền bù. Theo tác giả, cần xem xét khoảng thời gian quyền này tồn tại, nếu chủ sở hữu BĐS hưởng quyền đã sử dụng quyền đối với BĐS liên kề trong thời gian đủ dài thì không có lý do yêu cầu hoàn lại tiền đã trả khi quyền chấm dứt. Để đánh giá độ dài ngắn của thời gian tồn tại quyền đối với BĐS liên kề, tác giả kiến nghị dùng giá thuê đất hàng năm do Nhà nước quy định nhân với số năm mà chủ sở hữu BĐS hưởng quyền khai thác BĐS chịu hưởng quyền, nếu kết quả vượt quá số tiền đền bù ban đầu thì không được hoàn lại tiền nữa. Ngược lại, trong trường hợp quyền đối với BĐS liên kề chỉ mới tồn tại vài năm, dẫn đến khoản tiền tính được nhỏ hơn số tiền đã trả thì chủ sở hữu BĐS chịu hưởng quyền cần hoàn lại khoản chênh lệch cho chủ sở hữu BĐS hưởng quyền ■

<sup>40</sup> Trong vụ việc này, bên cạnh gánh nặng địa dịch thì bất động sản chịu hưởng quyền còn có một ống cống chính chạy qua. Theo đánh giá của các kỹ sư, giá trị bất động sản nếu không có ống cống và địa dịch là 11.000USD, nếu có hai gánh nặng trên là 8.000USD. Tòa án cho rằng, một cách công bằng và hợp lý, thì 2/3 thiệt hại là do ống cống chính, 1/3 còn lại là do địa dịch. Vì vậy, chủ sở hữu bất động sản hưởng quyền phải đền bù cho chủ sở hữu bất động sản chịu hưởng quyền 1.000USD.

Rogerson v. The Minister 10, 17, 19 April, 3 May 1968, <https://nswlr.com.au/view-pdf/1968-2-NSWR-562>, truy cập ngày 23/4/2020.

# PHÁP LUẬT HOA KỲ BẢO VỆ NGƯỜI MUA CĂN HỘ DU LỊCH - NHỮNG GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

**Đào Thu Hà\***

*\* ThS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế Quốc dân.*

### Thông tin bài viết:

*Từ khóa:* Căn hộ du lịch, pháp luật về căn hộ du lịch, người mua căn hộ du lịch, bảo vệ người mua căn hộ du lịch.

### Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/02/2021

Biên tập : 26/02/2021

Duyệt bài : 03/3/2021

### Article Infomation:

*Keywords:* Vacation apartment; legal regulation on vacation apartment; buyers of vacation apartments; protection of vacation apartment buyers.

### Article History:

Received : 05 Feb. 2021

Edited : 26 Feb. 2021

Approved : 03 Mar. 2021

## 1. Dẫn nhập

Từ những năm 1960, nhằm mục đích giảm nhẹ gánh nặng chi phí tài chính để tài trợ cho việc phát triển dự án khách sạn và thu hồi vốn đầu tư nhanh chóng, tổ hợp căn hộ du lịch - một mô hình khách sạn kiểu mới đầu tiên đã được hình thành tại

### Tóm tắt:

Quy định của pháp luật về căn hộ du lịch tại Hoa Kỳ đã được phát triển theo hướng bảo vệ người mua căn hộ du lịch và cũng đã góp phần tạo ra sự thành công của mô hình khách sạn kiểu mới ở đất nước này. Mô hình kinh doanh này được phổ biến và phát triển nhanh chóng ở nhiều quốc gia khác, trong đó có Việt Nam trong giai đoạn hiện nay. Do vậy, việc nghiên cứu các quy định của pháp luật Hoa Kỳ về bảo vệ người mua căn hộ du lịch sẽ là rất hữu ích, để rút ra những gợi mở cho việc xây dựng pháp luật nhằm phát triển và vận hành tổ hợp căn hộ du lịch ở nước ta trong thời gian tới.

### Abstract:

In the United States, the legal regulations of the vacation apartments have been developed on the orientation towards the protection of the buyers, which has also provided a significant contribution to the success of this new type of hotel modality in this country. This business model is popular and rapidly developed in many other countries, including Vietnam in the current period. Therefore, it is very helpful to study the legal regulations of the US on the protection of vacation apartment buyers to give out recommendations for the development of legal regulations for the vacation apartments in our country in the near future.

Hoa Kỳ, rồi sau đó được phổ biến nhanh chóng ra nhiều quốc gia khác trên thế giới, đặc biệt mô hình khách sạn này đã phát triển rất mạnh mẽ ở Hồng Kông, Bangkok, Bắc Kinh, Manila<sup>1</sup>. Tuy các tổ hợp căn hộ du lịch đã trở nên phổ biến trên thế giới, nhưng đến nay, các học giả vẫn chưa thống nhất được khái niệm chung về tổ hợp căn

<sup>1</sup> Xem Mark C. K. Lu (2005), *The Cause and Consequences of Condo Hotel Conversion in Waikiki, Hawaii*, Unpublished dissertation, Massachusetts Institute of Technology, USA; và Desire Ann Greenberg (2017), *The Development, Geography and Organisation of Serviced Apartments in South Africa*, Dissertation submitted to the Faculty of Science, University of Johannesburg, South Africa.

hộ du lịch, thậm chí thuật ngữ sử dụng để xác định mô hình khách sạn này cũng rất khác nhau ở nhiều quốc gia (ở Hoa Kỳ là serviced apartments, condominiums hoặc condo-hotel; ở châu Âu là aparthotel và corporate housing; ở Vương Quốc Anh là commonhold và leasehold; Australia và New Zealand là strata và multi strata; ở Việt Nam là condotel...). Mặc dù không thống nhất được về khái niệm, nhưng các nhà nghiên cứu đã cùng chỉ ra một số đặc điểm chung của căn hộ du lịch như nó cung cấp chỗ ở khép kín, đầy đủ tiện nghi, bao gồm một phòng bếp nhỏ, một phòng khách bên cạnh (các) phòng ngủ, để phục vụ khách lưu trú ngắn hạn với một số dịch vụ bổ sung. Ngoài ra, một căn hộ du lịch còn có hai thuộc tính pháp lý là: (1) Căn hộ thuộc quyền sở hữu của một cá nhân có lợi ích riêng biệt; (2) Chủ sở hữu căn hộ cũng có quyền sở hữu chung cùng các chủ sở hữu căn hộ khác đối với các khu vực chung thuộc tòa nhà, mà khu vực chung này được vận hành bởi nhà điều hành khách sạn<sup>2</sup>. Nói cách khác, căn hộ du lịch là một căn hộ thuộc tòa nhà chung cư mà tòa nhà chung cư đó được quản lý và vận hành như một khách sạn. Có cùng quan điểm đó, tác giả Mark C.K. Lu đã đưa ra khái niệm: “Căn hộ du lịch là căn hộ thuộc sở hữu của cá nhân hoặc nhà đầu tư nhỏ, nằm trong một tòa nhà chung cư được vận hành chuyên nghiệp với các dịch vụ và tiện nghi của khách sạn”<sup>3</sup>. Tương tự, Irvin W.Sandman

and Kelly C. Aldrich cũng cho rằng, tổ hợp căn hộ du lịch là khách sạn trong đó một số hoặc tất cả các căn hộ được bán cho các cá nhân, sau đó mỗi chủ sở hữu căn hộ có thể cho thuê căn hộ như một phần hoạt động của khách sạn<sup>4</sup>.

Có thể thấy rằng, nếu phát triển một khách sạn dưới dạng tổ hợp căn hộ du lịch, sẽ làm phát sinh các quan hệ mua bán giữa nhà đầu tư phát triển tổ hợp căn hộ du lịch (nhà đầu tư phát triển) với những người mua căn hộ du lịch, nhưng theo sau mối quan hệ này là nhiều loại quan hệ khác phát sinh như quan hệ giữa người mua với ngân hàng cho vay để mua căn hộ du lịch, quan hệ giữa nhà đầu tư phát triển với tổ chức được thuê để vận hành tổ hợp căn hộ du lịch (người vận hành) khi nó được đưa vào khai thác, quan hệ giữa người mua - đã trở thành chủ sở hữu căn hộ du lịch với người vận hành, quan hệ giữa các chủ sở hữu căn hộ du lịch với nhau... Nhìn chung, quá trình hình thành, phát triển và được đưa vào vận hành của tổ hợp căn hộ du lịch có thể đem lại lợi ích kinh tế cho tất cả các bên nêu trên. Tuy nhiên, nếu như việc khai thác căn hộ du lịch không thuận lợi như kỳ vọng và/hoặc các thỏa thuận giữa các bên có cấu trúc không phù hợp thì tổ hợp căn hộ du lịch khi đó lại trở thành một tình huống được - mất - được - mất<sup>5</sup>, mà người chịu rủi ro, thiệt hại nhiều nhất trong trường hợp này là chủ sở hữu căn hộ du lịch. Do vậy, pháp luật các quốc gia khi điều tiết các quan hệ liên quan

<sup>2</sup> Xem Desire Ann Greenberg (2017), *The Development, Geography and Organisation of Serviced Apartments in South Africa*, Dissertation submitted to the Faculty of Science, University of Johannesburg, South Africa.

<sup>3</sup> Xem Mark C. K. Lu (2005), *The Cause and Consequences of Condo Hotel Conversion in Waikiki, Hawaii*, Unpublished dissertation, Massachusetts Institute of Technology, USA.

<sup>4</sup> Xem Irvin W.Sandman and Kelly C. Aldrich (2006), *Condo-Hotels: How Developers and Owners' Associations can Avert a Hotel Implosion*, Fifth Annual Hospitality Law Conference, Houston, Texas, USA.

<sup>5</sup> Xem Jim Butler and the Global Hospitality Group (2014), *Using condo hotels for financing new hotel development: Traditional condo hotel structures as “non-securities*, <https://hotellaw.jmbm.com/original-formula-condo-hotels-as-non-securities.html>, truy cập ngày 27/8/2020.



đến phát triển và vận hành tổ hợp căn hộ du lịch thường có xu hướng bảo vệ chủ thể là người mua căn hộ du lịch, mà người này sau đó trở thành chủ sở hữu căn hộ du lịch, nhằm bảo đảm lợi ích chính đáng của tất cả các bên trong mối quan hệ với nhau.

Ở Việt Nam, tổ hợp căn hộ du lịch đầu tiên đã xuất hiện vào năm 2009 và sau đó rất nhiều dự án tổ hợp căn hộ du lịch đã được chào bán, đặc biệt là trong giai đoạn năm 2016 đến 2018. Trong thời gian này, nhiều vấn đề phức tạp đã phát sinh từ mối quan hệ giữa bên bán và bên mua căn hộ du lịch, mà người mua đang là bên chịu nhiều rủi ro, thua thiệt hơn. Cụ thể, gần đây liên tiếp xảy ra tình trạng nhà đầu tư phát triển tuyên bố không tiếp tục chi trả lợi nhuận như đã cam kết, đồng thời người mua căn hộ còn phải chịu tiền lãi ngân hàng cho khoản tiền vay để mua căn hộ du lịch, nhiều trường hợp người mua còn chưa được nhận bàn giao căn hộ du lịch (trường hợp tổ hợp căn hộ du lịch Cocobay - Đà Nẵng và tổ hợp căn hộ du lịch của tập đoàn FLC)... Thực tiễn này dẫn đến nhu cầu cần phải có các quy định để điều chỉnh hiệu quả các mối quan hệ phát sinh trong quá trình phát triển và vận hành tổ hợp căn hộ du lịch tại Việt Nam; trong đó, cần có những quy định bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của chủ sở hữu căn hộ du lịch.

### 2. Pháp luật bảo vệ người mua căn hộ du lịch tại Hoa Kỳ

Hệ thống pháp luật Hoa Kỳ là hệ thống pháp luật thông luật (Common Law) có nguồn gốc từ nước Anh, nhưng đồng thời hệ thống này cũng bao gồm cả những quy định của pháp luật thành văn rất phát triển. Không chỉ có tính phức tạp về nguồn luật,

hệ thống pháp luật Hoa Kỳ còn có tính phức tạp về cấu trúc, hệ thống đó là tập hợp của hệ thống pháp luật liên bang và 50 hệ thống pháp luật tiểu bang<sup>6</sup>. Do đó, cũng như nhiều lĩnh vực pháp luật khác tại Hoa Kỳ, pháp luật bảo vệ người mua căn hộ du lịch là tập hợp các quy định của pháp luật thành văn và các nguyên tắc pháp lý nằm rải rác ở nhiều đạo luật được ban hành bởi các cơ quan lập pháp liên bang và các tiểu bang, cùng với nhiều phán quyết giải quyết các tranh chấp cụ thể của các tòa án liên bang và các tiểu bang.

Vì quan hệ giữa người mua căn hộ du lịch với các bên khác như nhà đầu tư phát triển, người vận hành... liên quan đến phát triển và vận hành căn hộ du lịch là các mối quan hệ tư nên các quan hệ này trước hết được điều chỉnh bởi pháp luật hợp đồng. Bên cạnh đó, do căn hộ du lịch là một bộ phận của khách sạn kiểu mới - là loại khách sạn được phát triển dưới dạng chung cư, nên các quy định về nhà chung cư cũng là một trong những nguồn luật quan trọng điều chỉnh mối quan hệ giữa người mua căn hộ du lịch (mà sau khi tiếp nhận quyền sở hữu thông qua việc mua bán căn hộ du lịch thì người mua trở thành chủ sở hữu căn hộ du lịch) với các bên khác trong việc quản lý và vận hành tổ hợp căn hộ du lịch. Như vậy, dựa trên đặc điểm của các quan hệ xã hội giữa một bên là người mua căn hộ du lịch với (các) bên khác liên quan trong quá trình khai thác và vận hành tổ hợp căn hộ du lịch thì nguồn luật điều chỉnh quan hệ giữa người mua căn hộ du lịch và các bên khác chỉ gồm luật hợp đồng và luật chung cư như đã nêu ra ở trên. Tuy nhiên, với bản chất của một hệ thống thông luật đầy tính sáng tạo và không ngừng phát triển, hệ thống pháp

<sup>6</sup> Xem Alan B. Morrison (ed., 1998), *Những vấn đề cơ bản của luật pháp Mỹ*, do Lê Thị Thu và cộng sự dịch, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.

luật Hoa Kỳ đã dần dần, từng bước xác lập các quy tắc pháp lý mới thông qua thực tiễn xét xử của tòa án đối với các tranh chấp cụ thể, và thực tế là vào năm 1946, việc xét xử vụ án Ủy ban Chứng khoán và Giao dịch (Securities and Exchange Commission - SEC) kiện W.J. Howey Co.<sup>7</sup> tại tòa án đã mở ra khả năng cho phép người mua căn hộ du lịch có thể sử dụng Luật Chứng khoán năm 1933 (Securities Act) để bảo vệ quyền và lợi ích của mình trong mối quan hệ với nhà đầu tư phát triển tổ hợp căn hộ du lịch. Từ án lệ nêu trên, năm 1973, SEC đã ban hành Thông cáo số 33-5347 xác định, nếu việc chào bán các căn hộ chung cư kèm theo một chương trình quản lý cho thuê thì giao dịch mua bán căn hộ khi đó sẽ được xem là một hợp đồng đầu tư được điều chỉnh bởi luật chứng khoán<sup>8</sup>.

Như vậy, pháp luật bảo vệ người mua căn hộ du lịch tại Hoa Kỳ bao gồm các quy định của luật chứng khoán, luật chung cư và luật hợp đồng. Trong đó, luật chứng khoán (sẽ được áp dụng điều chỉnh quan hệ mua bán căn hộ du lịch nếu việc chào bán căn hộ du lịch ban đầu cấu thành một hợp đồng đầu tư; còn các vấn đề khác về phát triển và vận hành căn hộ du lịch sẽ được điều chỉnh bởi luật chung cư và luật hợp đồng. Luật chung cư (từ năm 1980) là tập hợp những quy định của pháp luật do cơ quan lập pháp ở các tiểu bang ban hành trên cơ sở những quy định của Luật Chung cư thống nhất (Uniform Condominium Act - UCA)

để điều chỉnh việc phát triển và quản lý nhà chung cư với mục đích chủ yếu là bảo vệ người mua và chủ sở hữu căn hộ chung cư<sup>9</sup>. Còn luật hợp đồng (khác với hai lĩnh vực luật chứng khoán và luật chung cư) là lĩnh vực thông luật, đó là tập hợp của các tiền lệ tư pháp - kết quả của việc giải quyết các tranh chấp hợp đồng riêng rẽ, mà từ đó xác lập các quyền và nghĩa vụ của các bên tư nhân trong việc hình thành, thực thi và kết thúc các thỏa thuận trên cơ sở nhất trí của các bên<sup>10</sup>.

### **2.1. Bảo vệ người mua căn hộ du lịch trong luật chứng khoán Hoa Kỳ**

Luật chứng khoán hay nói chính xác hơn là các quy định của pháp luật điều tiết thị trường chứng khoán, bao gồm Luật Chứng khoán năm 1933; Luật về Sở giao dịch chứng khoán năm 1934; và bốn (04) văn bản luật khác cùng được ban hành năm 1988 là: Luật Công ty đầu tư; Luật Tư vấn đầu tư; Luật Thỏa thuận tín thác; Luật Công ty mẹ - con công ích. Luật Chứng khoán năm 1933 đã giải thích thuật ngữ “chứng khoán” có nghĩa là bất kỳ ghi chú nào, cổ phiếu, cổ phiếu quỹ, chứng khoán tương lai, hoán đổi dựa trên chứng khoán, trái phiếu, giấy ghi nợ, bằng chứng mắc nợ, chứng chỉ lãi suất hoặc tham gia vào bất kỳ thỏa thuận phân chia lợi nhuận nào, chứng chỉ tài sản đảm bảo, chứng chỉ hoặc đăng ký mua chứng khoán chưa phát hành, cổ phần có thể chuyển nhượng, hợp đồng đầu tư, chứng

<sup>7</sup> Xem Supreme Court of The United States (1946), *Securities and Exchange Commission v. W. J. Howey Co.*, 328 U.S. 293, USA.

<sup>8</sup> Xem Arthur Spaulding (2013), *Condo-Hotel Unit Sales, Rental Programs and Securities Laws*, [https://www.hotelexecutive.com/business\\_review/3677/condo-hotel-unit-sales-rental-programs-and-securities-laws](https://www.hotelexecutive.com/business_review/3677/condo-hotel-unit-sales-rental-programs-and-securities-laws), truy cập ngày 21/8/2020.

<sup>9</sup> Xem Alan B. Morrison (ed., 1998), *Những vấn đề cơ bản của luật pháp Mỹ*, do Lê Thị Thu và cộng sự dịch, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.

<sup>10</sup> Mặc dù vậy, trong những năm gần đây, nguồn của luật hợp đồng ở Hoa Kỳ còn bao gồm một số quy định (đặc biệt là Điều 2) tại Bộ luật Thương mại thống nhất (Uniform Commercial Code – UCC).

chỉ ủy thác biểu quyết..., hay bất kỳ lãi suất hoặc công cụ nào thường được gọi là chứng khoán...<sup>11</sup>. Theo định nghĩa đó, “chứng khoán” là một thuật ngữ có thể sử dụng để mô tả cho vô số kế hoạch được nghĩ ra bởi những người muốn tìm cách sử dụng tiền của người khác kèm theo cam kết chia sẻ lợi nhuận với người đầu tư. Tuy vậy, Luật Chứng khoán năm 1933 không giải thích thế nào là hợp đồng đầu tư, và phải thông qua vụ án Ủy ban Chứng khoán và Giao dịch kiện W.J. Howey Co. vào năm 1946, Tòa án tối cao liên bang mới diễn giải về khái niệm này. Trong vụ án đó, W.J. Howey Co. bị kiện vì đã chào bán các phần đất trong khu đất trồng cam ở Florida của mình cho những người mua (hầu hết là những người không sống ở Florida và không phải là nông dân), kèm theo những lời giới thiệu về việc người mua đất có thể lựa chọn sử dụng dịch vụ chăm sóc vườn cam được cung cấp bởi Howey-in-the-Hills Service, Inc.<sup>12</sup> (Công ty dịch vụ). Công ty dịch vụ này cũng làm đại lý tiếp thị và tiêu thụ trái cây thu hoạch được từ vườn cây của người mua. Khi chào bán các phần đất đó, W.J. Howey Co. đã nhấn mạnh tính ưu việt của dịch vụ do Công ty dịch vụ cung cấp và hứa hẹn lợi nhuận đáng kể mà người mua đất có thể thu được. Theo Ủy ban Chứng khoán và Giao dịch, việc chào bán tài sản và dịch vụ của W.J. Howey Co. như trên là cấu thành việc chào bán chứng khoán, nhưng công ty này không thực hiện việc công khai thông tin theo quy định của Luật Chứng khoán năm 1933.

<sup>11</sup> Xem Sec. 2 (a) (1) *Securities Act (1933)*.

<sup>12</sup> Đây là công ty được sở hữu và điều hành bởi chính người sở hữu và điều hành của W.J. Howey Co.

<sup>13</sup> Xem Supreme Court of The United States (1946), *Securities and Exchange Commission v. W. J. Howey Co.*, 328 U.S. 293, USA.

<sup>14</sup> Các gợi ý hoặc đề nghị này có thể được đưa ra dưới dạng các quảng cáo, tài liệu bán hàng, chương trình khuyến mại hoặc được tuyên bố bằng miệng nhằm nhấn mạnh lợi ích kinh tế mà người mua căn hộ có thể thu được từ nỗ lực quản lý của người bán hoặc bên thứ ba được người bán chỉ định.

<sup>15</sup> Xem Securities and Exchange Commission (1973), *Condominium Release No. 33-5347*, USA.

Tòa án tối cao liên bang đã kết luận hoạt động chào bán tài sản của W.J. Howey là hợp đồng đầu tư theo nghĩa của Luật Chứng khoán năm 1933 và đưa ra diễn giải về hợp đồng đầu tư, đó là hợp đồng hay giao dịch hoặc kế hoạch mà theo đó một người đầu tư tiền của mình vào một doanh nghiệp và dẫn đến việc mong đợi lợi nhuận chỉ từ nỗ lực của người quảng bá hoặc bên thứ ba, không phụ thuộc vào việc cổ phần tại doanh nghiệp đó được chứng minh bằng chứng chỉ chính thức hoặc bằng lợi ích danh nghĩa đối với tài sản vật chất được sử dụng trong doanh nghiệp đó<sup>13</sup>. Trên cơ sở án lệ Howey nêu trên, năm 1973, Ủy ban Chứng khoán và Giao dịch đã phát hành Thông cáo số 33-5347 (Thông cáo số 33) về hướng dẫn áp dụng luật chứng khoán liên bang đối với việc bán căn hộ chung cư và các đơn vị bất động sản. Nội dung Thông cáo số 33 nêu rõ rằng khi chào bán căn hộ chung cư và đồng thời đưa ra một trong các loại gợi ý hoặc đề nghị<sup>14</sup> sau đây sẽ bị coi là chào bán chứng khoán dưới hình thức hợp đồng đầu tư<sup>15</sup>:

(1) Giới thiệu về các hình thức cho thuê căn hộ hoặc dịch vụ tương tự với mục đích nhấn mạnh lợi ích kinh tế mà người mua sẽ thu được từ nỗ lực quản lý của người xúc tiến (hoặc bên thứ ba do người xúc tiến chỉ định hoặc sắp xếp, và từ tiền cho thuê căn hộ;

(2) Đề nghị tham gia vào thỏa thuận cho thuê hồ bơi;

(3) Đề nghị cho thuê hoặc thỏa thuận tương tự, theo đó người mua phải giữ căn

hộ của mình có sẵn để cho thuê trong bất kỳ thời điểm nào trong năm, phải sử dụng đại lý cho thuê độc quyền hoặc người mua bị hạn chế nghiêm ngặt trong việc sử dụng hoặc tự cho thuê căn hộ của mình.

Thông cáo số 33 cho thấy Luật Chứng khoán năm 1933 có thể điều chỉnh việc chào bán căn hộ du lịch nếu việc chào bán đó cấu thành hợp đồng đầu tư như chỉ dẫn ở Thông cáo, điều này cũng có nghĩa là không phải mọi trường hợp chào bán căn hộ du lịch đều là chào bán chứng khoán. Trường hợp chào bán căn hộ du lịch không bị coi là chào bán chứng khoán đã được chỉ ra trong Thư cấm hành động của SEC gửi cho Intrawest<sup>16</sup> (Thư cấm hành động) để phản hồi đối với các yêu cầu cần giải đáp của công ty này vào năm 2002. Thực chất Thư cấm hành động này là một Thông cáo cập nhật, sửa đổi của Thông cáo số 33<sup>17</sup>. Nội dung Thư cấm hành động đã đưa ra một danh sách các hướng dẫn về cách thức chào bán căn hộ du lịch mà không bị coi là chào bán chứng khoán<sup>18</sup>. Theo các khuyến nghị trong Thư cấm hành động nêu trên, nếu căn hộ du lịch được bán tách rời và không liên quan với các cuộc thảo luận về tiềm năng cho thuê căn hộ du lịch đó thì việc chào bán căn hộ du lịch không phải là chào bán chứng khoán và không chịu sự điều chỉnh của Luật Chứng khoán năm 1933<sup>19</sup>.

Với mục đích hạn chế hành vi đầu cơ để kiểm soát bất chính trên thị trường chứng

khoán, Luật Chứng khoán năm 1933 đã tạo ra một cơ chế công khai thông tin bắt buộc đối với người phát hành chứng khoán khi chào bán chứng khoán ra công chúng. Nội dung của Luật này xuất phát từ lý thuyết cho rằng, việc bán một khoản đầu tư tồi là bất hợp pháp, trừ khi tất cả mọi thông tin về khoản đầu tư tồi đó được cung cấp chính xác cho người mua. Theo đó, Luật Chứng khoán năm 1933 đảm bảo rằng: (1) Nhà đầu tư phải nhận được đầy đủ và chính xác thông tin về chứng khoán trước khi họ quyết định đầu tư; (2) Người phát hành có nghĩa vụ cung cấp thông tin đầy đủ và chịu trách nhiệm đối với tính chính xác của thông tin về chứng khoán chào bán<sup>20</sup>. Cụ thể Luật Chứng khoán năm 1933 buộc tất cả người phát hành chứng khoán ra công chúng phải có một bản tuyên bố được đăng ký với Ủy ban Chứng khoán và Giao dịch trước khi chào bán một chứng khoán, kể cả khi họ thông qua các tổ chức thương mại xuyên bang để bán một chứng khoán cho mình thì họ vẫn phải đăng ký bản tuyên bố như vậy. Nội dung của bản tuyên bố phải có 32 nhóm thông tin được yêu cầu theo phụ lục A của Luật Chứng khoán năm 1933, bao gồm: Các thông tin mô tả về người (công ty) phát hành chứng khoán; thông tin mô tả về loại chứng khoán, số lượng và giá cả chứng khoán được chào bán, ước tính số tiền thu được từ bán chứng khoán, số tiền phải trả cho các bên bảo lãnh phát hành và môi giới

<sup>16</sup> Intrawest là một trong những nhà phát triển và điều hành các khu nghỉ dưỡng trên núi hàng đầu ở Bắc Mỹ.

<sup>17</sup> Thông cáo số 33 đã được cập nhật (sửa đổi) nhiều lần, trong đó bổ sung thêm các tình huống chào bán căn hộ du lịch được coi là chào bán chứng khoán, và lần sửa đổi gần đây nhất của Thông cáo này chính là Thư cấm hành động của SEC gửi cho Intrawest.

<sup>18</sup> Xem Securities and Exchange Commission (2002), *No Action, Interpretive and/or Exemptive Letter: Intrawest Corporation*, USA.

<sup>19</sup> Xem Arthur Spaulding (2013), *Condo-Hotel Unit Sales, Rental Programs and Securities Laws*, [https://www.hotelexecutive.com/business\\_review/3677/condo-hotel-unit-sales-rental-programs-and-securities-laws](https://www.hotelexecutive.com/business_review/3677/condo-hotel-unit-sales-rental-programs-and-securities-laws), truy cập ngày 21/8/2020.

<sup>20</sup> Xem United States Congress (1933), *Securities Act*, USA.

chào bán chứng khoán; kế hoạch sử dụng số tiền thu được từ bán chứng khoán; mô tả về quyền lợi của người mua chứng khoán (bao gồm quyền thanh lý chứng khoán); mô tả về đặc điểm sở hữu vốn và lợi ích của những người quản lý (giám đốc) ở công ty phát hành chứng khoán; báo cáo tài chính và bảng cân đối kế toán của công ty phát hành chứng khoán<sup>21</sup>. Người phát hành chứng khoán cũng bị yêu cầu phải chịu trách nhiệm nghiêm ngặt về những thông tin trong bản tuyên bố đã đăng ký, cũng như chịu trách nhiệm cập nhật các thông tin để không xảy ra tình trạng thông tin sai lệch về việc chào bán hoặc bán chứng khoán<sup>22</sup>. Có thể nói rằng, bằng cách bắt buộc người bán chứng khoán phải công khai thông tin về chứng khoán và việc bán chứng khoán, Luật Chứng khoán năm 1933 đã tạo cho nhà đầu tư (mua chứng khoán) quyền được biết đầy đủ thông tin để tự bảo vệ mình trong việc mua chứng khoán. Ngược lại, trong trường hợp người bán không thực hiện nghĩa vụ cung cấp thông tin theo quy định hoặc không trung thực thì luật này là cơ sở để tòa án tuyên bố giao dịch mua bán chứng khoán là vô hiệu theo yêu cầu của người mua và buộc người bán chứng khoán phải hoàn trả tiền và bồi thường thiệt hại cho người mua.

Thực tế ở Hoa Kỳ đã có nhiều vụ kiện trong đó người mua căn hộ du lịch kiện nhà đầu tư phát triển tổ hợp căn hộ du lịch với cáo buộc rằng nhà đầu tư phát triển đã vi phạm luật chứng khoán liên bang do bán các căn hộ du lịch như một loại chứng khoán mà

không tuân thủ quy định đăng ký bán chứng khoán với SEC. Các nguyên đơn đã yêu cầu biện pháp khắc phục là hủy bỏ hợp đồng mua bán của họ và bị đơn phải bồi thường thiệt hại. Những vụ kiện như thế này thường xảy ra do những người mua căn hộ du lịch không nhận được lợi nhuận đã kỳ vọng và nếu có thể viện dẫn được luật chứng khoán trong vụ kiện của mình thì họ sẽ thoát khỏi hợp đồng mua bán căn hộ du lịch<sup>23</sup>. Một số vụ kiện cáo buộc bên bán căn hộ du lịch vi phạm luật chứng khoán như vậy đã thành công, nhưng một số khác thì bị Tòa án bác bỏ do không đủ bằng chứng về việc người bán căn hộ du lịch đã chào bán nó cùng với quảng cáo, chương trình khuyến mại, hoặc cung cấp thông tin nhằm nhấn mạnh lợi ích kinh tế do căn hộ du lịch đem lại, làm cho người mua kỳ vọng về việc thu được lợi nhuận chỉ từ nỗ lực quản lý, kinh doanh của người bán hoặc bên thứ ba được người bán chỉ định. Các phán quyết của Tòa án hủy bỏ hợp đồng mua bán căn hộ du lịch là kết quả của việc áp dụng Luật Chứng khoán năm 1933 để có thể bảo vệ quyền lợi cho người mua căn hộ du lịch trong mối quan hệ với người bán. Các vụ kiện đòi hủy hợp đồng mua bán và đòi bồi thường của người mua căn hộ du lịch đã ảnh hưởng đến phương thức chào bán căn hộ du lịch. Trong thời gian gần đây, các nhà đầu tư phát triển đã dựa vào gợi ý của Thư cấm hành động để thiết kế các chương trình bán căn hộ du lịch sao cho việc chào bán không bị coi là chào bán chứng khoán dưới dạng hợp đồng đầu tư, từ đó né tránh việc tuân thủ các quy định của Luật Chứng khoán năm 1933. Nhưng

<sup>21</sup> Xem Sec. 7 và Schedule A của *Securities Act (1933)*.

<sup>22</sup> Xem Alan B. Morrison (ed., 1998), *Những vấn đề cơ bản của luật pháp Mỹ*, do Lê Thị Thu và cộng sự dịch, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.

<sup>23</sup> Xem Dan Brown (2010), *Condo Hotels As Securities: Has the Litigation Boom Begun?*, [https://www.hotelexecutive.com/business\\_review/1293/condo-hotels-as-securities-has-the-litigation-boom-begun](https://www.hotelexecutive.com/business_review/1293/condo-hotels-as-securities-has-the-litigation-boom-begun), truy cập ngày 21/8/2020.

dù sao, Luật chứng khoán cũng đã cung cấp một trong số những giải pháp để bảo vệ người mua căn hộ du lịch trong mối quan hệ với các nhà đầu tư phát triển.

## **2.2. Bảo vệ người mua căn hộ du lịch trong luật chung cư Hoa Kỳ**

Do tổ hợp căn hộ du lịch vừa là khách sạn nhưng đồng thời cũng là một chung cư, nên việc quản lý, vận hành, khai thác tổ hợp căn hộ du lịch phải chịu sự điều chỉnh của Luật Chung cư thống nhất. Luật Chung cư thống nhất được Ủy ban Luật thống nhất (Uniform Law Commission - ULC) soạn thảo và giới thiệu năm 1980, sau đó đã được cơ quan lập pháp của các bang thông qua (có một số sửa đổi) trở thành Luật Chung cư của các bang. Trước khi có Luật Chung cư thống nhất năm 1980, việc phát triển và quản lý nhà chung cư được điều chỉnh bằng các quy định của luật bất động sản và các luật sở hữu nhà chung cư do cơ quan lập pháp của các bang ban hành. Những quy định này đã tạo ra những ràng buộc ngoài ý muốn đối với cả nhà phát triển chung cư và chủ sở hữu căn hộ (trước đó chính là người mua căn hộ). Chúng can thiệp không cần thiết vào hoạt động phát triển nhà chung cư của các nhà phát triển, đồng thời cũng can thiệp không cần thiết đối với quyền tự quản lý tài sản của các chủ sở hữu căn hộ đối với khu chung cư sau khi nhà phát triển bàn giao tòa nhà cho các chủ sở hữu. Nhìn chung, Luật Chung cư thống nhất có tính linh hoạt cao, nó vừa bảo vệ lợi ích của các chủ sở hữu căn hộ, trong khi vẫn cho phép các bên liên quan đến nhà chung cư thực hiện những ý tưởng đổi mới. Do vậy, từ khi Luật Chung cư thống nhất được cơ quan lập pháp các bang thông qua, các dự án nhà chung cư đã có một sự phát triển nhanh chóng, đặc biệt

là sự xuất hiện nhiều hơn của các tổ hợp căn hộ du lịch tại Hoa Kỳ<sup>24</sup>.

Ngoài các điều khoản chung xác định các khái niệm được áp dụng chung, Luật Chung cư thống nhất quy định về bốn vấn đề sau: (1) Tạo lập, thay đổi và chấm dứt hoạt động của nhà chung cư; (2) Quản lý nhà chung cư; (3) Bảo vệ người mua căn hộ; (4) Quản lý hành chính và việc đăng ký nhà chung cư. Trong đó, các quy định về tạo lập, thay đổi và chấm dứt hoạt động của nhà chung cư cho phép nhà đầu tư phát triển có thể linh hoạt trong việc tạo ra một dự án chung cư, các điều khoản hạn chế hoạt động của nhà đầu tư phát triển có thể gây hại cho người mua căn hộ cũng được đưa ra nhưng có nội dung hợp lý hơn so với các quy định về nhà chung cư trước đó.

Luật Chung cư thống nhất quy định về cách thức tổ chức Hiệp hội các chủ sở hữu căn hộ, quy định nhiệm vụ và quyền hạn của Hiệp hội, việc bầu cử hoặc bãi bỏ các chức danh quản lý trong Hiệp hội, các quy tắc trong quản lý nhà chung cư...; theo đó các chủ sở hữu căn hộ được quyền tham gia trở thành thành viên của ban điều hành nhà chung cư trong giai đoạn đầu của quá trình phát triển dự án, cũng như sau đó tham gia vào quá trình quản lý nhà chung cư.

Luật Chung cư thống nhất cũng quy định về việc chào bán công khai căn hộ chung cư của nhà đầu tư phát triển, quy định trách nhiệm bảo đảm chất lượng căn hộ và bảo hành, trách nhiệm pháp lý đối với các hành vi lạm dụng của nhà đầu tư phát triển, quy định người tiêu dùng phải công bố thông tin khai báo trước khi chuyển nhượng căn hộ cho người mua khác... Cuối cùng, Luật Chung cư thống nhất đề cập đến việc quản

<sup>24</sup> Xem Stephen B. Cohen, Allen Goldberg and Conrad M. Mulvaney (1981), Condominium Law: A comparison of the Uniform Act with the Illinois Act, The John Marshall Law Review, 14 (2), 387-440.

lý hành chính và đăng ký đối với nhà chung cư, quy định về việc giám sát hành chính đối với hoạt động của những người có nghĩa vụ kê khai các thông tin về nhà chung cư.

Điểm tiến bộ nhất của Luật Chung cư thống nhất so với các quy định trước đây về nhà chung cư do các bang ban hành là: Quy định của Luật Chung cư thống nhất hướng tới bảo vệ chủ sở hữu căn hộ. Điều này chủ yếu được thể hiện thông qua quy định về thành lập, quản lý và chấm dứt hoạt động của Hiệp hội các chủ sở hữu. Chính việc áp dụng các quy định này trong quá trình quản lý, vận hành các tổ hợp căn hộ du lịch đã góp phần bảo vệ quyền, lợi ích cho các chủ sở hữu căn hộ<sup>25</sup>. Theo quy định của Điều 3 Luật Chung cư thống nhất, việc tổ chức Hiệp hội các chủ sở hữu căn hộ phải được thực hiện ngay khi chủ sở hữu căn hộ đầu tiên chuyển đến; Hiệp hội luôn bao gồm tất cả các chủ sở hữu căn hộ; Hiệp hội phải được tổ chức dưới dạng một công ty hoặc quỹ tín thác, hoặc bất kỳ hình thức tổ chức nào khác do pháp luật bang cho phép; Hiệp hội phải có ban điều hành do Hiệp hội bầu (hoặc khi chưa thành lập Hiệp hội sẽ do nhà đầu tư phát triển chỉ định). Văn bản luật này cũng xác định các quyền hạn và nhiệm vụ của Hiệp hội các chủ sở hữu như: Hiệp hội có thể thông qua và sửa đổi các quy tắc của nhà chung cư; quản lý ngân sách chung, quyết định đầu tư quỹ của Hiệp hội; quyết định việc sửa chữa; có thể thuê và sa thải nhà vận hành khách sạn, hoặc các nhân viên khác, các nhà thầu sửa chữa độc lập; có thể khởi kiện hoặc đại diện các chủ sở hữu căn hộ khởi kiện các bên gây ảnh hưởng đến lợi ích chung của nhà chung cư, có quyền đình chỉ bất kỳ quyền hoặc đặc quyền nào (trừ quyền sử dụng căn hộ, quyền biểu quyết và tham gia ứng cử vào ban điều

hành hiệp hội) của chủ sở hữu căn hộ nếu người đó không nộp quỹ Hiệp hội. Hiệp hội cũng phải tuân theo các hạn chế như không được ngừng cung cấp dịch vụ cho căn hộ hoặc chủ sở hữu căn hộ không nộp quỹ nếu việc ngừng cung cấp dịch vụ đó gây nguy hiểm cho sức khỏe, sự an toàn hoặc tài sản của người khác.

Đối với ban điều hành của Hiệp hội các chủ sở hữu, Luật Chung cư Thống nhất cũng áp đặt các nhiệm vụ cho ban điều hành như phải quan tâm và trung thành với lợi ích của Hiệp hội, phải tuân thủ các quy tắc tránh xung đột lợi ích giống như các quy định của pháp luật về trách nhiệm của giám đốc và người quản lý của công ty. Bên cạnh đó, Luật Chung cư thống nhất cũng trao quyền cho chủ sở hữu căn hộ có thể khởi kiện Hiệp hội các chủ sở hữu nếu Hiệp hội và ban điều hành vì đã có sơ suất, có vi phạm hợp đồng, nghĩa vụ đã được ủy thác hoặc tiêu chuẩn quản lý, bảo dưỡng, bảo trì nhà chung cư.

Như vậy, các quy định của Luật Chung cư thống nhất, trong đó đặc biệt là những quy định về Hiệp hội các chủ sở hữu đã tạo ra điều kiện thuận lợi để các chủ sở hữu căn hộ du lịch có thể quản lý tài sản của mình hiệu quả hơn, tránh sự lạm dụng, xâm hại quyền lợi của mình bởi tổ chức vận hành khách sạn hay nhà đầu tư phát triển, vì họ có cơ hội tham gia một phần vào việc quản lý, giám sát việc quản lý tài sản là căn hộ du lịch của mình, cụ thể là họ có thể tham gia vào quyết định thuê hoặc hoặc chấm dứt việc thuê tổ chức vận hành khách sạn, tham gia vào quyết định bảo trì, nâng cấp tổ hợp căn hộ du lịch và các tiện ích phục vụ hoạt động của tổ hợp căn hộ du lịch... dù cho nhà đầu tư phát triển có giữ lại phần lớn căn

<sup>25</sup> Xem Irvin W. Sandman and Kelly C. Aldrich (2006), *Condo-Hotels: How Developers and Owners' Associations can Avert a Hotel Implosion*, Fifth Annual Hospitality Law Conference, Houston, Texas, USA.

hộ du lịch và các tiện ích thương mại của tổ hợp căn hộ du lịch.

### 3. Những gợi mở cho Việt Nam

Trên cơ sở nghiên cứu các quy định của pháp luật của Hoa Kỳ về căn hộ du lịch, có thể rút ra một số gợi mở cho quá trình xây dựng pháp luật nhằm phát triển và vận hành tổ hợp căn hộ du lịch tại Việt Nam sau đây:

#### 3.1. Xây dựng quy định nhằm đảm bảo quan hệ giữa nhà đầu tư phát triển và người mua căn hộ du lịch được xác lập trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết, thỏa thuận

Pháp luật điều chỉnh quan hệ giữa nhà đầu tư phát triển và người mua căn hộ du lịch nói riêng và pháp luật điều chỉnh các quan hệ tư nói chung phải đảm bảo các quan hệ này được xác lập trên cơ sở tự do, tự nguyện cam kết. Bởi vì, chỉ khi các bên tham gia giao dịch được tự do cân nhắc đưa ra quyết định và tự nguyện cam kết xác lập giao dịch thì giao dịch đó mới được coi là công bằng và có hiệu lực ràng buộc đối với các bên. Tự do, tự nguyện cam kết nghĩa là không bên nào vì bị ép buộc, bị đe dọa mà phải tham gia giao dịch mà mình không mong muốn, nó cũng có nghĩa là không bên nào vì bị lừa dối hay bị nhầm lẫn mà đi đến quyết định tham gia giao dịch. Tự do, tự nguyện cam kết cũng đòi hỏi các bên phải được biết đầy đủ và chính xác về tất cả các thông tin liên quan đến đối tượng của giao dịch và điều kiện giao dịch, đặc biệt là đối với các trường hợp mà sự bất cân xứng về thông tin giữa các bên trong giao dịch có thể gây thiệt hại lớn cho một bên và đem lại lợi nhuận không chính đáng cho bên còn lại. Do vậy, nhằm đảm bảo quan hệ giữa nhà đầu tư phát triển và người mua căn hộ du lịch được xác lập trên cơ sở tự do, tự nguyện, pháp luật Việt Nam

cần phải đặt ra những quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin đầy đủ và chính xác về đối tượng giao dịch.

Quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin của người phát hành chứng khoán trong Luật Chứng khoán năm 1933 của Hoa Kỳ là gợi ý tốt để xây dựng các quy định của pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ cung cấp thông tin của nhà đầu tư phát triển khi chào bán căn hộ du lịch. Trong bối cảnh của Việt Nam hiện nay, những quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin đó nên được xây dựng và ban hành dưới hình thức nghị định của Chính phủ, bao gồm những nội dung cơ bản sau:

*Thứ nhất, quy định về hình thức cung cấp thông tin.* Nhà đầu tư phát triển phải cung cấp thông tin dưới dạng một bản tuyên bố, và bản tuyên bố thông tin này phải được đăng ký với cơ quan quản lý nhà nước. Sự tham gia của cơ quan quản lý nhà nước trong trường hợp này là cần thiết để kiểm soát tính đầy đủ của các thông tin được cung cấp, bảo vệ lợi ích của người mua căn hộ du lịch. Nhà đầu tư phải chịu trách nhiệm về tính đầy đủ và trung thực của các thông tin trong bản tuyên bố.

*Thứ hai, quy định về cơ quan quản lý nhà nước tổ chức thực hiện đăng ký bản tuyên bố của nhà đầu tư phát triển.* Nhằm đảm bảo sự quản lý thống nhất, việc đăng ký bản tuyên bố của nhà đầu tư phát triển cần được giao cơ quan quản lý xây dựng ở địa phương (Sở Xây dựng). Vì việc phát triển tổ hợp căn hộ du lịch liên quan đến cấp phép, quản lý xây dựng công trình, đồng thời, quá trình vận hành tổ hợp căn hộ du lịch cũng liên quan đến quản lý, sử dụng chung cư hiện cũng đang thuộc quyền quản lý của cơ quan này. Sở Xây dựng có trách nhiệm tiếp nhận, kiểm tra bản tuyên bố do nhà đầu tư phát triển đăng ký và phải công



khai đầy đủ bản tuyên bố của nhà đầu tư phát triển ngay khi nó đáp ứng đủ yêu cầu về nội dung thông tin.

*Thứ ba, quy định về quyền được tiếp cận đầy đủ nội dung bản tuyên bố này của mọi chủ thể có nhu cầu.*

*Thứ tư, quy định về các nội dung thông tin cần phải có trong bản tuyên bố của nhà đầu tư phát triển.* Các thông tin gồm: thông tin về dự án tổ hợp căn hộ du lịch (giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, giấy phép xây dựng, số lượng căn hộ chào bán, số lượng căn hộ nhà đầu tư phát triển giữ lại, tài sản chung và tài sản riêng của các bên sau khi hoàn tất việc mua bán...); thông tin về kế hoạch khai thác tổ hợp căn hộ du lịch, người quản lý, vận hành tổ hợp căn hộ du lịch; thông tin về đặc điểm thiết kế, kỹ thuật của căn hộ, chi tiết các trang thiết bị kèm theo căn hộ, phương pháp xác định giá bán...; thông tin về các tiện ích phục vụ hoạt động khách sạn của tổ hợp dự án căn hộ du lịch; thông tin về mẫu hợp đồng mua bán căn hộ du lịch, các thỏa thuận về hợp tác khai thác, vận hành căn hộ du lịch và nội quy quản lý, sử dụng căn hộ du lịch...

### **3.2. Xây dựng quy định nhằm bảo vệ người mua căn hộ du lịch**

Hiện nay, các tổ hợp căn hộ du lịch tại Việt Nam đều được điều hành, khai thác bởi nhà đầu tư phát triển hoặc một bên do nhà đầu tư phát triển chỉ định và mối quan hệ giữa (các) bên này với người mua căn hộ du lịch đều chỉ dựa trên các thỏa thuận về “ủy thác kinh doanh” do nhà đầu tư phát triển soạn thảo. Về bản chất, tổ hợp căn hộ du lịch có tính chất của một tòa nhà/cụm tòa nhà chung cư, nhưng các nhà đầu tư phát triển hiện tại ở Việt Nam đã lập luận rằng, căn hộ du lịch không phải là nhà ở nên các quy

định về quản lý, sử dụng nhà chung cư với việc tổ chức Hội nghị nhà chung cư không được áp dụng trong quá trình khai thác, quản lý các khách sạn kiểu mới này. Hậu quả là người mua căn hộ du lịch không có cơ sở để thực hiện quyền giám sát việc quản lý, sử dụng căn hộ mà mình đã ủy thác kinh doanh; không thể bảo vệ mình khỏi những hành vi gian lận trong tính toán doanh thu, chi phí và lợi nhuận hoạt động cho thuê căn hộ du lịch; họ cũng bị mất quyền giám sát việc khai thác hoặc bảo trì, nâng cấp những tài sản thuộc sở hữu chung được sử dụng để phục vụ việc khai thác tổ hợp căn hộ du lịch, bao gồm cả việc sử dụng quỹ bảo trì mà họ đã đóng góp.

Quy định về bảo vệ quyền của chủ sở hữu căn hộ chung cư của Luật Chung cư thống nhất Hoa Kỳ cũng là một gợi ý tốt cho việc xây dựng và hoàn thiện quy định của pháp luật Việt Nam nhằm bảo vệ người mua căn hộ du lịch. Theo đó, Việt Nam cần ban hành quy định đảm bảo người mua căn hộ du lịch có quyền tham gia vào các quyết định lựa chọn thuê hoặc chấm dứt việc thuê tổ chức vận hành khách sạn, quyết định sửa chữa, nâng cấp tài sản ủy thác (căn hộ du lịch và tài sản thuộc sở hữu chung khác) để vận hành kinh doanh khách sạn; quyền kiểm tra hoạt động vận hành khách sạn, kiểm toán tài chính của hoạt động kinh doanh khách sạn; quyền tham gia đàm phán giá cả đối với các dịch vụ, tiện ích thương mại phục vụ hoạt động khai thác tổ hợp căn hộ du lịch; quyền khởi kiện tổ chức vận hành khách sạn, nhà đầu tư phát triển và các cá nhân khác (ra tòa án, trọng tài thương mại hoặc trung tâm hòa giải thương mại) về các hành vi gây thiệt hại do những người này gây ra trong quá trình quản lý, khai thác và vận hành tổ hợp căn hộ du lịch ■

