

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



Số 13 (413)

Kỳ 1 - Tháng 7/2020

- ❖ CƠ CHẾ KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC TRONG HOẠT ĐỘNG LẬP PHÁP: THỰC TRẠNG VÀ KIẾN NGHỊ
- ❖ GÓP Ý HOÀN THIỆN DỰ THẢO LUẬT BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG (SỬA ĐỔI)
- ❖ MỐI LIÊN HỆ GIỮA CÁC NGHỊ ĐỊNH QUY ĐỊNH VỀ XỬ LÝ KỶ LUẬT CÔNG CHỨC

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 13/2020

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Cơ chế kiểm soát quyền lực trong hoạt động lập pháp: thực trạng và kiến nghị

ThS. Nguyễn Mạnh Cường

- 9** Nguyên tắc "quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự"

PGS.TS. Nguyễn Thị Thu Hà - ThS. Vũ Hoàng Anh

- 19** Bảo đảm "quyền im lặng" của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự

TS. Võ Quốc Tuấn

- 24** Để quyền thực sự là quyền

TS. Trương Hồng Quang

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 29** Góp ý hoàn thiện Dự thảo Luật Bảo vệ môi trường (sửa đổi)

ThS. Lò Thị Việt Hà - TS. Đỗ Đức Hồng Hà

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 34** Kháng nghị giám đốc thẩm trong tố tụng dân sự

ThS. Thạch Phước Bình - Bùi Thị Loan

- 38** Mối liên hệ giữa các nghị định quy định về xử lý kỷ luật công chức

TS. Cao Vũ Minh

- 45** Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về bảo hiểm bắt buộc trách nhiệm dân sự của chủ xe máy

ThS. Tạ Thị Thùy Trang

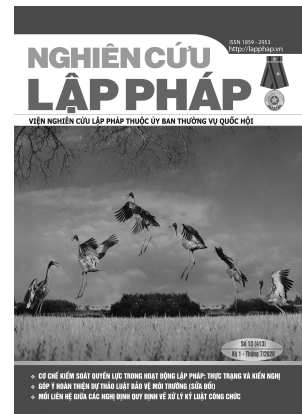
- 50** Thương nhân theo pháp luật thương mại Việt Nam

ThS. Lê Văn Tranh

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Bảo vệ dữ liệu cá nhân tại Nhật Bản thông qua Đạo luật về Bảo vệ thông tin cá nhân và một số khuyến nghị đối với Việt Nam

ThS. Lê Xuân Tùng



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 Tuấn (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 TUẤN

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: **25.000 ĐỒNG**

Ảnh bìa: Sếu đầu đỏ

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

Legis No 13/2020

STATE AND LAW

- 3** Mechanism of Power Control in Legislative Activities: Status-quo and Recommendations

LLM. Nguyen Manh Cuong

- 9** The Principle of "Right to request Courts to Protect Legitimate Rights and Interests of the involved Parties"

Prof. Dr. Nguyen Thi Thu Ha - LLM. Vu Hoang Anh

- 19** Assurance of "the Right to silence" of the Accused Person in the First Instance Trial of Criminal Cases

Dr. Vo Quoc Tuan

- 24** For the Right as It is

Dr. Truong Hong Quang

DISCUSSION OF BILLS

- 29** Recommendations for Improvements of draft Law on Environment Protection (amended).

LLM. Lo Thi Viet Ha - Dr. Do Duc Hong ha

LEGAL PRACTICE

- 34** Appeal to the Cassation Reviews in Civil Proceedings

LLM. Thach Phuoc Binh - Bui Thi Loan

- 38** Relationships among the Decrees on Disciplining Civil Servants

Dr. Cao Vu Minh

- 45** Recommendations for Improvements of the Law on Compulsory Insurance of Civil Liability of Motorbike Owners

LLM. Ta Thi Thuy Trang

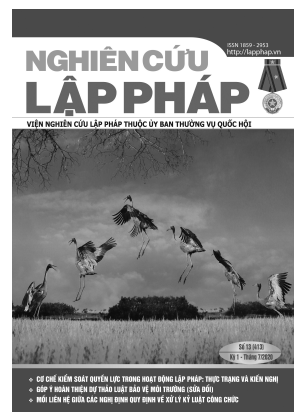
- 50** The "Merchant" under with Commercial Laws of Vietnam

LLM. Le Van Tranh

FOREIGN EXPERIENCE

- 57** Personal Data Protection in Japan through the Act on the Protection of Personal Information and Recommendations for Vietnam

LLM. Le Xuan Tung



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
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

HOANG NHI

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 TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: **25.000 VND**

CƠ CHẾ KIỂM SOÁT QUYỀN LỰC TRONG HOẠT ĐỘNG LẬP PHÁP: THỰC TRẠNG VÀ KIẾN NGHỊ

Nguyễn Mạnh Cường*

* ThS. Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp của Quốc hội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: kiểm soát quyền lực, hoạt động lập pháp.

Lịch sử bài viết:

Ngày nhận bài : 01/6/2020

Biên tập : 18/6/2020

Duyệt bài : 28/6/2020

Article Information:

Keywords: Power control; legislative activities.

Article History:

Received : 01 Jun. 2020

Edited : 18 Jun. 2020

Approved : 28 Jun. 2020

Tóm tắt:

Vấn đề kiểm soát quyền lực (KSQL) nói chung, KSQL trong bộ máy nhà nước nói riêng đã được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013. Trên thực tế, việc kiểm soát quyền lực trong hoạt động lập pháp vẫn còn hạn chế nhất định. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày thực trạng cơ chế kiểm soát quyền lực trong hoạt động lập pháp và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện pháp luật cũng như tổ chức thi hành pháp luật về vấn đề này.

Abstract:

Control of power in general, and control of power in the state apparatus in particular is recognized in the Constitution of 2013. In fact, there have appeared certain shortcomings in the control of power in legislative activities. Within the scope of this article, the author presents the current situation of the power control mechanism in legislative activities and provides recommendations for further improvements of the legal regulations as well as arrangements of the law enforcement on this concerning matter.

1. Thực trạng cơ chế kiểm soát quyền lực trong hoạt động lập pháp

1.1. Quy định của pháp luật về cơ chế kiểm soát quyền lực trong hoạt động lập pháp

KSQL trong hoạt động lập pháp được thực hiện thông qua các quy định về thẩm quyền, trình tự, thủ tục lập pháp, đồng thời thông qua các quy định khác về cơ cấu, tổ chức bộ máy và hoạt động của các cơ quan nhà nước có liên quan. Những nội dung này được quy định trong Hiến pháp, Luật Tổ chức Quốc hội, Quy chế hoạt động của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), của

Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội, Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội (ĐBQH) và đại biểu Hội đồng nhân dân (ĐBHĐND), Luật Tiếp cận thông tin, Luật Báo chí, Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam... và được quy định tập trung nhất tại Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL). Hiến pháp, Luật Tổ chức Quốc hội và Luật Ban hành VBQPPL quy định Quốc hội có thẩm quyền lập pháp, ban hành luật. Tuy nhiên, thẩm quyền lập pháp này được kiểm soát thông qua các quy định của pháp luật về quy trình lập pháp. Có thể nhận thấy rằng, trong tất cả các quy trình ban hành chính sách, các

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

quy trình quyết định, thực hiện các công việc của các cơ quan nhà nước, quy trình lập pháp là quy trình được quy định rõ ràng, đầy đủ, cụ thể và phức tạp nhất, bảo đảm kiểm soát chặt chẽ hoạt động lập pháp. Điều này xuất phát từ tính chất và tầm quan trọng của hoạt động lập pháp đối với việc phát triển kinh tế xã hội, bảo đảm quốc phòng, an ninh của đất nước, cũng như bảo vệ quyền con người, quyền công dân. Theo đó, quy trình lập pháp bao gồm nhiều bước, nhiều giai đoạn bắt buộc phải tuân thủ, mỗi giai đoạn có tính chất độc lập tương đối (từ lập chương trình xây dựng pháp luật; soạn thảo; thẩm tra; trình Quốc hội xem xét, thông qua), với nhiều chủ thể tham gia, bảo đảm quyền của các chủ thể tham gia không bị sự tác động, sự chi phối tiêu cực của các chủ thể khác¹. Để bảo đảm việc xây dựng pháp luật được khách quan, có chất lượng, khả thi, thể hiện được ý chí, nguyện vọng, lợi ích chung của nhân dân, của đất nước, không mang lợi ích nhóm, lợi ích cục bộ, quy trình lập pháp đã rất chú trọng tới các yêu cầu sau:

i) Bảo đảm công khai, dân chủ, minh bạch trong các bước thực hiện quy trình, qua đó tạo điều kiện cho các cơ quan nhà nước, mọi người dân đều có thể giám sát được hoạt động này; bảo đảm tuân thủ đầy đủ các nguyên tắc xây dựng, ban hành VBQPPL (bảo đảm hợp hiến, hợp pháp; theo đúng thẩm quyền, bảo đảm khả thi...).

ii) Quy định rõ về thẩm quyền đối với nội dung ban hành văn bản, về vấn đề ủy quyền lập pháp, qua đó loại trừ việc lạm quyền, tùy tiện trong ban hành văn bản.

iii) Quy định trách nhiệm tham gia của các cơ quan trong quá trình soạn thảo và việc lấy ý kiến của các bộ, ngành, địa phương đối

với dự án; đối với dự án không do Chính phủ trình thì dự án phải được lấy ý kiến của Chính phủ; trách nhiệm lấy ý kiến của các đối tượng chịu sự tác động của dự án; lấy ý kiến của nhân dân; trách nhiệm nghiên cứu, giải trình, tiếp thu các ý kiến. Việc huy động sự tham gia và lấy ý kiến rộng rãi về dự án luật như vậy sẽ bảo đảm cho các chính sách được xây dựng trong dự án luật khách quan, toàn diện, có chất lượng.

iv) Quy định trách nhiệm tổng kết thực tiễn; việc đánh giá tác động chính sách; đánh giá thủ tục hành chính nhằm bảo đảm cho các chính sách dự kiến được ban hành bảo đảm tính khách quan, minh bạch, thuận tiện, rõ ràng, khoa học, sát thực tiễn, có tính khả thi... Thực tế cho thấy, pháp luật rõ ràng, thủ tục hành chính thuận tiện, đơn giản... là những yếu tố quan trọng để loại trừ tham nhũng, tiêu cực trong thực thi chính sách.

v) Quy định việc thẩm định của Bộ Tư pháp (cơ quan độc lập với cơ quan soạn thảo), thẩm tra của các Ủy ban của Quốc hội (cơ quan độc lập với cơ quan trình dự án); quy định nội dung bắt buộc phải có trong báo cáo thẩm định, báo cáo thẩm tra nhằm bảo đảm kiểm soát được chính sách trong dự án; quy định chặt chẽ thủ tục thẩm tra để bảo đảm tất cả các ý kiến thành viên ủy ban thẩm tra phải được thể hiện trong báo cáo thẩm tra; quy định sự tham gia thẩm tra của các Ủy ban đối với các vấn đề có liên quan. Những quy định này nhằm bảo đảm cho dự án được xem xét, kiểm tra, đánh giá đa chiều, qua đó loại bỏ việc “cài cắm” lợi ích cục bộ (nếu có) trong dự án luật.

vi) Quy định việc xin ý kiến UBNDTVQH, ý kiến ĐBQH, Đoàn ĐBQH về dự án; việc phối hợp giữa cơ quan thẩm tra với cơ quan

1 Trong phạm vi bài viết này, chúng tôi tập trung chủ yếu về hoạt động xây dựng luật; các hoạt động ban hành văn bản quy phạm pháp luật khác cũng có nội dung tương tự, nhưng ở mức độ đơn giản hơn.

trình dự án, các cơ quan hữu quan dưới sự chủ trì của UBTVQH trong việc tiếp thu, chỉnh lý dự án. Đồng thời, cơ quan trình dự án có quyền được báo cáo trước Quốc hội nếu không đồng ý với nội dung chỉnh lý. Những quy định này nhằm bảo đảm tính khách quan, khoa học trong việc tiếp thu dự án, tránh việc áp đặt ý kiến một chiều của các cơ quan của Quốc hội (nếu có).

vii) Quy định về phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, sự tham gia ý kiến của các tổ chức chính trị - xã hội trong quy trình lập pháp; sự giám sát của báo chí (thông qua các quy định của Luật Báo chí); giám sát của nhân dân đối với hoạt động lập pháp; sự giám sát của chính Quốc hội đối với hoạt động lập pháp.

viii) Quy định về trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền trong xây dựng, ban hành văn bản. Người đứng đầu cơ quan soạn thảo, thẩm định, trình, thẩm tra phải chịu trách nhiệm về việc không hoàn thành nhiệm vụ và tùy theo mức độ mà bị xử lý theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức trong trường hợp dự thảo văn bản không bảo đảm về chất lượng, tiến độ, tính hợp hiến, tính hợp pháp của văn bản được phân công thực hiện. Bên cạnh đó, để bảo đảm cho ĐBQH hoạt động độc lập, không bị ảnh hưởng, không phụ thuộc, chịu sự chi phối của cơ quan khác trong hoạt động lập pháp, Luật Bầu cử ĐBQH và ĐBHNĐ, Luật Tổ chức Quốc hội... đã có các quy định về tiêu chuẩn, cơ cấu, thành phần đại biểu; cơ chế đãi ngộ và điều kiện bảo đảm hoạt động của đại biểu.

Bên cạnh các quy định của pháp luật, Đảng cũng có các quy định nhằm bảo đảm kiểm soát hoạt động lập pháp như: Thẩm quyền của Đảng cho ý kiến về chiến lược, định hướng xây dựng pháp luật; thủ tục báo cáo cấp có thẩm quyền (Bộ Chính trị) với các nội dung lớn, quan trọng của dự án; sau

khi có ý kiến của Bộ Chính trị, Đảng đoàn Quốc hội có trách nhiệm lãnh đạo tổ chức thực hiện; thông qua lãnh đạo, chỉ đạo công tác nhân sự trong cơ quan lập pháp, thông qua các thủ tục kiểm tra hoạt động của Đảng đoàn, các Ban cán sự có liên quan tới hoạt động lập pháp (ví dụ, các cơ quan của Đảng đã kiểm tra, làm rõ và xử lý trách nhiệm trong việc đề xảy ra sai sót trong ban hành Bộ luật Hình sự năm 2015...).

1.2. Thực trạng thực hiện cơ chế kiểm soát quyền lực trong hoạt động lập pháp

Thực hiện các quy định của Luật Ban hành VBQPPL, Quốc hội đã thông qua số lượng lớn các luật với chất lượng ngày càng được nâng cao; nội dung của luật cơ bản bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của hệ thống pháp luật; đa số văn bản bảo đảm tính khả thi, đáp ứng yêu cầu thực tiễn. Quy trình xây dựng pháp luật được thực hiện nghiêm túc, có chất lượng từ khâu lập chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội cho đến khi Quốc hội xem xét, thông qua luật. Các dự thảo luật, pháp lệnh đã bám sát và thể chế hóa các chủ trương, đường lối của Đảng, đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội, được tổ chức lấy ý kiến các cơ quan, tổ chức có liên quan và đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của văn bản với nhiều hình thức phù hợp. Chất lượng của các báo cáo thẩm định, thẩm tra ngày càng được nâng cao, bảo đảm tính độc lập, khách quan, có tính phản biện cao, nêu được chính kiến của cơ quan thẩm định, thẩm tra đối với dự thảo văn bản, những vấn đề nhất trí, không nhất trí hoặc còn có ý kiến khác nhau, những kiến nghị sửa đổi, bổ sung.

Việc thảo luận của ĐBQH về các dự thảo luật được tiến hành nghiêm túc, có nhiều ý kiến xác đáng, làm cơ sở cho việc chỉnh lý, hoàn thiện dự thảo. Sau khi Quốc hội thảo luận, cho ý kiến, UBTVQH đã chỉ đạo Ủy ban của Quốc hội phối hợp với cơ

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

quan trình dự án và các cơ quan có liên quan tiếp thu, chỉnh lý dự án luật. Quy trình xin ý kiến Bộ Chính trị đối với các nội dung lớn, quan trọng của dự án luật được tuân thủ chặt chẽ, bảo đảm sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác xây dựng pháp luật. Có thể nói, việc thực hiện nghiêm túc các quy định nêu trên về cơ bản đã đảm bảo sự kiểm soát đối với hoạt động lập pháp, bảo đảm văn bản luật được ban hành công khai, minh bạch, có chất lượng, phản ánh đúng đường lối, chính sách của Đảng, ý chí của nhân dân, không bị lợi ích cục bộ ngành, địa phương, “nhóm lợi ích” chi phối, qua đó thực hiện tốt mục tiêu phòng, chống tham nhũng (PCTN).

Tuy nhiên, trong quá trình tổ chức thực hiện, vẫn còn một số hạn chế, tồn tại dẫn đến hiệu quả kiểm soát quyền lập pháp chưa cao, cụ thể như sau:

- Trong quá trình soạn thảo luật, việc lấy ý kiến đối với dự thảo và kể cả đối với đề nghị xây dựng luật, nhìn chung còn mang tính hình thức; chất lượng ý kiến đóng góp chưa cao, nhất là đối với những vấn đề mới, phức tạp, còn nhiều tranh luận.

- Sự tham gia của các cơ quan hữu quan vào soạn thảo luật còn hạn chế; một số tài liệu trong hồ sơ luật còn hình thức, nhất là báo cáo đánh giá tác động, báo cáo rà soát thủ tục hành chính, dự thảo văn bản quy định chi tiết...

- Chính phủ, cơ quan trình dự án chưa dành thời gian thỏa đáng để xem xét, cho ý kiến vào dự thảo luật trước khi trình sang Quốc hội (có trường hợp tập thể cơ quan trình dự án dành thời gian quá ít để thảo luận dự án luật; xin ý kiến bằng văn bản nên việc tranh luận, thảo luận bị hạn chế...). Những vấn đề nêu trên làm cho việc kiểm soát các chính sách, các thủ tục hành chính, các nội dung lớn khác của dự thảo bị buông lỏng, không chặt chẽ.

- Chất lượng các báo cáo thẩm định,

thẩm tra chưa đồng đều, nội dung của một số báo cáo còn sơ sài, xuôi chiều, chưa thực sự mang tính phản biện; chưa dựa trên lập luận mang tính khoa học, nên thiếu tính thuyết phục.

- Trong việc tiếp thu, chỉnh lý dự án luật còn tồn tại một bất cập là có những dự án chuẩn bị chưa tốt được trình ra Quốc hội và sau khi Quốc hội cho ý kiến thì gần như dự án cần phải sửa đổi lại rất nhiều. Tuy nhiên, đến lúc này thì dự án đã “nằm ở sân Quốc hội”, cơ quan soạn thảo gần như chỉ có trách nhiệm “tham gia”; việc chỉnh lý, soạn thảo lại dự án không phải tuân theo các quy trình của Luật Ban hành VBQPPL (đánh giá tác động, lấy ý kiến của các đối tượng chịu sự tác động...), dẫn đến sự kiểm soát đối với nội dung được soạn thảo, chỉnh lý lại sẽ thiếu chặt chẽ.

- Nhiều quy định ở số văn bản luật còn mang tính nguyên tắc, chưa cụ thể, cần phải có văn bản quy định chi tiết mới thi hành được. Ngược lại, văn bản hướng dẫn thi hành còn bao hàm cả những nội dung không được luật giao.

- Sự tham gia của các cơ quan hữu quan trong quá trình tiếp thu, chỉnh lý một số dự án luật còn rất hạn chế, thậm chí có dự án chỉ có cán bộ cấp phòng và chuyên viên tham gia. Việc Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên tham gia xây dựng và giám sát hoạt động lập pháp còn chưa đạt hiệu quả như mong muốn. Việc phân định, xác định rõ trách nhiệm của mỗi cơ quan đối với hạn chế, bất cập trong ban hành luật còn khó khăn.

Qua quá trình thi hành các quy định của Luật Ban hành VBQPPL và các quy định khác của pháp luật có liên quan tới kiểm soát quyền lực trong lĩnh vực lập pháp, có thể thấy rằng về cơ bản, các quy định của pháp luật nước ta về vấn đề này là phù hợp với thực tiễn, đáp ứng yêu cầu đặt ra và cũng

phù hợp với nhiều kinh nghiệm, thông lệ quốc tế trong xây dựng pháp luật². Phần lớn những tồn tại, hạn chế như đã trình bày ở trên là do khâu tổ chức thực hiện pháp luật chưa tốt. Tuy nhiên, cũng có những tồn tại, hạn chế là do quy định của pháp luật chưa phù hợp; tổ chức bộ máy, nguồn lực, điều kiện bảo đảm cho hoạt động lập pháp chưa đáp ứng được yêu cầu thực tiễn.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực trong hoạt động lập pháp

Để hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực trong hoạt động lập pháp, chúng tôi có một số kiến nghị sau đây:

Một là, bảo đảm chất lượng công tác xây dựng pháp luật nói chung, trong đó có việc bảo đảm kiểm soát quyền lực trong hoạt động lập pháp nói riêng, có vai trò và ý nghĩa rất quan trọng trong việc xây dựng, hoàn thiện thể chế - là một trong những khâu đột phá chiến lược trong mục tiêu phát triển đất nước, xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam XHCN. Bộ Chính trị đã ban hành Nghị quyết số 48-NQ/TW về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 (NQ 48-NQ/TW), trong đó đề ra một số giải pháp về xây dựng pháp luật liên quan trực tiếp tới nội dung này. Trong bối cảnh hiện nay, những giải pháp được nêu trong NQ 48-NQ/TW cần phải được tiếp tục thực hiện và bổ sung thêm về nội dung nhằm khắc phục những tồn tại, hạn chế trong công tác xây dựng pháp luật và đáp ứng yêu cầu tình hình mới.

Hai là, tiếp tục tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác xây dựng pháp

luật, trong đó các cơ quan soạn thảo luật cần thực hiện nghiêm túc các trình tự, thủ tục xây dựng, ban hành VBQPPL, nhất là tiến hành việc tổng kết thực tiễn, đánh giá tác động chính sách, đánh giá thủ tục hành chính đầy đủ, có chất lượng; xây dựng chính sách minh bạch, cụ thể, rõ ràng, đồng bộ, thống nhất, đúng thẩm quyền, không có lợi ích cục bộ, lợi ích nhóm, bảo đảm thể chế đúng chủ trương, chính sách của Đảng; lắng ý kiến đối tượng chịu sự tác động, các cơ quan, tổ chức hữu quan và có sự tiếp thu hoặc giải trình nghiêm túc các ý kiến này. Hồ sơ dự án phải được gửi cho Quốc hội theo đúng thời hạn; tăng cường trách nhiệm của Chính phủ và các bộ trưởng trong việc chỉ đạo hoạt động xây dựng pháp luật. Mỗi dự án luật trước khi trình sang Quốc hội phải được thẩm định kỹ lưỡng, khách quan, khoa học và phải được Chính phủ dành thời gian thỏa đáng, thảo luận kỹ về các nội dung của dự án, nhất là những vấn đề mang tính quan điểm, chính sách và những vấn đề liên ngành còn có ý kiến khác nhau, qua đó không để lọt lợi ích cục bộ, không để sơ hở về chính sách để dẫn đến lạm dụng để tham nhũng.

Ba là, tăng cường trách nhiệm của cơ quan chủ trì thẩm tra và các cơ quan tham gia thẩm tra. Việc phân công Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội chủ trì, tham gia thẩm tra phải bảo đảm đúng quy định của pháp luật và phải bảo đảm tính khoa học, tính hợp lý và thống nhất của việc phân công. Luật Ban hành VBQPPL cần có quy định rõ về trách nhiệm cụ thể trong việc tham gia thẩm tra của Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội (trách nhiệm cử thành viên dự họp; trách nhiệm xây dựng báo cáo

2 Tuy nhiên, do thể chế chính trị khác nhau, nên giữa Việt Nam với các nước theo chế độ đa đảng chính trị có sự khác nhau nhất định về cơ chế kiểm soát, chế ước quyền lực.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

tham gia thẩm tra; trách nhiệm “gác công”, “kiểm soát” về các chính sách thuộc lĩnh vực ủy ban phụ trách...). Các cơ quan này cần phải được tăng cường hơn nữa, đặc biệt là về số lượng thành viên hoạt động chuyên trách; tăng cường vai trò, trách nhiệm của Thường trực các cơ quan này trong công tác thẩm tra, nhất là các bước thẩm tra sơ bộ trước khi thẩm tra chính thức. Hoạt động thẩm tra cần công khai, huy động sự tham gia của các ĐBQH quan tâm đến dự án, sự theo dõi của báo chí, tổ chức xã hội, của nhân dân, qua đó giám sát hoạt động thẩm tra, bảo đảm hoạt động này diễn ra minh bạch, khách quan. Hoạt động xem xét, thông qua luật của Quốc hội, UBTVQH tiến tới phải dựa chủ yếu vào ý kiến của Hội đồng dân tộc và các Ủy ban của Quốc hội. Việc biểu quyết các vấn đề cơ bản của dự án luật tại lần trình thứ nhất nhằm làm cơ sở cho việc tiếp thu, chỉnh lý luật cần được quan tâm thực hiện theo đúng quy định của Luật Ban hành VBQPPL; cần xác định trách nhiệm của Ủy ban chủ trì thẩm tra trong việc giúp UBTVQH dự kiến trước những vấn đề cơ bản cần trình Quốc hội biểu quyết. Chất lượng của việc xem xét, cho ý kiến của UBTVQH đối với các dự án luật trước khi trình Quốc hội cũng cần phải được tiếp tục tăng cường; Đảng đoàn Quốc hội thực hiện nghiêm túc trách nhiệm báo cáo, xin ý kiến Bộ chính trị về các nội dung lớn của dự án luật.

Bốn là, thực hiện tăng tỷ lệ ĐBQH chuyên trách và giảm số lượng ĐBQH kiêm nhiệm công tác ở các cơ quan hành pháp, tư pháp, bảo đảm hoạt động lập pháp chuyên nghiệp, độc lập, khách quan trong việc xem xét, quyết định các chính sách; cân nhắc việc bố trí cán bộ thuộc các bộ, ngành được biệt phái sang làm lãnh đạo, thường trực Ủy ban

của Quốc hội; tăng cường bộ máy giúp việc của Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội gồm những chuyên gia (về pháp luật và về các lĩnh vực hoạt động của các Ủy ban) có kinh nghiệm, làm nhiệm vụ tham mưu, giúp việc cho Hội đồng Dân tộc, các Ủy ban của Quốc hội trong công tác thẩm tra. Đồng thời, cần có cơ chế để huy động các nhà khoa học, các chuyên gia pháp lý hoặc chuyên gia về lĩnh vực mà dự án luật điều chỉnh tham gia vào việc phản biện, tư vấn, đóng góp ý kiến cho hoạt động thẩm tra, tiếp thu, chỉnh lý luật; nâng cao trách nhiệm người đứng đầu của các cơ quan, tổ chức có trách nhiệm trong quy trình xây dựng pháp luật. Xây dựng thể chế là một trong những nhiệm vụ quan trọng nhất nên cần phải coi kết quả hoạt động xây dựng pháp luật, chất lượng luật được xem xét, thông qua là một trong các tiêu chí đánh giá kết quả hoạt động, mức độ hoàn thành nhiệm vụ của cơ quan, tổ chức có trách nhiệm trong quy trình xây dựng pháp luật.

Năm là, tăng cường các kênh, các hoạt động giám sát đối với hoạt động xây dựng pháp luật như: Hoạt động giám sát của Đảng đối với công tác lập pháp; hoạt động giám sát của Quốc hội đối với việc thực thi pháp luật. Qua giám sát, nếu phát hiện sơ hở, thiếu sót trong VBQPPL thì yêu cầu các cơ quan có thẩm quyền sửa đổi, bổ sung hoặc trình Quốc hội sửa đổi, bổ sung nhằm hoàn thiện hệ thống pháp luật về kiểm soát quyền lực; hoạt động giám sát và phản biện xã hội của Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức thành viên, giám sát của báo chí và nhân dân; tiếp tục nghiên cứu để bảo đảm thực hiện tốt cơ chế bảo hiến, phù hợp với quy định của Hiến pháp năm 2013 và thể chế chính trị của nước ta ■

NGUYÊN TẮC “QUYỀN YÊU CẦU TÒA ÁN BẢO VỆ QUYỀN VÀ LỢI ÍCH HỢP PHÁP CỦA ĐƯƠNG SỰ”¹

Nguyễn Thị Thu Hà *

Vũ Hoàng Anh**

*PGS.TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

** ThS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khoá: Nguyên tắc, yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, Bộ luật Tố tụng dân sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/6/2020

Biên tập : 22/6/2020

Duyệt bài : 28/6/2020

Article Infomation:

Keywords: Principles; right to request courts to protect legitimate rights and interests, Civil Procedure Code

Article History:

Received : 10 Jun. 2020

Edited : 11 Jun. 2020

Approved : 28 Jun. 2020

Tóm tắt:

Nguyên tắc “Quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự” là một trong các nguyên tắc cơ bản và đặc trưng của pháp luật tố tụng dân sự. Khi xây dựng Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 (BLTTDS năm 2015), nguyên tắc này đã được sửa đổi, bổ sung, trong đó có những nội dung chứa đựng triết lý pháp luật mới ảnh hưởng sâu sắc tới việc xây dựng và thực hiện các quy định của pháp luật tố tụng dân sự. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả tập trung trình bày về nội dung quy định của pháp luật về nguyên tắc quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự theo BLTTDS năm 2015 và từ đó đưa ra các kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

The principle of “Right to request courts to protect legitimate rights and interests of the involved parties” is one of the basic and characteristic principles of the civil procedure law. This principle was amended with new legal philosophies that have profoundly influenced the development and enforcement of the legal regulations on of civil procedure when the Civil Procedure Code of 2015 was developed. Within the scope of this article, the author put focus on discussions on the legal contents on the principle of the right to request the court to protect the legitimate rights and interests of the involved parties in accordance with the Civil Procedure Code of 2015 and also provide recommendations for further improvements.

Theo Giáo sư Nguyễn Huy Đẩu: “*Một quyền lợi được luật pháp công nhận nhiều khi không đủ bảo đảm cho người có chủ quyền hưởng dụng: quyền lợi có thể bị phủ nhận, bị xâm phạm*”; vì vậy, “*chủ thể quyền lợi bị tổn thương có quyền buộc tha nhân phải tôn trọng*”

1 Bài viết này có sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài: “Cơ sở lý luận và thực tiễn hoàn thiện quy định: Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật áp dụng” của Bộ luật TTDS năm 2015” do TS. Nguyễn Văn Luật làm Chủ nhiệm.

quyền lợi bị đe dọa bằng những phương tiện hợp pháp”². Nói cách khác, khi xây dựng một hệ thống pháp luật, song song với việc ghi nhận quyền và nghĩa vụ, Nhà nước cần phải xây dựng các cơ chế để đảm bảo thực hiện các quyền và nghĩa vụ đó. Pháp luật dân sự Việt Nam trừu tượng nhiều phương thức giải quyết tranh chấp dân sự, trong đó có phương thức yêu cầu tòa án bảo vệ³. Quyền yêu cầu tòa án bảo vệ đã được ghi nhận thành một nguyên tắc trong BLTTDS năm 2015. Việc ghi nhận nguyên tắc này là bước đầu nhằm bảo đảm quyền tiếp cận công lý.

1. Nội dung của nguyên tắc quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp

1.1. Quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp

Muốn làm rõ nội dung của nguyên tắc quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, trước hết cần phân biệt khái niệm bảo vệ với khái niệm bảo đảm và bảo hộ.

Thứ nhất, phân biệt khái niệm bảo vệ và bảo đảm: Xét về ngôn ngữ học, “bảo vệ” được hiểu là chống lại mọi sự xâm phạm để giữ cho luôn luôn được nguyên vẹn⁴. Theo đó, nội dung của việc bảo vệ gồm hai hoạt động: *một là*, chống lại các hành vi xâm phạm; *hai là*, giữ gìn cho luôn được nguyên vẹn. Còn bảo đảm là, “làm cho chắc chắn thực hiện được, giữ gìn được, hoặc có đầy đủ những gì cần thiết”⁵; hoặc là “hứa chịu trách nhiệm về điều gì”, “cam đoan giữ

được, làm được đầy đủ”⁶. Bảo đảm là điều kiện cần phải có để thực hiện một điều gì, công việc gì. Như vậy, bảo đảm và bảo vệ là hai vấn đề khác nhau nhưng có nội dung tiếp giáp nhau và có mối liên hệ chặt chẽ với nhau. Bảo vệ chỉ đặt ra khi các quyền lợi hợp pháp bị xâm phạm, còn bảo đảm là tạo ra các điều kiện cần thiết để chủ thể thực hiện được các quyền lợi hợp pháp ngay cả khi không có sự xâm phạm⁷. Phân tích rõ hơn, tiếp cận theo sự tương hỗ, bảo đảm và bảo vệ là hai khâu tiếp giáp, liên kết nhau trong hoạt động giữ gìn nguyên vẹn các quyền lợi hợp pháp. Pháp luật bảo đảm quyền lợi bằng cách tạo ra các điều kiện thuận lợi để chủ thể của quyền lợi luôn luôn được thụ hưởng quyền lợi và hạn chế các hành vi xâm phạm. Tuy nhiên, pháp luật không thể đảm bảo tuyệt đối quyền lợi sẽ luôn luôn không bị xâm phạm, lúc này các biện pháp bảo đảm quyền lợi không còn tỏ ra hữu hiệu trong việc giữ gìn nguyên vẹn giá trị của quyền lợi. Khi đó, cần có biện pháp mạnh hơn để giữ nguyên giá trị của quyền lợi, lúc này, các cơ chế, biện pháp bảo vệ quyền lợi tỏ ra hữu hiệu nhằm mục đích ngăn chặn ngay lập tức hoặc trong tương lai gần các hành vi xâm phạm quyền lợi.

Thứ hai, phân biệt khái niệm bảo vệ và bảo hộ: Bảo hộ theo nghĩa chung nhất là sự che chở, không để bị hư hỏng, tổn thất⁸. Trong khoa học pháp lý, bảo hộ thường được hiểu là tất cả những hành vi mà Nhà nước

- 2 Nguyễn Huy Đậu (1962), Luật Dân sự - Tổ tụng Việt Nam, Xuất bản dưới sự bảo trợ của Bộ Tư pháp, Sài Gòn, tr.3.
- 3 Ngoài phương thức yêu cầu tòa án bảo vệ, các phương thức giải quyết tranh chấp dân sự hiện nay gồm có: tự bảo vệ, hòa giải, thương lượng và trọng tài.
- 4 Viện Ngôn ngữ học (2011), Từ điển tiếng Việt phổ thông, Nxb. Phương Đông, tr.34.
- 5 Hoàng Khê (1998), Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng, tr.36.
- 6 Nguyễn Lâm (2002), Từ điển từ và ngữ Hán Việt, Nxb. Văn học, Hà Nội, tr.40.
- 7 Võ Khánh Vinh (2003), Lợi ích xã hội và pháp luật, Nxb. Công an nhân dân, tr.196; trích trong Nguyễn Công Bình (2006), Bảo đảm quyền bình đẳng của đương sự trong tố tụng dân sự, Luận án Tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.23.
- 8 Viện Khoa học xã hội Việt Nam, Từ điển tiếng Việt; trích trong: Nguyễn Văn Luật (2005), Bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu hàng hóa ở Việt Nam, Luận án Tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr.39.

thực hiện nhằm công nhận và bảo vệ một quyền lợi nhất định⁹. Đối chiếu với khái niệm bảo vệ đã được phân tích ở trên, có thể nhận thấy bảo hộ và bảo vệ đều giống nhau ở mục đích đó là chống lại các hành vi xâm phạm quyền. Tuy nhiên, ở góc độ tổng quát, bảo hộ có các điểm khác so với bảo vệ đó là: *một là*, chủ thể thực hiện việc bảo hộ chỉ là Nhà nước, trong khi chủ thể thực hiện hoạt động bảo vệ ngoài Nhà nước, còn có thể là chính cá nhân bị xâm phạm; *hai là*, bảo hộ cũng có những điểm chung với bảo đảm, cụ thể là việc Nhà nước nhằm tạo ra các điều kiện thuận lợi để thực hiện một quyền nào đó - nói cách khác, bảo hộ có một phần tính chất giống bảo đảm và một phần tính chất giống bảo vệ. Trong nghiên cứu khoa học luật, thuật ngữ bảo hộ thường được sử dụng trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ, ví dụ như bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ.

Từ những phân tích trên, có thể thấy, vấn đề bảo vệ quyền chỉ đặt ra khi có hành vi xâm phạm tới quyền. Quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp là năng lực pháp luật tố tụng dân sự của các chủ thể và mọi chủ thể đều được bình đẳng về quyền. Điểm giống nhau của quyền yêu cầu tòa án bảo vệ với các quyền khác là ở chỗ quyền này đã được trao sẵn cho các chủ thể khi sinh ra (đối với cá nhân) hoặc khi thành lập (đối với cơ quan, tổ chức có tư cách pháp nhân). Tuy nhiên, điểm khác nhau giữa quyền yêu cầu tòa án bảo vệ so với các quyền khác là ở chỗ quyền này chỉ có thể sử dụng với điều kiện là có hành vi xâm phạm tới quyền.

Trong tố tụng dân sự, dựa vào tính chất của từng loại quan hệ dân sự mà nhà lập pháp xây dựng các thủ tục phù hợp để giải

quyết các quan hệ đó. Việc xây dựng các thủ tục tố tụng phù hợp giúp cho việc bảo vệ quyền lợi hợp pháp được nhanh chóng, hiệu quả và tiết kiệm. Hiện nay, có hai thủ tục được sử dụng để giải quyết các quan hệ dân sự bao gồm thủ tục giải quyết vụ án dân sự và thủ tục giải quyết việc dân sự¹⁰. Theo đó, các tranh chấp dân sự được giải quyết bởi thủ tục giải quyết vụ án dân sự và được bắt đầu bằng hành vi nộp đơn khởi kiện tại tòa án; các yêu cầu dân sự được giải quyết theo thủ tục giải quyết việc dân sự và được bắt đầu bằng hành vi nộp đơn yêu cầu tại tòa án. Như vậy, quyền yêu cầu tòa án bảo vệ được thể hiện dưới hai hình thức là khởi kiện vụ án dân sự hoặc yêu cầu giải quyết việc dân sự. Điều này được cụ thể hóa tại khoản 1 Điều 4 BLTTDS năm 2015: *“Cơ quan, tổ chức, cá nhân do Bộ luật này quy định có quyền khởi kiện vụ án dân sự, yêu cầu giải quyết việc dân sự tại Tòa án có thẩm quyền để yêu cầu Tòa án bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của mình hoặc của người khác”*. So với BLTTDS năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011), BLTTDS năm 2015 đã bổ sung thêm vai trò của Tòa án trong việc bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân để phù hợp với quy định của Hiến pháp năm 2013.

Thêm nữa, thuật ngữ “dân sự” được sử dụng tại Điều 4 BLTTDS năm 2015 phải được hiểu theo nghĩa rộng. Thuật ngữ “dân sự” ở đây được sử dụng để đại diện cho các nhóm quan hệ xã hội có tính chất tư bao gồm: dân sự, hôn nhân và gia đình, kinh doanh thương mại và lao động. Tư duy của các nhà lập pháp từ năm 2004 đến nay là giữ nguyên quan điểm, các quan hệ pháp luật có

9 Giáo trình Luật Sở hữu trí tuệ (2013), Trường Đại học Luật Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, tr.243.

10 Đối với thủ tục giải quyết vụ án dân sự lại được xây dựng thành hai thủ tục đó là thủ tục thông thường và thủ tục rút gọn, những vụ án dân sự đáp ứng Điều 316, 317 BLTTDS năm 2015 được áp dụng giải quyết theo thủ tục rút gọn.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

tính chất giống nhau sẽ được bảo vệ theo những trình tự, thủ tục giống nhau¹¹. Nội dung của khoản 1 Điều 4 BLTTDS năm 2015 có thể làm rõ như sau:

Thứ nhất, cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền khởi kiện vụ án dân sự, yêu cầu giải quyết việc dân sự để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Cá nhân, cơ quan, tổ chức muốn có quyền khởi kiện hoặc yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình thì người khởi kiện, yêu cầu phải có quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm hoặc có quyền và lợi ích hợp pháp cần được bảo vệ. Quyền khởi kiện, yêu cầu ở đây có thể hình thành trong hai trường hợp: một là trường hợp chủ thể đã tham gia vào quan hệ pháp luật dân sự; hai là trường hợp chủ thể không tham gia vào quan hệ pháp luật dân sự nhưng được thế quyền, kế quyền hoặc có quyền đối với người thứ ba. Kế quyền được hiểu là việc được tiếp nối, chuyển giao quyền từ chủ thể khác. Ví dụ, trong các trường hợp hợp nhất, chia, tách pháp nhân thì pháp nhân mới được kế thừa quyền và nghĩa vụ của pháp nhân trước đó, trong đó có quyền khởi kiện¹² hoặc người thừa kế hàng thứ nhất của người cho vay tiền có quyền khởi kiện để yêu cầu người vay tiền thực hiện nghĩa vụ¹³. Thế quyền được hiểu là việc thay thế để thừa hưởng quyền từ chủ thể khác. Ví dụ, bên có quyền yêu cầu thực hiện nghĩa vụ có thể chuyển giao quyền yêu cầu đó cho người thế quyền theo quy định của Bộ luật dân sự năm 2015 (BLDS năm 2015).

Thứ hai, cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền khởi kiện vụ án dân sự, yêu cầu giải quyết việc dân sự để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khác.

Không phải bất kỳ cơ quan, tổ chức, cá nhân nào cũng có quyền khởi kiện, yêu cầu để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của người khác. Quyền khởi kiện, yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự trong trường hợp này được xác định căn cứ vào quy định của pháp luật nội dung, cụ thể:

- Theo quy định của BLDS năm 2015 thì người đại diện theo pháp luật của người chưa thành niên trừ người từ đủ mười lăm tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi đã tham gia lao động theo hợp đồng lao động hoặc giao dịch dân sự bằng tài sản riêng của mình; người mất năng lực hành vi dân sự; người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự; người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi của mình có quyền khởi kiện, yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người chưa thành niên, người mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự, người có khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi.

- Cơ quan quản lý nhà nước về gia đình, cơ quan quản lý nhà nước về trẻ em, Hội liên hiệp phụ nữ Việt Nam trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có quyền khởi kiện, yêu cầu vụ việc về hôn nhân và gia đình theo quy định tại khoản 2 Điều 10, khoản 5 Điều 84, khoản 2 Điều 86, khoản 3 Điều 102, khoản 2 Điều 119 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014. Theo đó, các cơ quan này có quyền khởi kiện, yêu cầu về huỷ việc kết hôn trái pháp luật, yêu cầu thay đổi người trực tiếp nuôi con sau khi ly hôn, yêu cầu hạn chế quyền của cha, mẹ đối với con chưa thành niên, tranh chấp xác định cha, mẹ, con, tranh chấp về nghĩa vụ cấp dưỡng.

- Cơ quan lao động, thương binh và xã hội, hội liên hiệp phụ nữ có quyền yêu cầu

11 Xem Điều 88 đến Điều 92 Bộ luật Dân sự năm 2015.

12 Xem thêm Điều 590, Điều 591 Bộ luật Dân sự năm 2015, người thừa kế của người bị xâm phạm về nhân thân có quyền khởi kiện vụ án dân sự để yêu cầu bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng.

13 Xem Điều 68 BLTTDS năm 2015.

chấm dứt việc nuôi con nuôi theo Điều 26 Luật Nuôi con nuôi.

- Tổ chức đại diện tập thể lao động có quyền khởi kiện vụ án lao động trong trường hợp cần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của tập thể người lao động.

- Tổ chức xã hội tham gia bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng có quyền đại diện cho người tiêu dùng khởi kiện bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

- Cá nhân có quyền khởi kiện vụ án hôn nhân và gia đình để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người khác theo quy định tại khoản 2 Điều 10, khoản 5 Điều 84, khoản 2 Điều 86, khoản 3 Điều 102, khoản 2 Điều 119, khoản 2 Điều 51 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 và Điều 26 Luật Nuôi con nuôi. Trong trường hợp này thì các cá nhân sau đây có quyền khởi kiện:

+ Vợ, chồng của người đang có vợ, có chồng mà kết hôn với người khác; cha, mẹ, con, người giám hộ hoặc người đại diện theo pháp luật khác của người kết hôn trái pháp luật.

+ Người thân thích có quyền yêu cầu thay đổi người trực tiếp nuôi con sau khi ly hôn.

+ Người thân thích có quyền yêu cầu Tòa án hạn chế quyền của cha, mẹ đối với con chưa thành niên.

+ Cha, mẹ, con, người giám hộ có quyền yêu cầu Tòa án xác định cha, mẹ cho con chưa thành niên, con đã thành niên mất năng lực hành vi dân sự; xác định con cho cha, mẹ chưa thành niên hoặc mất năng lực hành vi dân sự trong các trường hợp được quy định tại khoản 2 Điều 101 của Luật Hôn nhân gia đình.

+ Người thân thích có quyền yêu cầu Tòa án buộc người không tự nguyện thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng phải thực hiện nghĩa vụ đó.

+ Cha, mẹ, người thân thích khác có

quyền yêu cầu Tòa án giải quyết ly hôn khi một bên vợ, chồng do bị bệnh tâm thần hoặc mắc bệnh khác mà không thể nhận thức, làm chủ được hành vi của mình, đồng thời là nạn nhân của bạo lực gia đình do chồng, vợ của họ gây ra làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến tính mạng, sức khỏe, tinh thần của họ.

+ Cha mẹ nuôi, con nuôi đã thành niên, cha mẹ đẻ hoặc người giám hộ của con nuôi có quyền yêu cầu chấm dứt việc nuôi con nuôi.

Thứ ba, cơ quan, tổ chức khởi kiện để bảo vệ lợi ích Nhà nước, lợi ích công cộng:

Cũng giống như trường hợp thứ hai, không phải bất kỳ cơ quan, tổ chức nào cũng có quyền để khởi kiện vì lợi ích Nhà nước, lợi ích công cộng. Những cơ quan, tổ chức có quyền khởi kiện trong trường hợp này phải được Nhà nước trao quyền quản lý trong phạm vi lĩnh vực nhất định. Ví dụ: cơ quan Tài nguyên và Môi trường có quyền khởi kiện vụ án dân sự để yêu cầu Tòa án buộc cá nhân, cơ quan, tổ chức có hành vi gây ô nhiễm môi trường phải bồi thường thiệt hại, khắc phục sự cố gây ô nhiễm môi trường. Ở đây, cơ quan, tổ chức khởi kiện không có quyền lợi hợp pháp bị xâm phạm nhưng vẫn được xác định tư cách là nguyên đơn trong vụ án dân sự¹⁴. Hiện nay, không có quy định cho phép cá nhân được khởi kiện vì lợi ích Nhà nước, lợi ích công cộng. Có lẽ xuất phát từ sự phức tạp trong những vụ án liên quan đến lợi ích Nhà nước, lợi ích công cộng và những khó khăn, hạn chế trong hoạt động chứng minh của cá nhân đi kiện cho lợi ích chung nên pháp luật chỉ ghi nhận quyền khởi kiện của cơ quan, tổ chức trong trường hợp này.

1.2. Trách nhiệm giải quyết vụ việc dân sự của Tòa án trong trường hợp chưa có điều luật áp dụng

14 Nguyễn Văn Tuấn, Mở rộng nguồn pháp luật đảm bảo quyền tiếp cận công lý tại Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 17/2018, tr.15.

Muốn xây dựng một nhà nước pháp quyền và hình thành tư duy sống, làm việc theo pháp luật thì đòi hỏi đặt ra là phải bảo đảm cho xã hội luôn có đủ pháp luật để tuân theo. Quan điểm triết học Mác-Lênin cho rằng, nhận thức là cái có sau thực tại¹⁵. Theo đó, dễ nhận thấy, pháp luật cũng có những hạn chế về tầm nhìn nên không thể dự liệu trước mọi tình huống pháp lý có thể xảy ra trong đời sống. Thêm vào đó, quan hệ dân sự là một trong những quan hệ phong phú, đa dạng và phổ biến nhất của đời sống. Dưới tác động của hội nhập, đổi mới và phát triển, các quan hệ dân sự luôn vận động, thay đổi càng đặt ra nhiều thách thức đối với pháp luật. Việc mong muốn pháp luật thành văn (hay luật viết) có thể điều chỉnh mọi quan hệ dân sự là điều bất khả thi. Cũng như bất kỳ sự tồn tại khách quan nào, luật viết luôn ở trong tình trạng vận động hướng tới sự hoàn thiện nhưng không bao giờ đạt đến sự tuyệt đối¹⁶. Chính vì vậy, việc đặt ra nguyên tắc giải quyết các quan hệ dân sự khi chưa có luật áp dụng là điều rất quan trọng.

Để giải quyết các hạn chế của việc thiếu luật điều chỉnh, nhiều quốc gia trên thế giới đã ghi nhận nguyên tắc tòa án không được từ chối thụ lý hay còn được gọi là nguyên tắc “bắt buộc thụ lý” trong Hiến pháp và các bộ luật của mình. Nguyên tắc này đã tạo ra cơ sở pháp lý quan trọng để người dân bước đầu được tiếp cận công lý tại Tòa án và hạn chế được tình trạng Tòa án trả lại đơn khởi kiện thiếu căn cứ. Kế thừa sự phát triển của pháp luật tố tụng dân sự trên thế giới, lần đầu tiên trong lịch sử lập pháp của Nhà nước ta, quy định Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có luật áp dụng đã được ghi nhận. Cụ thể, khoản 2

Điều 4 BLTTDS năm 2015 quy định: “*Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng. Vụ việc dân sự chưa có điều luật để áp dụng là vụ việc dân sự thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự nhưng tại thời điểm vụ việc dân sự đó phát sinh và cơ quan, tổ chức, cá nhân yêu cầu Tòa án giải quyết chưa có điều luật để áp dụng*”. Việc bổ sung quy định này làm kết cấu của Điều 4 trở nên chặt chẽ. Nếu khoản 1 Điều 4 ghi nhận quyền của người dân trong việc “cầu viện” công lý thì khoản 2 Điều 4 đặt ra trách nhiệm và cách ứng xử của Tòa án trước sự “thỉnh cầu” của người dân. Quy định trên vừa đặt ra thách thức để các thẩm phán phải luôn trau dồi năng lực chuyên môn của mình, vừa là cơ hội để thẩm phán thể hiện đúng vai trò là “đại diện công lý”, là “đỉnh cao của nghề luật”.

Bên cạnh đó, quy định của khoản 2 Điều 4 BLTTDS năm 2015 cần được hiểu ở phạm vi rộng hơn như sau:

Thứ nhất, về điều kiện tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự:

Không phải tất cả các trường hợp khi người dân có đơn khởi kiện, yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự là Tòa án đều thụ lý giải quyết. Tòa án chỉ có trách nhiệm thụ lý vụ việc dân sự nếu vụ việc dân sự đó thoả mãn đồng thời các điều kiện sau đây: (i) quan hệ được yêu cầu giải quyết thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự tức là các *quyền, nghĩa vụ về nhân thân và tài sản* của cá nhân, pháp nhân trong các quan hệ được hình thành trên cơ sở bình đẳng, tự do ý chí, độc lập về tài sản và tự chịu trách nhiệm; (ii) quan hệ được yêu cầu giải quyết thuộc thẩm quyền giải quyết của toà án theo thủ tục tố tụng dân sự, tức là quan hệ đó không thuộc

15 Nguyễn Ngọc Điện, Một số vấn đề lý luận về các phương pháp phân tích luật viết, Nxb. Tư pháp, Hà Nội năm 2016, tr.11.

16 Xem khoản 12 Điều 25, khoản 8 Điều 26, khoản 6 Điều 27, khoản 7 Điều 28, khoản 4 Điều 29, khoản 4 Điều 30, khoản 3 Điều 31, khoản 3 Điều 32 BLTTDS năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011).

thẩm quyền giải quyết của các cơ quan, tổ chức khác hoặc không được giải quyết ở Tòa án theo thủ tục khác như thủ tục tố tụng hành chính, thủ tục tố tụng hình sự, thủ tục tuyên bố phá sản; (iii) quan hệ được yêu cầu giải quyết chưa có điều luật áp dụng.

Ví dụ, các bên trong quan hệ hôn nhân yêu cầu tòa án giải quyết ly thân. Đây được coi là quan hệ dân sự chưa có điều luật áp dụng vì hiện nay ly thân chưa được quy định trong Luật Hôn nhân và gia đình. Ly thân là vấn đề pháp lý có ảnh hưởng đến các quan hệ nhân thân và tài sản là đối tượng điều chỉnh của pháp luật dân sự và không thuộc thẩm quyền giải quyết của cơ quan, tổ chức khác nên tòa án có trách nhiệm thụ lý giải quyết theo thủ tục tố tụng dân sự.

Thứ hai, nguyên tắc giải quyết vụ việc dân sự trong trường hợp chưa có điều luật áp dụng: Một trong những nguyên tắc chung được ghi nhận trong pháp luật tố tụng của Việt Nam là nguyên tắc thẩm phán xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Câu hỏi đặt ra là làm thế nào để việc giải quyết các vụ việc dân sự chưa có luật điều chỉnh không vi phạm nguyên tắc trên. Giải pháp đặt ra là phải xác định được nguyên tắc giải quyết quan hệ dân sự khi chưa có luật. Điều này giúp áp dụng thống nhất pháp luật và tránh sự lạm quyền của thẩm phán. Theo Điều 45 BLTTDS năm 2015, việc giải quyết vụ việc dân sự chưa có luật áp dụng được thực hiện theo thứ tự sau: (1) Áp dụng tập quán; (2)

Áp dụng tương tự pháp luật; (3) Áp dụng nguyên tắc cơ bản của pháp luật, án lệ, lệ công bằng. Với quy định này, nhận thức về nguồn pháp luật có sự thay đổi mang tính đột phá chứ không chỉ bó hẹp trong luật thành văn và tập quán như tư duy cũ.

Thứ ba, ảnh hưởng của nguyên tắc tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật áp dụng tới các quy định của BLTTDS năm 2015: Một trong những vai trò của nguyên tắc là định hướng cho việc xây dựng và thực hiện pháp luật. Tinh thần của khoản 2 Điều 4 có ảnh hưởng sâu sắc tới các quy định về thẩm quyền dân sự của tòa án. Trước đây, khoản cuối cùng của mỗi điều luật trong phần thẩm quyền dân sự của Tòa án theo loại việc điều quy định: “*Các tranh chấp hoặc yêu cầu khác mà pháp luật có quy định*”¹⁷. Theo quy định này, với những tranh chấp phát sinh sau khi BLTTDS năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) được ban hành, nếu không có văn bản pháp luật khác quy định tranh chấp đó thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án thì Tòa án không có thẩm quyền giải quyết. Hiện nay, để phù hợp với quy định tại khoản 2 Điều 4 BLTTDS 2015, khoản cuối cùng của các điều luật về thẩm quyền dân sự của Tòa án theo loại việc trong BLTTDS 2015 đã sửa đổi như sau: “*Các tranh chấp, yêu cầu khác về dân sự, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền giải quyết của cơ quan, tổ chức khác theo quy định của pháp luật*”¹⁸. Với quy định này,

17 Xem khoản 14 Điều 26, khoản 10 Điều 27, khoản 8 Điều 28, khoản 11 Điều 29, khoản 6 Điều 30, khoản 6 Điều 31, khoản 5 Điều 32, khoản 5 Điều 33 BLTTDS năm 2015.

18 BLTTDS Pháp quy định: “Thẩm phán nào từ chối xét xử, với lý do pháp luật không có quy định, quy định không rõ ràng hoặc không đầy đủ thì có thể bị truy tố tội từ chối công lý”. Nhằm cụ thể quy định này, Điều 434-7-15 Bộ luật Hình sự Pháp ngày 01/03/1994 quy định: Nếu Thẩm phán từ chối công lý khi đã được yêu cầu và tiếp tục từ chối công lý mặc dù đã được cảnh báo hoặc cấp trên ra lệnh thì bị phạt tiền 7500 Franc và cấm đảm nhiệm các chức vụ công quyền từ 5 đến 20 năm. Tại Bỉ, khi Thẩm phán từ chối công lý sẽ bị phạt tiền từ 200 euro đến 500 Euro hoặc có thể cấm đảm nhiệm chức vụ hoặc công việc trong lĩnh vực công quyền. Hay trong Luật hình sự của Luxembourg có quy định: nếu Thẩm phán xâm phạm các quyền tự do và các quyền hiến định khác sẽ bị phạt tù từ 15 ngày đến 1 năm. Xem: Ngô Quốc Chiến (2016), “Quyền tiếp cận công lý của công dân và nghĩa vụ xét xử của Tòa án”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, (03), tr.15 - 16.

trừ những tranh chấp dân sự đã được ghi nhận rõ là thuộc thẩm quyền giải quyết của các cơ quan, tổ chức khác thì các tranh chấp dân sự còn lại thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự đều thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án. Như vậy, quy định của khoản 2 Điều 4 đã mở rộng thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự của Tòa án.

Ngoài ra, khi Tòa án giải quyết vụ việc chưa có điều luật áp dụng thì bắt buộc phải có sự tham gia của Viện kiểm sát theo quy định tại khoản 2 Điều 21 BLTTDS năm 2015 nhằm đảm bảo Tòa án giải quyết vụ việc dân sự này đúng đắn, chính xác. Hoặc để có căn cứ cho Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao lựa chọn án lệ thì trong các phán quyết của Tòa án khi giải quyết các vụ việc dân sự chưa có điều luật áp dụng, hội đồng xét xử sơ thẩm, phúc thẩm ngoài việc phải căn cứ vào tài liệu, chứng cứ đã được xem xét tại phiên tòa, kết quả tranh tụng tại phiên tòa để phân tích, đánh giá, nhận định về yêu cầu, các tình tiết của vụ án, những căn cứ pháp luật mà Tòa án áp dụng, thì còn phải căn cứ vào tập quán, tương tự pháp luật, những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ hoặc lẽ công bằng, để chấp nhận hoặc không chấp nhận yêu cầu và giải quyết các vấn đề khác có liên quan (Điều 266, 313 BLTTDS năm 2015).

Thứ tư, chế tài pháp lý áp dụng cho thẩm phán vi phạm nguyên tắc Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có luật áp dụng: Một quy định nào có giá trị đến đâu cũng trở thành vô nghĩa nếu không đặt ra chế tài phù hợp dành cho nó. Việc xử lý trách nhiệm đối với thẩm phán một cách công bằng, kịp thời, khách quan và nghiêm minh là một đòi hỏi quan trọng để bảo đảm thực hiện tốt nguyên tắc trên. Nghiên cứu pháp luật tố tụng dân sự một số nước, có thể thấy chế tài áp dụng cho thẩm phán từ chối công lý được áp dụng khác nhau. Tùy theo mức độ vi phạm mà thẩm

phán có thể bị phạt tiền, cấm đảm nhiệm chức vụ hoặc chịu hình phạt tù¹. Ở Việt Nam, Tòa án Nhân dân tối cao đã ban hành quyết định số 120/QĐ-TANDTC ngày 19/06/2017 quy định về xử lý trách nhiệm người giữ chức danh tư pháp trong Tòa án nhân dân. Theo đó, Điều 9 và Điều 10 của Quyết định này quy định, thẩm phán sẽ bị xử lý trách nhiệm bằng hình thức kiểm điểm trước cơ quan, đơn vị khi: *“Trả lại đơn khởi kiện không đúng quy định của pháp luật, gây ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân hoặc gây dư luận xấu, ảnh hưởng đến uy tín của TAND”*. Nếu vẫn tiếp tục vi phạm, thẩm phán có thể bị tạm dừng thực hiện nhiệm vụ được giao trong 30 ngày. Để người dân bảo vệ tốt quyền lợi của mình, khoản 2 Điều 192 BLTTDS năm 2015 quy định: khi trả lại đơn khởi kiện cho người khởi kiện, thẩm phán phải có văn bản nêu rõ lý do trả lại đơn. Văn bản này là cơ sở để đương sự thực hiện quyền khiếu nại về việc trả lại đơn khởi kiện của Tòa án nếu cho rằng hành vi đó là không đúng quy định của pháp luật.

2. Những bất cập trong quy định của pháp luật về nguyên tắc quyền yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp

Thứ nhất, việc sử dụng thuật ngữ “vụ việc dân sự” tại khoản 2 Điều 4 BLTTDS năm 2015 là chưa phù hợp về logic. Xét về trình tự tố tụng, trước khi vào sơ thẩm vụ việc dân sự, thẩm phán phải thực hiện thủ tục tiền thụ lý. Thủ tục tiền thụ lý bao gồm các công việc như xem xét quyền của chủ thể khởi kiện, năng lực hành vi tố tụng dân sự của chủ thể khởi kiện, thẩm quyền của Tòa án... Nếu tranh chấp hoặc yêu cầu dân sự không đáp ứng các điều kiện thụ lý thì Tòa án sẽ trả lại đơn khởi kiện, đơn yêu cầu. Một tranh chấp dân sự hoặc một yêu cầu dân sự chỉ trở thành một vụ án dân sự hoặc một việc dân sự nếu Tòa án chấp nhận thụ lý quan hệ đó. Khi Tòa án từ chối giải quyết

một quan hệ pháp luật chính là việc Tòa án từ chối thụ lý giải quyết quan hệ đó, việc từ chối lúc này được diễn ra ở giai đoạn tiền thụ lý nên vụ việc dân sự chưa thể được hình thành.

Thứ hai, khoản 1 Điều 4 BLTTDS năm 2015 quy định chủ thể có quyền khởi kiện, yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự bao gồm cơ quan, tổ chức, cá nhân. Điều này dẫn đến các cách hiểu khác nhau về chủ thể khởi kiện, yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự là tổ chức. *Cách hiểu thứ nhất cho rằng*, khi BLTTDS năm 2015 dùng từ tổ chức thì cần hiểu là sẽ có tổ chức có tư cách pháp nhân nhưng cũng có những tổ chức không có tư cách pháp nhân và cả hai tổ chức này đều có quyền khởi kiện, yêu cầu nhân danh cho chính tổ chức đó và có thể là đương sự trong vụ việc dân sự. *Cách hiểu thứ hai cho rằng*, chủ thể được gắn với từ “tổ chức” sẽ luôn có tư cách pháp nhân để độc lập tham gia tố tụng tại toà án¹⁹.

Ngoài ra, quy định tại khoản 1 Điều 4 BLTTDS năm 2015 còn mâu thuẫn với quy định của BLDS năm 2015. Theo quy định của BLDS năm 2015, chỉ còn hai loại chủ thể tham gia quan hệ dân sự là cá nhân và pháp nhân; các chủ thể như hộ gia đình, tổ hợp tác, doanh nghiệp tư nhân, văn phòng luật sư và các tổ chức khác không có tư cách pháp nhân, không được coi là chủ thể tham gia quan hệ dân sự. Vì vậy, khi tham gia quan hệ dân sự, tổ hợp tác, hộ gia đình, tổ chức khác sẽ tham gia với tư cách là cá nhân hoặc nhóm cá nhân. Điều 101 BLDS năm 2015 quy định, “*hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự thì các thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân là*

chủ thể tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự hoặc ủy quyền cho người đại diện tham gia xác lập, thực hiện giao dịch dân sự... Trường hợp thành viên của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân tham gia quan hệ dân sự không được các thành viên khác ủy quyền làm người đại diện thì thành viên đó là chủ thể của quan hệ dân sự do mình xác lập, thực hiện”. Điều này có nghĩa là, khi tổ hợp tác, hộ gia đình, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân không có năng lực chủ thể độc lập tham gia vào các quan hệ pháp luật nội dung thì cũng không thể trở thành chủ thể độc lập nhân danh chính tổ chức trong các quan hệ tố tụng. Hay nói cách khác, tổ hợp tác, hộ gia đình, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự với tư cách là cá nhân hoặc nhóm cá nhân thì khi xảy ra tranh chấp liên quan đến các giao dịch dân sự do các thành viên của tổ hợp tác, hộ gia đình, tổ chức không có tư cách pháp nhân thực hiện thì các thành viên của tổ hợp tác, hộ gia đình, tổ chức không có tư cách pháp nhân sẽ là người khởi kiện và được xác định là đương sự trong vụ án dân sự chứ hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân không phải là đương sự. Điều này cũng tương thích với Luật doanh nghiệp năm 2014 khi quy định chủ doanh nghiệp tư nhân là nguyên đơn, bị đơn hoặc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Tòa án trong các tranh chấp liên quan đến doanh nghiệp (khoản 3 Điều 185 Luật doanh nghiệp năm 2014).

Thứ ba, Theo quy định tại Điều 266 và Điều 313 BLTTDS năm 2015 thì trong bản án sơ thẩm, bản án phúc thẩm đều có quy định rõ Hội đồng xét xử cần có phân tích, lý giải, lập luận về cách áp dụng pháp luật khi

19 Nguyễn Thị Hương, Khởi kiện và thụ lý vụ án dân sự - Những vấn đề lý luận và thực tiễn, Luận án Tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2019, tr.89.

ra phán quyết để giải quyết vụ việc dân sự chưa có điều luật áp dụng. Tuy nhiên, đối với quyết định giám đốc thẩm thì lại chỉ đề cập chung chung là phải phân tích quan điểm về việc giải quyết vụ án và những căn cứ để chấp nhận hoặc không chấp nhận kháng nghị (khoản 2 Điều 348 BLTTDS năm 2015) hoặc chỉ đề cập đến trường hợp quy định của pháp luật chưa rõ ràng, còn có cách hiểu khác nhau thì Hội đồng xét xử giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần có lập luận để làm rõ quy định của pháp luật còn có cách hiểu khác nhau; phân tích, giải thích các vấn đề, sự kiện pháp lý và chỉ ra nguyên nhân, đường lối xử lý, quy phạm pháp luật cần áp dụng nếu có (khoản 3 Điều 348 BLTTDS năm 2015). Trong quyết định giám đốc thẩm chưa đề cập đến trường hợp vụ án thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 4 BLTTDS năm 2015 thì hội đồng xét xử giám đốc thẩm dựa trên căn cứ pháp lý nào để giải quyết.

Thứ tư, theo quy định của Điều 44 BLTTDS năm 2015, thủ tục thụ lý, giải quyết vụ việc dân sự chưa có điều luật áp dụng được thực hiện theo quy định của BLTTDS năm 2015. Tuy nhiên, vụ việc dân sự chưa có điều luật áp dụng có những điểm khác biệt so với các vụ việc dân sự thông thường khác, thường là phức tạp hơn. Vì vậy, ngoài việc pháp luật quy định Tòa án thụ lý giải quyết vụ việc dân sự chưa có điều luật áp dụng theo các quy định chung về thụ lý, giải quyết các loại vụ việc dân sự khác thì pháp luật cần phải có những quy định riêng về thụ lý, giải quyết loại vụ việc dân sự này.

3. Kiến nghị

Thứ nhất, cần sửa đổi quy định của khoản 2 Điều 4 BLTTDS năm 2015 như sau: 2. Tòa án không được từ chối giải quyết *tranh chấp, yêu cầu dân sự* vì lý do chưa có

điều luật để áp dụng. *Tranh chấp, yêu cầu dân sự* chưa có điều luật để áp dụng là *tranh chấp, yêu cầu dân sự* thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự nhưng tại thời điểm *tranh chấp, yêu cầu dân sự* đó phát sinh và cơ quan, tổ chức, cá nhân *yêu cầu* Tòa án giải quyết chưa có điều luật để áp dụng.

Thứ hai, sửa đổi quy định của khoản 1 Điều 4 BLTTDS năm 2015 về chủ thể có quyền khởi kiện, *yêu cầu* và các điều có liên quan trong Bộ luật này cho phù hợp với BLDS năm 2015; theo đó, chỉ có cá nhân, pháp nhân có quyền khởi kiện, *yêu cầu* và được xác định là đương sự trong vụ việc dân sự. Đồng thời, Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn về quyền khởi kiện và việc xác định tư cách đương sự của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân theo hướng: tranh chấp liên quan đến tổ hợp tác, hộ gia đình, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân thì thành viên của tổ hợp tác, hộ gia đình, tổ chức không có tư cách pháp nhân là người khởi kiện và được xác định là đương sự trong vụ án dân sự.

Thứ ba, sửa đổi Điều 348 BLTTDS năm 2015 theo hướng, khi giải quyết vụ việc dân sự thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 4 BLTTDS năm 2015, Hội đồng xét xử cần căn cứ vào tập quán, tương tự pháp luật, những nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ hoặc lẽ công bằng, để chấp nhận hoặc không chấp nhận kháng nghị và giải quyết các vấn đề khác có liên quan.

Thứ tư, sửa đổi BLTTDS năm 2015 theo hướng, bổ sung quy định không áp dụng các quy định về thủ tục rút gọn để giải quyết các vụ việc dân sự chưa có điều luật áp dụng đồng thời có quy định riêng về trình tự, thủ tục thụ lý và giải quyết các vụ việc dân sự chưa có điều luật áp dụng ■

BẢO ĐẢM “QUYỀN IM LẶNG” CỦA BỊ CÁO TRONG HOẠT ĐỘNG XÉT XỬ SƠ THẨM CÁC VỤ ÁN HÌNH SỰ

Võ Quốc Tuấn*

*TS. Chánh án Tòa án nhân dân TP. Nha Trang, Khánh Hòa.

Thông tin bài viết:

Từ khoá: Quyền im lặng, bảo đảm quyền im lặng, bị cáo.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/5/2020

Biên tập : 04/6/2020

Duyệt bài : 10/6/2020

Tóm tắt:

Hiến pháp năm 2013 và Bộ Luật Tố tụng hình sự năm 2015 đã gián tiếp ghi nhận quyền im lặng của người bị buộc tội trong tố tụng hình sự. Vậy, cần phải bảo đảm thực hiện quyền này của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự của Tòa án như thế nào? Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích khái niệm, thực trạng bảo đảm quyền im lặng của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự ở Tòa án Việt Nam hiện nay và đề xuất một số kiến nghị nhằm bảo đảm quyền im lặng của bị cáo.

Article Information:

Keywords: Right to silence; assurance of the right to silence; the accused person

Article History:

Received : 20 May, 2020

Edited : 04 Jun, 2020

Approved : 10 Jun, 2020

Abstract:

The Constitution of 2013 and the Criminal Procedure Code of 2015 both indirectly recognized the right of the accused persons to silence in criminal proceedings. It is necessary to ensure exercising this right of the defendant in the first instance trial of criminal cases of the court. Within the scope of this article, the author presents, analyzes the concept and the current situation to ensure the right to silence of the defendant in the first instance trial of criminal cases in the current Vietnamese Court and proposes a number of recommendations to ensure the right of the defendant to silence.

1. Khái niệm bảo đảm quyền im lặng của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự

Trong tố tụng hình sự (TTHS) ở nhiều nước, quyền im lặng được coi “là sự phòng vệ rất tự nhiên”¹ của người bị buộc tội trước sự cáo buộc của cơ quan công quyền. Pháp luật cho phép khi người bị buộc tội “tự thấy chưa đủ điều kiện về nhiều mặt như kiến

thức pháp luật, thể chất, tinh thần; họ cần thời gian để bình tĩnh suy nghĩ cân nhắc, cần có người trợ giúp về mặt pháp lý để tránh tình trạng tự đưa mình vào tình thế bất lợi, tự buộc tội chính mình”². Theo đó, người bị buộc tội “có quyền nói hoặc giữ im lặng trong giai đoạn điều tra và giai đoạn xét xử. Sự “im lặng” này không được coi là một lý do để xác định có tội hay vô tội”³. Như vậy,

1 Võ Văn Tài, Trịnh Tuấn Anh (2015), Một số vấn đề lý luận về quyền im lặng trong TTHS, Tạp chí phát triển KH&CN, tập 19, quyển 3, 2016, tr.90.
 2 <https://dantri.com.vn/xa-hoi/thuc-hien-quyen-im-lang-de-giam-toi-da-oan-sai-1435200544.htm>.
 3 Vũ Công Giao, Nguyễn Minh Tâm (2017), Quyền im lặng trên thế giới và gợi mở cho việc bảo đảm quyền con người trong TTHS theo Hiến pháp năm 2013, trong Sách “Thực hiện các quyền hiến định trong Hiến pháp năm 2013”, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.307.

quyền im lặng của bị cáo là một yếu tố quan trọng bảo đảm phiên tòa hình sự được diễn ra công bằng, tiến bộ và là một trong những yếu tố nhằm giảm án oan sai, tránh bức cung, nhục hình trong hoạt động tố tụng.

Ở Việt Nam, quyền im lặng của người bị buộc tội nói chung và bị cáo nói riêng, tuy chưa được ghi nhận trực tiếp và trở thành một điều luật độc lập, nhưng xét về mặt nội dung, quyền im lặng được gián tiếp ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013, các văn bản luật như Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014, Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2014, Bộ luật Hình sự năm 2015, Bộ luật TTHS năm 2015 và các văn bản dưới luật khác. Theo đó, quyền im lặng của bị cáo được thể hiện thông qua các quy định về nguyên tắc hoạt động, chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan tố tụng, người tiến hành tố tụng. Điểm h khoản 2 Điều 61 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định: bị cáo có quyền trình bày lời khai, trình bày ý kiến, không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội; khoản 3 Điều 309 quy định: nếu bị cáo không trả lời các câu hỏi thì Hội đồng xét xử (HĐXX), Kiểm sát viên (KSV), người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại, đương sự tiếp tục hỏi những người khác và xem xét vật chứng, tài liệu có liên quan đến vụ án. Xét về nội hàm, quy định bị cáo có quyền không đưa ra lời khai chống lại chính mình, “đồng nghĩa với việc người bị buộc tội có quyền không khai những điều chứa đựng thông tin bất lợi cho bản thân mình. Quy định này có thể hiểu tương đương với quyền im lặng”⁴. Như vậy, bị cáo có toàn quyền và độc lập ý chí, tự chủ trong việc khai báo, trình bày lời khai mà không phải là nghĩa vụ bắt buộc, và cơ quan, người tiến hành tố tụng, các chủ thể khác không được ép buộc bị cáo phải khai báo.

Xét xử sơ thẩm vụ án hình sự là một giai đoạn bắt buộc của quá trình tố tụng trong giải quyết vụ án hình sự. Bị cáo có quyền im

lặng tính từ thời điểm Tòa án quyết định đưa vụ án hình sự ra xét xử, cho đến khi Tòa án thực hiện các thủ tục bắt đầu phiên tòa, xét hỏi, tranh luận, nghị án và tuyên án. Tuy nhiên, trong quá trình đó, không nên hiểu quyền im lặng của bị cáo một cách tuyệt đối, cứng nhắc là bị cáo có quyền không giao tiếp, quyền không trả lời câu hỏi của người tiến hành tố tụng mà bị cáo thực hiện quyền im lặng có thể với một hoặc nhiều chủ thể bằng việc *từ chối trả lời, từ chối đưa ra lời khai nếu lời khai có chứa đựng thông tin chống lại họ hoặc buộc họ phải nhận mình có tội*. Ngược lại, đối với các câu hỏi khác không chứa đựng thông tin chống lại hoặc buộc bị cáo phải nhận mình có tội thì bị cáo không cần thực hiện quyền im lặng. Điều đó có nghĩa là quyền im lặng không mâu thuẫn với quyền khai báo hay loại trừ quyền khai báo mà tại phiên tòa bị cáo có quyền khai báo. Pháp luật quy định việc nhận tội của bị cáo luôn được xem là tình tiết giảm nhẹ trong quyết định hình phạt đối với bị cáo. Do vậy, không nên hiểu một cách máy móc, cứng nhắc rằng, tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự bị cáo thực hiện quyền im lặng là không khai báo, bất hợp tác mà quyền im lặng rộng hơn việc không khai báo.

Hiến pháp năm 2013 và Bộ luật TTHS năm 2015 quy định, Tòa án có nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân. Do vậy, một khi quyền im lặng được pháp luật ghi nhận thì các cơ quan tố tụng nói chung và Tòa án phải bảo đảm thực hiện quyền đó cho bị cáo. Cụ thể, tại phiên tòa, trong khi bị cáo thực hiện quyền im lặng, người tiến hành tố tụng phải xem xét tất cả các chứng cứ thu thập được trong giai đoạn điều tra cùng với các chứng cứ mới được thu thập một cách công khai, khách quan, toàn diện, đầy đủ; làm rõ những chứng cứ xác định có tội và chứng cứ xác định vô tội; những tình tiết tăng nặng và giảm nhẹ trách nhiệm hình sự của bị cáo. Từ đó, Tòa án ra bản án và các quyết định theo quy định của pháp luật xác

4 <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=207231>.

định là tội phạm và quyết định hình phạt đối với người đã có hành vi phạm tội.

Sự ghi nhận bằng pháp luật đối với quyền im lặng của bị cáo tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự chỉ mới là điều kiện cần. Điều kiện đủ ở đây là cần phải tổ chức thực hiện, áp dụng các quy định của pháp luật đó vào thực tế và bảo đảm cho bị cáo sử dụng quyền đó. Tại phiên tòa xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự, mặc dù có nhiều chủ thể tham gia việc bảo đảm quyền im lặng của bị cáo, tuy nhiên, các chủ thể chính là Chủ tọa phiên tòa, Thẩm phán, Hội thẩm nhân dân (HTND), Kiểm sát viên (KSV), người bào chữa. Những người này có nghĩa vụ thực hiện hay không thực hiện những công việc do luật quy định và phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về những hành vi và quyết định của mình.

Từ những phân tích trên, có thể hiểu, *bảo đảm quyền im lặng của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự của Tòa án là việc ghi nhận bằng pháp luật quyền im lặng của bị cáo; trách nhiệm các chủ thể tham gia phiên tòa tạo điều kiện cần thiết để bị cáo sử dụng quyền im lặng theo quy định của pháp luật.*

2. Thực tiễn bảo đảm quyền im lặng của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự hiện nay

Thực tiễn hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự những năm gần đây cho thấy, HĐXX đã tạo điều kiện để bị cáo thực hiện quyền im lặng của mình tại phiên tòa. Tình trạng mớm cung, ép cung, bức cung được hạn chế ở mức thấp nhất. Văn hóa xét xử của Thẩm phán, Hội thẩm được cải thiện rõ rệt. Những vụ án lớn, nghiêm trọng được dư luận xã hội quan tâm đều được đưa ra xét xử kịp thời, đúng pháp luật. Phần lớn ở các phiên tòa, HĐXX đã thực hiện đúng dẫn

nhệm vụ của mình, thể hiện được vị trí, vai trò trung tâm trong hoạt động tranh luận tại phiên tòa, không có những biểu hiện hạn chế thời gian tranh luận, hay định hướng việc tranh luận giữa các bên theo đề cương xét xử đã chuẩn bị trước. HĐXX đã xác định lời khai của bị cáo tại tòa không phải căn cứ duy nhất để định tội mà phải xem xét thấu đáo, khách quan, toàn diện tại phiên tòa các chứng cứ, tài liệu buộc tội, gỡ tội trên nguyên tắc tôn trọng sự thật khách quan; tranh tụng; suy đoán vô tội; độc lập trong xét xử. Bản án của Tòa án tuyên đều dựa trên kết quả tranh tụng tại phiên tòa. Ở nhiều phiên tòa, bị cáo sử dụng quyền im lặng bằng cách không khai báo, không trả lời câu hỏi của HĐXX, KSV “nhưng các cơ quan tiến hành tố tụng vẫn xác định được sự thật vụ án để buộc tội các bị cáo một cách “tâm phục khẩu phục”⁵.

Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được, việc bảo đảm quyền im lặng của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự của Tòa án còn tồn tại những bất cập sau:

Pháp luật hiện hành chưa có điều khoản cụ thể, độc lập để quy định về quyền im lặng của bị cáo. Các quy định hiện hành đều gián tiếp đề cập đến các khía cạnh của quyền im lặng. Bên cạnh đó, “vẫn chưa có văn bản hướng dẫn về cách thức, trình tự, thủ tục thực hiện; từ đó dẫn đến nhiều khó khăn, lúng túng cho các cơ quan và người tiến hành tố tụng khi giải quyết các vụ án⁶. Do vậy, việc áp dụng pháp luật bảo vệ quyền im lặng của bị cáo tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự “còn gây tranh cãi và chưa được bảo vệ hiệu quả ở nước ta, nhất là khi quyền tiếp cận luật sư của người bị tạm giữ, bị can, bị cáo còn nhiều hạn chế”⁷ hoặc “do kỹ thuật lập pháp không quy định trực tiếp

5 <https://nld.com.vn/phap-luat/quyen-im-lang-hieu-sao-cho-dung-20170623231637035.htm>.

6 <https://kiemsat.vn/quyen-im-lang-cua-bi-cau-va-nhung-yeu-cau-voi-kiem-sat-vien-tai-phiên-toa-hình-sù-50450.html>.

7 Vũ Công Giao, Nguyễn Minh Tâm (2017), Quyền im lặng trên thế giới và gợi mở cho việc bảo đảm quyền con người trong TTHS theo Hiến pháp năm 2013, trong Sách “Thực hiện các quyền hiến định trong Hiến pháp năm 2013”, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.312.

quyền không trình bày lời khai mà chỉ có thể hiểu gián tiếp nên thực tế những quy định trên không được chấp hành nghiêm”⁸.

Quy định của pháp luật hiện hành vẫn coi trọng địa vị pháp lý của những người tiến hành tố tụng trong khi địa vị của người bào chữa chưa hoàn toàn được độc lập với các chủ thể khác. Điều này dẫn đến tâm lý của người tiến hành tố tụng như thẩm phán, KSV tự cho mình quyền năng cao hơn, đứng trên các chủ thể khác trong phiên tòa. Bên cạnh đó, phiên tòa xét xử hình sự vẫn còn nặng về “xét hỏi”, làm cho cơ quan buộc tội không chủ động tranh luận, trong khi Tòa án không phát huy vai trò “trọng tài” chứng kiến, xem xét cuộc tranh luận và vẫn coi là một bên của tranh luận thì quyền bào chữa của bị cáo sẽ không được thực hiện trên thực tế. Như vậy, mặc dù pháp luật đã trao cho bị cáo quyền chủ động, tích cực tham gia phiên tòa, sử dụng pháp luật về bảo vệ quyền lợi cho mình nhưng trước thực trạng trên, một số bị cáo sử dụng quyền im lặng của mình một cách thụ động như thực hiện quyền “không khai báo” khi HĐXX xét hỏi.

Trong mô hình tố tụng ở nước ta hiện nay, trong chừng mực nhất định, Tòa án còn có vai trò “chi phối”, “định hướng” đến hoạt động tranh luận tại phiên tòa. Trên thực tế, trong nhiều vụ án xét xử sơ thẩm hình sự, HĐXX chưa vô tư, công bằng trong việc tìm kiếm sự thật khách quan của vụ án, trong khi đó bị cáo không thực hiện quyền trình bày lời khai bị đánh giá là “thiếu thành khẩn”, “không hợp tác với cơ quan tố tụng”; nghi can tự bào chữa bị coi là “quan co, chối tội hòng trốn tránh trách nhiệm”... tất cả những tình tiết này đều bị tòa án dùng làm căn cứ để quyết định mức án nặng hơn⁹.

Ở nhiều phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự gần đây, khi bị cáo sử dụng quyền im lặng thì HĐXX, KSV lúng túng, bị động, thiếu sự phối hợp bởi Bộ luật TTHS năm 2015 và các văn bản hướng dẫn thực hiện “chưa có quy định cụ thể hoặc hướng dẫn; hơn nữa chưa có tài liệu nghiệp vụ nào quy định về cách thức, trình tự, thủ tục để các cơ quan và người tiến hành tố tụng thực hiện khi bị can, bị cáo thực hiện quyền im lặng”¹⁰. Trong trường hợp này, Tòa án thường trả hồ sơ cho Viện kiểm sát để tiến hành điều tra bổ sung hoặc hoãn phiên tòa để điều tra bổ sung.

Người bào chữa chưa tích cực phát huy hết trách nhiệm của mình trong việc tranh luận tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự nên họ có xu hướng “cổ súy, nhiệt tình ủng hộ các thân chủ của mình thực hiện “quyền im lặng” ở các giai đoạn tố tụng, nhất là khi vụ án được đưa ra xét xử”¹¹.

Một số KSV làm nhiệm vụ thực hành quyền công tố tại phiên tòa chưa quán triệt nguyên tắc suy đoán vô tội; vẫn còn tư duy coi bị cáo là người có tội theo bản cáo trạng đã chuẩn bị sẵn, khi luận tội chỉ chú ý mục tiêu bảo vệ các quan điểm của VKS trong bản cáo trạng mà không xuất phát và căn cứ vào kết quả điều tra công khai và tranh tụng tại phiên tòa. Do vậy, khi tranh luận, KSV chỉ chú ý đến bị cáo có tội hay không mà chưa chú ý đến những điều kiện và nguyên nhân phạm tội của bị cáo, những tình tiết giảm nhẹ hình phạt cho bị cáo. Một số KSV chưa thật sự tích cực trong việc đi tìm sự thật khách quan của vụ án mà “giữ nguyên quan điểm như cáo trạng”, cá biệt có KSV từ chối tham gia phiên tòa mà không có lý do chính đáng¹². Do đó, việc bị cáo sử dụng quyền im lặng của mình tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự như là “vũ khí phòng vệ”.

8 <https://dantri.com.vn/xa-hoi/thuc-hien-quyen-im-lang-de-giam-toi-da-oan-sai-1435200544.htm>.

9 <https://dantri.com.vn/xa-hoi/thuc-hien-quyen-im-lang-de-giam-toi-da-oan-sai-1435200544.htm>.

10 <https://kiemsat.vn/quyen-im-lang-cua-bi-cau-va-nhung-yeu-cau-voi-kiem-sat-vien-tai-phiên-toa-hinh-su-50450.html>.

11 <https://kiemsat.vn/quyen-im-lang-cua-bi-cau-va-nhung-yeu-cau-voi-kiem-sat-vien-tai-phiên-toa-hinh-su-50450.html>.

12 <http://tks.edu.vn/thong-tin-khoa-hoc/chi-tiet/79/33>.

Ở một số phiên tòa, chủ tọa chưa chú ý đến thực hiện nguyên tắc dân chủ, công khai minh bạch, chưa đề cao tranh tụng mà còn nặng về xét hỏi; không bảo đảm quyền được thể hiện ý kiến, quan điểm của người bào chữa đối với bị cáo. Chủ tọa vẫn dành quyền hỏi nhiều hơn so với KSV và luật sư. Một số chủ tọa phiên tòa không chỉ hỏi mà còn đưa ra quan điểm nhận xét, bình luận các ý kiến và đánh giá về lời khai, giáo dục bị cáo. Do vậy, bị cáo có tâm lý không hợp tác và họ sử dụng quyền im lặng. Khi bị cáo sử dụng quyền im lặng, những người tiến hành tố tụng cho rằng, bị cáo không thành khẩn, không hợp tác, thậm chí coi đây là tình tiết tăng nặng.

3. Một số kiến nghị nhằm bảo đảm quyền im lặng của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự

Để bảo đảm quyền im lặng của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự, chúng tôi cho rằng, cần thực hiện một số giải pháp sau:

Thứ nhất, Tòa án nhân dân tối cao, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an cần phối hợp ban hành văn bản liên tịch giải thích nội hàm quyền im lặng của người bị buộc tội, hướng trình tự, thủ tục và trách nhiệm của các cơ quan, người tiến hành tố tụng trong việc bảo đảm quyền im lặng của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự của Tòa án.

Thứ hai, tăng cường công tác đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ cho thẩm phán, hội thẩm nhân dân nhằm nâng cao nhận thức về ý nghĩa, vai trò của việc bảo đảm thực hiện quyền im lặng của bị cáo: im lặng là quyền của bị cáo, những lời khai của bị cáo tại tòa không phải là chứng cứ duy nhất để buộc tội bị cáo; bảo đảm quyền im lặng phải được thực hiện đồng thời với thực hiện nguyên tắc “trách nhiệm chứng minh”, “suy đoán vô tội”, “đảm bảo quyền bào chữa”... Tổ chức tập huấn, đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ cho thẩm phán, hội thẩm nhân dân khi có hướng dẫn về trình tự, thủ tục bảo đảm quyền im

lặng của bị cáo tại phiên tòa sơ thẩm các vụ án hình sự.

Thứ ba, tăng cường công tác đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ cho KSV; Nâng cao nhận thức, kỹ năng và trách nhiệm của KSV trong thực hành quyền công tố và kiểm sát hoạt động xét xử để góp phần bảo đảm quyền im lặng của bị cáo tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự. KSV phải nắm chắc toàn bộ tiến trình điều tra vụ án, nghiên cứu kỹ hồ sơ vụ án (bao gồm những chứng cứ buộc tội và chứng cứ gỡ tội cho bị cáo), chuẩn bị tốt cho việc tranh tụng tại phiên tòa. Khi bị cáo sử dụng quyền im lặng, KSV chỉ công bố các chứng cứ thu thập được trong quá trình điều tra, truy tố kết hợp với xét hỏi các bị cáo khác, bị hại, người làm chứng... tại phiên tòa. Khi có những tình tiết mới phát sinh chưa được kiểm tra làm rõ thì KSV đề nghị ngay với Chủ tọa cho dừng phiên tòa, trả hồ sơ để điều tra bổ sung.

Thứ tư, đẩy mạnh công tác đào tạo, bồi dưỡng nghiệp vụ nhằm nâng cao năng lực cho đội ngũ luật sư bảo vệ bị cáo. Đề nắm được các tình tiết của vụ án, bảo vệ tốt các quyền của bị cáo, luật sư phải theo dõi mọi diễn biến tại phiên tòa, lắng nghe các câu hỏi của HĐXX, KSV, người bào chữa và các câu trả lời của những người bị hỏi. Khi được hỏi, luật sư phải đặt những câu hỏi sắc bén, ngắn gọn, tập trung vào những vấn đề quan trọng của vụ án nhưng chưa được làm sáng tỏ và có lợi nhất cho người mà mình bảo vệ. Luật sư không nên cố sù, hướng dẫn bị cáo sử dụng quyền im lặng một cách thụ động mà gây khó khăn cho các chủ thể khác.

Thứ năm, tăng cường tuyên truyền, giáo dục pháp luật về quyền im lặng cho bị cáo tại phiên tòa hình sự để họ hiểu và sử dụng đúng quyền của mình. Tại phiên tòa, chủ tọa cần giải thích rõ quyền không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội cho bị cáo. Chủ tọa phải giải thích để bị cáo hiểu rõ khi nào nên sử dụng quyền im lặng và sử dụng như thế nào giúp bị cáo ăn năn hối cải mà thành thật khai báo để hưởng sự giảm nhẹ, khoan hồng của pháp luật ■

ĐỀ QUYỀN THỰC SỰ LÀ QUYỀN

TS. Trương Hồng Quang

* Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chuyển đổi giới tính, tiếp cận thông tin, quyền con người, quyền công dân, hạn chế quyền.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/5/2020

Biên tập : 22/5/2020

Duyệt bài : 28/5/2020

Article Infomation:

Keywords: Gender reassignment, access to information, human rights, citizen rights, restriction of rights.

Article History:

Received : 02 May. 2020

Edited : 26 May. 2020

Approved : 28 May. 2020

Tóm tắt:

Bài viết phân tích một số vấn đề trong quá trình xây dựng và thi hành pháp luật về quyền con người, quyền công dân tại Việt Nam. Từ đó, tác giả đề xuất một số khuyến nghị để quyền thực sự là quyền.

Abstract:

This article provides an analysis of some issues in the process of developing and enforcing legal regulations on human rights and citizen rights in Vietnam. It is also based on the practices, the author proposes a number of recommendations for this issue so that the right becomes truly it is.

Bảo vệ quyền con người, quyền công dân là một chức năng, nhiệm vụ của Nhà nước và là một đặc tính quan trọng của Nhà nước pháp quyền¹. Tuy vậy, không phải bao giờ quá trình xây dựng, thi hành pháp luật về quyền con người, quyền công dân (sau đây gọi là quyền) cũng đáp ứng được kỳ vọng. Thực tế cho thấy, còn có tình trạng như “treo quyền”, quyền đã được hiến định và thể chế hóa nhưng chưa đủ cơ sở thực thi hoặc pháp luật về quyền còn nặng về tính quản lý, ... Việc đánh giá, tìm ra các nguyên nhân của tình trạng này đóng vai trò rất quan trọng để bổ sung, phát triển cơ chế bảo vệ quyền hiện nay.

1. Hiện tượng “treo quyền”

Hiện nay, một số quyền hiến định chưa được luật hóa hoặc đang được điều chỉnh bởi văn bản có hiệu lực pháp lý thấp. Cụ thể, một số quyền như: quyền biểu tình, quyền lập hội, quyền hội họp, quyền tự do ngôn luận, quyền được sống trong môi trường trong lành... chưa được cụ thể hóa đầy đủ bằng văn bản luật. Một số quyền được điều chỉnh bởi nghị định, thông tư. Ví dụ, Nghị định số 45/2010/NĐ-CP ngày 21/4/2010 của Chính phủ quy định về tổ chức, hoạt động và quản lý hội (có nội hàm của quyền lập hội),... Khoảng trống trong quy định của pháp luật về quyền gây ảnh hưởng đến việc cập, thực hiện các quyền của công dân.

1 Xem: Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, Nguyễn Văn Hiến, Trương Hồng Quang (đồng chủ biên, 2019), Nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền công dân theo Hiến pháp năm 2013, sách chuyên khảo, tái bản lần thứ nhất, có sửa đổi, bổ sung, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr.7.

Khi phân tích quyền chuyển đổi giới tính sẽ cho thấy tình trạng “treo quyền” thực sự khá lo ngại. Trước đây, Bộ luật Dân sự năm 1995 và Bộ luật Dân sự năm 2005 chưa ghi nhận quyền chuyển đổi giới tính (mặc dù đã được đề cập trong quá trình soạn thảo)². Thực tiễn cho thấy, chuyển đổi giới tính là nhu cầu chính đáng của người chuyển giới³. Bộ luật Dân sự năm 2015 ghi nhận vấn đề chuyển đổi giới tính trong phần Quyền nhân thân (Điều 37): “Việc chuyển đổi giới tính được thực hiện theo quy định của luật. Cá nhân đã chuyển đổi giới tính có quyền, nghĩa vụ đăng ký thay đổi hộ tịch theo quy định của pháp luật về hộ tịch; có quyền nhân thân phù hợp với giới tính đã được chuyển đổi theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan”.

Tuy nhiên, có hai vấn đề cần quan tâm liên quan đến vấn đề chuyển đổi giới tính:

Thứ nhất, quy định về chuyển đổi giới tính tại Điều 37 Bộ luật Dân sự năm 2015 vẫn còn điềm “vênh” so với các quyền nhân thân khác. Tên các điều về quyền nhân thân khác đều được thiết kế theo cấu trúc “Điều... . Quyền...” nhưng tên Điều 37 chỉ được thiết kế với nội dung “Điều 37. Chuyển đổi giới tính”.

Thứ hai, Bộ luật Dân sự năm 2015 được thông qua ngày 24/11/2015, có hiệu lực từ ngày 01/01/2017 nhưng đến nay, vẫn chưa có văn bản quy định cụ thể về quyền này.

Theo Kế hoạch triển khai thi hành Bộ luật Dân sự năm 2015 (ban hành kèm theo Quyết định số 243/QĐ-TTg ngày 05/02/2016 của Thủ tướng Chính phủ), Bộ Y tế được giao “nghiên cứu, đề nghị xây dựng văn bản quy phạm pháp luật về chuyển đổi giới tính” (mục II.4b), thực hiện trong năm 2016 và năm 2017. Thực hiện nhiệm vụ được giao, Bộ Y tế đã lập đề nghị xây dựng Luật Chuyển đổi giới tính, gửi Bộ Tư pháp

thẩm định vào tháng 12/2017. Trên cơ sở đó, Bộ Tư pháp đã có Báo cáo thẩm định số 10/BC-BTP ngày 15/01/2018 gửi Bộ Y tế và Văn phòng Chính phủ. Ngày 19/7/2018, Bộ Tư pháp đã có Công văn số 2639/BTP-PLDSKT gửi Bộ Y tế đề nghị Bộ Y tế tiếp tục nghiên cứu, thúc đẩy tiến độ xây dựng dự án Luật Chuyển đổi giới tính, đảm bảo hiệu quả triển khai thi hành Bộ luật Dân sự năm 2015. Tuy nhiên, phải đến năm 2020, Bộ Y tế mới trình Chính phủ hồ sơ đề nghị xây dựng Luật Chuyển đổi giới tính để Chính phủ xem xét, đề nghị Quốc hội đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh.

Theo Báo cáo nghiên cứu “*Hiện trạng trải nghiệm y tế và nhu cầu chuyển đổi giới tính của người chuyển giới ở Việt Nam*” do Viện Nghiên cứu Xã hội, Kinh tế và Môi trường (iSEE) công bố năm 2017⁴, trong số 408 người chuyển giới tham gia khảo sát thì có 56,8% dự định ra nước ngoài làm phẫu thuật; 13% dự định làm tại các cơ sở y tế và bệnh viện tư trong nước; chỉ có 8,6% dự định phẫu thuật ở các cơ sở y tế/bệnh viện công trong nước; 157 người (chiếm 38,5%) chưa phẫu thuật nhưng đang sử dụng hormone; 35 người (chiếm 8,6%) đã từng trải qua ít nhất một lần phẫu thuật chuyển đổi giới tính. Trong số 35 người này, 40% đã ra nước ngoài để thực hiện phẫu thuật; 37,1% thực hiện tại các cơ sở tư nhân trong nước; 69,4% được khám đánh giá một cách toàn diện trước khi phẫu thuật; 28,6% được khám đánh giá tuy nhiên chưa được làm đầy đủ, thoả đáng theo như họ mong muốn; 2% cho biết không được khám đánh giá trước phẫu thuật; 14,3% không nhận được chăm sóc và tư vấn hậu phẫu, 25,7% có nhận được dịch vụ này nhưng không cảm thấy hài lòng; 60% cho biết họ nhận được khám và tư vấn tâm lý đầy đủ sau phẫu thuật; 71,4% cho biết sau khi

- 2 Xem: Hồng Khánh (2006), Người chuyển đổi giới tính phải được thừa nhận, <https://vnexpress.net/tin-tuc/thoi-su/nguoi-chuyen-doi-gioi-tinh-phai-duoc-thua-nhan-2072247.html>, ngày 27/10/2006.
- 3 Xem: Trương Hồng Quang, Nguyễn Bích Loan, Vũ Hữu Trường Điền (2017), Bộ luật Dân sự năm 2005 và 2015: Phân tích - Đối chiếu, tái bản lần thứ nhất, Nxb. Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội, tr.62-64.
- 4 Xem nội dung của báo cáo tại địa chỉ: http://isee.org.vn/wp-content/uploads/2019/01/Report_Need-experience-on-medical-intervention-of-Transgender-community-in-Vietnam-FINAL.pdf, truy cập ngày 01/5/2020.

phẫu thuật, họ gặp rắc rối liên quan đến giấy tờ tùy thân, do ngoại hình thật không khớp với thông tin và hình ảnh trên giấy tờ; 14,3% nhận thấy sức khỏe giảm sút sau khi phẫu thuật. Với chi phí can thiệp y học rất cao, nhiều người đã tìm đến các dịch vụ chui giá thấp và chính họ gặp không ít rủi ro. Có thể thấy, việc chưa có một hành lang pháp lý đầy đủ về chuyển đổi giới tính đã dẫn đến quyền chuyển đổi giới tính đang bị “treo” và nhiều người chuyển giới đã phẫu thuật trước đây vẫn tiếp tục sống trong tình trạng giấy tờ nhân thân khác với cơ thể hiện tại, vẫn có thể bị xâm phạm tình dục nhưng chưa được bảo vệ thích đáng, gặp khó khăn trong việc thực hiện một số thủ tục hành chính/dịch vụ công⁵...

2. Quyền được hiến định và thể chế hóa nhưng chưa đủ cơ sở thực thi

Thực tiễn lập hiến và lập pháp của Việt Nam cho thấy, đôi khi nguyên tắc về quyền và một quyền cụ thể đã được hiến định và thể chế hóa nhưng vẫn chưa đủ cơ sở để thực thi trong thực tế; ví dụ, vấn đề hạn chế quyền liên quan đến quyền tiếp cận thông tin.

Trước hết, hạn chế quyền là việc cho phép nhà nước áp đặt điều kiện hay hạn chế với việc thực hiện/hưởng thụ một số quyền con người, quyền công dân nhất định nhằm bảo vệ lợi ích chung của cộng đồng⁶. Vấn đề này được ghi nhận trong luật nhân quyền quốc tế và Hiến pháp ở nhiều quốc gia dưới những hình thức diễn đạt khác nhau và với mức độ khác nhau. Quan điểm được chấp nhận rộng rãi là phần lớn các quyền con người mang tính tương đối (relative right) nên có thể bị hạn chế. Sự hạn chế quyền là hiện tượng bình thường và phổ biến ở mọi quốc gia⁷.

Trong lịch sử lập hiến của Việt Nam, với

Hiến pháp năm 2013, đây là lần đầu tiên nguyên tắc chung về hạn chế quyền được hiến định. Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng*”. Bên cạnh đó, khoản 4 Điều 15 Hiến pháp năm 2013 cũng quy định: “*Việc thực hiện quyền con người, quyền công dân không được xâm phạm lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác*”. Những quy định này được đánh giá là một điểm sáng của Hiến pháp năm 2013. Theo đó, không được ai tùy tiện cắt xén, hạn chế các quyền, ngoại trừ các trường hợp cần thiết nhưng phải được luật quy định. Có thể nhận thấy, Hiến pháp năm 2013 đã xác lập một nguyên tắc chung về hạn chế quyền⁸. Việc hạn chế việc thực hiện quyền chính là điều kiện để bảo đảm tính hiện thực của các quyền con người, quyền công dân. Quy định này nhằm bảo đảm rằng việc hạn chế quyền chỉ được đặt ra khi có lý do khách quan, hợp pháp và hợp lý, trên cơ sở có sự nghiên cứu, cân nhắc cẩn thận của chủ thể có thẩm quyền. Như vậy, quy định về nguyên tắc hạn chế quyền đã góp phần bổ sung cho hệ thống cơ chế bảo vệ quyền con người tại Việt Nam.

Tuy vậy, nguyên tắc hạn chế quyền nêu trên còn khá nhiều vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu làm rõ, bổ sung, phát triển cả về cơ sở pháp lý và trong thi hành pháp luật. Nội dung nguyên tắc hạn chế quyền tại Điều 14 Hiến pháp năm 2013 vẫn chưa được giải thích, minh định rõ về trường hợp cần thiết hạn chế quyền. Luật Tiếp cận thông tin năm

5 Xem: Trương Hồng Quang (2019), Quyền của người đồng tính, song tính, chuyển giới và liên giới tính theo pháp luật Việt Nam hiện nay, Luận án Tiến sĩ Luật học, Học viện Khoa học xã hội, Hà Nội, tr.106.

6 Xem: Nguyễn Minh Tuấn (chủ biên, 2015), Giới hạn chính đáng đối với các quyền con người, quyền công dân trong pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, tr.29.

7 Xem: Jack Donnelly, “The Relative Universality of Human Rights”, Human Rights Quarterly, Vol. 29, No. 2 (May, 2007), pp.281-306.

8 Xem: Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, Nguyễn Văn Hiến, Trương Hồng Quang (đồng chủ biên, 2019), Nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền công dân theo Hiến pháp năm 2013, tldd, tr.24.

2016⁹ nhắc lại quy định của Hiến pháp năm 2013 về việc hạn chế quyền tiếp cận thông tin phải do luật định trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng; việc thực hiện quyền tiếp cận thông tin của công dân không được xâm phạm lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức hoặc của người khác (khoản 4, 5 Điều 3). Ở đây cho thấy, Luật chưa làm rõ được cụ thể lý do/mục đích hạn chế quyền tiếp cận thông tin. Điều này dẫn đến các cách giải thích khác nhau, không thống nhất trong thực tế. Ví dụ, thông tin về đại dịch bệnh truyền nhiễm rõ ràng liên quan đến sức khỏe cộng đồng nhưng cơ quan nhà nước chưa muốn công bố sớm vì sợ sẽ gây mất trật tự trong xã hội, gây hoang mang cho người dân. Vậy, trong trường hợp này thông tin có nên được công bố sớm hay không? Làm cách nào để xác định được một biện pháp nào là cần thiết hơn và chính đáng hơn?

Bên cạnh đó, một số quy định về điều kiện, thủ tục thực hiện quyền tiếp cận thông tin chưa có cơ sở bảo đảm thi hành trong thực tiễn. Ví dụ, Điều 7 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 quy định vấn đề thông tin công dân được tiếp cận có điều kiện như sau:

“1. Thông tin liên quan đến bí mật kinh doanh được tiếp cận trong trường hợp chủ sở hữu bí mật kinh doanh đó đồng ý.

2. Thông tin liên quan đến bí mật đời sống riêng tư, bí mật cá nhân được tiếp cận trong trường hợp được người đó đồng ý; thông tin liên quan đến bí mật gia đình được tiếp cận trong trường hợp được các thành viên gia đình đồng ý.

3. Trong quá trình thực hiện chức năng,

nhệm vụ, quyền hạn của mình, người đứng đầu cơ quan nhà nước quyết định việc cung cấp thông tin liên quan đến bí mật kinh doanh, đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình trong trường hợp cần thiết vì lợi ích công cộng, sức khỏe của cộng đồng theo quy định của luật có liên quan mà không cần có sự đồng ý theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này”.

Tuy nhiên, thế nào là bí mật đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình, lợi ích công cộng, sức khỏe của cộng đồng... cho đến nay vẫn là câu hỏi đang còn bỏ ngõ. Nếu không làm rõ được những câu hỏi này, quyền của các chủ thể sở hữu các bí mật nêu trên sẽ bị hạn chế một cách không rõ ràng ngay từ cơ sở pháp lý. Do đó, Điều 7 Luật Tiếp cận thông tin sẽ khó đi vào đời sống xã hội.

3. Các điều kiện, thủ tục, quy trình thực hiện quyền còn nặng về quản lý nhà nước

Điều d, khoản 2 Điều 24 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 quy định người yêu cầu phải cung cấp lý do, mục đích cung cấp thông tin. Có thể thấy rằng, quy định này còn nặng về quản lý, chưa tiếp cận được dưới góc độ quyền con người, quyền công dân. Nếu thông tin đó là thông tin được phép cung cấp thì lý do, mục đích của việc sử dụng thông tin không còn quan trọng. Pháp luật quốc tế và pháp luật ở các nước trên thế giới không buộc người yêu cầu phải nêu lý do, mục đích của việc sử dụng thông tin. Trong quá trình soạn thảo Luật Tiếp cận thông tin năm 2016, qua các bản Dự thảo Luật cho thấy sự thay đổi về nội dung quy định này:¹⁰

- Dự thảo Luật đăng tải lấy ý kiến nhân dân trên Cổng thông tin điện tử của Bộ Tư pháp không có quy định này.

9 Có thể xem thêm về chủ đề này trong một số công bố của cùng tác giả: Trương Hồng Quang (2018), “Nhu cầu giải thích quy định về hạn chế quyền con người, quyền công dân của Hiến pháp năm 2013”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, (3), tr.3-13; Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, Nguyễn Văn Hiến, Trương Hồng Quang (đồng chủ biên, 2019), Nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền công dân theo Hiến pháp năm 2013, tldd.

10 Luật này được chuẩn bị trong vòng 10 năm mới có thể thông qua và ban hành. Xem: Nguyễn Lê (2019), Tiếp cận thông tin: Có luật rồi nhưng dân vẫn phải “xin”, <http://vneconomy.vn/tiep-can-thong-tin-co-luat-roi-nhung-dan-van-phai-xin-20190327121828862.htm>, ngày 27/3/2019.

- Điểm d khoản 2 Điều 17 Dự thảo trình Ủy ban thường vụ Quốc hội tại phiên họp thứ 40, Quốc hội khóa XIII, tháng 8/2015 quy định văn bản yêu cầu cung cấp thông tin phải có lý do yêu cầu cung cấp thông tin và mục đích sử dụng thông tin đối với thông tin quy định tại khoản 3 Điều 16 của Luật này (thông tin về các hoạt động nội bộ; hồ sơ, tài liệu nội bộ của các cơ quan nhà nước; thông tin đang trong quá trình giải quyết công việc của các cơ quan nhà nước, nếu việc cung cấp là cần thiết nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người yêu cầu nhưng không làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người thứ ba);

- Điểm d khoản 2 Điều 20 của dự thảo Luật trình Quốc hội cho ý kiến tại kỳ họp thứ 10, Quốc hội khóa XIII quy định văn bản yêu cầu cung cấp thông tin phải có lý do yêu cầu cung cấp thông tin và mục đích sử dụng thông tin đối với thông tin quy định tại khoản 2 Điều 19 của Luật này (thông tin liên quan đến đời sống, sinh hoạt, sản xuất, kinh doanh của công dân nhưng không thuộc loại thông tin phải được công khai theo quy định tại Điều 14 của Luật này).

- Các dự thảo về sau đến lúc được Quốc hội thông qua quy định nội dung văn bản yêu cầu cung cấp thông tin cần có lý do yêu cầu cung cấp thông tin, mục đích sử dụng thông tin đối với tất cả các loại thông tin (lý do hoặc cả lý do và mục đích sử dụng thông tin).

Chúng tôi cho rằng, nội dung quy định của điểm d, khoản 2 Điều 24 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 như vậy chưa thể hiện đúng nguyên tắc hạn chế quyền được quy định tại Điều 14 Hiến pháp năm 2013. Điều này có thể dẫn đến tình trạng hạn chế quyền tiếp cận thông tin một cách không chính đáng trên thực tế.

4. Khuyến nghị

Để bảo đảm cho quyền hiến định của con người, của công dân thực sự là quyền, chúng tôi đề xuất một số khuyến nghị sau:

Thứ nhất, cần tiếp tục rà soát, soạn thảo, thông qua các luật cụ thể hóa các quyền đã được xác định trong Hiến pháp năm 2013. Điều này đóng vai trò rất quan trọng trong việc khắc phục tình trạng thiếu thống nhất, đồng bộ của hệ thống pháp luật về quyền cũng như không bảo đảm tính hợp hiến, tôn trọng quyền trên thực tế.

Thứ hai, cần chuyển đổi từ tư duy quản lý sang tư duy kiến tạo phát triển trong xây dựng và thi hành pháp luật. Nếu việc xây dựng (và cả thi hành) pháp luật về quyền chỉ đơn thuần dựa trên nhu cầu quản lý thì mục đích của pháp luật chưa đạt được. Theo phương pháp tiếp cận dựa trên quyền (*Human Rights-Based Approach*), việc xây dựng, thi hành pháp luật cần phải dựa trên những nguyên tắc cơ bản sau:¹² (1) Coi việc hỗ trợ thực hiện, hưởng thụ các quyền con người là một mục tiêu cơ bản trong việc xây dựng, thi hành pháp luật; (2) Lấy các nguyên tắc và tiêu chuẩn quốc tế về quyền con người làm định hướng trong việc xây dựng, thi hành pháp luật; (3) Làm rõ những chủ thể của quyền, chủ thể có nghĩa vụ và các quyền, nghĩa vụ của các chủ thể có quyền, có trách nhiệm trong quá trình xây dựng, thi hành pháp luật. Nếu như đội ngũ cán bộ xây dựng, thẩm định, kiểm tra văn bản quy phạm pháp luật... tiếp cận toàn diện với phương pháp tiếp cận dựa trên quyền sẽ bảo đảm tốt hơn yêu cầu về bảo vệ quyền.

Thứ ba, Ủy ban thường vụ Quốc hội cần ban hành nghị quyết giải thích một số quy định về quyền trong Hiến pháp năm 2013 (khoản 2 Điều 14, khoản 4 Điều 15) để tạo cơ sở cho việc cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013 về quyền, bảo đảm thực thi quyền hiến định trong thực tế ■

11 Xem các bản dự thảo tại địa chỉ: http://duthaonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=448&TabIndex=1&LanID=1153.

12 Xem: Đặng Minh Tuấn (2016), “Cách tiếp cận dựa trên quyền trong xây dựng, thực thi chính sách, pháp luật”, in trong: Vũ Công Giao, Ngô Minh Hương (đồng chủ biên), Tiếp cận dựa trên quyền con người: Lý luận và thực tiễn, sách chuyên khảo, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, tr. 67.

GÓP Ý HOÀN THIỆN DỰ THẢO LUẬT BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG (SỬA ĐỔI)

Lò Thị Việt Hà*

Đỗ Đức Hồng Hà**

*ThS. Trường Trung cấp Luật Tây Bắc.

**TS. Ủy ban Tư pháp của Quốc hội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Dự thảo Luật Bảo vệ môi trường (sửa đổi), Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/6/2020

Biên tập : 17/6/2020

Duyệt bài : 22/6/2020

Article Information:

Keywords: Draft Law on Environmental Protection (amended); Law on Environmental Protection of 2014

Article History:

Received : 11 Jun. 2020

Edited : 17 Jun. 2020

Approved : 22 Jun. 2020

Tóm tắt:

Sau hơn 05 năm triển khai thực hiện, Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 đã góp phần tạo chuyển biến tích cực trong công tác bảo vệ môi trường. Tuy nhiên, Luật Bảo vệ môi trường hiện hành đang đứng trước yêu cầu cần phải được nghiên cứu sửa đổi, bổ sung một cách toàn diện. Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung phân tích và đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện Dự thảo Luật Bảo vệ môi trường (sửa đổi)¹.

Abstract:

Over five years of enforcement, the Law on Environmental Protection of 2014 has made a positive significant change in environmental protection. However, the current Law on Environmental Protection is facing with a requirement to be comprehensively reviewed, amended. Within the scope of this article, the author focuses on analyzing and giving a number of recommendations to improve the draft Law on Environmental Protection (amended).

Để tiếp tục hoàn thiện Dự thảo Luật Bảo vệ môi trường (sửa đổi) kèm theo Tờ trình số 252/TTr-CP ngày 23/5/2020 của Chính phủ (Dự thảo Luật), tác giả tập trung phân tích, góp ý về một số vấn đề sau:

1. Về cấp giấy phép môi trường

Điểm d khoản 9 Điều 48 Dự thảo Luật quy định: “Giấy phép môi trường được điều

chỉnh, đình chỉ hiệu lực một phần, tước quyền sử dụng, thu hồi hoặc cấp lại trong các trường hợp sau: Thu hồi giấy phép môi trường trong trường hợp cấp không đúng thẩm quyền hoặc tổ chức, cá nhân vi phạm nghiêm trọng các quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường nhưng không phải là tội phạm về môi trường”.

1 Chính phủ (2020), Dự thảo Luật Bảo vệ môi trường (sửa đổi) kèm theo Tờ trình số 252/TTr-CP ngày 23/5/2020 của Chính phủ.

Theo tác giả, quy định “*vi phạm nghiêm trọng các quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường nhưng không phải là tội phạm về môi trường*” chưa rõ ràng, chưa cụ thể, đồng thời mâu thuẫn với quy định của Bộ luật Hình năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015). Theo quy định của BLHS năm 2015, “*vi phạm nghiêm trọng các quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường*” sẽ bị coi là tội phạm. Để khắc phục hạn chế này, đề nghị bỏ cụm từ “*nghiêm trọng*” trong quy định này; theo đó, điểm d khoản 9 Điều 48 được viết lại như sau: “*Giấy phép môi trường được điều chỉnh, đình chỉ hiệu lực một phần, tước quyền sử dụng, thu hồi hoặc cấp lại trong các trường hợp sau: Thu hồi giấy phép môi trường trong trường hợp cấp không đúng thẩm quyền hoặc tổ chức, cá nhân vi phạm các quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường nhưng không phải là tội phạm về môi trường*”.

Ngoài ra, để bảo đảm tính thống nhất giữa tên điều luật với nội dung của điều luật thì cần sửa tên điều luật này thành “*Cấp, điều chỉnh, đình chỉ hiệu lực một phần, tước quyền sử dụng, thu hồi hoặc cấp lại giấy phép môi trường*”.

2. Về quan trắc nước thải và quan trắc bụi, khí thải công nghiệp, quan trắc ô nhiễm tiếng ồn và độ rung

Điểm đ khoản 1 Điều 117 Dự thảo Luật quy định: “*Cơ sở bị xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi xả nước thải vượt quy chuẩn kỹ thuật môi trường mà tái phạm hoặc vi phạm nhiều lần*”; điểm d khoản 1 Điều 118 Dự thảo Luật quy định: “*Cơ sở bị xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi xả khí thải vượt quy chuẩn kỹ thuật môi trường mà tái phạm hoặc vi phạm nhiều lần*”.

Tuy nhiên, theo quy định tại điểm d khoản 1 Điều 235 BLHS năm 2015, nếu xả thải ra môi trường “*đã bị xử phạt vi phạm hành chính về một trong các hành vi quy định tại Điều này hoặc đã bị kết án về tội này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm*” thì bị coi là tội phạm gây ô nhiễm môi trường. Do đó, tác giả đề nghị bổ sung thêm điều kiện để loại trừ các trường hợp bị coi là phạm tội gây ô nhiễm môi trường được quy định tại Điều 235 BLHS năm 2015².

Ngoài ra, việc hai quy định trên sử dụng thuật ngữ “*Cơ sở bị xử phạt vi phạm hành chính*” là không thống nhất với quy định của Điều 2 Dự thảo Luật. Theo quy định của Điều này, đối tượng áp dụng của Luật Bảo vệ môi trường là “*cơ quan, tổ chức, hộ gia đình và cá nhân*”. Vì vậy, để bảo đảm tính thống nhất giữa các quy định trong Dự thảo Luật, cần chỉnh lý Dự thảo Luật theo hướng hoặc bổ sung thêm quy định giải thích thuật ngữ “*cơ sở*” vào Điều 3, hoặc liệt kê cụ thể tên gọi của chủ thể bị xử phạt hành chính tại điểm đ khoản 1 Điều 117 và điểm d khoản 1 Điều 118 Dự thảo Luật.

3. Về tài chính cho tổ chức ứng phó sự cố môi trường

Các khoản 1, 2, 5 Điều 134 Dự thảo Luật quy định: “*1. Tổ chức, cá nhân gây ra sự cố môi trường có trách nhiệm chi trả kịp thời, toàn bộ các chi phí... 2. Tổ chức, cá nhân gây ra sự cố môi trường có trách nhiệm bồi hoàn các chi phí... 5. Cơ quan, tổ chức, cá nhân và cộng đồng dân cư bị ảnh hưởng, thiệt hại do sự cố môi trường có quyền yêu cầu tổ chức, cá nhân gây ra sự cố môi trường phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật*”.

Quy định này không phù hợp với khoản 36 Điều 3 Dự thảo Luật và Điều 235 BLHS

2 Văn phòng Quốc hội (2017), Văn bản hợp nhất Bộ luật Hình sự số 01/VBHN-VPQH ngày 10/7/2017 của Văn phòng Quốc hội.

năm 2015. Bởi lẽ, theo quy định của khoản 36 Điều 3 Dự thảo Luật, “*Sự cố môi trường là sự cố..., gây ô nhiễm, suy thoái môi trường nghiêm trọng*”; Điều 235 BLHS năm 2015 quy định: “*Tổ chức, cá nhân gây ra sự cố môi trường*” (tức là gây ô nhiễm... môi trường nghiêm trọng) sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội gây ô nhiễm môi trường.

Việc truy cứu trách nhiệm hình sự, quyết định hình phạt, áp dụng biện pháp tư pháp và việc giải quyết các vấn đề dân sự trong vụ án hình sự phải được thực hiện theo quy định của Điều 30 Bộ luật Tố tụng hình sự “...cùng với việc giải quyết vụ án hình sự... vấn đề bồi thường thiệt hại, bồi hoàn mà chưa có điều kiện chứng minh và không ảnh hưởng đến việc giải quyết vụ án hình sự thì vấn đề dân sự có thể tách ra để giải quyết theo thủ tục tố tụng dân sự”³. Vì vậy, tác giả đề nghị chỉnh sửa lại quy định tại các khoản 1, 2 và 5 Điều 134 Dự thảo Luật để bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật, nhất là bảo đảm tính thống nhất với các văn bản luật về tư pháp.

4. Giải quyết bồi thường thiệt hại về môi trường

Khoản 2 Điều 139 Dự thảo Luật quy định: “*Việc khởi kiện tại Toà án được thực hiện theo quy định về bồi thường thiệt hại dân sự ngoài hợp đồng của Bộ luật Tố tụng dân sự trừ việc chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm pháp luật về môi trường và thiệt hại xảy ra thuộc trách nhiệm của tổ chức, cá nhân vi phạm, gây ô nhiễm về môi trường*”.

Quy định nêu trên chưa xác định rõ trình tự, thủ tục chứng minh mối quan hệ nhân

quả được thực hiện trên cơ sở văn bản nào? văn bản pháp lý và giá trị của văn bản về kết quả chứng minh ra sao?. Để bảo đảm tính khả thi của điều luật, tác giả cho rằng, cần sửa đổi quy định trên theo hướng bổ sung vào cuối điều luật cụm từ “theo quy định của pháp luật”. Theo đó, khoản e Điều 139 được viết lại như sau: “*Việc khởi kiện tại Toà án được thực hiện theo quy định về bồi thường thiệt hại dân sự ngoài hợp đồng của Bộ luật Tố tụng dân sự trừ việc chứng minh mối quan hệ nhân quả giữa hành vi vi phạm pháp luật về môi trường và thiệt hại xảy ra thuộc trách nhiệm của tổ chức, cá nhân vi phạm, gây ô nhiễm về môi trường theo quy định của pháp luật*”.

5. Xử lý vi phạm

Khoản 1 Điều 175 Dự thảo Luật quy định: “*Tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật về bảo vệ môi trường, gây ô nhiễm, suy thoái, sự cố môi trường, gây thiệt hại cho Nhà nước, tổ chức và cá nhân khác, có trách nhiệm khắc phục ô nhiễm, phục hồi môi trường, bồi thường thiệt hại và bị xử lý theo quy định của Luật này và pháp luật có liên quan*”. Quy định này chưa bảo đảm phân hóa tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi vi phạm pháp luật về bảo vệ môi trường, chưa thể hiện rõ các chế tài nghiêm khắc cần áp dụng để trừng trị, giáo dục, răn đe tổ chức, cá nhân vi phạm. Để khắc phục hạn chế này, cần bổ sung cụm từ “*tùy theo tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi vi phạm pháp luật về bảo vệ môi trường, tổ chức, cá nhân vi phạm có thể bị xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự*” thay thế cho cụm từ

3 “Điều 30. Giải quyết vấn đề dân sự trong vụ án hình sự

Việc giải quyết vấn đề dân sự trong vụ án hình sự được tiến hành cùng với việc giải quyết vụ án hình sự. Trường hợp vụ án hình sự phải giải quyết vấn đề bồi thường thiệt hại, bồi hoàn mà chưa có điều kiện chứng minh và không ảnh hưởng đến việc giải quyết vụ án hình sự thì vấn đề dân sự có thể tách ra để giải quyết theo thủ tục tố tụng dân sự”.

“...và bị xử lý theo quy định của Luật này và pháp luật có liên”. Theo đó, khoản 1 Điều 175 được viết lại như sau: “*Tổ chức, cá nhân vi phạm pháp luật về bảo vệ môi trường, gây ô nhiễm, suy thoái, sự cố môi trường, gây thiệt hại cho nhà nước, tổ chức và cá nhân khác, có trách nhiệm khắc phục ô nhiễm, phục hồi môi trường, bồi thường thiệt hại. Tùy theo tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi vi phạm pháp luật về bảo vệ môi trường, tổ chức, cá nhân vi phạm có thể bị xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự*”.

Khoản 3 Điều 175 Dự thảo Luật quy định: “Xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường được thực hiện theo quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính và các trường hợp quy định đặc thù trong lĩnh vực bảo vệ môi trường sau: a) *Thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường là 05 năm*”.

Về cơ bản, tác giả đồng tình với quy định này, bởi lẽ việc chứng minh hành vi vi phạm pháp luật về môi trường và hậu quả của hành vi đó là rất khó, đòi hỏi phải có đủ thời gian vật chất. Hơn nữa, quy định này còn bảo đảm thực hiện nguyên tắc “mọi vi phạm pháp luật về môi trường đều phải được xử lý nghiêm minh”, không bỏ lọt vi phạm, góp phần bảo vệ và giữ gìn có hiệu quả môi

trường cho Nhân dân, thúc đẩy phát triển bền vững kinh tế, xã hội của đất nước.

Tuy nhiên, để đạt được mục đích này, cần bổ sung nguyên tắc và trách nhiệm xử lý kịp thời, nhanh chóng mọi hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường; đồng thời, cần phân hóa thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường trên cơ sở phân loại tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường theo hướng: tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường càng cao thì thời hạn để áp dụng thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường càng dài.

Ngoài ra, để bảo đảm tính thống nhất và đồng bộ giữa Dự thảo Luật với Luật Xử lý vi phạm hành chính (Luật XLVPHC), cần bổ sung thêm quy định viện dẫn đến khoản 1 Điều 6 Luật XLVPHC về (i) áp dụng thời hiệu trong trường hợp xử phạt vi phạm hành chính đối với cá nhân, pháp nhân thương mại do cơ quan tiến hành tố tụng chuyên đến; (ii) thời điểm để tính thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính trong trường hợp thông thường và (iii) thời điểm để tính thời hiệu trong trường hợp đặc biệt⁴.

4 “Điều 6. Thời hiệu xử lý vi phạm hành chính

1. Thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính được quy định như sau:

a) Thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính là 01 năm, trừ các trường hợp sau:

Vi phạm hành chính về kế toán; thủ tục thuế; phí, lệ phí; kinh doanh bảo hiểm; quản lý giá; chứng khoán; sở hữu trí tuệ; xây dựng; bảo vệ nguồn lợi thủy sản, hải sản; quản lý rừng, lâm sản; điều tra, quy hoạch, thăm dò, khai thác, sử dụng nguồn tài nguyên nước; thăm dò, khai thác dầu khí và các loại khoáng sản khác; bảo vệ môi trường; năng lượng nguyên tử; quản lý, phát triển nhà và công sở; đất đai; đê điều; báo chí; xuất bản; sản xuất, xuất khẩu, nhập khẩu, kinh doanh hàng hóa; sản xuất, buôn bán hàng cấm, hàng giả; quản lý lao động ngoài nước thì thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính là 02 năm.

Vi phạm hành chính là hành vi trốn thuế, gian lận thuế, nộp chậm tiền thuế, khai thiếu nghĩa vụ thuế thì thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về thuế;

6. Kỹ thuật lập pháp

Dự thảo Luật sử dụng một số cụm từ như: “*các quy định khác của pháp luật có liên quan; các luật khác có liên quan; các quy định của pháp luật có liên quan...*” là chưa bảo đảm nguyên tắc xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật về tính dễ tiếp cận, dễ thực hiện và tính khả thi của văn bản quy phạm pháp luật⁴. Bên cạnh đó, nhiều quy định của Dự thảo Luật chưa cụ thể, chưa thống nhất, cách diễn đạt chưa rõ ràng⁵. Ví dụ, các quy định: Các dự án đầu tư sử dụng *điện tích đất, mặt nước lớn và có ảnh hưởng xấu đến môi trường; dự án lớn khác thuộc loại hình công nghiệp có nguy cơ gây ô nhiễm môi trường...; tác động xấu đối với môi trường; tác động xấu tới môi trường và sức khỏe con người; ô nhiễm đặc biệt nghiêm trọng; sự cố đặc biệt nghiêm trọng...; cảnh quan thiên nhiên quan trọng; thực hiện nghĩa vụ khác* theo quy định của pháp luật; *vi phạm nghiêm trọng các quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường; có dấu hiệu ô nhiễm môi trường* không khí xung quanh *bất thường...* Để bảo đảm tính minh bạch, rõ

ràng, thống nhất của Dự thảo Luật, cần rà soát chỉnh sửa những quy định nêu trên.

Ngoài ra, quy định của Dự thảo Luật về quy chuẩn kỹ thuật môi trường như: “vượt quá *giá trị* giới hạn cho phép; vượt giới hạn *tối đa* cho phép; vượt quy chuẩn kỹ thuật môi trường; vượt *quá* quy chuẩn kỹ thuật môi trường; vượt *ngưỡng quy định; vượt ngưỡng cho phép...*”, là chưa thống nhất với quy định của Điều 235 BLHS năm 2015⁶; quy định “*gây ảnh hưởng xấu đến con người và sinh vật; gây ảnh hưởng xấu* đối với môi trường; *dẫn đến hậu quả xấu* đối với môi trường; *gây ô nhiễm, suy thoái môi trường nghiêm trọng...*” chưa thống nhất với quy định “*gây hậu quả nghiêm trọng*” được quy định tại điểm e khoản 2 Điều 235 BLHS năm 2015.

Để bảo đảm việc xử lý hành vi vi phạm quy định về bảo vệ môi trường được chính xác, xử lý công minh, kịp thời mọi hành vi vi phạm, phòng ngừa, ngăn chặn, không để lọt vi phạm, không làm oan, Dự thảo Luật cần được rà soát loại bỏ những quy định không thống nhất với quy định của BLHS năm 2015 ■

b) Thời điểm để tính thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính quy định tại điểm a khoản 1 Điều này được quy định như sau:

Đối với vi phạm hành chính đã kết thúc thì thời hiệu được tính từ thời điểm chấm dứt hành vi vi phạm.

Đối với vi phạm hành chính đang được thực hiện thì thời hiệu được tính từ thời điểm phát hiện hành vi vi phạm;

c) Trường hợp xử phạt vi phạm hành chính đối với cá nhân do cơ quan tiến hành tố tụng chuyển đến thì thời hiệu được áp dụng theo quy định tại điểm a và điểm b khoản này. Thời gian cơ quan tiến hành tố tụng thụ lý, xem xét được tính vào thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính.

d) Trong thời hạn được quy định tại điểm a và điểm b khoản này mà cá nhân, tổ chức cố tình trốn tránh, cản trở việc xử phạt thì thời hiệu xử phạt vi phạm hành chính được tính lại kể từ thời điểm chấm dứt hành vi trốn tránh, cản trở việc xử phạt”.

5 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

6 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

7 Điều 235 BLHS năm 2015 chỉ quy định về “vượt giá trị liều”; “vượt quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về môi trường”.

KHÁNG NGHỊ GIÁM ĐỐC THẨM TRONG TỔ TỤNG DÂN SỰ

Thạch Phước Bình*

Bùi Thị Loan**

*ThS. Đoàn đại biểu Quốc hội tỉnh Trà Vinh.

**Đoàn đại biểu Quốc hội tỉnh Trà Vinh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Kháng nghị giám đốc thẩm, tố tụng dân sự, Tòa án nhân dân.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/5/2020

Biên tập : 25/5/2020

Duyệt bài : 28/5/2020

Article Information:

Key words: Appeal to cassation review, civil proceedings, People's Court

Article History:

Received : 15 May. 2020

Edited : 25 May. 2020

Approved : 28 May. 2020

Tóm tắt:

Bài viết này trình bày, phân tích các quy định của pháp luật về kháng nghị giám đốc thẩm trong tố tụng dân sự (chủ thể có thẩm quyền kháng nghị giám đốc thẩm; căn cứ, điều kiện kháng nghị giám đốc thẩm; trình tự, thủ tục kháng nghị giám đốc thẩm), thực tiễn áp dụng thủ tục kháng nghị giám đốc thẩm và kiến nghị giải pháp hoàn thiện.

Abstract:

This article provides discussions and analysis of the legal provisions on appeal to cassation review in civil proceedings (the subjects possessing his rights to protest cassation review; the grounds and conditions for cassation review; procedures and steps for cassation appeal), the practical application of cassation appeal procedures and also provides recommendations for further improvements.

Kháng nghị giám đốc thẩm là phương thức kiểm soát của Tòa án cấp trên đối với hoạt động áp dụng pháp luật của Tòa án cấp dưới trong việc giải quyết các vụ án, từ đó góp phần giúp cho đội ngũ làm công tác xét xử sửa chữa sai lầm và có nhận thức đúng đắn hơn trong áp dụng pháp luật. Phương thức này giúp cho đội ngũ thẩm phán phải thận trọng, cân nhắc trong quá trình áp dụng pháp luật khi xét xử vụ án. Kháng nghị giám đốc thẩm còn góp phần bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của đương sự, củng cố lòng tin của người dân vào cơ quan nhà nước, vào hoạt động xét xử của Tòa án. Kháng nghị giám đốc thẩm được xem là phương tiện để người dân tìm đến công lý trong giải quyết các tranh chấp và để bảo vệ quyền lợi cho bản thân. Đương sự khi phát hiện được những vi phạm của pháp luật

trong bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình thì họ có quyền yêu cầu người có thẩm quyền xem xét kháng nghị giám đốc thẩm theo quy định của pháp luật.

1. Một số nội dung của kháng nghị giám đốc thẩm

1.1. Chủ thể có thẩm quyền kháng nghị giám đốc thẩm

Điều 331 BLTTDS năm 2015 quy định chủ thể có thẩm quyền giám đốc thẩm như sau:

Thứ nhất, Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao có thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của TAND cấp cao; bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án khác khi xét thấy

cần thiết, trừ quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao.

Thứ hai, Chánh án TAND cấp cao, Viện trưởng VKSND cấp cao có quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của TAND cấp tỉnh, TAND cấp huyện trong phạm vi thẩm quyền theo lãnh thổ, cụ thể tại Nghị quyết số 957/NQ-UBTVQH13 ngày 28/5/2015 của Ủy ban thường vụ Quốc hội về thành lập TAND cấp cao. Tuy nhiên, trong quá trình thực hiện cần phân biệt giữa chủ thể có thẩm quyền kháng nghị giám đốc thẩm và chủ thể có quyền đề nghị thông báo, kiến nghị việc xem xét kháng nghị giám đốc thẩm theo quy định tại Điều 327BLTTDS năm 2015¹.

1.2. Căn cứ, điều kiện kháng nghị giám đốc thẩm

Kháng nghị giám đốc thẩm là hoạt động trong tố tụng. Vì vậy, người có thẩm quyền kháng nghị đối với bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật phải dựa trên những căn cứ được pháp luật quy định. Theo quy định của khoản 1 Điều 326 BLTTDS năm 2015, bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm khi có một trong những căn cứ sau:

Thứ nhất, kết luận trong bản án, quyết định không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự.

Thứ hai, có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng làm cho đương sự không thực hiện được quyền, nghĩa vụ tố tụng của mình, dẫn đến quyền, lợi ích hợp pháp của họ không được bảo vệ theo đúng quy định của pháp luật.

Thứ ba, có sai lầm trong việc áp dụng pháp luật dẫn đến việc ra bản án, quyết định không đúng, gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự, xâm phạm đến lợi ích công cộng, lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của người thứ ba.

Bên cạnh đó, BLTTDS năm 2015 còn quy định, người có thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm đối với những bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật khi hội đủ hai điều kiện sau: *một là*, có một trong những căn cứ kháng nghị giám đốc thẩm được quy định tại khoản 1 Điều 326²; *hai là*, phải có đơn đề nghị của đương sự về việc xét lại bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật hoặc có thông báo, kiến nghị của Tòa án, Viện kiểm sát, cơ quan, tổ chức, cá nhân khác đối với việc vi phạm pháp luật của

1 Điều 327 BLTTDS năm 2015 quy định:

“1. Trong thời hạn 01 năm, kể từ ngày bản án, quyết định của Tòa án có hiệu lực pháp luật, nếu phát hiện có vi phạm pháp luật trong bản án, quyết định đó thì đương sự có quyền đề nghị bằng văn bản với người có thẩm quyền kháng nghị quy định tại Điều 331 của Bộ luật này để xem xét kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm.

2. Trường hợp Tòa án, Viện kiểm sát hoặc cơ quan, tổ chức, cá nhân khác phát hiện có vi phạm pháp luật trong bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật thì phải thông báo bằng văn bản cho người có thẩm quyền kháng nghị quy định tại Điều 331 của Bộ luật này.

3. Chánh án Tòa án nhân dân cấp tỉnh kiến nghị Chánh án Tòa án nhân dân cấp cao hoặc Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Chánh án Tòa án nhân dân cấp cao kiến nghị Chánh án Tòa án nhân dân tối cao xem xét kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật nếu phát hiện có căn cứ quy định tại khoản 1 Điều 326 của Bộ luật này”.

2 Bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm khi có một trong những căn cứ sau đây:

a) Kết luận trong bản án, quyết định không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự;

b) Có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng làm cho đương sự không thực hiện được quyền, nghĩa vụ tố tụng của mình, dẫn đến quyền, lợi ích hợp pháp của họ không được bảo vệ theo đúng quy định của pháp luật;

c) Có sai lầm trong việc áp dụng pháp luật dẫn đến việc ra bản án, quyết định không đúng, gây thiệt hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự, xâm phạm đến lợi ích công cộng, lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của người thứ ba.

bản án, quyết định của Tòa án. Khi phát hiện bản án, quyết định của Tòa án có vi phạm, cơ quan, tổ chức, cá nhân khác có quyền kiến nghị đến người có thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm.

Ngoài ra, BLTTDS năm 2015 còn quy định, Chánh án TAND cấp tỉnh kiến nghị Chánh án TAND cấp cao hoặc Chánh án TAND tối cao; Chánh án TAND cấp cao kiến nghị Chánh án TAND tối cao xem xét kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm đối với bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật. Tuy nhiên, đối với những bản án, quyết định làm xâm phạm đến lợi ích công cộng, lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của người thứ ba thì không cần có đơn đề nghị, người có thẩm quyền kháng nghị có quyền kháng nghị đối với các bản án, quyết định nêu trên.

1.3. Trình tự, thủ tục kháng nghị giám đốc thẩm

- Về đơn đề nghị xem xét lại bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật được quy định tại Khoản 1 Điều 328³: Bên cạnh đó khi gửi đơn đề nghị đến người có thẩm quyền xem xét kháng nghị bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật thì đương sự phải gửi kèm theo bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật và tài liệu, chứng cứ (nếu có) để chứng minh cho những yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp⁴.

- Thủ tục nhận đơn đề nghị xem xét lại bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu

lực pháp luật được quy định tại Điều 329 BLTTDS năm 2015; theo đó, Tòa án, Viện kiểm sát nhận đơn đề nghị do đương sự nộp trực tiếp tại Tòa án, Viện kiểm sát hoặc gửi qua dịch vụ bưu chính và phải ghi vào sổ nhận đơn, cấp giấy xác nhận đã nhận đơn cho đương sự. Ngày gửi đơn được tính từ ngày đương sự nộp đơn tại Tòa án, Viện kiểm sát hoặc ngày có dấu dịch vụ bưu chính nơi gửi. Tòa án, Viện kiểm sát chỉ thụ lý đơn đề nghị khi có đủ các nội dung theo quy định của Điều 328 BLTTDS năm 2015. Trường hợp đơn đề nghị không có đủ điều kiện thì Tòa án, Viện kiểm sát yêu cầu người gửi đơn sửa đổi, bổ sung trong thời hạn 01 tháng, kể từ ngày nhận được yêu cầu của Tòa án, Viện kiểm sát; hết thời hạn này mà người gửi đơn không sửa đổi, bổ sung thì Tòa án, Viện kiểm sát trả lại đơn đề nghị, nêu rõ lý do cho đương sự và ghi chú vào sổ nhận đơn.

- Đơn đề nghị và tài liệu chứng cứ kèm theo của cá nhân, cơ quan tổ chức khác được thực hiện theo Điều 4 Thông tư liên tịch số 03/2013/TTLT-TANDTC-VKSNDTC ngày 15/10/2013 của TAND tối cao, VKSND tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định về thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm và thủ tục đặc biệt xem xét lại quyết định của Hội đồng thẩm phán TAND tối cao.

2. Thực tiễn áp dụng thủ tục kháng nghị giám đốc thẩm và kiến nghị

Theo số liệu báo cáo của ngành Tòa án, trong những năm gần đây, lượng đơn đề nghị giám đốc thẩm dân sự như sau: năm 2018 là

3 Khoản 1 Điều 328 BLTTDS năm 2015 quy định:

1. Đơn đề nghị xem xét bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật theo thủ tục giám đốc thẩm phải có các nội dung chính sau đây:

a) Ngày, tháng, năm làm đơn đề nghị;

b) Tên, địa chỉ của người đề nghị;

c) Tên bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật được đề nghị xem xét theo thủ tục giám đốc thẩm;

d) Lý do đề nghị, yêu cầu của người đề nghị;

đ) Người đề nghị là cá nhân phải ký tên hoặc điểm chỉ; người đề nghị là cơ quan, tổ chức thì người đại diện hợp pháp của cơ quan, tổ chức đó phải ký tên và đóng dấu vào phần cuối đơn; trường hợp tổ chức đề nghị là doanh nghiệp thì việc sử dụng con dấu được thực hiện theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

4 Khoản 2, Điều 328 BLTTDS năm 2015.

16.782 đơn; năm 2019 - 18.112 đơn, trong đó, số đơn được giải quyết trong năm 2018 là 6.408 đơn, chấp nhận kháng nghị 616 đơn chiếm 9,6%; năm 2019 là 9.198 đơn, chấp nhận kháng nghị 491 đơn, chiếm 5,3%⁵; Con số nêu trên cho thấy, tình trạng gia tăng đơn đề nghị giám đốc thẩm và tỷ lệ đơn được chấp nhận kháng nghị còn thấp. Một trong những nguyên nhân dẫn đến tình trạng này là quy định của BLTTDS năm 2015 về căn cứ kháng nghị chưa rõ. Như đã đề cập ở trên đây, một trong những căn cứ kháng nghị là “có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng”. Tuy nhiên, cho đến nay, cơ quan có thẩm quyền chưa ban hành văn bản giải thích cụ thể thế nào là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng.

Bên cạnh đó, theo quy định của khoản 1 Điều 327 BLTTDS năm 2015, trong thời hạn 01 năm, kể từ ngày bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật, nếu phát hiện vi phạm pháp luật trong bản án, quyết định đó thì đương sự có quyền đề nghị bằng văn bản với người có thẩm quyền kháng nghị để xem xét kháng theo thủ tục giám đốc thẩm. Đối với những trường hợp này, Tòa án sẽ tiến hành

xem xét đơn yêu cầu và tiến hành các thủ tục theo quy định của Điều 329⁶ BLTTDS năm 2015. Tuy nhiên, theo quy định của Điều 334 BLTTDS năm 2015, thời hạn kháng nghị giám đốc thẩm là 03 năm và trong một số trường hợp có thể kéo dài thêm 02 năm. Như vậy, nếu đương sự gửi đơn đề nghị sau thời hạn 01 năm thì người có thẩm quyền kháng nghị giám đốc thẩm xử lý đơn trong trường hợp này như thế nào? Vấn đề này hiện nay vẫn còn bỏ ngõ.

Ngoài ra, quy định thời gian kháng nghị giám đốc thẩm nêu trên cũng để lại nhiều hệ lụy, nhất là đối với công tác thi hành án, người phải thi hành án có tư tưởng trông chờ, cố tình trì hoãn không chấp hành bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật, từ đó gây không ít khó khăn cho cơ quan thi hành án. Việc quy định thời hạn kháng nghị giám đốc thẩm quá dài cũng sẽ ảnh hưởng rất nhiều đến việc khắc phục hậu quả đối với những bản án đã tổ chức thi hành xong, như trong trường hợp người được thi hành án nhận được tài sản hoặc cơ quan thi hành án tổ chức thi hành án bằng hình thức bán đấu giá tài sản và người thứ ba mua được tài sản

(Xem tiếp trang 44)

5 Tòa án nhân dân tối cao (2018), Báo cáo số 50/BC-TA ngày 11/10/2018 của Chánh án TAND tối cao về công tác của các Tòa án tại kỳ họp thứ 6 Quốc hội khóa XIV; Tòa án nhân dân tối cao (2019), Báo cáo số 59/BC-TA ngày 10/10/2019 của Chánh án TAND tối cao về công tác của các Tòa án tại kỳ họp thứ 8 Quốc hội khóa XIV.

6 Điều 329 BLTTDS năm 2015 quy định:

“1. Tòa án, Viện kiểm sát nhận đơn đề nghị do đương sự nộp trực tiếp tại Tòa án, Viện kiểm sát hoặc gửi qua dịch vụ bưu chính và phải ghi vào sổ nhận đơn, cấp giấy xác nhận đã nhận đơn cho đương sự. Ngày gửi đơn được tính từ ngày đương sự nộp đơn tại Tòa án, Viện kiểm sát hoặc ngày có dấu dịch vụ bưu chính nơi gửi.

2. Tòa án, Viện kiểm sát chỉ thụ lý đơn đề nghị khi có đủ các nội dung quy định tại Điều 328 của Bộ luật này. Trường hợp đơn đề nghị không có đủ điều kiện theo quy định tại Điều 328 của Bộ luật này thì Tòa án, Viện kiểm sát yêu cầu người gửi đơn sửa đổi, bổ sung trong thời hạn 01 tháng, kể từ ngày nhận được yêu cầu của Tòa án, Viện kiểm sát; hết thời hạn này mà người gửi đơn không sửa đổi, bổ sung thì Tòa án, Viện kiểm sát trả lại đơn đề nghị, nêu rõ lý do cho đương sự và ghi chú vào sổ nhận đơn.

3. Người có thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm phân công người có trách nhiệm tiến hành nghiên cứu đơn, thông báo, kiến nghị, hồ sơ vụ án, báo cáo người có thẩm quyền kháng nghị xem xét, quyết định; trường hợp không kháng nghị thì thông báo bằng văn bản, nêu rõ lý do cho đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân có văn bản thông báo, kiến nghị.

Chánh án TAND tối cao phân công Thẩm phán TAND tối cao, Viện trưởng Viện KSND tối cao phân công Kiểm sát viên Viện KSND tối cao nghiên cứu đơn, thông báo, kiến nghị, hồ sơ vụ án, báo cáo Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng Viện KSND tối cao xem xét, quyết định kháng nghị. Trường hợp không kháng nghị thì Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng Viện KSND tối cao tự mình hoặc ủy quyền cho Thẩm phán TAND tối cao, Kiểm sát viên Viện kiểm sát nhân dân tối cao thông báo bằng văn bản, nêu rõ lý do cho đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân có văn bản thông báo, kiến nghị”.

MỐI LIÊN HỆ GIỮA CÁC NGHỊ ĐỊNH QUY ĐỊNH VỀ XỬ LÝ KỶ LUẬT CÔNG CHỨC

Cao Vũ Minh*

*TS. Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: xử lý kỷ luật công chức, hình thức kỷ luật, công chức.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/6/2020
Biên tập : 03/7/2020
Duyệt bài : 05/7/2020

Article Information:

Key words: Civil servants, disciplinary form, civil servant.

Article History:

Received : 26 Jun. 2020
Edited : 03 Jul. 2020
Approved : 05 Jul. 2020

Tóm tắt:

Xử lý kỷ luật công chức chính là việc người có thẩm quyền áp dụng hậu quả pháp lý bất lợi đối với công chức vi phạm pháp luật mà theo quy định phải bị xử lý kỷ luật. Hiện nay, việc xử lý kỷ luật công chức vi phạm pháp luật được điều chỉnh trong nhiều nghị định khác nhau và có sự thiếu thống nhất trong thực tiễn áp dụng pháp luật. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích mối liên hệ giữa các nghị định về xử lý kỷ luật công chức, chỉ ra những điểm tương đồng, khác biệt và đồng thời đề xuất hướng hoàn thiện.

Abstract:

Disciplining a civil servant is the competent person's application of adverse legal consequences to a civil servant who violates the law and must be disciplined according to applicable regulations. Currently, the disciplining a civil servant who violates the law is governed by various specialized decrees, leading to inconsistencies in law practice. This article provides analysis of the relationship between the decrees on disciplining civil servants, points out the similarities and differences, and proposes some solutions to improve the law.

1. Quy định về xử lý kỷ luật công chức trong các nghị định của Chính phủ

Sau khi Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (Luật Cán bộ, công chức) có hiệu lực, Chính phủ ban hành Nghị định số 34/2011/NĐ-CP quy định về xử lý kỷ luật (XLKL) công chức (Nghị định số 34). Ngoài Nghị định số 34, việc XLKL công chức hiện nay còn được quy định trong 03 nghị định khác là: Nghị định số 71/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 về thời hạn, thủ tục thi hành án hành chính và xử lý trách nhiệm đối với người không thi hành bản án, quyết định của Tòa án (Nghị định số 71); Nghị định số 59/2019/NĐ-CP ngày 01/7/2019 quy định

chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Phòng, chống tham nhũng (Nghị định số 59) và Nghị định số 19/2020/NĐ-CP ngày 12/02/2020 về kiểm tra, XLKL trong thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính (Nghị định số 19).

Luật Cán bộ, công chức chỉ bao hàm 06 điều quy định về XLKL công chức gồm: Miễn trách nhiệm đối với công chức (Điều 77); Các hình thức kỷ luật đối với công chức (Điều 79); Thời hiệu, thời hạn XLKL công chức (Điều 80); Tạm đình chỉ công tác đối với công chức (Điều 81); Hậu quả pháp lý mà công chức bị kỷ luật phải gánh chịu (Điều 82); Quản lý hồ sơ kỷ luật công chức (Điều

83). Với tính chất là văn bản hướng dẫn thi hành Luật Cán bộ, công chức năm 2008, Nghị định số 34 đã quy định chi tiết những vấn đề: hình thức kỷ luật áp dụng đối với các vi phạm cụ thể (từ Điều 9 đến Điều 14); nguyên tắc XLKL (Điều 2); các trường hợp chưa xem xét XLKL (Điều 4); Thẩm quyền XLKL (Điều 15); Hội đồng kỷ luật (Điều 17); Thủ tục XLKL công chức (Điều 16, 18, 19, 20, 21); Các quy định liên quan đến việc thi hành quyết định kỷ luật (Điều 23). Như vậy, Nghị định số 34 là văn bản quy định cụ thể, đầy đủ và rõ ràng nhất về thẩm quyền XLKL, nguyên tắc XLKL; trình tự, thủ tục XLKL; các trường hợp chưa xem xét XLKL và hình thức XLKL đối với công chức.

Nghị định số 71 bao hàm 07 điều quy định về XLKL công chức vi phạm trong thi hành án hành chính. Trong đó, 06 điều từ Điều 21 - 26 quy định về các vi phạm cụ thể bị áp dụng hình thức kỷ luật từ khiển trách đến buộc thôi việc; Điều 20 Nghị định quy định chung về XLKL công chức vi phạm trong thi hành án hành chính. Đáng lưu ý là khoản 2 Điều 20 Nghị định số 71 quy định về “*Nguyên tắc, thẩm quyền, trình tự, thủ tục và các nội dung khác có liên quan đến việc XLKL công chức vi phạm trong thi hành án hành chính chưa được quy định tại Nghị định này được thực hiện theo quy định của pháp luật về XLKL đối với công chức*”. Như vậy, Nghị định số 71 không điều chỉnh vấn đề nguyên tắc, thẩm quyền, trình tự, thủ tục và các nội dung khác có liên quan đến việc XLKL công chức. Những vấn đề này được viện dẫn sang Nghị định số 34.

Nghị định số 59 có 10 điều luật quy định về XLKL công chức vi phạm pháp luật về phòng, chống tham nhũng. Trong số 10 điều này, 8 điều quy định về các vi phạm cụ thể bị áp dụng các hình thức kỷ luật tương ứng. Nghị định số 59 chia đối tượng bị XLKL thành hai nhóm: (i) người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị nếu để xảy ra vụ, việc tham nhũng trong cơ quan, tổ chức, đơn vị do mình quản lý, phụ trách; (ii) công chức có hành vi khác vi phạm pháp luật về phòng, chống tham nhũng; còn lại 02 điều quy định về thẩm quyền, thủ tục XLKL. Như vậy, Nghị định số 59 cũng không điều chỉnh thẩm quyền, thủ tục XLKL đối với công chức vi phạm quy định về phòng, chống tham nhũng. Thẩm quyền, thủ tục XLKL đối với công chức vi phạm quy định về phòng, chống tham nhũng được thực hiện theo quy định của Nghị định số 34.

Tương tự, Nghị định số 19 có 08 điều luật quy định về XLKL công chức vi phạm trong thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính (VPHC). Trong đó, 06 điều luật từ Điều 24 - 29 quy định các vi phạm cụ thể bị áp dụng hình thức kỷ luật từ khiển trách đến buộc thôi việc; Điều 22 quy định các hành vi vi phạm (HVVP) trong thi hành pháp luật về xử lý VPHC và Điều 23 quy định về nguyên tắc XLKL công chức. Nguyên tắc này có nội hàm tương tự với khoản 4 Điều 2 Nghị định số 34¹. Ngoài điều khoản này, Nghị định số 19 không quy định thêm các nguyên tắc XLKL khác. Các nguyên tắc khác liên quan đến XLKL được viện dẫn sang Nghị định số 34².

- 1 Khoản 4 Điều 2 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP quy định: “Thái độ tiếp thu, sửa chữa và chủ động khắc phục hậu quả của công chức có hành vi vi phạm pháp luật là yếu tố xem xét tăng nặng hoặc giảm nhẹ khi áp dụng hình thức kỷ luật”.
- 2 Khoản 2 Điều 23 Nghị định số 19/2020/NĐ-CP quy định: “Nguyên tắc, thẩm quyền, trình tự, thủ tục và các nội dung khác có liên quan đến việc xử lý kỷ luật công chức có hành vi vi phạm trong thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính được thực hiện theo quy định của pháp luật về xử lý kỷ luật đối với công chức”.

2. Mối liên hệ giữa các nghị định quy định về xử lý kỷ luật công chức

Hiện nay, trên diễn đàn khoa học có các quan điểm khác nhau về mối liên hệ giữa các nghị định nêu trên:

Quan điểm thứ nhất, đây là mối liên hệ giữa nghị định chung và các nghị định chuyên ngành quy định về vấn đề XLKL công chức.

Nghiên cứu hệ thống pháp luật cho thấy, có những trường hợp hai VBQPPL cùng điều chỉnh một vấn đề cụ thể, trong đó có một VBQPPL điều chỉnh chung nhất và một văn bản điều chỉnh chuyên sâu trong lĩnh vực quản lý cụ thể (thường được gọi là văn bản chuyên ngành). Trong trường hợp này, thông thường văn bản quy định chuyên sâu phù hợp với điều kiện quản lý đặc thù của từng ngành, từng lĩnh vực hơn văn bản quy định chung. Vì thế, việc áp dụng văn bản chuyên ngành khi giải quyết các công việc cụ thể của từng ngành, từng lĩnh vực thường thuận lợi và mang lại hiệu quả điều chỉnh cao hơn³. Khoa học pháp lý nhiều nước trên thế giới cũng thừa nhận nguyên tắc: “khi có sự khác nhau giữa luật chung và luật chuyên sâu thì ưu tiên áp dụng luật chuyên sâu”⁴.

Xét về mối tương quan này, Nghị định số 34 có thể được xem là nghị định chung điều chỉnh việc XLKL công chức. Trong khi đó, Nghị định số 71, Nghị định số 59, Nghị định số 19 được xem là nghị định chuyên ngành quy định về XLKL công chức trong từng lĩnh vực quản lý cụ thể. Tính chất chuyên ngành thể hiện ở phạm vi điều chỉnh của ba nghị định này. Theo đó, Nghị định số 71 chỉ điều chỉnh vấn đề kỷ luật công chức vi phạm trong thi hành án hành chính; Nghị định

số 59 chỉ điều chỉnh vấn đề XLKL công chức vi phạm pháp luật về phòng, chống tham nhũng; Nghị định số 19 chỉ điều chỉnh vấn đề kỷ luật công chức vi phạm trong thi hành pháp luật về xử lý VPHC. Nói cách khác, mối liên hệ giữa các quy phạm của Nghị định số 34 và Nghị định số 71, Nghị định số 59, Nghị định số 19 là mối liên hệ giữa quy phạm chung và quy phạm chuyên ngành.

Theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL năm 2015, trong hệ thống pháp luật của nước ta đang áp dụng nguyên tắc ưu tiên áp dụng “*quy định của VBQPPL ban hành sau*” chứ không cho phép ưu tiên áp dụng “*quy định của VBQPPL chuyên ngành*”⁵. Do đó, việc ưu tiên áp dụng các quy định của Nghị định số 71, Nghị định số 59, Nghị định số 19 so với Nghị định số 34 là không trái với Luật Ban hành VBQPPL năm 2015. Tuy nhiên, trong tương lai, khi có một nghị định khác thay thế Nghị định số 34 thì việc lựa chọn áp dụng VBQPPL nào là điều không đơn giản và tiềm ẩn khả năng áp dụng pháp luật không thống nhất.

Quan điểm thứ hai, đây là mối liên hệ giữa nghị định quy định chi tiết Luật Cán bộ, công chức về XLKL công chức với các nghị định XLKL đối với công chức trong các lĩnh vực khác nhau.

Mối liên hệ này tương tự như mối liên hệ giữa Nghị định số 81 đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97 (Nghị định số 81 sửa đổi năm 2017) với các nghị định xử phạt VPHC trong các lĩnh vực. Hiện nay, pháp luật về xử phạt VPHC ở nước ta được điều chỉnh trong Luật Xử lý VPHC năm 2012, Nghị định số 81 sửa đổi năm 2017 và 56 nghị định quy định về xử phạt VPHC trong

3 Bùi Thị Đào, “Những vấn đề mang tính nguyên tắc trong Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 08, năm 2011.

4 Thái Thị Tuyết Dung, “Các nguyên tắc giải quyết xung đột trong các văn bản quy phạm pháp luật”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 05, năm 2011.

5 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

các lĩnh vực⁶. Tương tự, pháp luật về XLKL công chức được điều chỉnh trong Luật Cán bộ, công chức, Nghị định số 34 và 03 nghị định quy định về XLKL công chức vi phạm trong thi hành án hành chính; vi phạm pháp luật về phòng, chống tham nhũng; vi phạm trong thi hành pháp luật về xử lý VPHC. Tuy nhiên, Nghị định số 81 sửa đổi năm 2017 chỉ quy định chi tiết những vấn đề chung trong Luật Xử lý VPHC năm 2012 chứ không quy định HVVP nào bị xử phạt VPHC. Nói cách khác, Nghị định số 81 sửa đổi năm 2017 không quy định về HVVP, hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả áp dụng đối với từng vi phạm cụ thể. Những vấn đề này, Nghị định số 81 sửa đổi năm 2017 “nhường lại” cho các nghị định quy định về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực cụ thể. Trên cơ sở đó, Chính phủ đã ban hành 56 nghị định xử phạt VPHC trong các lĩnh vực quy định khoảng 300.000 HVVP bị xử phạt VPHC⁷. Trong khi đó, Nghị định số 34 lại quy định cụ thể về hành vi vi phạm bị áp dụng hình thức kỷ luật. Trước khi Chính phủ ban hành 03 nghị định quy định về XLKL công chức vi phạm trong thi hành án hành chính; vi phạm pháp luật về phòng, chống tham nhũng; vi phạm trong thi hành pháp luật về xử lý VPHC thì Nghị định số 34 vẫn được xem là “kim chỉ nam” để viện dẫn nhằm XLKL công chức vi phạm trong mọi lĩnh vực. Khi các Nghị định số 71, Nghị định số 59, Nghị định số 19 được ban hành và có hiệu lực thì việc XLKL công chức vi phạm trong thi hành án hành chính; vi phạm pháp luật về phòng, chống tham nhũng; vi phạm

trong thi hành pháp luật về xử lý VPHC mới được thực hiện theo các nghị định này. Như vậy, việc XLKL công chức vi phạm pháp luật trong những lĩnh vực còn lại vẫn căn cứ vào Nghị định số 34. Do đó, quan điểm cho rằng mối liên hệ giữa Nghị định số 34 với Nghị định số 71, Nghị định số 59, Nghị định số 19 cũng giống như mối liên hệ Nghị định số 81 sửa đổi năm 2017 với 56 nghị định xử phạt VPHC trong các lĩnh vực cũng có điểm không hợp lý.

3. Nhận xét về xử lý kỷ luật công chức trong các nghị định của Chính phủ

Thứ nhất, khác với truyền thống pháp lý trước đây, việc XLKL công chức không chỉ được điều chỉnh trong một nghị định chung mà còn được điều chỉnh thêm trong 03 nghị định riêng. Trước năm 1998, ở nước ta chưa có một văn bản luật hay một văn bản mang tính chất luật nào điều chỉnh về vấn đề XLKL công chức. Trong giai đoạn này, việc XLKL công chức được điều chỉnh trong các sắc lệnh hay các nghị định⁸. Tuy nhiên, cho dù như thế nào thì trong mỗi giai đoạn nhất định, ở nước ta cũng chỉ tồn tại một VBQPPL điều chỉnh vấn đề XLKL công chức. Năm 1998, Ủy ban thường vụ Quốc hội ban hành Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998. Trên cơ sở Pháp lệnh này, Chính phủ đã ban hành một nghị định duy nhất điều chỉnh XLKL công chức - Nghị định số 97/NĐ-CP. Khi Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 đã được sửa đổi, bổ sung vào các năm 2000, 2003, Chính phủ cũng chỉ ban hành một nghị định điều chỉnh XLKL công chức - Nghị định số 35/2005/NĐ-CP.

- 6 Cao Vũ Minh, “Hoàn thiện Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý vi phạm hành chính”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 09, năm 2020.
- 7 Cao Vũ Minh - Nguyễn Nhật Khanh, Các hình thức xử phạt vi phạm hành chính, Nxb. Thanh niên, năm 2020, tr.231.
- 8 Sắc lệnh số 76/SL ngày 20/05/1950 ban hành Quy chế công chức Việt Nam của Chủ tịch Hồ Chí Minh; Nghị định số 195-CP ngày 31/12/1964 về Điều lệ kỷ luật lao động trong các xí nghiệp, cơ quan nhà nước; Nghị định số 217-CP ngày 8/6/1979 về chế độ trách nhiệm, chế độ kỷ luật, chế độ bảo vệ của công và chế độ phục vụ nhân dân của cán bộ, nhân viên và cơ quan nhà nước.

Năm 2008, Quốc hội ban hành Luật Cán bộ, công chức để thay thế Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 thì Chính phủ cũng chỉ ban hành một nghị định để quy định về XLKL công chức - Nghị định số 34/2011/NĐ-CP. Tuy nhiên, truyền thống pháp lý này bị phá vỡ khi Chính phủ ban hành Nghị định số 71, Nghị định số 59 và Nghị định số 19 để quy định về XLKL công chức trong những lĩnh vực nhất định.

Dưới góc độ xã hội, truyền thống do con người tạo ra thì cũng có thể bị thay đổi bởi con người. Với tư duy đó, truyền thống pháp lý do con người xây dựng nên thì cũng chính con người có thể thay đổi nó. Tuy nhiên, sự thay đổi truyền thống pháp lý trong việc “khai sinh” ra nhiều nghị định cùng điều chỉnh XLKL công chức chưa hẳn đã hợp lý, đặc biệt khi chưa xác định được cụ thể mối liên hệ giữa các nghị định này.

Thứ hai, nếu Nghị định số 71, Nghị định số 59 và Nghị định số 19 là các nghị định chuyên ngành thì các nghị định này phải quy định rõ ràng, cụ thể về các hình thức kỷ luật áp dụng đối với công chức trong từng lĩnh vực. Tuy nhiên, nội dung quy định của các nghị định này rất khái quát.

Ví dụ, theo quy định của Nghị định số 71, công chức có HVVP về thi hành án hành chính như “*chậm thi hành án; chấp hành nhưng không đúng nội dung bản án, quyết định của Tòa án trong thời hạn tự nguyện; lợi dụng chức vụ, quyền hạn cản trở việc thi hành án*” sẽ bị khiển trách (khoản 1, 2, 3 Điều 21). Tuy nhiên, cũng hành vi này mà bị xác định là “*gây hậu quả nghiêm trọng*” thì lại bị hạ bậc lương (khoản 1 Điều 23). Hành vi của người đứng đầu cơ quan, tổ chức mà “*thiếu trách nhiệm trong việc chỉ đạo, kiểm tra, đôn đốc thi hành án hành chính để xảy ra hậu quả nghiêm trọng*” sẽ bị khiển trách (khoản 6 Điều 21). Nếu vi phạm này được xác định là “*để xảy ra hậu quả rất nghiêm trọng*” thì sẽ bị cảnh cáo

(khoản 5 Điều 22), còn nếu được xác định là “*để xảy ra hậu quả đặc biệt nghiêm trọng*” thì sẽ bị giáng chức (khoản 2 Điều 24).

Tương tự, theo quy định của Nghị định số 59, công chức khi thực hiện công vụ, nhiệm vụ nếu biết hoặc buộc phải biết về tình huống xung đột lợi ích của mình mà không báo cáo thì bị xử lý bằng hình thức khiển trách nếu có HVVP lần đầu (điểm a khoản 1 Điều 84), nếu “*gây hậu quả nghiêm trọng*” sẽ bị cảnh cáo (điểm b khoản 1 Điều 84). Người có thẩm quyền “*nếu biết hoặc buộc phải biết có xung đột lợi ích mà không áp dụng các biện pháp kiểm soát xung đột lợi ích*” thì bị khiển trách nếu có HVVP lần đầu (điểm a khoản 2 Điều 84), nếu “*gây hậu quả nghiêm trọng*” sẽ lại bị cảnh cáo (điểm b khoản 2 Điều 84). Vấn đề đáng quan tâm là cả Nghị định số 71, Nghị định số 59 đều không quy định cụ thể thế nào là “*gây hậu quả nghiêm trọng*”, “*gây hậu quả rất nghiêm trọng*”, “*để xảy ra hậu quả nghiêm trọng*”, “*để xảy ra hậu quả rất nghiêm trọng*”. Điều này vô hình trung gây ra sự khó khăn trong quá trình XLKL công chức.

Thứ ba, xuất hiện tình trạng HVVP trong lĩnh vực cụ thể, lẽ ra phải được điều chỉnh trong nghị định XLKL chuyên ngành lại được điều chỉnh trong nghị định chung về XLKL.

Theo quy định của khoản 1 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018, “*Tham nhũng là hành vi của người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó vì vụ lợi*”. Như vậy, chủ thể của tham nhũng là người có chức vụ, quyền hạn (bao gồm cả công chức)⁹. Về mặt chủ quan, tham nhũng được thực hiện với lỗi cố ý. Mục đích của hành vi tham nhũng là vì vụ lợi. Vụ lợi ở đây được hiểu là việc người có chức vụ, quyền hạn đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn nhằm đạt được lợi ích vật chất hoặc lợi ích phi vật chất không chính đáng¹⁰. Như vậy, khi XLKL công chức thực hiện hành vi tham

9 Khoản 2 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018.

những phải nhấn mạnh đến yếu tố “*vì vụ lợi*”.

Trước khi Nghị định số 59 có hiệu lực, việc XLKL công chức thực hiện hành vi tham nhũng được điều chỉnh bằng Nghị định số 34. Theo quy định của Nghị định số 34, công chức vi phạm pháp luật về phòng, chống tham nhũng có thể gánh chịu một trong các hình thức kỷ luật là khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, giáng chức, cách chức, buộc thôi việc. Tuy nhiên, khi Nghị định số 59 có hiệu lực, hình thức kỷ luật chỉ còn lại là khiển trách, cảnh cáo, cách chức, buộc thôi việc¹¹. Như vậy, giữa Nghị định số 34 và Nghị định số 59 không có sự thống nhất với nhau về áp dụng hình thức kỷ luật đối với công chức vi phạm quy định của pháp luật về phòng, chống tham nhũng. Trong trường hợp này, theo nguyên tắc áp dụng VBQPPL, phải ưu tiên áp dụng Nghị định số 59¹². Tuy nhiên, Nghị định số 59 lại làm hẹp đi các hình thức kỷ luật lẽ ra có thể áp dụng đối với công chức vi phạm quy định của pháp luật về phòng, chống tham nhũng.

Thứ tư, xuất hiện sự mâu thuẫn giữa những quy định về XLKL công chức trong các nghị định của Chính phủ. Ví dụ, theo quy định của Nghị định số 59, hành vi của “*người có chức vụ, quyền hạn **những nhiều** trong giải quyết công việc*” sẽ bị XLKL bằng hình thức khiển trách¹³. Trong khi đó, theo quy định của Nghị định số 19, hành vi có nội hàm pháp lý tương tự là “*lợi dụng chức vụ, quyền hạn để **sách nhiễu**, đòi, nhận*

tiền, tài sản của người vi phạm” thì lại bị buộc thôi việc¹⁴. Hai hành vi này có tính chất giao thoa với nhau và rất khó có cơ sở phân biệt một cách rõ ràng, nhưng nhìn chung, *những nhiều* hay *sách nhiễu* cũng đều vì mục đích vụ lợi. Vì vậy, việc áp dụng hình thức XLKL khác nhau cho cùng một hành vi là chưa hợp lý.

Thứ năm, theo quy định của Luật Cán bộ, công chức đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (có hiệu lực từ 1/7/2020), hình thức hạ bậc lương chỉ áp dụng đối với công chức không giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý. Như vậy, nếu bất kỳ một nghị định nào muốn được áp dụng sau ngày 01/7/2020 đều phải thiết kế theo hướng không quy định hình thức kỷ luật hạ bậc lương đối với công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý. Tuy nhiên, hiện nay chỉ có Nghị định số 19 thể hiện được nguyên tắc này¹⁵. Các nghị định khác cần phải được sửa đổi cho phù hợp với quy định của Luật Cán bộ, công chức đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019.

4. Kiến nghị

Để khắc phục những bất cập trong quy định của pháp luật về XLKL công chức nêu trên, chúng tôi kiến nghị:

Thứ nhất, cần ban hành một nghị định quy định chi tiết về XLKL công chức được Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019) giao.

Điều đó có nghĩa, nghị định mới này chỉ quy định những vấn đề về XLKL như:

10 Khoản 7 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018.

11 Xem thêm từ Điều 76 đến Điều 85 Nghị định số 59/2019/NĐ-CP.

12 Khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 quy định: “Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau”.

13 Khoản 1 Điều 83 Nghị định số 59/2019/NĐ-CP.

14 Khoản 4 Điều 29 Nghị định số 19/2020/NĐ-CP.

15 Điều 26 Nghị định số 19/2020/NĐ-CP quy định: “Hình thức kỷ luật hạ bậc lương áp dụng đối với công chức không giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý có hành vi sử dụng tiền thu được từ tiền nộp phạt vi phạm hành chính, tiền nộp do chậm thi hành quyết định xử phạt tiền, tiền bán, thanh lý tang vật, phương tiện vi phạm hành chính bị tịch thu và các khoản tiền khác thu được từ xử phạt vi phạm hành chính trái quy định của pháp luật về ngân sách nhà nước”.

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

nguyên tắc XLKL; các trường hợp chưa xem xét XLKL; các trường hợp miễn trách nhiệm kỷ luật; thẩm quyền XLKL; hội đồng kỷ luật; thủ tục XLKL công chức; các quy định liên quan đến việc thi hành quyết định kỷ luật. Nghị định này sẽ không quy định về các hình thức kỷ luật áp dụng đối với các vi phạm cụ thể mà “nhường” lại cho các nghị định quy định về XLKL công chức trong các lĩnh vực khác nhau.

Thứ hai, cần tập trung rà soát để loại bỏ mâu thuẫn, chồng chéo giữa các nghị định quy định về XLKL công chức trong những lĩnh vực khác nhau.

Tình trạng mâu thuẫn, chồng chéo trong các quy định của pháp luật về XLKL công chức giữa các nghị định có xuất phát điểm từ cơ quan chủ trì soạn thảo. Tuy các nghị định quy định về XLKL công chức đều do một đầu mối ban hành là Chính phủ nhưng cơ quan chủ trì soạn thảo lại khác nhau nên dẫn đến tình trạng cơ quan chủ trì soạn thảo nghị định này lại ít quan tâm đến nghị định khác do một cơ quan khác chủ trì soạn thảo. Để khắc phục bất cập này, cần tập trung rà soát để loại bỏ mâu thuẫn, chồng chéo giữa các nghị định quy định về XLKL công chức

trong những lĩnh vực khác nhau. Ngoài ra, cần phát huy và đề cao vai trò thẩm định dự thảo nghị định quy định về XLKL công chức của Bộ Tư pháp. Cụ thể, Bộ Tư pháp cần tập trung thẩm định về tính hợp hiến, hợp pháp và tính thống nhất của dự thảo nghị định quy định về XLKL công chức với hệ thống pháp luật. Bên cạnh đó, Bộ Tư pháp cũng cần chú trọng thẩm định tính hợp lý của dự thảo nghị định quy định về XLKL công chức thông qua việc huy động trí tuệ và sự hiểu biết của các chuyên gia, nhà khoa học. Có như vậy thì báo cáo thẩm định mới thực sự có chất lượng và góp phần tạo ra những nghị định quy định về XLKL công chức đáp ứng yêu cầu về tính hợp pháp, hợp lý.

Thứ ba, cần tiến hành rà soát để loại bỏ những tiêu chí định tính, các quy định tùy nghi trong các HVVP bị áp dụng hình thức kỷ luật như: “gây hậu quả nghiêm trọng”, “gây hậu quả rất nghiêm trọng”, “đề xảy ra hậu quả nghiêm trọng”. Suy cho cùng, sự rõ ràng trong các quy định về XLKL công chức cũng là cơ sở quan trọng nhất cho việc áp dụng pháp luật thống nhất, đồng thời bảo đảm cho việc XLKL công chức khách quan, công bằng, nghiêm minh, đúng pháp luật ■

KHÁNG NGHỊ GIÁM ĐỐC THẨM... (Tiếp theo trang 37)

trong trường hợp này. Tuy nhiên, bản án sau đó bị kháng nghị giám đốc thẩm hủy án thì việc xử lý tài sản đã thi hành án là điều không dễ dàng, mà người bị thiệt hại nhiều nhất vẫn là người phải thi hành bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật.

Để khắc phục những bất cập nêu trên, chúng tôi có một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, TAND tối cao, VKSND tối cao cần sớm ban hành Thông tư thay thế Thông tư liên tịch số 03/2013/TTLT-TANDTC-VKSNDTC ngày 15/10/2013 của Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định về thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm và

thủ tục đặc biệt xem xét lại quyết định của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao của Bộ luật Tố tụng dân sự đã được sửa đổi, bổ sung theo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật Tố tụng dân sự.

Thứ hai, Hội đồng thẩm phán TAND tối cao cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn xác định cụ thể vi phạm nào là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng dân sự; hướng dẫn quy trình xử lý đơn đề nghị kháng nghị giám đốc thẩm không đúng thời gian quy định tại khoản 1 Điều 327 BLTTDS năm 2015; hướng dẫn thủ tục giao nhận hồ sơ trong quy trình kháng nghị giám đốc thẩm ■

MỘT SỐ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO HIỂM BẮT BUỘC TRÁCH NHIỆM DÂN SỰ CỦA CHỦ XE MÁY

Tạ Thị Thùy Trang*

* ThS. Đại học Thương Mại.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bảo hiểm bắt buộc, trách nhiệm dân sự, chủ xe cơ giới.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/06/2020

Biên tập : 28/06/2020

Duyệt bài : 04/07/2020

Article Information:

Key words: Compulsory insurance, civil liability insurance, vehicle owners.

Article History:

Received : 18 Jun. 2020

Edited : 28 Jun. 2020

Approved : 04 Jul. 2020

Tóm tắt:

Bảo hiểm bắt buộc trách nhiệm dân sự của chủ xe cơ giới trong đó có xe máy được xem là chính sách an sinh xã hội của Nhà nước nhằm bảo vệ quyền lợi cho nạn nhân trong các vụ tai nạn giao thông, cũng như giúp bảo vệ tài chính cho chủ xe cơ giới trước rủi ro bất ngờ. Tuy nhiên, trên thực tế có rất ít chủ xe máy mua bảo hiểm. Vậy lý do vì sao người dân không mặn mà với việc mua bảo hiểm? Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung phân tích, đánh giá thực trạng bảo hiểm bắt buộc trách nhiệm dân sự của chủ xe máy, chỉ ra một số điểm bất cập và đề xuất kiến nghị hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

Abstract:

Compulsory insurance for civil liability of motor vehicle owners, including motorbikes, is considered a social security policy of the State to protect the rights of victims in traffic accidents, as well as help protect financial protection for motor vehicle owners against unexpected risks but in reality very few motorbike owners buy and if bought mainly to cope. Accordingly, the article focuses on the compulsory insurance of civil liability of motorbike owners under the current law and points out some inadequacies of the law in order to improve the effectiveness of the application of laws on the issue.

1. Khái quát thực trạng bảo hiểm bắt buộc trách nhiệm dân sự của chủ xe máy

Bảo hiểm bắt buộc trách nhiệm dân sự (TNDS) của chủ xe cơ giới nói chung và xe máy nói riêng đã đạt được nhiều kết quả tích cực như: kết quả thực hiện bảo hiểm bắt buộc TNDS của chủ xe cơ giới giai đoạn 10 năm (2008-2017) đã đạt được kết quả với số lượt xe cơ giới tham gia bảo hiểm bắt buộc TNDS của chủ xe cơ giới lên đến trên 110,3 triệu (số lượt xe máy vào khoảng 93,5 triệu); giải quyết bồi thường bảo hiểm cho 593.658 vụ tai nạn giao thông, trung bình 9 triệu đồng/vụ (101.214 vụ tai nạn xe máy, trung

bình 5 triệu đồng/vụ). Thống kê mới nhất của Cục Quản lý và Giám sát bảo hiểm (Bộ Tài chính), tính riêng trong năm 2019, tổng doanh thu phí bảo hiểm bắt buộc TNDS ước tính đạt 3.590 tỷ đồng, trong đó riêng ô tô đạt 2.825 tỷ đồng, xe máy đạt 765 tỷ đồng. Trong khi đó, số tiền bồi thường bảo hiểm (chưa tính dự phòng bồi thường cho các tổn thất chưa phát sinh theo quy định) ước tính đạt 972 tỷ đồng, trong đó ô tô đạt 927 tỷ đồng, xe máy đạt 45 tỷ đồng¹. Kết quả trên thể hiện rõ ý nghĩa nhân đạo của chính sách, kịp thời hỗ trợ nạn nhân tai nạn giao thông nhanh chóng khắc phục tổn thất về người và

1 <http://tapchitaichinh.vn/su-kien-noi-bat/chan-chinh-xu-ly-kip-thoi-vi-pham-bao-hiem-bat-buoc-trach-nhiem-dan-su-cua-chu-xe-co-gioi-323425.html>.

tài sản, giúp cho không chỉ nạn nhân mà còn chủ xe, người điều khiển xe nhanh chóng ổn định cuộc sống, sinh hoạt và hoạt động sản xuất kinh doanh, góp phần thực hiện mục tiêu an sinh - xã hội của Đảng và Nhà nước.

Tuy nhiên, kết quả thực hiện thời gian qua cũng cho thấy, bảo hiểm bắt buộc TNDS của chủ xe máy vẫn còn những tồn tại, vướng mắc cả về chính sách và công tác tổ chức, triển khai thực hiện. Tỷ lệ tham gia bảo hiểm xe máy vẫn còn thấp, đạt khoảng 30% đối với xe máy (trong tổng số gần 60 triệu xe máy), và tỷ lệ tham gia bảo hiểm lên đến 90% đối với xe ô tô (trong tổng số trên 3 triệu xe ô tô)². Thời gian qua, sau khi lực lượng cảnh sát giao thông đồng loạt ra quân kiểm tra xử lý phương tiện giao thông, thị trường bảo hiểm xe máy vẫn chưa bớt “nóng” bởi “ma trận” thông tin vây quanh người dân. Thông tin quan trọng là quyền lợi của người mua bảo hiểm thế nào, trình tự thủ tục nhận bảo hiểm ra sao thì rất ít người nắm được. Mặc dù vấn đề bảo hiểm TNDS của chủ xe cơ giới trong đó có xe máy đã được đề cập trong Luật Giao thông đường bộ năm 2008, Thông tư số 22/2016/TT-BTC của Bộ Tài chính ban hành ngày 16/2/2016 quy định quy tắc, điều khoản, biểu phí và mức trách nhiệm bảo hiểm đối với bảo hiểm trách nhiệm dân sự của chủ xe cơ giới, nhưng mỗi lần vấn đề được xới lên thì dư luận xã hội lại “xôn xao” như thể đây là chính sách mới. Bảo hiểm bắt buộc TNDS của chủ xe máy đã được pháp luật quy định. Cụ thể, khoản 1 Điều 8 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2010 quy định: “Bảo hiểm bắt buộc chỉ áp dụng đối với một số loại bảo hiểm nhằm mục đích bảo vệ lợi ích công cộng và an toàn xã hội”, trong đó có bảo hiểm TNDS của chủ xe máy. Khoản 3 Điều 8 Luật này cũng quy định: “Căn cứ vào nhu cầu phát triển kinh tế - xã hội từng thời kỳ, Chính phủ trình Ủy ban thường vụ Quốc hội quy định loại bảo hiểm

bắt buộc khác”. Bộ luật Dân sự năm 2015 (sửa đổi năm 2017) cũng đã làm rõ nguyên nhân tại sao xe cơ giới nói chung và xe máy nói riêng là đối tượng phải mua bảo hiểm bắt buộc. Lý do bởi vì Điều 601 Bộ luật Dân sự 2015 xếp “phương tiện giao thông vận tải cơ giới” trong nhóm “nguồn nguy hiểm cao độ” và quy định khi nguồn nguy hiểm cao độ gây ra thiệt hại cho đối tượng khác thì phải bồi thường. Thêm vào đó, điều kiện của người lái xe tham gia giao thông đã ghi rõ phải mang theo một số giấy tờ bao gồm Giấy chứng nhận bảo hiểm TNDS của chủ xe cơ giới³. Ngoài ra, Thông tư số 22/2016/TT-BTC cũng đã quy định rất rõ ràng, chi tiết quyền lợi lẫn trách nhiệm của các bên tham gia bảo hiểm xe cơ giới, niêm yết mức giá bán bảo hiểm bắt buộc, bảng quyền lợi chi trả bồi thường cho các loại tổn thương do tai nạn, thậm chí còn cung cấp cả các biểu mẫu hồ sơ giúp chủ phương tiện điền thông tin để nhận bồi thường. Tuy nhiên, người dân khi mua bảo hiểm xe máy vẫn không nắm được là mình đang mua sản phẩm bảo hiểm nào, trách nhiệm, quyền lợi ra sao. Điều này trước hết là do lỗi của chính người dân không nắm được pháp luật hiện hành, không chủ động tiếp cận chính sách liên quan đến mình.

Bên cạnh đó, cũng không thể phủ nhận nguyên nhân chủ yếu của tình trạng trên là do pháp luật về bảo hiểm TNDS của chủ xe máy còn nhiều bất cập, gây khó khăn trong quá trình áp dụng. Cụ thể:

Thứ nhất, nguyên tắc tham gia bảo hiểm và nguyên tắc bồi thường theo quy định của pháp luật hiện hành thiếu thống nhất. Theo nguyên tắc tham gia bảo hiểm “Chủ xe cơ giới không được đồng thời tham gia hai hợp đồng bảo hiểm bắt buộc TNDS trở lên cho cùng một xe cơ giới”⁴. Tuy nhiên, khoản 5 Điều 13 Thông tư số 22/2016 lại quy định “Trường hợp chủ xe cơ giới đồng thời tham

2 <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/tien-te-bao-hiem/2020-05-21/bao-hiem-xe-may-se-co-them-nhieu-quy-dinh-moi-mang-tinh-can-co-va-lau-dai-87076.aspx>.

3 Điều 58 Luật Giao thông đường bộ năm 2008.

4 Điều 4 Luật Giao thông đường bộ năm 2008.

gia nhiều hợp đồng bảo hiểm bắt buộc TNDS cho cùng một xe cơ giới thì số tiền bồi thường chỉ được tính theo hợp đồng bảo hiểm có hiệu lực bảo hiểm trước”. Khác với hợp đồng bảo hiểm tài sản có đối tượng là tài sản cụ thể, hợp đồng bảo hiểm con người là bảo hiểm đối với một người cụ thể; đối tượng của hợp đồng bảo hiểm TNDS là trách nhiệm bồi thường thiệt hại (BTTH) của người tham gia bảo hiểm đối với bên thứ ba. Đó là thiệt hại có thể xảy ra trong tương lai, trong phạm vi, giới hạn bảo hiểm và thuộc trách nhiệm bồi thường của bên tham gia bảo hiểm. Trách nhiệm BTTH mang tính trừu tượng; chúng ta không nhìn thấy, không cảm nhận được bằng các giác quan và thực tế chúng không tồn tại hiện hữu tại thời điểm giao kết hợp đồng. Chỉ khi nào người tham gia bảo hiểm gây thiệt hại cho người khác và phải bồi thường thì mới xác định được trách nhiệm BTTH là bao nhiêu. Vì vậy, người tham gia bảo hiểm có tâm lý mong muốn bỏ ra số tiền nhỏ nhất mà được bồi thường nhiều nhất bằng cách tham gia nhiều hợp đồng bảo hiểm TNDS. Điều này có được hay không thì pháp luật còn chưa quy định thống nhất. Bên cạnh đó, pháp luật cũng chưa có các quy định cụ thể về trường hợp phát hiện ra hợp đồng bảo hiểm trùng như trên thì hợp đồng thứ 2 sẽ bị chấm dứt hiệu lực kể từ thời điểm nào? Việc hoàn phí được xử lý như thế nào? Điều này không chỉ gây hoang mang cho chủ xe máy mà còn ảnh hưởng đến doanh thu hoạt động của các doanh nghiệp bảo hiểm (DNBH).

Thứ hai, hồ sơ bồi thường theo quy định hiện hành chưa thực sự khoa học và hợp lý. Theo quy định, DNBH có trách nhiệm phối hợp với chủ xe cơ giới, người bị thiệt hại, cơ quan công an và các tổ chức, cá nhân có liên quan khác để thu thập các tài liệu liên quan đến thiệt hại về tài sản (như hóa đơn sửa chữa, thay mới tài sản bị thiệt hại); các tài liệu liên quan của cơ quan có thẩm quyền về vụ tai nạn (như biên bản khám nghiệm phương tiện liên quan đến tai nạn, thông báo sơ bộ kết quả điều tra ban đầu vụ tai nạn giao

thông...); biên bản giám định xác định nguyên nhân và mức độ thiệt hại do DNBH hoặc người được DNBH ủy quyền lập; các tài liệu có liên quan đến vụ tai nạn⁵. Thực tế cho thấy, việc quy định quá nhiều giấy tờ, nhiều cơ quan liên quan gây khó khăn trong việc thực hiện hồ sơ bồi thường, thậm chí nhiều trường hợp không thể thực hiện được. Thiệt hại lớn không nói, còn với thiệt hại vài trăm nghìn không phải lúc nào cũng đi báo công an xác minh, giám định, hay xác nhận của chính quyền địa phương, các chủ phương tiện thường tự thương lượng bồi thường vì việc đề hoàn thiện hồ sơ thanh toán bảo hiểm quá phức tạp. Ví dụ như đối với tài liệu liên quan đến xe, lái xe (Bản sao có xác nhận của DNBH sau khi đã đối chiếu với bản chính) yêu cầu bồi thường phải có trong hồ sơ bồi thường gồm: a) Giấy đăng ký xe; b) Giấy phép lái xe; c) Giấy chứng minh nhân dân hoặc Hộ chiếu hoặc các giấy tờ tùy thân khác của lái xe; d) Giấy chứng nhận bảo hiểm. Vấn đề đặt ra là, nếu người điều khiển phương tiện tham gia giao thông chỉ có bản chứng thực Giấy đăng ký xe do bản gốc đang sử dụng thế chấp tại tổ chức tín dụng thì sẽ không đáp ứng được điều kiện về hồ sơ bồi thường; chưa kể không phải lúc nào DNBH cũng có trách nhiệm xác nhận vào bản sao các loại giấy tờ, trong khi chủ xe máy hoàn toàn có thể chứng thực các loại giấy tờ này tại các văn phòng công chứng.

Thứ ba, pháp luật thiếu quy định về trách nhiệm cụ thể đối với DNBH và các bên liên quan trong quá trình thu thập hồ sơ bồi thường. Liên quan đến tài liệu chứng minh thiệt hại về người cần có một hoặc một số các tài liệu sau: a) Giấy chứng thương; b) Giấy ra viện; c) Giấy chứng nhận phẫu thuật; d) Hồ sơ bệnh án; đ) Giấy chứng tử (trong trường hợp nạn nhân tử vong). Tuy nhiên, trên thực tế, có nhiều trường hợp bên mua bảo hiểm rất khó có thể cung cấp được Giấy chứng tử và phải được gia đình nạn nhân cung cấp thì bên mua bảo hiểm mới có thể có được. Do vậy, để nhanh chóng giải quyết

5 Điều 14 Luật Giao thông đường bộ năm 2008.

quyền lợi bảo hiểm cho bên thứ ba, cần quy định rõ trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền phải cấp các giấy tờ cần thiết theo quy định trong trường hợp nạn nhân tử vong; trách nhiệm của các cơ sở y tế nơi cấp cứu và điều trị cho nạn nhân tai nạn giao thông cũng như Công an chủ trì điều tra để việc bồi thường được giải quyết thỏa đáng, kịp thời. Thực tế thời gian qua, rất nhiều người mua bảo hiểm phải tự đi thu thập đầy đủ các chứng từ trên mới được giải quyết quyền lợi bảo hiểm. Như vậy, trách nhiệm phối hợp của DNBH ở đâu? Và có cách nào để người tham gia bảo hiểm yêu cầu DNBH phối hợp để thu thập các loại giấy tờ trên hay không cũng là vấn đề pháp luật cần quy định.

Thứ tư, thời hạn bảo hiểm theo quy định quá ngắn, không đáp ứng được nhu cầu bảo hiểm của người mua. Thời hạn bảo hiểm là khoảng thời gian được xác định theo hợp đồng bảo hiểm mà trong khoảng thời gian đó, DNBH có trách nhiệm chi trả tiền bảo hiểm hoặc BTTH cho người được bảo hiểm nếu xảy ra sự kiện bảo hiểm. Thông thường, thời hạn bảo hiểm trùng với thời hạn của hợp đồng bảo hiểm nên việc xác định thời điểm bắt đầu cũng như thời điểm kết thúc của thời hạn bảo hiểm cũng theo nguyên tắc xác định thời điểm có hiệu lực của hợp đồng bảo hiểm. Tuy nhiên, có nhiều trường hợp tuy cũng trong thời hạn có hiệu lực của hợp đồng nhưng chỉ những thiệt hại nào được coi là sự kiện bảo hiểm xảy ra trong thời hạn bảo hiểm thì DNBH mới phải chi trả tiền bảo hiểm hoặc BTTH cho người được bảo hiểm. Do đó, quy định hiện hành về thời hạn bảo hiểm 1 năm cho tất cả các phương tiện xe cơ giới chưa tạo điều kiện chủ động cho việc tham gia bảo hiểm bắt buộc TNDS của chủ xe máy. Trên thực tế, nhiều chủ xe máy khi mua bảo hiểm không thể nhớ được thời hạn kết thúc để mua tiếp; họ có nhu cầu mua với thời hạn dài để đỡ phải đi mua nhiều lần nhưng lại không được phép, nên không mấy người còn mặn mà và quan tâm đến vấn đề này. Thiết nghĩ, mặc dù mục đích của bảo hiểm TNDS bắt buộc là an sinh xã hội, phi lợi nhuận nên nguyên tắc của nó là cân bằng thu chi. Sau mỗi một năm bảo hiểm, cơ quan

quản lý sẽ cân đối quỹ, nếu thu lớn hơn chi thì sẽ giảm phí và ngược lại. Tuy nhiên, bảo hiểm bắt buộc TNDS của chủ xe máy chỉ là 1 sản phẩm nhỏ trong các sản phẩm kinh doanh của DNBH, sẽ không ảnh hưởng quá nhiều đến cân bằng thu chi.

Một nguyên nhân nữa dẫn đến tâm lý dè dặt của chủ xe máy khi mua bảo hiểm TNDS là tiền do cơ quan bảo hiểm bồi thường không theo kịp biến động về giá cả thị trường. Theo quy định hiện hành, mức trách nhiệm bảo hiểm của đơn vị bảo hiểm đối với thiệt hại về người do xe cơ giới gây ra là 100 triệu đồng/1 người/1 vụ tai nạn. Mức trách nhiệm bảo hiểm đối với thiệt hại về tài sản do xe mô tô, xe máy gây ra là 50 triệu đồng/1 vụ tai nạn. Bên cạnh việc bồi thường cho chủ xe, một phần số tiền bảo hiểm sẽ được sử dụng để hỗ trợ nạn nhân khi gặp tai nạn giao thông. Trong trường hợp không xác định được xe gây tai nạn hoặc tai nạn không thuộc phạm vi bảo hiểm cũng sẽ được hỗ trợ bồi thường nhân đạo cho nạn nhân số tiền lên đến 20 triệu đồng/người. Tuy nhiên, các quy định này hiện không còn phù hợp, đồng bộ với hệ thống văn bản pháp luật có liên quan. Ví dụ như quy định mức trách nhiệm bảo hiểm chưa theo kịp với biến động ngày càng tăng về giá dịch vụ khám, điều trị, chăm sóc y tế cũng như chi phí sửa chữa, thay thế tài sản bị thiệt hại trong các vụ tai nạn do xe cơ giới gây ra, dẫn đến tỷ lệ tham gia bảo hiểm của chủ xe máy rất thấp. Ngoài ra, việc giải quyết bồi thường không phân biệt theo mức độ lỗi, nên trên thực tế, có nhiều trường hợp lỗi dẫn đến tai nạn giao thông hoàn toàn là do nạn nhân gây ra nhưng chủ xe vẫn phải bồi thường mức cao nhất theo bảng tỷ lệ bồi thường, và DNBH phải chi trả theo quy định. Điều này không chỉ đặt gánh nặng về kinh phí lên vai DNBH và vi phạm nguyên tắc lấy số đông bù số ít mà còn chưa hợp lý vì vô hình chung sẽ khuyến khích vi phạm pháp luật, không công bằng đối với người chấp hành tốt pháp luật về giao thông.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về bảo hiểm bắt buộc trách nhiệm dân sự của chủ xe máy

Qua khái quát thực trạng pháp luật Việt

Nam về bảo hiểm bắt buộc TNDS của chủ xe máy như đã nêu trên, tác giả kiến nghị một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật như sau:

Thứ nhất, yêu cầu các DNBH chủ động kiểm tra, rà soát việc triển khai bảo hiểm bắt buộc TNDS của chủ xe cơ giới trong toàn hệ thống, đảm bảo thực hiện đúng theo quy định pháp luật. Trường hợp phát hiện các hành vi vi phạm thì tiến hành chấn chỉnh, xử lý kịp thời. Đồng thời, các cơ quan liên quan và các doanh nghiệp bảo hiểm cần tiếp tục đẩy mạnh tuyên truyền để người dân nắm rõ được chính sách, ý nghĩa của chính sách bảo hiểm bắt buộc TNDS xe máy, từ đó chủ động và tích cực tham gia. Bên cạnh đó, việc mở rộng mạng lưới phân phối, đa dạng hình thức cung cấp dịch vụ, đẩy mạnh áp dụng công nghệ thông tin, nâng cao chất lượng dịch vụ bảo hiểm; cũng như việc nâng cao trình độ, kỹ năng tư vấn của đội ngũ cán bộ khai thác bảo hiểm, chăm sóc khách hàng, đội ngũ đại lý bảo hiểm... là các vấn đề mà cơ quan quản lý, cũng như các DNBH phải thực sự chú trọng; đảm bảo phát huy tính nhân văn của chế độ này là bảo vệ tài chính cho các nạn nhân của các vụ tai nạn giao thông đường bộ thiệt hại về sức khỏe, tính mạng, tài sản, ngay cả khi không xác định được xe gây tai nạn, xe không tham gia bảo hiểm hoặc tai nạn không thuộc phạm vi bảo hiểm.

Thứ hai, cần triển khai loại hình bảo hiểm TNDS của người điều khiển phương tiện giao thông, thay vì bảo hiểm TNDS chủ xe cơ giới như hiện nay. Bởi vì, trên thực tế mặc dù người điều khiển xe máy gây tai nạn không phải là chủ xe, nhưng chủ xe vẫn phải có trách nhiệm bồi thường, do đã giao cho người khác chiếm hữu, sử dụng xe máy (nguồn nguy hiểm cao độ), trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác⁶. Điều này sẽ sinh ra tính ỷ lại, trốn tránh trách nhiệm của người thực sự gây tai nạn. Theo đó, bảo hiểm TNDS của người điều khiển phương tiện giao thông được xác định dựa trên thông tin cá nhân thay vì thông tin của phương tiện

xe cơ giới như hiện nay. Từ đó, dựa vào lịch sử liên quan đến các sự kiện tai nạn giao thông của một người, công ty bảo hiểm sẽ đánh giá rủi ro và đưa ra mức phí phù hợp cho người điều khiển phương tiện giao thông đó. Ví dụ: Tăng giảm phí bảo hiểm cho cá nhân đó trong thời gian tiếp theo. Điều này sẽ khắc phục được cả vấn đề khó quy trách nhiệm đối với xe không chính chủ cũng như sẽ quản lý được vấn đề tính phí bảo hiểm theo rủi ro trách nhiệm cá nhân. Bảo hiểm TNDS của người điều khiển phương tiện giao thông sẽ trở thành quyền cũng là nghĩa vụ và trách nhiệm của tất cả những người tham gia giao thông.

Thứ ba, hồ sơ bồi thường bảo hiểm cần được quy định theo hướng đơn giản hóa, tăng trách nhiệm và tính chủ động của DNBH nhưng vẫn đảm bảo phòng, chống gian lận bảo hiểm. Đồng thời, pháp luật cần quy định rõ trách nhiệm thu thập hồ sơ của từng bên tại mỗi đầu mục tài liệu; cho phép sử dụng bản sao chứng thực Giấy chứng nhận đăng ký kèm bản gốc Giấy biên nhận của tổ chức tín dụng còn hiệu lực thay cho bản chính trong thời gian tổ chức tín dụng giữ bản chính để giảm nhẹ gánh nặng cho chủ xe máy.

Thứ tư, cần tăng mức trách nhiệm bảo hiểm; về cơ bản, cần đảm bảo chi phí thực tế về giá dịch vụ khám, điều trị, chăm sóc y tế và chi phí khắc phục thiệt hại đối với tài sản. Người dân không mặn mà với bảo hiểm xe máy là do thủ tục bồi thường bảo hiểm khó khăn, bồi thường lại thấp. Vì vậy, nếu việc cung cấp sản phẩm bảo hiểm thuận lợi và chất lượng cùng nội dung rõ ràng thì người dân sẽ không ngần ngại khi mua sản phẩm này.

Thứ năm, pháp luật không nên quy định thời hạn cứng của hợp đồng bảo hiểm mà nên quy định linh hoạt theo hướng chỉ quy định thời hạn tối thiểu và tối đa. Điều này tạo sự chủ động cho người mua bảo hiểm, phù hợp chiến lược mục tiêu kinh doanh và khả năng quản lý của DNBH ■

6 Điều 601, Bộ Luật Dân sự năm 2015

THƯƠNG NHÂN THEO PHÁP LUẬT THƯƠNG MẠI VIỆT NAM

ThS. Lê Văn Tranh*

*Giảng viên, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Thương nhân, phân loại thương nhân.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/05/2020
Biên tập : 28/05/2020
Duyệt bài : 08/06/2020

Article Information:

Key words: The merchant, classification of merchant.

Article History:

Received : 18 May. 2020
Edited : 28 May. 2020
Approved : 08 Jun. 2020

Tóm tắt:

Sau hơn ba mươi năm đổi mới, tầng lớp “thương nhân” của Việt Nam đã và đang khẳng định được vai trò của mình trong việc tạo công ăn việc làm cũng như thúc đẩy phát triển kinh tế, sự thịnh vượng của quốc gia. Vì thế, việc ghi nhận chế định thương nhân trong pháp luật thương mại là một sự ghi nhận hợp lý của Nhà nước đối với chủ thể này. Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung trình bày về nhận diện thương nhân ở ba góc độ: i) khái niệm, ii) đặc điểm, iii) phân loại về thương nhân theo pháp luật hiện hành.

Abstract:

After more than thirty years of reform, the “merchant” of Vietnam has been asserting its role in job generation as well as economics development and nation prosperity. Therefore, the recognition of the institution of merchant in the commercial law is a reasonable recognition of the State to this subject. Within the scope of this article, the author focuses on discussions on identification of merchant in three aspects: i) definition, ii) characteristics, iii) classification of merchant under current law.

1. Khái niệm về thương nhân

Trong cuốn Business Law có viết, “*Một người được gọi là thương nhân khi người đó hành động trong khả năng thương mại, sở hữu hoặc sử dụng chuyên môn liên quan cụ thể đến hàng hóa được bán*”¹. Thương nhân trong trường hợp này được hiểu là người có chuyên môn, hiểu biết nhất định về hoạt động thương mại của mình. Cách tiếp cận này hoàn toàn phù hợp với đặc thù nghề nghiệp của mỗi thương nhân bởi hoạt động thương mại luôn gắn với yếu tố “*lợi nhuận - rủi ro*” nếu thương nhân không có chuyên môn thì khó có thể hành nghề cũng như tồn tại trên thương trường. Cách tiếp cận của Luật Thương mại

Việt Nam cũng hướng đến yếu tố này khi mà nhà làm luật quy định tính chất “*thành lập hợp pháp, hoạt động thường xuyên*”. Cụ thể, khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại quy định², “*thương nhân bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh*”. Bên cạnh đó, pháp luật doanh nghiệp cũng tồn tại khái niệm “*doanh nghiệp*” có nội hàm gần giống với khái niệm “*thương nhân*”. Theo đó, doanh nghiệp “*là tổ chức có tên riêng, có tài sản, có trụ sở giao dịch, được thành lập hoặc đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật nhằm mục đích kinh doanh*”³. Cụm từ “*chủ*

1 Nguyên văn “A person is a merchant when she or he acting in a mercantile capacity, possesses or uses an expertise specifically related to the goods being sold”. Xem thêm: Clarkson. Miller. Cross, Business law – Text and cases (thirteenth Edition), p.380.

2 Luật Thương mại năm 2005.

3 Khoản 10 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2020, có hiệu lực thi hành 01/01/2021.

thể kinh doanh” không được luật hoá nhưng cũng được sử dụng trong một số giáo trình và được hiểu là “*những tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động kinh doanh mang tính nghề nghiệp, hoạt động dưới một hình thức pháp lý nhất định... theo quy định của pháp luật*”⁴. Trên thực tế, cụm từ này được sử dụng khá phổ biến với nội hàm bao gồm tất cả các tổ chức, cá nhân kinh doanh trên thị trường.

“*Thương nhân*”, “*doanh nghiệp*” hoặc “*chủ thể kinh doanh*” đều là những thuật ngữ chỉ các chủ thể thực hiện hoạt động kinh doanh, thương mại nhằm mục đích sinh lợi. Trong đó, khái niệm “*chủ thể kinh doanh*” được xem là khái niệm có nội hàm rộng nhất, nó bao hàm cả “*thương nhân*” và “*doanh nghiệp*”. Thực tế còn có nhiều tên gọi khác như thương gia⁵, doanh nhân⁶, nhà buôn... nhưng tựu chung lại thì các thuật ngữ này đều chỉ một chủ thể tiến hành hoạt động kinh doanh, thương mại nhằm mục đích sinh lợi⁷ và lấy đó làm nghề nghiệp chính của mình trên cơ sở kết hợp các nguồn lực và thể mạnh khác nhau của mỗi thương nhân.

Mở rộng quy định liên quan đến đại vị pháp lý của thương nhân, chúng ta thấy Hiến pháp⁸ năm 1992 ghi nhận quyền tự do kinh doanh của công dân; theo đó, công dân có quyền tự do kinh doanh theo quy định của pháp luật. Đến Hiến pháp năm 2013 thì quyền tự do kinh doanh được mở rộng theo nguyên tắc “*mọi người có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm*”⁹. Quy định này cho thấy, tự do kinh doanh được mở rộng theo hướng “*được kinh doanh những gì mà pháp luật cho phép*” sang “*được kinh doanh những gì mà pháp luật không cấm*”. Cùng với việc

ghi nhận quyền tự do kinh doanh trong Hiến pháp, Luật Thương mại năm 1997, Luật Thương mại năm 2005 đã xây dựng một chế định thương nhân với các quy định về quyền và nghĩa vụ của thương nhân. Cụ thể, khoản 6 Điều 5 Luật Thương mại năm 1997 quy định, “*Thương nhân bao gồm cá nhân, pháp nhân, tổ hợp tác, hộ gia đình có đăng ký hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên*”. Luật Thương mại năm 2005 thay đổi định nghĩa về thương nhân theo hướng “*rút gọn*” khi liệt kê ít chủ thể hơn so với Luật Thương mại năm 1997 nhưng vẫn giữ nguyên thuộc tính cơ bản của thương nhân. Theo đó, thương nhân chỉ bao gồm hai nhóm “*tổ chức kinh tế*” và “*cá nhân*” hoạt động thương mại một cách độc lập thường xuyên và có đăng ký kinh doanh¹⁰, các chủ thể được công nhận là thương nhân khi đáp ứng yếu tố có “*đăng ký kinh doanh*” và “*hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên*”. Tại đây, tư cách thương nhân được xác lập bước đầu thông qua thủ tục “*đăng ký*” với cơ quan nhà nước có thẩm quyền (ở công đoạn này chủ thể không cần phải chứng minh rằng mình đã, đang hoặc sẽ hoạt động thương mại đối với cơ quan đăng ký kinh doanh). Quy định về “*đăng ký kinh doanh*” này được xem là bước “*khai sinh*” ra chủ thể thương nhân, và theo lẽ đó, những chủ thể không tiến hành đăng ký với cơ quan có thẩm quyền thì sẽ không được gọi là “*thương nhân*”.

Quy định “*thương nhân là tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp...*” có những điểm không rõ ràng khi cụm từ “*tổ chức kinh tế*” không được luật giải thích và có độ vênh nhất định khi đối chiếu với cụm từ “*tổ chức*”

4 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2013), Giáo trình pháp luật về chủ thể kinh doanh, Nxb. Hồng Đức, tr.16.

5 Thương gia là thuật ngữ được sử dụng nhiều lần (chính) trong Bộ luật Thương mại Việt Nam cộng hoà năm 1972.

6 Hiện nay, doanh nhân là thuật ngữ được sử dụng, tuyên dương trong ngày truyền thống (13/10 hàng năm) của những người hoạt động kinh doanh, thương mại. Tuy vậy, xét trên tính tổng quát thì quy định “ngày thương nhân” sẽ hợp lý và thuyết phục hơn.

7 Không chỉ hướng đến lợi ích vật chất thuần túy mà còn bao gồm cả yếu tố phi vật chất (uy tín, hình ảnh, thương hiệu).

8 Tính đến nay đã có năm bản Hiến pháp Việt Nam qua các năm: 1946, 1959, 1980, 1992 và 2013.

9 Điều 33 Hiến pháp năm 2013.

10 Xem thêm: khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại năm 2005.

trong pháp luật doanh nghiệp và đầu tư. Hoặc, quy định “được thành lập hợp pháp... có đăng ký kinh doanh” trong điều luật là có sự trùng lặp. Bên cạnh đó, quy định thương nhân phải hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên nhưng luật lại không quy định thế nào là hoạt động thương mại độc lập và thường xuyên. Hoặc có thể thấy, khái niệm thương nhân với nhiều tiêu chí như pháp luật hiện hành là không cần thiết, chưa rõ ràng có thể làm hạn chế quyền kinh doanh của một số tổ chức, cá nhân hoạt động thương mại. Chế định thương nhân được một số nước trên thế giới quy định đều dựa trên những tiêu chí đơn giản, đi sâu vào bản chất khái niệm. Ví dụ Luật thương mại Cộng hòa Pháp quy định thương nhân là người thực hiện những hành vi thương mại và có là nghề thường xuyên của họ. Theo pháp luật Hoa Kỳ, khái niệm “thương nhân (thương gia)” được định nghĩa trong Bộ luật Thương mại Hoa Kỳ (Uniform Commercial Code -1990). Theo Luật này, có 3 loại hình thương nhân chủ yếu là cá nhân kinh doanh (sole propration), công ty đối nhân (partnership) và công ty đối vốn (corporation). Ngoài ra, chế định thương nhân một số nước còn quy định thương nhân phải thực hiện các hành vi thương mại nhân danh mình và lợi ích của chính mình. Vì vậy, trong pháp luật các nước thường xác định điều kiện trở thành thương nhân dựa trên yếu tố cơ bản nhất là thực hiện hoạt động thương mại. Thông lệ này có thể là một tham khảo cho Luật Thương mại Việt Nam khi sửa đổi có thể tiếp cận theo hướng này.

2. Đặc điểm của thương nhân

Thứ nhất, các chủ thể có thể trở thành thương nhân gồm 2 nhóm là *cá nhân* và *tổ chức kinh tế*. Việc xác định cá nhân là ai phải căn cứ theo pháp luật dân sự; theo đó, cá nhân với tư cách là chủ thể pháp luật dân sự kể từ lúc sinh ra và chấm dứt sự tồn tại khi chết. Đây là con người cụ thể có năng lực pháp luật và năng lực hành vi để thực hiện

các hoạt động thương mại, đồng thời tự mình gánh chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về hoạt động thương mại đó. Theo quy định chung, thương nhân là cá nhân phải từ đủ mười tám tuổi trở lên và không thuộc các trường hợp pháp luật cấm kinh doanh. Ở đây, cá nhân khác biệt với “*công dân*” bởi lẽ, “*công dân*” là người có quốc tịch của một hoặc một số quốc gia hoặc vùng lãnh thổ có chủ quyền. Vì thế, theo pháp luật Việt Nam thì cá nhân có thể trở thành thương nhân không chỉ là công dân Việt Nam mà còn có thể là công dân nước ngoài, thậm chí cả người không có quốc tịch¹¹.

Tổ chức kinh tế về bản chất là tổ chức được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật, đó có thể là doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã và các tổ chức khác thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh. Ngoài ra, với chính sách thu hút đầu tư nước ngoài vào Việt Nam hiện nay thì *tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài* (tổ chức kinh tế có nhà đầu tư nước ngoài là thành viên hoặc cổ đông) đóng vai trò quan trọng. Tổ chức kinh tế là chủ thể nhân tạo, được lập dựa trên các quy định của pháp luật mà mục đích thành lập để tiến hành các hoạt động kinh doanh, thương mại với khách thể là “*nhằm mục đích sinh lợi*”. Đối với tổ chức khác như tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị, hiệp hội không thuộc phạm trù “*tổ chức kinh tế*”, vì thế sẽ không có tư cách thương nhân.

Có thể nói, quy định về thương nhân theo dạng liệt kê các nhóm (chủ thể) của quan hệ thương mại theo cách mà pháp luật thương mại Việt Nam đang sử dụng cũng phù hợp với thông lệ quốc tế. Ví dụ, theo cơ sở dữ liệu pháp luật trực tuyến West Law thì thương nhân bao gồm:

“1. *Thương nhân; nhà bán lẻ; người mua hàng hóa để bán nhằm mục đích lợi nhuận.*

2. *Người bán hàng hóa chủ yếu theo hình thức mà họ được mua; người đã không*

11 Về nguyên tắc, để trở thành thương nhân thì cá nhân phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, không thuộc trường hợp cấm thành lập, quản lý doanh nghiệp theo quy định của pháp luật doanh nghiệp. Đối với cá nhân nước ngoài và người không có quốc tịch muốn trở thành thương nhân Việt Nam cũng phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo pháp luật Việt Nam. Một số tài liệu có nêu thương nhân là cá nhân cũng đồng nghĩa với thương nhân là thể nhân. Tuy vậy, pháp luật Việt Nam không sử dụng thuật ngữ “*thể nhân*” vì thế bài viết không đi sâu phân tích về vấn đề này.

chuyển đổi hàng hóa thành một dạng tài sản khác bằng kỹ năng và lao động.

3. Người mà với tư cách là thành viên của một sàn giao dịch chứng khoán mua và bán chứng khoán trên sàn giao dịch hoặc cho các nhà môi giới hoặc trên tài khoản của chính họ.

4. Người mua và bán hàng hóa và hàng hóa tương lai cho người khác hoặc cho chính mình để đón đầu lợi nhuận đầu cơ¹².

Thứ hai, để trở thành thương nhân thì các chủ thể phải đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật. Về nguyên tắc, pháp luật Việt Nam không trực tiếp quy định về thành lập thương nhân, mà thương nhân chỉ được thành lập thông qua thủ tục gián tiếp. Theo đó, tổ chức và cá nhân kinh doanh có những quy định khác nhau để xác lập tư cách thương nhân. Đối với thương nhân là tổ chức kinh tế (thành lập doanh nghiệp) thì đăng ký tại Phòng Đăng ký kinh doanh thuộc Sở Kế hoạch và Đầu tư. Việc thành lập doanh nghiệp và đăng ký thành lập doanh nghiệp là quyền của nhà đầu tư, song để được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, nhà đầu tư phải thỏa mãn những điều kiện nhất định. Đối với thương nhân là cá nhân (hộ kinh doanh) thì đăng ký tại Phòng đăng ký kinh doanh cấp huyện. Hộ kinh doanh¹³ do một cá nhân hoặc một nhóm người gồm các cá nhân là công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, hoặc một hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng dưới mười lao động và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh. Như vậy, có thể thấy

giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp, đăng ký hộ kinh doanh là văn bản khai sinh ra chủ thể pháp luật mới là thương nhân.

Thứ ba, thương nhân phải thực hiện hoạt động thương mại¹⁴ với tư cách là một nghề nghiệp. Hoạt động thương mại với thương nhân là mối quan hệ gắn bó không thể tách rời bởi không thể gọi là thương nhân khi mà chủ thể đó không thực hiện hoạt động thương mại, thực hiện hoạt động thương mại được xem là thuộc tính cơ bản của thương nhân. Hoạt động thương mại “là hoạt động nhằm mục đích sinh lợi, bao gồm mua bán hàng hoá, cung ứng dịch vụ, đầu tư, xúc tiến thương mại và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác”¹⁵. Hoạt động thương mại luôn chịu ảnh hưởng tác động bởi các yếu tố kinh tế, chính trị, xã hội, vì thế chúng luôn ở trạng thái động theo bối cảnh xã hội. Không chỉ vậy, các cá nhân, tổ chức kinh tế được xem là thương nhân chỉ khi tiến hành hoạt động thương mại một cách độc lập, điều này có nghĩa là các chủ thể này phải tham gia vào hoạt động thương mại với tư cách là một chủ thể pháp luật độc lập¹⁶. Theo đó, sự phụ thuộc về mặt tài chính, kinh tế của các chủ thể không làm mất đi tính độc lập về mặt pháp lý của nó. Vì vậy, các công ty con hay công ty liên kết trong nhóm công ty là các chủ thể pháp luật độc lập với công ty mẹ và đều là thương nhân theo pháp luật thương mại¹⁷.

Bên cạnh đó, cần ghi nhận rằng, hoạt động thương mại của thương nhân phải liên tiếp, liên tục mang tính nghề nghiệp và theo logic đó đây sẽ là nơi tạo ra nguồn thu nhập chính, thường xuyên cho thương nhân. Thương nhân phải thực hiện hành vi thương

- 12 Nguyên văn “trader (16c) 1. A merchant; a retailer; one who buys goods to sell them at a profit. 2. Someone who sells goods substantially in the form in which they are bought; one who has not converted them into another form of property by skill and labor. 3. Someone who, as a member of a stock exchange, buys and sells securities on the exchange floor either for brokers or on his or her own account. 4. Someone who buys and sells commodities and commodity futures for others or for his or her own account in anticipation of a speculative profit. Nguồn: Westlaw. © 2019 Thomson Reuters. No Claim to Orig. U.S. Govt. Works.
- 13 Thuật ngữ “hộ kinh doanh” chính thức được sử dụng tại các văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam từ năm 2006. Có thể nói, hộ kinh doanh là khái niệm mang tính đặc thù riêng của Việt Nam.
- 14 Tuy vậy, cũng cần lưu ý rằng chỉ những hoạt động liên quan, phụ trợ cho nghề nghiệp của thương nhân mới có thể xem đó là hoạt động thương mại.
- 15 Khoản 1 Điều 3 Luật Thương mại năm 2005.
- 16 Đặc điểm này cho phép loại trừ Văn phòng đại diện, Chi nhánh khỏi khái niệm thương nhân bởi xét về bản chất chúng chỉ là các đơn vị phụ thuộc của thương nhân.
- 17 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ, Nxb. Hồng Đức, tr. 12.

mại một cách tự thân, nhân danh mình, vì lợi ích của bản thân mình và tự chịu trách nhiệm về hành vi thương mại của mình¹⁸. Tuy vậy, tiêu chí này chưa đủ để tạo thành tư cách thương nhân, bởi các chủ thể hàng ngày thực hiện một, một số hoặc toàn bộ các hoạt động được pháp luật cho phép về mua bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ và các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi khác nhưng không thuộc đối tượng phải đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật về đăng ký kinh doanh thì sẽ không gọi là thương nhân theo quy định của Luật Thương mại¹⁹.

Đối với tổ chức kinh tế thì tính thường xuyên đã bao hàm trong mục đích thành lập, yêu cầu về tính thường xuyên dẫn đến hệ quả pháp lý nếu thương nhân có ý định tạm ngừng hoạt động trong một khoảng thời gian vượt quá một giới hạn nào đó thì phải thông báo với các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền về việc tạm ngừng hoạt động đó²⁰. Ví dụ, đối với hộ kinh doanh trong trường hợp tạm ngừng kinh doanh từ 30 ngày trở lên thì hộ kinh doanh phải thông báo với cơ quan đăng ký kinh doanh cấp huyện nơi đã đăng ký kinh doanh và cơ quan thuế trực tiếp quản lý (thời gian tạm ngừng kinh doanh không được quá 01 năm). Hoặc đối với doanh nghiệp, khi tạm ngừng kinh doanh, doanh nghiệp phải gửi Thông báo tạm ngừng kinh doanh đến Phòng Đăng ký kinh doanh nơi chi nhánh, văn phòng đại diện, địa điểm kinh doanh đã đăng ký, chậm nhất 15 ngày trước khi tạm ngừng kinh doanh (thời hạn tạm ngừng kinh doanh cũng không được quá một năm). Sau khi hết thời

hạn đã thông báo, nếu doanh nghiệp, chi nhánh, văn phòng đại diện, địa điểm kinh doanh vẫn tiếp tục tạm ngừng kinh doanh thì phải thông báo tiếp cho Phòng Đăng ký kinh doanh. Tổng thời gian tạm ngừng kinh doanh liên tiếp không được quá hai năm²¹.

3. Phân loại thương nhân

Luật Thương mại năm 2005 của Việt Nam không phân loại thương nhân, vì thế việc phân loại chỉ mang tính chất tham khảo². Theo đó, việc phân loại thương nhân được dựa theo những đặc tính sau: i) *Tư cách pháp nhân*; ii) *Hình thức tổ chức*; iii) *Chế độ trách nhiệm tài sản*; iv) *Quốc tịch của thương nhân*.

3.1. Tư cách pháp nhân

Dựa vào căn cứ tư cách pháp nhân, có thể phân loại thương nhân thành thương nhân có tư cách pháp nhân và thương nhân không có tư cách pháp nhân. Theo pháp luật Việt Nam, để được công nhận là pháp nhân thì một tổ chức cần có đủ những điều kiện cơ bản như được thành lập hợp pháp, có cơ cấu tổ chức chặt chẽ, có tài sản độc lập và tự chịu trách nhiệm độc lập bằng tài sản của mình và phải nhân danh mình tham gia vào các quan hệ pháp luật. Với tiêu chí phân chia này, *thương nhân có tư cách pháp nhân* bao gồm các loại công ty được quy định tại Luật Doanh nghiệp năm 2020 là công ty TNHH hai thành viên trở lên, công ty TNHH một thành viên, công ty cổ phần và công ty hợp danh. Thương nhân có tư cách pháp nhân được xem là pháp nhân thương mại bởi suy cho cùng pháp nhân này có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên²³ hoặc thuộc về nhà đầu

18 Theo đó, những người làm công ăn lương như người quản lý điều hành một chi nhánh hay một cửa hàng thương mại thì không được coi là một thương nhân vì họ thực hiện những hành vi thương mại vì lợi ích của nhà đầu tư.

19 Xem thêm: Nghị định số 39/2007/NĐ-CP về hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên.

20 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ, Nxb. Hồng Đức, tr.17.

21 Xem thêm: Nghị định số 78/2015/NĐ-CP về đăng ký doanh nghiệp.

22 Thương nhân là vấn đề có nhiều quan điểm khác nhau khi được đề cập, như thương nhân có phải là doanh nghiệp, doanh nghiệp có phải là thương nhân hoặc đăng ký thương nhân ở đâu, thành lập thương nhân như thế nào? Hoặc về mặt pháp lý đã thừa nhận thương nhân trong văn bản luật mà trong thực tế lại là một cụm từ khác như doanh nhân, tiêu thương, lái buôn, thương gia, hoặc có nên ban hành một đạo luật về thương nhân, v.v..

23 Xem thêm: Điều 75 Bộ luật Dân sự năm 2015.

tư. *Thương nhân không có tư cách pháp nhân* bao gồm doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh²⁴. Trong đó, doanh nghiệp tư nhân là doanh nghiệp do một cá nhân làm chủ và tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về mọi hoạt động của doanh nghiệp. Hộ kinh doanh do một cá nhân hoặc một nhóm người gồm các cá nhân là công dân Việt Nam đủ 18 tuổi, có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, hoặc một hộ gia đình làm chủ, chỉ được đăng ký kinh doanh tại một địa điểm, sử dụng dưới mười lao động và chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với hoạt động kinh doanh²⁵. Mặc dù không có tư cách pháp nhân nhưng doanh nghiệp tư nhân và hộ kinh doanh vẫn là các chủ thể pháp luật độc lập, điều này có nghĩa là việc chủ doanh nghiệp tư nhân hay chủ hộ kinh doanh chết sẽ không lập tức và không tự động dẫn đến chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp tư nhân hay hộ kinh doanh đó.

3.2. Hình thức tổ chức

Dựa vào căn cứ này, có thể chia thương nhân thành thương nhân là doanh nghiệp và thương nhân không phải là doanh nghiệp. *Thương nhân là doanh nghiệp* gồm các loại hình công ty và doanh nghiệp tư nhân theo pháp luật doanh nghiệp. Hoặc trên thực tế dựa vào lĩnh vực hoạt động của doanh nghiệp có thể chia ra thành doanh nghiệp nông nghiệp, doanh nghiệp công nghiệp, doanh nghiệp thương mại và doanh nghiệp hoạt động dịch vụ. Căn cứ vào quy mô về vốn, lao động và sản phẩm có thể chia thành doanh nghiệp nhỏ, doanh nghiệp vừa và doanh nghiệp lớn. Về bản chất, việc lựa chọn loại hình doanh nghiệp cụ thể nào phụ thuộc vào nhiều nhân tố, cả phía chủ doanh nghiệp và môi trường. Còn *thương nhân không phải là doanh nghiệp* gồm hộ kinh doanh, hợp tác

xã và liên hiệp hợp tác xã.

Pháp luật doanh nghiệp Việt Nam không xem hộ kinh doanh là doanh nghiệp, có thể do tính chất “*quy mô kinh tế nhỏ*” của nó nhưng không vì thế mà tư cách thương nhân của nó bị phủ nhận. Bên cạnh đó, pháp luật hiện hành cũng không xem hợp tác xã là một loại hình doanh nghiệp mà là “*tổ chức kinh tế tập thể*” và “*hoạt động như một loại hình doanh nghiệp*”²⁶. Trong khi đó, liên hiệp hợp tác xã là tổ chức kinh tế mà thành viên của nó là các hợp tác xã và hoạt động theo nguyên tắc tổ chức và hoạt động của hợp tác xã. Điều 3 Luật Hợp tác xã năm 2012 quy định:

“1. Hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể, đồng sở hữu, có tư cách pháp nhân, do ít nhất 07 thành viên tự nguyện thành lập và hợp tác tương trợ lẫn nhau trong hoạt động sản xuất, kinh doanh, tạo việc làm nhằm đáp ứng nhu cầu chung của thành viên, trên cơ sở tự chủ, tự chịu trách nhiệm, bình đẳng và dân chủ trong quản lý hợp tác xã”.

2. Liên hiệp hợp tác xã là tổ chức kinh tế tập thể, đồng sở hữu, có tư cách pháp nhân, do ít nhất 04 hợp tác xã tự nguyện thành lập và hợp tác tương trợ lẫn nhau trong hoạt động sản xuất, kinh doanh nhằm đáp ứng nhu cầu chung của hợp tác xã thành viên, trên cơ sở tự chủ, tự chịu trách nhiệm, bình đẳng và dân chủ trong quản lý liên hiệp hợp tác xã”.

Như vậy, theo pháp luật thương mại thì hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã đều là thương nhân vì chúng có đầy đủ các đặc điểm của thương nhân theo quy định của pháp luật thương mại thực định. Cũng cần nói thêm, pháp luật thương mại ở nhiều quốc gia trên thế giới chỉ thừa nhận thương nhân là thể nhân (cá nhân) và pháp nhân²⁷ chứ

24 Tuy vậy, nếu xét một cách triết tự thì “hộ kinh doanh có phải là thương nhân hay không cũng là câu hỏi khó trả lời”. Xem thêm: Bùi Xuân Hải, Những hạn chế, bất cập về đặc điểm pháp lý của hộ kinh doanh và vấn đề hộ kinh doanh chuyển thành doanh nghiệp, nguồn tại <http://tapchikhplvn.hcmulaw.edu.vn/module/xemchitietbaibao?oid=0b4e92d2-f2c9-41ae-8240-8b3e75ec2a53>. Truy cập: 20/7/2020.

25 Điều 66 Nghị định 78/2015/NĐ-CP về đăng ký doanh nghiệp.

26 Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ, Nxb. Hồng Đức, tr.22.

27 Trường Đại học Luật Hà Nội (2007), sđd, Tập I, Nxb. Công an nhân dân, tr.59.

không tồn tại thuật ngữ hợp tác xã hay hộ kinh doanh như ở Việt Nam cho dù việc định danh, gọi tên là thương nhân của chủ thể này mang nhiều tính suy luận dựa trên quy định gián tiếp.

3.3. Chế độ trách nhiệm tài sản

Thương nhân chịu trách nhiệm tài sản hữu hạn bao gồm Công ty trách nhiệm hữu hạn, Công ty cổ phần, Hợp tác xã và Liên hiệp hợp tác xã. Trách nhiệm hữu hạn (limited liability) trong trường hợp này được hiểu là trách nhiệm của thương nhân trong phạm vi vốn đã góp, cam kết góp. Theo đó, các thành viên, cổ đông hay xã viên chỉ chịu trách nhiệm đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài chính khác của công ty hay hợp tác xã trong phạm vi số vốn đã góp hoặc cam kết góp vào công ty hay hợp tác xã mà thôi. Nói cách khác, chế độ trách nhiệm tài sản hữu hạn của thương nhân có nghĩa là, thương nhân chỉ chịu trách nhiệm tài sản bằng tài sản của chính mình bao gồm tài sản do thành viên, cổ đông, xã viên góp vốn và các tài sản hợp pháp khác tạo lập được trong quá trình hoạt động thuộc sở hữu của mình²⁸.

Thương nhân chịu trách nhiệm tài sản vô hạn bao gồm doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh và công ty hợp danh. Trách nhiệm vô hạn (infinite responsibility) trong trường hợp này được hiểu là trách nhiệm của thương nhân đối với tài sản; theo đó, thương nhân bắt buộc phải chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ trong hoạt động kinh doanh, thương mại bằng toàn bộ tài sản. Đối với doanh nghiệp tư nhân thì chủ doanh nghiệp “*tự chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với mọi hoạt động của doanh nghiệp*”. Đối với cá nhân hộ gia đình là các chủ sở hữu của hộ kinh doanh cũng chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của họ đối với mọi hoạt động của hộ kinh doanh. Đối

với công ty hợp danh thì thành viên hợp danh phải liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trả số nợ của công ty. Trong trường hợp công ty hợp danh có thêm thành viên góp vốn thì các thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn.

3.4. Quốc tịch của thương nhân

Theo tiêu chí này, thương nhân được chia thành thương nhân Việt Nam và thương nhân nước ngoài. *Thương nhân Việt Nam* là thương nhân được đăng ký thành lập theo quốc tịch Việt Nam; theo đó, các chủ thể thỏa mãn các điều kiện cần và đủ để đăng ký kinh doanh thì hoàn toàn có thể trở thành thương nhân. *Thương nhân nước ngoài* là thương nhân được thành lập, đăng ký kinh doanh theo quy định của pháp luật nước ngoài hoặc được pháp luật nước ngoài công nhận²⁹. Theo quy định của khoản 2 Điều 16 Luật Thương mại năm 2005, thương nhân nước ngoài được đặt Văn phòng đại diện, Chi nhánh tại Việt Nam, thành lập tại Việt Nam doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài theo các hình thức do pháp luật Việt Nam quy định. Bên cạnh đó, khi doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thương nhân nước ngoài thành lập tại Việt Nam theo quy định của pháp luật Việt Nam hoặc điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên thì được coi là thương nhân Việt Nam. Quy định này cũng phù hợp với bản chất của thương nhân Việt Nam là được đăng ký thành lập theo quy định của pháp luật. Việc xác định thương nhân có quốc tịch Việt Nam hay quốc tịch nước ngoài có ý nghĩa đối với việc xác định luật áp dụng trong quan hệ giữa các thương nhân, không những vậy nó còn có “*ý nghĩa trong việc xác định chế độ đãi ngộ hay chế độ bảo hộ trong quan hệ giữa nhà nước với thương nhân*”³⁰.

(Xem tiếp trang 64)

28 Trường Đại học Luật TP Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ, Nxb. Hồng Đức, tr.23.

29 Khoản 1 Điều 16 Luật Thương mại năm 2005.

30 Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình pháp luật về thương mại hàng hóa và dịch vụ, Nxb. Hồng Đức, tr.29.

BẢO VỆ DỮ LIỆU CÁ NHÂN TẠI NHẬT BẢN THÔNG QUA ĐẠO LUẬT VỀ BẢO VỆ THÔNG TIN CÁ NHÂN VÀ MỘT SỐ KHUYẾN NGHỊ ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Lê Xuân Tùng*

*ThS. Viện khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bảo vệ dữ liệu cá nhân, quyền riêng tư, thông tin, APPI.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/06/2020
Biên tập : 04/07/2020
Duyệt bài : 05/07/2020

Article Infomation:

Key words: Personal data protection, privacy right, information, APPI.

Article History:

Received : 30 Jun. 2020
Edited : 04 Jul. 2020
Approved : 05 Jul. 2020

Tóm tắt:

Bài viết này cung cấp thông tin về bảo vệ dữ liệu cá nhân tại Nhật Bản thông qua Đạo luật bảo vệ thông tin cá nhân¹. Trên cơ sở kinh nghiệm quốc tế, tác giả đề xuất một số khuyến nghị cho Việt Nam khi xây dựng khung pháp luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân.

Abstract:

This article provides information on the regulation of personal data protection in Japan through the Act on the Protection of Personal Information. Based on international experience, the article presents a number of proposed recommendations for Vietnam when developing a legal framework for personal data protection.

Keywords:

1. Đặt vấn đề

Bảo vệ dữ liệu cá nhân là một khía cạnh lớn của sự riêng tư và quyền bảo vệ dữ liệu cá nhân được ghi nhận và phát triển từ quyền riêng tư. Sự ra đời của điện thoại, máy ghi âm và đặc biệt là máy tính cùng internet đã tạo ra mối quan tâm lớn về bảo vệ dữ liệu từ các quốc gia, đặc biệt là trong thập niên 70 của thế kỷ XX. Nhận biết được về sự phát triển của thương mại điện tử cũng như là

internet, việc xây dựng luật về bảo vệ dữ liệu sẽ giúp người dùng yên tâm hơn khi tham gia hay trao đổi trên không gian mạng. Pháp luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân ở các quốc gia trên thế giới được hình thành trong thời gian này hầu hết dựa vào “Hướng dẫn của OECD² về bảo vệ riêng tư và dữ liệu cá nhân xuyên biên giới năm 1980”³ và “Hướng dẫn của OECD về bảo vệ người tiêu dùng trong bối cảnh thương mại điện tử năm 1999”⁴.

1 Xem tại: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2781&vm=2&re=02>.

2 Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế.

3 Xem <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.html>.

4 Xem <https://www.oecd.org/sti/consumer/oecdguidelinesforconsumerprotectioninthecontextofelectroniccommerce1999.html>.

Theo Hướng dẫn năm 1980 của OECD, có thể hiểu dữ liệu cá nhân là bất kỳ thông tin nào liên quan đến hoặc cho phép xác định một cá nhân nhất định (đối tượng dữ liệu)⁵.

Sau sự ra đời của EU vào năm 1993, Chỉ thị số 95/46/EC về bảo vệ dữ liệu được ban hành⁶ vào ngày 24 tháng 10 năm 1995, tiếp tục tạo ra một khung pháp lý mới đối với thị trường kỹ thuật số với sự công nhận về quyền riêng tư và việc bảo vệ dữ liệu cá nhân bởi Tòa án Nhân quyền châu Âu (European Court of Human Rights hay ECHR). Cụ thể, các mục tiêu bao trùm được đặt ra bởi EU và các quốc gia thành viên có thể có những sự thay đổi khi áp dụng nhưng vẫn phải đảm bảo những tiêu chuẩn tối thiểu của Chỉ thị. Quy định chung về bảo vệ dữ liệu của Liên minh châu Âu có hiệu lực chính thức vào ngày 25 tháng 5 năm 2018 (General Data Protection Regulation – gọi tắt là GDPR) thay thế Chỉ thị số 95/46/EC, là một quy định có tính ràng buộc trực tiếp đối với các quốc gia thành viên mà trong đó nó không chỉ tập trung vào quyền riêng tư, mà còn đơn giản hóa chế độ bảo vệ dữ liệu cho các doanh nghiệp châu Âu trong thời đại kỹ thuật số.

Đối với các nước châu Á, quốc gia đầu tiên quy định về bảo vệ dữ liệu là Hong Kong thông qua Sắc lệnh về quyền riêng tư có hiệu lực vào ngày 20 tháng 12 năm 196, một nơi rất đề cao quyền công dân cũng như sự phát triển và bảo vệ tự do cá nhân (bao gồm quyền riêng tư). Sự chậm trễ trong quá trình lập pháp liên quan đến bảo vệ dữ liệu diễn ra ở những năm tiếp theo cho đến khi

các quốc gia nhận thấy được sự bùng nổ khó kiểm soát của thông tin và dữ liệu. Có thể thấy, dù nhận thức được về tầm quan trọng của quyền riêng tư cũng như bảo vệ dữ liệu trong kỷ nguyên số, đây không phải là vấn đề có thể được quy định ngay trong luật quốc gia. Nhiều nước vẫn còn đang khá dè dặt và chỉ đề cập đến thông qua các luật khác, hay thậm chí là các chính sách. Sự ra đời của GDPR như đã đề cập ở trên có tác động toàn cầu và có thể trở thành một tiêu chuẩn vàng cho các quốc gia hay lãnh thổ áp dụng cho quá trình lập pháp về bảo vệ dữ liệu.

Vào năm 2003, Nhật Bản ban hành Đạo luật bảo vệ thông tin cá nhân có hiệu lực vào tháng 4 năm 2005. Nhật Bản luôn được biết đến là quốc gia có ngành công nghệ thông tin phát triển hàng đầu và luôn quan tâm đến việc bảo vệ các quyền cơ bản của con người. Nhật Bản cũng là một trong các nước châu Á đi đầu trong việc ban hành pháp luật về bảo vệ dữ liệu. Đạo luật bảo vệ thông tin của Nhật Bản khi ra đời vào năm 2003 được đánh giá là có nhiều nét tương đồng với Chỉ thị số 95/46/EC của EU và những sửa đổi mới nhất của Đạo luật này vào năm 2017 cũng có sự tương thích với GDPR.

2. Nhật Bản - quốc gia châu Á tiên phong cho vấn đề bảo vệ dữ liệu cá nhân thời đại số

Văn hóa Nhật Bản đối với quyền riêng tư

Khi nói đến Nhật Bản, người ta thường nghĩ ngay tới một quốc gia có nền văn hóa Á Đông lâu đời song song với sự hiện đại đi đầu đối với những đổi mới của nhân loại⁷. Đối với quá trình lập pháp cũng như xuyên suốt lịch sử pháp luật, hệ thống pháp luật

5 Xem OECD: Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data, 1980.

6 Xem <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>.

7 Xem The Office of the Privacy Commissioner for Personal Data, Hong Kong website at: <http://www.pcpd.org.hk/engindex.html>; Warren B. Chik, The Lion, the Dragon and the Wardrobe Guarding the Doorway to Information and Communications Privacy on the Internet: A Comparative Case Study of Hong Kong and Singapore e Two Differing Asian Approaches, International Journal of Law and Information Technology, 2005 Vol. 14 No. 1, p. 47.

Nhật Bản cũng có sự kết hợp hài hòa giữa truyền thống, đạo đức và những ảnh hưởng tiến bộ của pháp luật phương Tây với mục tiêu “khoa học phương Tây, đạo đức phương Đông”⁸, tạo ra bước tiền đề vững chắc cho quá trình hội nhập và phát triển. Trong một xã hội phát triển, mỗi cá nhân đều tự ý thức được các quyền cơ bản của họ và quyền riêng tư hiện nay đã trở thành mối quan tâm hàng đầu. Tuy nhiên, sự hiểu biết về khái niệm và tầm quan trọng của quyền riêng tư không thật sự phổ quát và có sự đồng nhất. Điều này có thể được lý giải do sự khác biệt về văn hóa, kinh tế và xã hội theo từng vùng lãnh thổ. De George⁹ trong nghiên cứu của mình đã tuyên bố rằng, văn hóa ảnh hưởng đến khái niệm riêng tư; các xã hội khác nhau có quan điểm khác nhau về những gì cấu thành sự riêng tư, tầm quan trọng của nó và mức độ, nhu cầu của việc xứng đáng được bảo vệ. Đối với người Nhật Bản, trước đây, họ thường nhìn nhận khái niệm quyền riêng tư một cách chủ quan và ít coi trọng quyền này hơn các quốc gia phương Tây.

Xét về mặt bản chất, xã hội Nhật Bản từ xưa không dành quá nhiều sự quan tâm đến quyền riêng tư. Không có từ tiếng Nhật tương ứng với từ “privacy” (riêng tư trong tiếng Anh). Nhiều người Nhật sử dụng từ **puraibashi**, một từ được chấp nhận cho quyền riêng tư, mà ý nghĩa của nó là không rõ ràng¹⁰. Đối với người Nhật bình thường, quyền riêng tư là một ý tưởng đến từ các nước phương Tây, một số người cảm thấy rằng ý thức về quyền riêng tư có thể mang tính chủ quan vì nó có nghĩa là bất cứ ai cũng

có thể tự ý từ chối sự can thiệp của người khác. Mặt khác, để thích ứng với sự phát triển của một xã hội thông tin, Đạo luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân được ban hành vào tháng 4 năm 2005. Đạo luật này đã giúp nhiều người ở Nhật Bản hiểu giá trị của việc bảo vệ dữ liệu cá nhân và tầm quan trọng của nó. Đồng thời, các tổ chức kinh doanh cũng như Chính phủ cũng quản lý đúng cách dữ liệu cá nhân mà họ có thể thu thập và lưu trữ trong cơ sở dữ liệu.

2.2. Đạo luật bảo vệ thông tin cá nhân của Nhật Bản (APPI)¹¹

Dựa vào ý tưởng rằng công nghệ thông tin có thể trở thành một công nghệ chiến lược toàn cầu trong thế kỷ 21, Chính phủ Nhật Bản đã áp dụng chính sách xây dựng một xã hội thông tin có mạng lưới cao, và đang phát triển cơ sở hạ tầng. Đạo luật bảo vệ dữ liệu cá nhân là một phần của việc thực hiện chính sách này; đã được phê duyệt vào tháng 5 năm 2003, bắt đầu có hiệu lực vào ngày 01/4/2005.

Động lực đằng sau Đạo luật, trong đó có các điều khoản phạt, không đến từ Nhật Bản. Thay vào đó, nó đến từ áp lực bên ngoài của cộng đồng quốc tế với các nguồn chính là Hướng dẫn của OECD và Chỉ thị số 95/46/EC về xử lý dữ liệu cá nhân. Đạo luật bảo vệ thông tin cá nhân của Nhật Bản là một trong những luật riêng tư sớm nhất được ban hành tại châu Á. Đạo luật này được thiết kế để bảo vệ quyền và lợi ích của cá nhân trong khi đảm bảo xem xét đúng đắn việc sử dụng thông tin cá nhân bởi các nguyên tắc cơ bản để xử lý đúng thông tin cá nhân.

8 Nguyễn Văn Quang, Văn hóa pháp luật Nhật Bản - Sự kết hợp truyền thống và hiện đại, Tạp chí Luật học, số 8/2014.

9 Hoàng Văn Đoàn và Mai Văn Thắng, Ảnh hưởng của pháp luật phương Tây đến pháp luật Nhật Bản trong lịch sử và những giá trị tham khảo đối với Việt Nam trong bối cảnh hiện nay, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học, Tập 34, Số 3 (2018) 60-70.

10 De George, R.T. (2003), The ethics of information technology and business, Blackwell.

11 Murata, K. (2004), Is global information ethics possible? Opinions on the technologically-dependent society, Journal of Information, Communication and Ethics in Society, 2(5): 518-519.

Mười bốn năm sau, Nhật Bản đã có sửa đổi đáng chú ý và rộng rãi cho Đạo luật vào tháng 5 năm 2017, chỉ một năm trước ngày GDPR có hiệu lực. Việc sửa đổi là sự phản ánh xu hướng toàn cầu về quy định bảo mật dữ liệu, cụ thể là GDPR của EU. Chính phủ Nhật Bản và Ủy ban châu Âu đã đạt được thỏa thuận chung rằng họ sẽ làm việc cùng nhau để cung cấp cho công dân của họ mức độ riêng tư dữ liệu cao hơn. Vào tháng 7 năm 2017, hai bên cũng đã đồng ý rằng họ sẽ làm việc để đưa ra danh sách trắng vào đầu năm 2018¹², làm nổi bật vai trò ngày càng tăng của quyền riêng tư đối với dữ liệu trong quan hệ kinh doanh quốc tế.

2.2.1. Phạm vi áp dụng

APPI được áp dụng đối với “những nhà quản lý doanh nghiệp xử lý các thông tin cá nhân”¹³ (*Business operator handling personal information*). Cụ thể hơn, nhà quản lý doanh nghiệp này có thể là thể nhân hay pháp nhân sử dụng dữ liệu thông tin cá nhân nhằm mục đích kinh doanh, ngoại trừ: i) Các cơ quan nhà nước; ii) Chính quyền địa phương; iii) Những cơ quan hành chính được sáp nhập; và iv) Những tổ chức hành chính độc lập ở địa phương. Phạm vi của APPI cũng mở rộng tới cả những pháp nhân nước ngoài thu thập và xử lý thông tin cá nhân tại Nhật Bản. Thêm vào đó, thậm chí nếu một pháp nhân nước ngoài không được thành lập tại Nhật Bản, một vài điều khoản trong APPI cũng sẽ được áp dụng đối với pháp nhân đó khi cung cấp sản phẩm hay dịch vụ cho cá nhân tại Nhật Bản và thu thập, xử lý dữ liệu cá nhân đó.

Một điểm đáng chú ý của APPI là việc sử dụng thuật ngữ “handling” (nắm giữ hoặc xử lý thông tin) thay vì “processing” (xử lý thông tin) như các văn bản khác liên quan đến bảo vệ dữ liệu. “Handling” có thể được hiểu với tính khái quát cao hơn, bao gồm bất kỳ hoạt động nào liên quan đến các thông tin cá nhân.

2.2.2. Thông tin cá nhân và dữ liệu thông tin cá nhân

Thông tin cá nhân được định nghĩa là thông tin về một cá nhân sống thuộc bất kỳ mục nào sau đây: (a) thông tin có chứa tên, ngày sinh hoặc các mô tả khác, theo đó một cá nhân cụ thể có thể được xác định (bao gồm thông tin cho phép dễ dàng tham khảo cho phép nhận dạng cá nhân); hoặc (b) thông tin chứa mã nhận dạng cá nhân, là mã, bao gồm các ký tự, ký tự số và dấu, có thể được sử dụng để xác định cá nhân cụ thể và được quy định trong Nghị định của Chính phủ quy định về việc thực hiện Luật sửa đổi, bổ sung ban hành tháng 12 năm 2016¹⁴ (ví dụ: định danh sinh trắc học chẳng hạn như dữ liệu vân tay, dữ liệu nhận dạng, hộ chiếu hoặc số giấy phép lái xe). Các định nghĩa về thông tin cá nhân tùy thuộc vào ngữ cảnh và không giới hạn đến các loại dữ liệu cụ thể. Luật sửa đổi, bổ sung năm 2017 đã làm rõ hơn định nghĩa về mã được quy định trong APPI¹⁵; cụ thể, dựa theo Điều 1 Nghị định của Chính phủ, mã cá nhân nhận dạng bao gồm hai loại mã sau đây:

(1) Mã là một tính năng cơ thể của một cá nhân cụ thể đã được chuyển đổi thành dữ liệu được cung cấp để sử dụng bởi máy tính,

12 Xem Act for Protection of Personal Information (APPI) trên <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2781&vm=2&re=02>.

13 Xem trên <https://www.skadden.com/insights/publications/2018/09/quarterly-insights/data-protection-in-japan-to-align-with-gdpr>.

14 Khoản 4 Điều 2 Đạo luật về bảo vệ thông tin cá nhân Nhật Bản.

15 Cabinet order. Xem thêm tại: https://www.ppc.go.jp/files/pdf/Cabinet_Order.pdf.

bao gồm dữ liệu DNA, dữ liệu nhận dạng khuôn mặt, dữ liệu giọng nói, dữ liệu mẫu dáng đi, dữ liệu lòng bàn tay/ ngón tay/ dấu vân tay, mô hình tĩnh mạch;

(2) Mã được gắn liên quan đến việc sử dụng dịch vụ hoặc mua bán hàng hóa cung cấp cho một cá nhân, hoặc được nêu trong giấy tờ cấp cho một cá nhân để có thể xác định một người cụ thể, chẳng hạn như số hộ chiếu, số lượng hưu, giấy phép lái xe và số bảo hiểm y tế¹⁶.

Dữ liệu cá nhân được định nghĩa là thông tin cá nhân nằm trong một cơ sở dữ liệu thông tin cá nhân. Một cơ sở dữ liệu thông tin cá nhân là tập hợp thông tin, bao gồm (a) tập hợp thông tin được sắp xếp một cách có hệ thống theo cách cho phép thông tin cá nhân cụ thể được lấy ra bằng máy tính; và (b) bất kỳ việc thu thập thông tin nào khác được quy định trong Nghị định của Chính phủ được sắp xếp một cách có hệ thống theo một cách cho phép cụ thể để thông tin cá nhân dễ dàng được tìm kiếm.

2.2.3. Mục đích sử dụng thông tin

Nhà quản lý doanh nghiệp xử lý thông tin cá nhân phải làm rõ mục đích sử dụng thông tin cá nhân, đồng thời phải tuân thủ những quy định sau: (i) nhà quản lý không được sử dụng thông tin cá nhân nằm ngoài phạm vi cần thiết để đạt được các mục đích mà không có sự cho phép từ trước của cá nhân; và (ii) không được thay đổi mục đích sử dụng ngoài phạm vi có mối quan hệ thay thế một cách chính đáng với mục đích sử dụng ban đầu.

2.2.4. Thu thập thông tin

Thông tin được thu thập phải hợp pháp và nhà quản lý doanh nghiệp không được thu thập các thông tin cá nhân bằng cách lừa dối hay các phương pháp sai trái khác. Một khi nhà quản lý doanh nghiệp thu thập thông tin, cá nhân bị thu thập thông tin phải được thông báo hay tuyên bố công khai về mục đích sử dụng trừ một số ngoại lệ sau: i) việc

thông báo hay tuyên bố công khai có khả năng gây hại đến đời sống, thân thể, tài sản, quyền hay lợi ích của cá nhân hay bên thứ ba; ii) những thông báo này có khả năng gây hại đối với quyền cũng như lợi ích chính đáng của nhà quản lý; (iii) sự phối hợp với một cơ quan nhà nước, chính quyền địa phương hay bên thứ ba là cần thiết để tiến hành các vấn đề được quy định bởi luật pháp mà sự thông báo hay tuyên bố công khai có khả năng cản trở việc thực hiện.

Thông tin nhạy cảm (*sensitive information*) cũng được quy định trong APPI và đây là loại thông tin mà nhà quản lý doanh nghiệp không được thu thập từ các cá nhân mà không có sự cho phép từ trước. Thuật ngữ này được sử dụng trong APPI là “thông tin cá nhân được yêu cầu đặc biệt” (*Special care-required personal information*) bao gồm trạng thái xã hội, hồ sơ bệnh án, hồ sơ phạm tội hay lịch sử về việc đã từng là nạn nhân của tội phạm. Ngoài việc phải có sự đồng ý từ trước của cá nhân khi thu thập, nhà quản lý doanh nghiệp sẽ không được phép chuyển các thông tin nhạy cảm này cho bất kỳ bên thứ ba nào khác.

2.2.5. Quyền yêu cầu xóa đối với dữ liệu cá nhân

Nếu một cá nhân yêu cầu nhà quản lý doanh nghiệp xử lý thông tin chỉnh sửa, mở rộng hay xóa dữ liệu cá nhân của chính mình bởi vì sự không chính xác, các nhà quản lý phải ngay lập tức điều tra. Dựa vào kết quả điều tra, nhà quản lý sẽ phải có những hành động cụ thể đối với dữ liệu cá nhân và phản hồi tới yêu cầu của cá nhân. Hơn nữa, nếu một cá nhân yêu cầu nhà quản lý doanh nghiệp ngưng sử dụng hay tiết lộ các dữ liệu cá nhân đã được lưu trữ bởi vì vi phạm APPI, nhà quản lý phải dừng việc sử dụng hay tiết lộ nếu lý do được đưa ra là xác đáng.

2.2.6. Bên thứ ba

Cũng như các quy định khác về bảo vệ dữ liệu trong văn bản quốc tế cũng như pháp

lượt quốc gia, nhà quản lý doanh nghiệp không được cung cấp thông tin cá nhân cho bên thứ ba mà không có sự đồng ý từ cá nhân. Tại đây, “bên thứ ba” có thể bao gồm các thể nhân, pháp nhân khác hay bao gồm cả các công ty con của nhà quản lý doanh nghiệp. Chính vì vậy, việc nhà quản lý doanh nghiệp cung cấp thông tin cho các công ty con của mình cũng phải tuân theo những quy định về bên thứ ba trong APPI. Đối với bên thứ ba ngoài phạm vi lãnh thổ của Nhật Bản, nhà quản lý doanh nghiệp cũng cần sự đồng ý từ chủ dữ liệu trước khi cung cấp.

2.2.7. Thi hành và hình phạt vi phạm

PPC (*Personal Information Protection Commission- Ủy ban bảo vệ dữ liệu thông tin*) là cơ quan bảo vệ dữ liệu cấp trung ương được thành lập theo bản sửa đổi gần đây của APPI và chịu trách nhiệm cho việc thi hành, điều tra. Ngoài ra, PPC¹⁷ còn chịu trách nhiệm cho việc ban hành hướng dẫn tuân thủ APPI. Trước khi PPC được thành lập, có nhiều cơ quan của Chính phủ có quyền lực thi hành đối với các nhà quản lý doanh nghiệp theo thẩm quyền tương ứng, và tại mỗi một cơ quan lại có hướng dẫn riêng (theo thống kê là hơn 40 hướng dẫn cho 27 ngành công nghiệp). Sự ra đời của bộ hướng dẫn từ PPC đã tạo ra sự thống nhất cao, tránh tình trạng hướng dẫn nằm phân tán, rải rác trong quy định tại các cơ quan khác nhau.

PPC có thể yêu cầu các báo cáo về việc xử lý thông tin cá nhân và ban hành các khuyến nghị hay lệnh sửa đổi trong trường hợp nhà quản lý doanh nghiệp vi phạm quyền riêng tư của cá nhân và vi phạm những quy định của APPI. Trước khi ban hành lệnh sửa đổi thì các khuyến nghị,

hướng dẫn sẽ được gửi tới nhà quản lý doanh nghiệp. Việc vi phạm lệnh sửa đổi là tội phạm hình sự và cá nhân chịu trách nhiệm có thể bị phạt tù tối đa lên tới 6 tháng, khoản tiền phạt cũng lên đến 300.000 Yên Nhật (xấp xỉ 2.400 Euro)¹⁸. Đây cũng là mức phạt tiền tối đa với nhà quản lý doanh nghiệp.

3. Bảo vệ dữ liệu cá nhân trong pháp luật Việt Nam hiện hành và một số khuyến nghị

Kế thừa và phát triển từ các bản Hiến pháp trước, Hiến pháp năm 2013 đã có những quy định về quyền riêng tư và cụ thể hơn về bí mật dữ liệu cá nhân tại Điều 21:

“1. Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; có quyền bảo vệ danh dự, uy tín của mình. Thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình được pháp luật bảo đảm an toàn.

2. Mọi người có quyền bí mật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác. Không ai được bóc mở, kiểm soát, thu giữ trái luật thư tín, điện thoại, điện tín và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư của người khác”.

Bảo vệ quyền riêng tư và bảo vệ dữ liệu cá nhân cũng đã được quy định và điều chỉnh tại một số luật chuyên ngành với nhiều lĩnh vực khác nhau. Điều 38 Bộ luật Dân sự năm 2015 đã cụ thể hóa quy định tại khoản 1 Điều 21 Hiến pháp năm 2013 như sau:

“1. Đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình là bất khả xâm phạm và được pháp luật bảo vệ.;

2. Việc thu thập, lưu giữ, sử dụng, công khai thông tin liên quan đến đời sống riêng tư, bí mật cá nhân phải được người đó đồng ý, việc thu thập, lưu giữ, sử dụng, công khai

16 Noriko Higashizawa and Yuri Aihara, “Data Privacy Protection of Personal Information versus Usage of Big Data: Introduction of the Recent Amendment to the Act on the Protection of Personal Information (Japan)” (2017) 84 Def Counsel J 1.

17 Nghị định của Chính phủ quy định về việc thực hiện Luật sửa đổi, bổ sung ban hành tháng 12 năm 2016.

18 Xem tại: <https://www.ppc.go.jp/en/>.

thông tin liên quan đến bí mật gia đình phải được các thành viên gia đình đồng ý, trừ trường hợp luật có quy định khác;

3. Thư tín, điện thoại, điện tín, cơ sở dữ liệu điện tử và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của cá nhân được bảo đảm an toàn và bí mật. Việc bóc mở, kiểm soát, thu giữ thư tín, điện thoại, điện tín, cơ sở dữ liệu điện tử và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của người khác chỉ được thực hiện trong trường hợp luật quy định.

4. Các bên trong hợp đồng không được tiết lộ thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình của nhau mà mình đã biết được trong quá trình xác lập, thực hiện hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”.

Đối với các vấn đề về tín dụng, Điều 14 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010, sửa đổi, bổ sung năm 2017 nghiêm cấm việc tiết lộ bí mật kinh doanh của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài và bảo đảm nghĩa vụ bảo mật thông tin liên quan đến tài khoản tiền gửi, tài sản gửi và các giao dịch của khách hàng tại tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài. Đối với các giao dịch điện tử, Điều 46 Luật Giao dịch điện tử năm 2005 quy định về bảo mật thông tin trong giao dịch điện tử: “Cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền lựa chọn các biện pháp bảo mật phù hợp với quy định của pháp luật khi tiến hành giao dịch điện tử. Cơ quan, tổ chức, cá nhân không được sử dụng, cung cấp hoặc tiết lộ thông tin về bí mật đời tư hoặc thông tin tổ chức, cá nhân khác mà mình tiếp cận hoặc kiểm soát được trong giao dịch điện tử nếu không được sự đồng ý của họ, trừ trường hợp pháp luật quy định khác”. Quan trọng hơn, đối với các chủ thể tham gia Internet, Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 đã dành mục 2 để quy định

về bảo vệ thông tin cá nhân¹⁹. Một điểm rất tiên bộ của Luật này so với APPI là đã có những quy định về quyền của chủ thể thông tin. Cụ thể, theo Điều 18 Luật An toàn thông tin mạng năm 2015, chủ thể thông tin có quyền yêu cầu tổ chức, cá nhân xử lý thông tin cá nhân cập nhật, sửa đổi, hủy bỏ thông tin cá nhân của mình mà tổ chức, cá nhân đó đã thu thập, lưu trữ hoặc ngừng cung cấp thông tin cá nhân cho bên thứ ba. Tuy nhiên, Luật cũng như các văn bản dưới luật hiện hành lại chưa có những hướng dẫn cụ thể về bên thứ ba như quy định trong APPI.

Thuật ngữ “thông tin cá nhân” cũng đã được quy định và hướng dẫn tại Nghị định số 72/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 27/2018 ngày 01 tháng 03 năm 2018 của Chính Phủ về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ Internet và thông tin trên mạng): “Thông tin cá nhân là thông tin gắn liền với việc xác định danh tính, nhân thân của cá nhân bao gồm tên, tuổi, địa chỉ, số chứng minh nhân dân, số điện thoại, địa chỉ thư điện tử và thông tin khác theo quy định của pháp Luật” (khoản 16 Điều 3). So sánh với quy định về thông tin cá nhân trong APPI được đề cập ở trên thì phạm vi của Việt Nam hẹp hơn và chưa làm rõ được nội hàm cũng như các quy định về thông tin khác.

Từ bài học kinh nghiệm của Nhật Bản, tác giả đưa ra một số khuyến nghị cụ thể như sau:

Thứ nhất, các luật chuyên ngành đã phần nào giải quyết được bài toán về bảo vệ dữ liệu cá nhân, nhưng tính khái quát chưa cao, còn thiếu các quy định cụ thể về chế tài. Chính vì vậy, việc xây dựng một khung pháp lý, cụ thể là Luật Bảo vệ dữ liệu (hay Luật Bảo vệ thông tin cá nhân), là hết sức cần thiết trong thời điểm hiện tại. Trong Luật

19 Xem Điều 83: https://www.ppc.go.jp/files/pdf/Act_on_the_Protection_of_Personal_Information.pdf.

20 Vũ Công Giao, Pháp luật bảo vệ quyền bí mật dữ liệu cá nhân trên thế giới và Việt Nam, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2017, Số 2 (346), tr.67-73.

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

này, những khái niệm về “thông tin cá nhân”, bí mật dữ liệu cá nhân, “thông tin được yêu cầu cung cấp” cần được làm rõ đồng thời với các quy định về quyền của chủ thể, các bên thứ ba cũng như việc khai thác, sử dụng dữ liệu cá nhân.

Thứ hai, các văn bản pháp luật chuyên ngành liên quan đến bảo vệ dữ liệu cá nhân cần được rà soát và hệ thống hóa với mục đích củng cố cơ chế bảo vệ quyền riêng tư nói chung và quyền bảo vệ dữ liệu cá nhân nói riêng theo ngành, lĩnh vực cụ thể, đồng thời đáp ứng được những yêu cầu của tiêu chuẩn quốc tế hiện hành.

Thứ ba, việc nhận dạng cá nhân cần được quy định cụ thể hơn và có những hướng dẫn chi tiết, cụ thể hóa “quy định về thông tin khác” tại Nghị định số 72/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 27/2018 ngày 01/03/2018 của Chính Phủ về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ Internet và thông tin trên mạng). Những “thông tin khác” này có thể học hỏi theo như APPI, bao gồm: dữ liệu nhận dạng khuôn

mặt, dữ liệu giọng nói, dữ liệu mẫu dáng đi, dữ liệu lòng bàn tay/ngón tay/dấu vân tay, mô hình tĩnh mạch.

Thứ tư, một cơ quan đầu mối chuyên trách về bảo vệ quyền riêng tư cũng như bảo vệ dữ liệu cá nhân như Ủy ban bảo vệ dữ liệu thông tin tại Nhật Bản sẽ đóng vai trò vô cùng quan trọng. Cơ quan này sẽ có thẩm quyền xem xét các khiếu nại, giám sát, nghiên cứu hoàn thiện chính sách, pháp luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân.

Có thể thấy, với sự bùng nổ của cách mạng 4.0 cùng yêu cầu thu thập, lưu trữ, truyền tải thông tin ngày một tăng cao giữa các công ty, cơ quan và người dùng, công tác hoàn thiện pháp luật về bảo vệ dữ liệu cần sự quan tâm đặc biệt từ các cơ quan chức năng. Các quốc gia trong và ngoài khu vực đã có đạo luật riêng về bảo vệ dữ liệu cá nhân và đã chứng minh tính hiệu quả, ứng dụng cao. Điều này cũng sẽ thôi thúc pháp luật Việt Nam có những bước tiến mới, phù hợp với những yêu cầu của quốc tế cũng như thúc đẩy sự phát triển, hội nhập của quốc gia ■

THƯƠNG NHÂN THEO PHÁP LUẬT...

(Tiếp theo trang 56)

4. Kết luận

Có thể nói “thương nhân”, “doanh nghiệp” hay “chủ thể kinh doanh” hoặc “cá nhân, hợp tác xã, hộ gia đình, hay tổ chức kinh tế khác” được xác định là “thương nhân” cho dù có tư cách pháp nhân hay không có tư cách pháp nhân, chịu trách nhiệm hữu hạn hay vô hạn thì mục đích cơ bản cuối cùng là thực hiện các hoạt động nhằm mục đích sinh lợi. Tuy vậy, để bảo đảm sự an toàn và cân bằng trong quan hệ thương mại thì không phải chủ thể nào cũng có thể trở thành thương nhân, chỉ những chủ thể đáp ứng điều kiện nhất định về năng lực hành vi thương mại (trên nền tảng năng lực hành vi dân sự), không thuộc trường hợp

cấm thành lập, hoạt động theo quy định của pháp luật thì mới có thể trở thành thương nhân. Cách phân loại thương nhân theo các tiêu chí khác nhau nhưng tựu chung là nhằm xác định địa vị pháp lý của thương nhân trong các quan hệ kinh doanh, thương mại mà thương nhân đó tham gia. Trong xã hội, thương nhân là một nghề có đóng góp to lớn, tích cực cho kinh tế đất nước nhưng nghề này lại luôn tồn tại những thăng trầm bởi những cơ hội và rủi ro trong nghề nghiệp của mình, vì thế pháp luật trong những thập niên gần đây luôn ghi nhận quyền tự do hoạt động của họ dưới các hình thức, ngành nghề ở các địa bàn khác nhau theo tinh thần “thương nhân được làm tất cả những gì mà luật không cấm” ■

