

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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



- ❖ VAI TRÒ CỦA PHÁP LUẬT VỀ VẬN ĐỘNG HÀNH LANG TRONG PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG
- ❖ CƠ SỞ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN CỦA VIỆC TÁCH LUẬT GIAO THÔNG ĐƯỜNG BỘ NĂM 2008 THÀNH LUẬT TRẬT TỰ, AN TOÀN GIAO THÔNG ĐƯỜNG BỘ VÀ LUẬT ĐƯỜNG BỘ

Số 07 (455)

Kỳ 1 - Tháng 4/2022

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 07/2022

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 03** Vai trò của pháp luật về vận động hành lang trong phòng, chống tham nhũng

PGS. TS. Đặng Minh Tuấn

- 08** Quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp

ThS. Lê Thị Hồng Hạnh

- 13** Cơ quan tài phán quốc tế và thực thi phán quyết của cơ quan tài phán quốc tế

PGS. TS. Nguyễn Thị Thuận

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 20** Cơ sở lý luận và thực tiễn của việc tách Luật Giao thông đường bộ năm 2008 thành Luật Trật tự, an toàn giao thông đường bộ và Luật Đường bộ

PGS. TS. Ngô Huy Cương

- 29** Điều kiện chuyển đổi dự án từ nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội

Trần Vang Phú - Trương Thị Kim Tươi

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 36** Kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty

TS. Nguyễn Thanh Lý

- 46** Miễn trách nhiệm đối với vi phạm hợp đồng do phải thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền

ThS. Nguyễn Văn Hùng

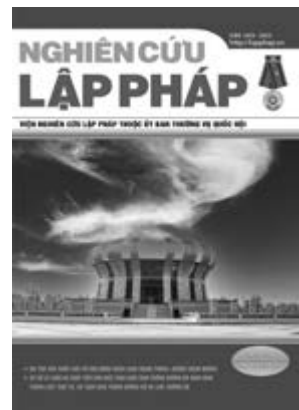
KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 51** Pháp luật Liên minh châu Âu về xác định luật áp dụng dựa trên nguyên tắc “mối liên hệ gắn bó nhất” và gợi mở cho Việt Nam

PGS. TS. Ngô Quốc Chiến

- 59** Xung đột quyền do chồng lấn bảo hộ bản quyền và nhãn hiệu ở Trung Quốc - khuyến nghị cho Việt Nam

Lê Thị Anh Xuân



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

NGUYỄN VĂN SƠN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202; 08044732

TÀI KHOẢN:

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 CP PHÁT TRIỂN CÔNG NGHỆ
IN NGUYỄN KHANG

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Đèn thờ Vua Hùng ở Cần Thơ

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 07/2022

STATE AND LAW

- 03** Legal Regulations on Lobbying under Anti-corruption Aspect

Prof. Dr. Dang Minh Tuan

- 08** Right of Access to Information in Legislative Activities

LLM. Le Thi Hong Hanh

- 13** International Jurisdictions and Enforcement of their Judgements

Prof. Dr. Nguyen Thi Thuan

DISCUSSION OF BILLS

- 20** Theoretical and Practical Grounds of Separation of the Law on Road Traffic of 2008 into the Law on Road Traffic Order and Safety; Law on Road

Prof. Dr. Ngo Huy Cuong

- 29** Conditions for Project Conversion from Commercial Housing to Social Housing

Tran Vang Phu - Truong Thi Kim Tuoi

LEGAL PRACTICE

- 36** Control of Self-dealing Transactions

Dr. Nguyen Thanh Ly

- 46** Exemption from Liability for Contract Violation due to Compliance with Decision by Competent Agency

LLM. Nguyen Van Hung

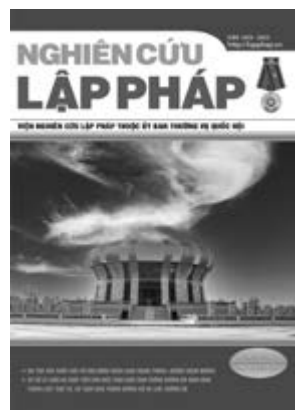
FOREIGN EXPERIENCE

- 51** European Union Law on Determination of Applicable Laws based on the Principle of "The Closest Links" and Suggestions to Vietnam

Prof. Dr. Ngo Quoc Chien

- 59** Conflict of Rights due to Overlapping Protection to Copyright and Trademark in China - Recommendations for Vietnam

Le Thi Anh Xuan



EDITORIAL BOARD:

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

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

DR. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

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

DESIGN:

NGUYEN VAN SON

LISENCE OF PUBLISMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY NGUYEN KHANG PRINTING
TECHNOLOGY DEVELOPMENT JOINT STOCK
COMPANY

PRICE: **25.000 VND**

VAI TRÒ CỦA PHÁP LUẬT VỀ VẬN ĐỘNG HÀNH LANG TRONG PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG

Đặng Minh Tuấn

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Vận động hành lang; tham nhũng; phòng, chống tham nhũng; pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/12/2021
Biên tập : 16/01/2022
Duyệt bài : 18/01/2022

Article Information:

Keywords: Lobbying; corruption; anti-corruption; law.

Article History:

Received : 25 Dec. 2021
Edited : 16 Jan. 2022
Approved : 18 Jan. 2022

Tóm tắt:

Vận động hành lang là một vấn đề mới trong thực tiễn lập pháp ở nước ta. Mặc dù có một số văn bản đề cập đến những khía cạnh liên quan đến vấn đề này, nhưng vận động hành lang vẫn chưa được pháp luật ghi nhận chính thức và đầy đủ. Những người phản đối vận động hành lang thường lo lắng những tác động tiêu cực của vận động hành lang, đặc biệt là nguy cơ, rủi ro của vận động hành lang dẫn đến các hành vi tham nhũng, hối lộ chính sách. Tuy vậy, nguy cơ, tác động tiêu cực của vận động hành lang là hiện hữu và càng nguy hại nếu thiếu sự kiểm soát, quản lý bằng một khuôn khổ pháp luật chặt chẽ và đầy đủ.

Abstract:

Lobbying is a new concept in legislative practices in our country. While it has been recorded in a number of documents that address aspects related to this concept, lobbying has not yet been officially and fully recognized by the law. The opponents of lobbying are often worried about the negative effects by lobbying, especially the potential risks and negative impacts of lobbying may lead to acts of corruption and policy bribery. However, the potential risks and negative impacts of lobbying are real and even more dangerous in case of lacks of control and management with a strict and adequate legal framework.

1. Khái quát về vận động hành lang

Theo Từ điển Oxford, “lobby” có nghĩa chỉ hành lang ở Nghị viện, nơi mà các nghị sĩ có thể gặp gỡ công chúng, đồng thời cũng có nghĩa chỉ một nhóm người nào đang cố gắng gây ảnh hưởng đến những nhà lập pháp hay các quan chức chính quyền khác để họ ủng hộ hay phản đối một vấn đề cụ thể¹. Ngày nay, vận động hành lang (lobbying) được hiểu là bất kỳ hình thức giao tiếp trực tiếp hay gián tiếp với các quan chức, cơ quan nhà nước nhằm mục đích thuyết phục, gây ảnh hưởng và tác động

đến việc ra quyết định về chính sách, dự luật, chương trình, kế hoạch hoặc một vấn đề nào đó vì lợi ích của cộng đồng, các nhóm lợi ích hoặc của cá nhân.

Ở Việt Nam, vận động hành lang thường được đồng nhất với vận động chính sách công². Tuy vậy, dù có sự giao thoa, hai khái niệm này có những điểm khác biệt cơ bản.

Vận động chính sách công hay vận động chính sách được hiểu là việc tác động để giải quyết một vấn đề khó khăn, mâu thuẫn hoặc cản trở sự phát triển về kinh tế-chính trị-xã hội của

¹ Nguồn: <https://en.oxforddictionaries.com/definition/lobby>.

² Xem Viện Chính sách Công & Pháp luật, Vận động chính sách công- Lý luận và thực tiễn (Đào Trí Úc và Vũ Công Giao đồng chủ biên), Nxb. Lao Động, Hà Nội, 2015. Trong Kỷ yếu Hội thảo trên đây, hầu hết các bài viết đồng nhất vận động chính sách công với vận động hành lang.

một quốc gia³. Ba hình thức vận động chính sách truyền thống bao gồm: kiện tụng, vận động hành lang và giáo dục công chúng. Ngoài ra, còn có nhiều hoạt động vận động chính sách khác như nâng cao năng lực, xây dựng quan hệ, thiết lập mạng lưới, phát triển năng lực lãnh đạo. Như vậy, vận động hành lang là chỉ một hình thức của vận động chính sách. Khác với các hình thức vận động chính sách khác, vận động hành lang nhằm ảnh hưởng một chính sách cụ thể và thông qua việc giao tiếp (communication)⁴ với các cơ quan, người có thẩm quyền. Vận động hành lang là hoạt động vì lợi ích gắn liền với sự hiện diện và vai trò của các nhóm lợi ích. Do có sự giao tiếp với chính quyền và vì lợi ích, vận động hành lang dễ bị bóp méo, biến tướng thành hối lộ, tham nhũng chính sách. Chính vì vậy, vận động hành lang hay bị cho là hành vi “hối lộ hợp pháp”.

Vận động hành lang và hối lộ là hai khái niệm khác nhau về bản chất, dù vậy trên thực tế ranh giới giữa vận động hành lang và các hành vi hối lộ, tham nhũng là rất mong manh⁵. Hối lộ là nỗ lực mua chuộc quyền lực, trả tiền để mua chính sách; trong khi đó, vận động hành lang là nỗ lực ảnh hưởng quyền lực thông qua quá trình trao đổi, thuyết phục để tác động đến việc hoạch định chính sách. Vận động hành lang được thực hiện thông qua hoạt động của những người vận động hành lang đóng góp cho chính quyền; trong đó, đóng góp chính, quan trọng và ý nghĩa nhất là việc cung cấp thông tin cho chính quyền. Nói cách khác, những người vận động hành lang là những người cung cấp thông tin. Bên cạnh đó, vận động hành lang có thể bao gồm đóng góp tài chính nhằm ảnh hưởng người

ra quyết định, nhưng người vận động hành lang không được đưa trực tiếp cho các quan chức, mà thông qua các đóng góp cho tranh cử, các dự án, quỹ từ thiện hoặc các hoạt động, chính sách ưu tiên của chính quyền/chính trị gia. Đóng góp tài chính được quy định rất chặt chẽ, dựa trên nguyên tắc về sự giới hạn mức, hình thức đóng góp, công khai, minh bạch.

Khác với hối lộ, vận động hành lang là hoạt động hợp pháp có nhiều ý nghĩa, giá trị trong một xã hội dân chủ, trong khi đó, hối lộ là hành vi tha hóa, vi phạm pháp luật gây nhiều hệ lụy, tác động tiêu cực cho xã hội. Vì thế, hối lộ là bất hợp pháp, không được thừa nhận.

Sự tồn tại và phát triển của vận động hành lang có tính khách quan xuất phát từ những lý do sau đây:

- Sự hình thành các tổ chức, nhóm lợi ích khác nhau và nhu cầu tham gia, phản ánh các lợi ích đó trong xây dựng và hoạch định các chính sách.

- Sự ghi nhận và vai trò ngày càng tăng của hình thức người dân tham gia quản lý nhà nước và xã hội.

- Nhu cầu kết nối, hợp tác giữa Nhà nước và người dân nhằm đảm bảo tốt nhất cho việc xây dựng và ban hành chính sách.

- Các quyền con người cơ bản bao gồm quyền tự do ngôn luận, quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội; quyền giám sát, phản biện, đóng góp ý kiến, quyền hội họp.

Vận động hành lang đóng vai trò quan trọng với Nhà nước, người dân và xã hội nói chung⁶.

- Đối với Nhà nước, vận động hành lang là

³ PGS.TS. Đỗ Phú Hải, PGS.TS. Vũ Công Giao, *Khái quát về chính sách công và vận động chính sách công*, trong cuốn “*Vận động chính sách công. Lý luận và thực tiễn*” (Đào Trí Úc và Vũ Công Giao đồng chủ biên), Nxb. Lao Động, Hà Nội, 2015, tr.58-70.

⁴ Giao tiếp (communication) là sự trao đổi trực tiếp hoặc bằng điện thoại, thư tin, fax hoặc một hình thức nào đó để truyền tải một thông điệp. Có quan điểm cho rằng Vận động hành lang là một quá trình giao tiếp. Xem thêm: Lester W. Milbrath, *Lobbying as a communication process*, *Public Opinion Quarterly*, Volume 24, Issue 1, SPRING 1960, Pages 32–53, <https://doi.org/10.1086/266928>

⁵ PGS.TS. Đỗ Phú Hải, PGS.TS. Vũ Công Giao, *Khái quát về chính sách công và vận động chính sách công*, trong cuốn “*Vận động chính sách công. Lý luận và thực tiễn*” (Đào Trí Úc và Vũ Công Giao đồng chủ biên), Nxb. Lao Động, Hà Nội, 2015, tr.58-70.

⁶ PGS.TS. Trịnh Thị Xuyên, *Vị trí, vai trò của vận động hành lang trong xã hội dân chủ và pháp quyền*, Kỷ yếu Hội thảo Pháp luật về vận động hành lang trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam, do Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội phối hợp với UNODC tổ chức, Phú Quốc, 27/11/2021.

kênh để Nhà nước nắm bắt nhu cầu, nguyện vọng của người dân, từ đó đưa ra các chính sách phù hợp, đáp ứng các nhu cầu, nguyện vọng đó, làm tăng hiệu lực, hiệu quả của phúc lợi xã hội. Vận động hành lang cũng cung cấp và bổ sung thông tin từ nhiều cách tiếp cận, quan điểm, giá trị góp phần khắc phục bất đối cân xứng về thông tin, nâng cao hiệu lực, hiệu quả của chính sách.

- Đối với người dân, vận động hành lang là kênh để các cá nhân, tổ chức trong xã hội có thể truyền tải được ý chí, nguyện vọng của mình đến các cơ quan chính quyền, đạt được và/hay bảo vệ được các lợi ích chính đáng của mình. Đồng thời, vận động hành lang là kênh để người dân và xã hội giám sát đối với quá trình xây dựng và ban hành chính sách công; góp phần phòng, chống tham nhũng.

- Đối với xã hội, vận động hành lang góp phần củng cố và mở rộng dân chủ.

Dù có nhiều giá trị như vậy, vận động hành lang nếu không được quy định đầy đủ và phù hợp sẽ gây ra những tác động tiêu cực, hệ lụy cho xã hội, đặc biệt là tình trạng tham nhũng, tham ô và chạy chính sách.

2. Xây dựng pháp luật về vận động hành lang góp phần phòng, chống tham nhũng

Mặc dù có vị trí, vai trò tích cực trong xã hội dân chủ, nhưng nếu khung khổ pháp luật thiếu hoàn chỉnh và việc thực thi không nghiêm, vận động hành lang rất dễ bị biến tướng trở thành hành vi hối lộ, tham nhũng, “chạy chính sách”, gây tổn hại đến lợi ích chính đáng của các nhóm yếu thế, làm gia tăng bất bình đẳng trong xã hội.

Một trong những lý do khiến cho vận động hành lang dễ bị biến tướng tiêu cực là vì hoạt

động này đòi hỏi phải có sự tiếp xúc, tác động tới những cá nhân có thẩm quyền trong các cơ quan hoạch định chính sách. Để vận động hành lang không bị biến tướng, lũng đoạn chính trường cần xây dựng một khung pháp lý toàn diện, chặt chẽ cho hoạt động này⁷.

Việc xây dựng khung pháp lý cho vận động hành lang sẽ thúc đẩy sự công khai, liêm chính, tạo ra cơ chế thực thi, giám sát hiệu lực, hiệu quả; quyền tiếp cận bình đẳng trong vận động hành lang, góp phần giảm thiểu các tác động tiêu cực của vận động hành lang ngầm, không chính thức gây ảnh hưởng tiêu cực tới việc hoạch định chính sách. Như vậy, pháp luật về vận động hành lang sẽ góp phần phòng, chống tham nhũng, chứ không phải là “hợp pháp hóa” hối lộ, tham nhũng chính sách.

Một số nước như Hoa Kỳ⁸, Anh Quốc, Pháp, Ireland, Balan, Slevenia, Scotland, Đức, Australia, Canada, Israel và Đài Loan ban hành văn bản luật riêng điều chỉnh vận động hành lang. Một số nước điều chỉnh hoạt động vận động hành lang bằng các quy tắc, quy chế của nghị viện áp dụng đối với vận động hành lang trong hoạt động của nghị viện⁹. Trong khi đó, ở một số quốc gia, vận động hành lang được điều chỉnh bởi các văn bản luật khác nhau như luật công chức, luật hình sự, luật phòng, chống tham nhũng, các luật tổ chức...

Cùng với việc ban hành quy định điều chỉnh hoạt động vận động hành lang, hoạt động cải cách khung pháp luật về vận động hành lang đóng vai trò quan trọng trong việc thúc đẩy sự minh bạch, liêm chính, góp phần quan trọng trong phòng, chống tham nhũng chính sách. Năm 2015, Hàn Quốc đã ban hành Luật Chống hối lộ và Gây ảnh hưởng bất hợp pháp¹⁰. Nhu cầu thúc đẩy việc ban hành văn bản luật này là

⁷ Vũ Công Giao, *Những vấn đề lý luận cơ bản về vận động chính sách công*, trong cuốn “*Vận động chính sách công. Lý luận và thực tiễn*” (Đào Trí Úc và Vũ Công Giao đồng chủ biên), Nxb. Lao Động, Hà Nội, 2015.

⁸ Hoa Kỳ là quốc gia đầu tiên ban hành luật về vận động hành lang. Đạo luật đầu tiên về vận động hành lang của Hoa Kỳ được ban hành năm 1946 có tên là Luật Liên bang về hoạt động vận động hành lang - The Federal Regulation of Lobbying Act (FRLA). Luật này sau đó được thay thế và bổ sung bằng các luật khác.

⁹ Ở châu Âu, một số nước như Bỉ, Ý, Hà Lan ban hành Quy tắc thủ tục vận động hành lang ở Nghị viện.

¹⁰ Anti-Corruption & Civil Rights Commission, *Handbook of the Improper Solicitation and Graft Act*, 2017, <https://www1.undp.org/content/dam/uspcc/docs/Handbook%20of%20the%20Improper%20Solicitation%20and%20Graft%20Act.pdf>.

tình trạng tham nhũng ở Hàn Quốc liên tục diễn ra, những lỗ hổng pháp lý tồn tại trong việc kiểm soát tham nhũng và mức độ liêm chính bị đánh giá thấp hơn so với tiêu chí đánh giá của quốc tế. Chỉ sau 5 năm áp dụng, văn bản luật này đã góp phần quan trọng trong phòng, chống tham nhũng tham nhũng ở Hàn Quốc¹¹. Ở Đức, ngày 25/3/2021, Quốc hội liên bang thông qua Luật đăng ký vận động hành lang¹². Việc ban hành văn bản luật này nhằm mục đích điều chỉnh, kiểm soát tốt hơn hoạt động vận động hành lang diễn ra ở Quốc hội liên bang và Chính phủ liên bang. Trước đó, vận động hành lang chỉ được điều chỉnh bởi Bộ quy tắc về Thủ tục của các bộ liên bang và một số văn bản luật như: Bộ luật Hình sự, Luật Công vụ¹³. Trong khi đó, ở Hoa Kỳ, mỗi lần ban hành, sửa đổi luật về vận động hành lang đều có nguồn gốc từ một vụ bê bối trong vận động hành lang dẫn đến nhu cầu phải kiểm soát tốt hơn đối với các sai phạm trong hoạt động vận động hành lang. Năm 1995, Luật Công khai vận động hành lang (LDA) được ban hành thay thế Luật Vận động hành lang năm 1946 do nhu cầu cấp thiết từ vụ bê bối của Công ty Wedtech, doanh nghiệp đã thuê rất nhiều nhà vận động hành lang, bao gồm cả các cựu nghị sĩ Quốc hội, để giành được nhiều hợp đồng béo bở từ Chính phủ¹⁴. LDA đã thiết

lập cơ chế đăng ký, công khai hóa thông tin về vận động hành lang một cách toàn diện hơn, với phạm vi điều chỉnh rộng hơn, quy định rõ ràng hơn về chủ thể phải đăng ký và nội dung đăng ký. Năm 2007, Luật về Lãnh đạo trung thực và Chính phủ mở được ban hành, sau vụ bê bối lớn của nhà vận động hành lang Jack Abramoff, người bị kết án 48 tháng tù và bồi thường hơn 23 triệu USD cho các nạn nhân về tội lừa đảo, hối lộ và các sai phạm khác trong quá trình hoạt động vận động hành lang¹⁵. Thực tiễn cho thấy, Hoa Kỳ đã liên tục sửa đổi, hoàn thiện pháp luật về vận động hành lang trong những thập kỷ gần đây để quy định chặt chẽ, rõ ràng hơn để đạt tới đa mục tiêu minh bạch hóa hoạt động vận động hành lang¹⁶.

Một nghiên cứu cho thấy¹⁷, mặc dù chỉ một số nước ban hành văn bản luật điều chỉnh vận động hành lang và chủ yếu được ban hành trong hơn 10 năm trở lại đây, nhưng đây là một xu thế mới và đang được cổ vũ. Tuy nhiên, nhiều nước vẫn sử dụng văn bản dưới luật điều chỉnh hoạt động vận động chính sách.

Nếu như các nước phát triển rất coi trọng xây dựng, hoàn thiện khung pháp luật về vận động hành lang, các nước chuyển đổi và đang phát triển, còn thiếu khuôn khổ pháp lý cho hoạt động này. Điều này dẫn đến tình trạng

¹¹ Jungoh Son, *Đạo luật Chống hối lộ và Gây ảnh hưởng bất hợp pháp – Mang lại một sự bình thường mới về liêm chính và phòng, chống tham nhũng*, Kỳ yếu Hội thảo Pháp luật về vận động hành lang trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam, do Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội phối hợp với UNODC tổ chức, Phú Quốc, 27/11/2021.

¹² Xem giới thiệu về Luật vận động hành lang (Lobbying Register Act – Lobbyregistergesetz) của Đức: <https://www.bundestag.de/resource/blob/885950/e3e48323c0f7884837fd5cc7fb093761/Lobbying-Register-Introduction-1--data.pdf>

¹³ PGS.TS. Nguyễn Minh Tuấn, *Pháp luật về vận động hành lang ở Cộng hòa Liên bang Đức*, Kỳ yếu Hội thảo Pháp luật về vận động hành lang trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam, do Khoa Luật- Đại học Quốc gia Hà Nội phối hợp với UNODC tổ chức, Phú Quốc, 27/11/2021.

¹⁴ TS. Nguyễn Bích Thảo, *Pháp luật về vận động hành lang ở Hoa Kỳ và giá trị tham khảo cho Việt Nam*, Kỳ yếu Hội thảo Pháp luật về vận động hành lang trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam, do Khoa Luật- ĐHQGHN phối hợp với UNODC tổ chức, Phú Quốc, 27/11/2021, tr.173.

¹⁵ TS. Nguyễn Bích Thảo, *Pháp luật về vận động hành lang ở Hoa Kỳ và giá trị tham khảo cho Việt Nam*, Kỳ yếu Hội thảo Pháp luật về vận động hành lang trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam, do Khoa Luật- Đại học Quốc gia Hà Nội phối hợp với UNODC tổ chức, Phú Quốc, 27/11/2021, tr.173-174.

¹⁶ TS. Nguyễn Bích Thảo, *Pháp luật về vận động hành lang ở Hoa Kỳ và giá trị tham khảo cho Việt Nam*, Kỳ yếu Hội thảo Pháp luật về vận động hành lang trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam, do Khoa Luật- Đại học Quốc gia Hà Nội phối hợp với UNODC tổ chức, Phú Quốc, 27/11/2021, tr.171-182.

¹⁷ Xem Raj Chari (TCD), Gary Murphy (DCU), John Hogan (DIT), *Regulating Lobbying: A Global Comparison, in the Conference “International Trends in Lobbying Regulation: Lessons Learned for Ireland*, The Policy Institute at Trinity College Dublin, https://www.tcd.ie/policy-institute/assets/pdf/Chari_Murphy.pdf.

thiếu minh bạch, tình trạng lợi ích nhóm trong vận động chính sách. Tuy nhiên, nhiều nước đang nhận thấy nhu cầu của việc ghi nhận một cách chính thức về hoạt động vận động chính sách và coi đó là một yêu cầu cần thiết để đảm bảo sự minh bạch, khách quan của vận động chính sách, đồng thời nâng cao hơn hiệu quả của vận động chính sách, đặc biệt trong cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng¹⁸.

Mục đích và nội dung cơ bản của pháp luật điều chỉnh vận động hành lang là vấn đề bảo đảm sự công khai, minh bạch và liêm chính trong hoạt động của những cá nhân, tổ chức tiến hành, tham gia vận động hành lang. Mặc dù vai trò tích cực của vận động hành lang là không thể phủ nhận, nhưng vì mục đích thật sự của hoạt động này là nhằm có được lợi ích từ các chính sách hoặc giành được những hợp đồng, dự án có giá trị của nhà nước cho người thụ hưởng, là đại diện của các doanh nghiệp, các nhóm lợi ích khác nhau¹⁹. Điều này dẫn đến sự cạnh tranh khốc liệt mà hệ quả là có thể bóp méo hoặc gây áp lực tới quá trình quyết định chính sách công khiến cho chính sách bị thay đổi theo hướng tiêu cực, ảnh hưởng đến lợi ích không chỉ của các nhóm lợi ích khác mà cả lợi ích chung của xã hội. Do đó, để hạn chế những tác động tiêu cực, pháp luật đưa ra nguyên tắc công khai và minh bạch như là tiêu chuẩn bắt buộc để điều chỉnh hoạt động này. Tiêu chuẩn về tính công khai và sự minh bạch trong vận động chính sách công một mặt góp phần hạn chế tình trạng thông tin bất cân xứng để giúp cộng đồng xã hội không chỉ có đủ thông tin về

những người vận động cùng những tác động của họ đối với việc xây dựng chính sách và những đối tượng chịu sự tác động này; mặt khác, tạo khả năng kiểm soát quá trình hoạch định chính sách công, nhằm giảm thiểu sự xung đột lợi ích giữa các nhóm, bảo đảm sự minh bạch trong việc ban hành chính sách công²⁰.

Ở Việt Nam hiện nay, vận động hành lang bị coi là một vấn đề nhạy cảm nên chưa được thừa nhận một cách chính thức. Mặc dù vậy, trong những năm gần đây, vận động hành lang thu hút được sự quan tâm của giới học thuật. Trên một số diễn đàn khoa học, vận động hành lang được coi là một phần tất yếu của quy trình ban hành chính sách công, có vị trí, vai trò quan trọng trong một xã hội dân chủ và pháp quyền²¹, đồng thời kiến nghị Việt Nam cần nghiên cứu, sớm xây dựng khung pháp lý cho vận động hành lang với những nội dung sau:

- Cần xây dựng pháp luật về hoạt động vận động hành lang như một công cụ hữu hiệu của Nhà nước và xã hội trong phòng, chống tham nhũng;
- Cần nhắc lựa chọn hình thức văn bản pháp luật phù hợp; trước mắt hoàn thiện các quy định pháp luật hiện hành, tiến tới xây dựng luật về vận động hành lang trong tương lai;
- Các quy định cần hướng đến việc bảo đảm sự công khai, minh bạch, trách nhiệm giải trình và liêm chính trong hoạt động vận động hành lang;
- Các quy định cần chú trọng xây dựng cơ chế thực thi, giám sát và xử lý các hành vi sai phạm trong hoạt động vận động chính sách ■

¹⁸ Luiz Alberto dos Santos & Paula Mauricio Teixeira da Costa, *The contribution of lobby regulation initiatives in addressing political corruption in Latin America*, Journal of Public Affairs, 2012.

¹⁹ Về nhóm lợi ích khác nhau, xem thêm: Trần Bách Hiếu (2009), *Vận động chính sách trong nền chính trị Hoa Kỳ và một số liên hệ với VN*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 16 tháng 8 năm 2009, tr.55-62.

²⁰ GS.TS. Nguyễn Thị Mơ, *Các tiêu chuẩn phổ biến trên thế giới về vận động hành lang và kinh nghiệm cho Việt Nam*, Kỷ yếu Hội thảo Pháp luật về vận động hành lang trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam, do Khoa Luật- Đại học Quốc gia Hà Nội phối hợp với UNODC tổ chức, Phú Quốc, 27/11/2021, tr.42-53.

²¹ Mới đây, Hội thảo về “*Pháp luật về vận động hành lang trên thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam*” do Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội phối hợp với UNODC tổ chức vào tháng 11/2021, được coi là một trong những hội thảo có quy mô lớn đầu tiên ở Việt Nam bàn trực tiếp về chủ đề này.

QUYỀN TIẾP CẬN THÔNG TIN TRONG HOẠT ĐỘNG LẬP PHÁP

Lê Thị Hồng Hạnh

ThS. Trường Đại học Luật Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hoạt động lập pháp, quyền tiếp cận thông tin, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 29/03/2022

Biên tập : 08/04/2022

Duyệt bài : 09/04/2022

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích khái niệm quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp, phân tích quy định của pháp luật hiện hành nhằm bảo đảm quyền tiếp cận thông tin của công dân trong lĩnh vực này và đề xuất một số kiến nghị.

Article Infomation:

Keywords: Legislative activities; the right to access to information; Law on Promulgation of Legal Documents.

Article History:

Received : 29 Mar. 2022

Edited : 08 Apr. 2022

Approved : 09 Apr. 2022

Abstract:

Within the scope of this article, the author provides a analysis of the concept of the right to access information in legislative activities, analysis of the provisions of applicable law to ensure citizens' right to access information in this field, and proposes a number of recommendations for further improvements.

1. Khái quát quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp

Quyền tiếp cận thông tin là quyền con người được pháp luật nhân quyền quốc tế ghi nhận. Ở Việt Nam, quyền tiếp cận thông tin được quy định tại Điều 25 Hiến pháp năm 2013: “Công dân có quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, tự do tiếp cận thông tin, hội họp, lập hội, biểu tình. Việc thực hiện các quyền này do pháp luật quy định”. Trên cơ sở quy định của Hiến pháp, khoản 1 và 2 Điều 2 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016 quy định: “Thông tin là tin, dữ liệu được chứa đựng trong văn bản, hồ sơ, tài liệu có sẵn, tồn tại dưới dạng bản viết, bản

in, bản điện tử, tranh, ảnh, bản vẽ, băng, đĩa, bản ghi hình, ghi âm hoặc các dạng khác do cơ quan nhà nước tạo ra”; “Thông tin do cơ quan nhà nước tạo ra là tin, dữ liệu được tạo ra trong quá trình cơ quan nhà nước thực hiện chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn theo quy định của pháp luật, được người có thẩm quyền của cơ quan nhà nước đó ký, đóng dấu hoặc xác nhận bằng văn bản” và “tiếp cận thông tin là việc đọc, xem, nghe, ghi chép, sao chép, chụp thông tin”.

Quyền tiếp cận thông tin, theo nghĩa hẹp, là quyền của mỗi cá nhân đối với việc xem xét hoặc sao chụp các tài liệu được các cơ quan

nhà nước nắm giữ; theo nghĩa rộng, quyền tiếp cận thông tin bao quát cả quyền tự do thể hiện ý kiến và thông tin qua việc tự do tìm kiếm, tiếp nhận và truyền bá thông tin¹. Tinh thần của quyền tiếp cận thông tin là sự công khai hóa các hoạt động, các thông tin do các cơ quan nhà nước nắm giữ cho công chúng.

Trong khoa học pháp lý, lập pháp được hiểu là một hoạt động làm luật, sửa đổi luật của Quốc hội. Điều 69 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp...*”. Điều 70 Hiến pháp năm 2013 giải thích cụ thể về lập hiến, lập pháp là “*làm Hiến pháp và sửa đổi Hiến pháp, làm luật và sửa đổi luật*”. Xây dựng luật ở Việt Nam là một quá trình hoạt động vô cùng quan trọng, phức hợp, bao gồm rất nhiều các hoạt động kế tiếp nhau, liên hệ chặt chẽ với nhau, do nhiều tổ chức và cá nhân có vị trí, vai trò, chức năng, quyền hạn khác nhau cùng tiến hành, nhằm chuyển hóa ý chí của Nhà nước thành những quy định của pháp luật. Theo đó, bản chất của xây dựng luật là một quá trình hoạt động bao gồm các hoạt động kế tiếp nhau nhằm xây dựng các quy phạm pháp luật (QPPL) trong văn bản luật của Quốc hội. Xây dựng pháp luật nói chung và xây dựng luật nói riêng là hoạt động mang tính tổ chức rất chặt chẽ, được tiến hành bởi các chủ thể có thẩm quyền và theo trình tự, thủ tục pháp luật quy định.

Theo quy định của pháp luật hiện hành, quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp được hiểu là quyền được tiếp cận với các thông tin về chính sách trong giai đoạn đề nghị xây dựng luật, về dự thảo các quy phạm pháp luật, về văn bản luật được thông qua trong quá

trình soạn thảo một văn bản luật. Chủ thể của quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp là công dân Việt Nam; chủ thể có trách nhiệm cung cấp thông tin là các cơ quan nhà nước có liên quan đến các bước của quy trình lập pháp. Theo đó, công dân được quyền tiếp cận và phản hồi với các thông tin từ cơ quan nhà nước trong cả giai đoạn lập đề nghị xây dựng luật, giai đoạn soạn thảo dự án luật và được tiếp cận khi văn bản luật đã được Quốc hội thông qua.

2. Quy định của pháp luật về quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp

Quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp, về cơ bản, được điều chỉnh bởi Luật ban hành văn bản QPPL năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015).

Điều 5 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 xác định nguyên tắc xây dựng văn bản QPPL là phải, *bảo đảm công khai, dân chủ trong việc tiếp nhận, phản hồi ý kiến, kiến nghị của cá nhân, cơ quan, tổ chức trong quá trình xây dựng, ban hành văn bản QPPL*. Quy định này được xem là một nguyên tắc thể hiện rõ tinh thần của quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động xây dựng pháp luật nói chung, hoạt động lập pháp nói riêng.

Quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp được cụ thể hoá trong tất cả các giai đoạn từ khi lập đề nghị xây dựng luật cho đến khi dự thảo được thông qua, luật được công bố chính thức.

a) *Quyền tiếp cận thông tin trong giai đoạn đề nghị xây dựng luật*

¹ Viện Khoa học Pháp lý (2011), Đề tài khoa học cấp Bộ “*Cơ sở lý luận và thực tiễn của việc hoàn thiện pháp luật về tiếp cận thông tin phục vụ xây dựng luật tiếp cận thông tin*”, Hà Nội, 2011.

Theo quy định của Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015, trong giai đoạn đề nghị xây dựng luật, một yêu cầu bắt buộc là, chủ thể chịu trách nhiệm đề nghị xây dựng luật sẽ phải công khai thông tin để mọi người dân được biết và cho ý kiến.

Chủ thể chịu trách nhiệm cung cấp thông tin và tổ chức lấy ý kiến chính là cơ quan, tổ chức, cá nhân đề nghị xây dựng luật. Theo quy định của khoản 1 và 2 Điều 84 Hiến pháp năm 2013, Chủ tịch nước, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, Chính phủ, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Kiểm toán nhà nước, Ủy ban trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và cơ quan trung ương của tổ chức thành viên của Mặt trận, đại biểu Quốc hội có quyền trình dự án luật trước Quốc hội. Các chủ thể lập đề nghị xây dựng luật phải đăng tải báo cáo tổng kết, báo cáo đánh giá tác động của chính sách trong đề nghị xây dựng luật trên Cổng thông tin điện tử của Quốc hội đối với đề nghị xây dựng luật của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Hội đồng Dân tộc, Ủy ban của Quốc hội, đại biểu Quốc hội; Cổng thông tin điện tử của Chính phủ đối với đề nghị xây dựng luật của Chính phủ, Cổng thông tin điện tử của cơ quan, tổ chức khác có đề nghị xây dựng luật. Thời gian đăng tải ít nhất là 30 ngày.

Sau quá trình lấy ý kiến, các chủ thể đề nghị xây dựng luật phải tổng hợp, nghiên cứu, giải trình, tiếp thu các ý kiến góp ý; tiếp tục đăng tải báo cáo giải trình, tiếp thu trên Cổng thông tin điện tử đã được quy định để mọi người dân đều được biết.

Như vậy, thông qua Cổng thông tin điện tử, ngay trong giai đoạn đầu tiên của quy trình lập pháp, công dân đã được tiếp cận thông tin với toàn văn hồ sơ đề nghị xây dựng luật.

b) Quyền tiếp cận thông tin trong giai đoạn soạn thảo dự án luật

Theo quy định của Điều 57 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015, cơ quan, đơn vị chủ trì soạn thảo luật chịu trách nhiệm cung cấp thông tin và tổ chức hoạt động lấy ý kiến về dự thảo luật; đối với dự án, dự thảo do đại biểu Quốc hội soạn thảo, Văn phòng Quốc hội, Văn phòng Đoàn đại biểu Quốc hội, Viện Nghiên cứu lập pháp sẽ đảm nhiệm trách nhiệm này.

Sau khi có dự thảo luật, chủ thể xây dựng luật phải đăng tải toàn văn dự thảo văn bản và tờ trình trên cổng thông tin điện tử quy định tại điểm a khoản 1 Điều 36 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 và của cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo trong thời gian ít nhất là 60 ngày, trừ những văn bản được ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn, để các cơ quan, tổ chức, cá nhân góp ý kiến. Trong thời gian 60 ngày này, nếu cơ quan chủ trì soạn thảo chỉnh lý lại dự thảo văn bản mà khác với dự thảo đã đăng tải trước đó thì phải đăng lại dự thảo văn bản đã được chỉnh lý. Điều này đảm bảo cho mọi người dân đều có thể tiếp cận với thông tin về dự thảo luật trước khi luật được Quốc hội họp bàn thông qua.

Quy định trên đây bảo đảm cho công dân có khả năng tiếp cận những thông tin cần thiết liên quan đến dự thảo luật trong giai đoạn soạn thảo. Điều này cũng phù hợp với quy định về những thông tin phải được công khai tại Điều 17 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016.

Ngoài ra, cơ quan, tổ chức chủ trì soạn thảo có trách nhiệm tổng hợp, nghiên cứu, tiếp thu các ý kiến góp ý và đăng tải nội dung giải trình, tiếp thu trên Cổng thông tin điện tử của Chính phủ và cổng thông tin điện tử của cơ quan, tổ

chức mình để người dân biết. Như vậy, trong quá trình soạn thảo dự án luật, thông tin về toàn văn dự thảo luật, báo cáo giải trình tiếp thu ý kiến góp ý đều phải đăng tải công khai để người dân có thể tiếp cận.

c) Quyền tiếp cận thông tin trong giai đoạn xem xét, thông qua dự án luật và công bố luật

Theo quy định của Điều 73 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015, Quốc hội xem xét, thông qua dự án luật, dự thảo nghị quyết tại một hoặc hai kỳ họp Quốc hội; trường hợp dự án luật lớn, nhiều điều, khoản có tính chất phức tạp thì Quốc hội có thể xem xét, thông qua tại ba kỳ họp. Các đại biểu Quốc hội tiến hành thảo luận các dự án luật tại phiên họp toàn thể trước khi bấm nút thông qua. Việc thảo luận của các đại biểu Quốc hội tại phiên họp toàn thể của Quốc hội là công khai, được đưa tin trên truyền hình, công dân có quyền được vào dự thính tại các phiên họp công khai của Quốc hội.

Sau khi dự án luật được Quốc hội thông qua, Chủ tịch Quốc hội ký chứng thực, luật sẽ được chuyển qua để Chủ tịch nước công bố. Theo quy định hiện hành, luật, pháp lệnh được Chủ tịch nước công bố chậm nhất là 15 ngày kể từ ngày được thông qua; đối với luật, pháp lệnh được xây dựng, ban hành theo trình tự, thủ tục rút gọn thì Chủ tịch nước công bố chậm nhất là 05 ngày kể từ ngày luật, pháp lệnh được thông qua. Việc đăng công báo luật, pháp lệnh cũng là hình thức công khai thông tin để người dân có thể dễ dàng tiếp cận với những chính sách đã được cụ thể hóa bằng văn bản luật. Đây là một trong những điều kiện cần thiết để các cơ quan có thẩm quyền tổ chức thi hành, đưa những quy định của luật vào thực tiễn đời sống xã hội.

3. Nhận xét quy định của pháp luật về quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp và kiến nghị

Nhìn chung, quy định của pháp luật về quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp của nước ta có những ưu điểm sau đây:

- Chủ thể chịu trách nhiệm công khai thông tin cũng đã được xác định rõ trong từng giai đoạn, dưới các hình thức cụ thể như đăng tải trên trang thông tin điện tử của các cơ quan, trên các phương tiện thông tin đại chúng hoặc niêm yết tại trụ sở cơ quan nhà nước.

- Chủ thể tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp không xác định, không giới hạn: không có giới hạn về chủ thể có thể tiếp cận, vì các thông tin này được đăng tải rộng rãi và mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân có thể tiếp cận, khai thác, sử dụng theo nhu cầu mà không có bất kỳ sự giới hạn nào.

- Phương thức cung cấp thông tin cũng được quy định rõ về sự công khai, minh bạch, chủ yếu là thông qua hình thức đăng tải trên các trang thông tin điện tử công khai.

- Về thời hạn, thời gian đăng tải công khai thông tin cũng đã được quy định rõ với từng hoạt động cụ thể. Những quy định này, về cơ bản, đã tạo cơ sở pháp lý cho công dân được tiếp cận với những thông tin kể từ giai đoạn đề xuất xây dựng luật cho đến khi luật được thông qua và có hiệu lực. Điều này cho thấy, Nhà nước ta đã ngày càng mở rộng phạm vi thông tin, bảo đảm tốt hơn quyền tiếp cận thông tin của công dân và nâng cao trách nhiệm của các cơ quan nhà nước trong việc bảo đảm thực hiện quyền được thông tin của công dân; bảo đảm chủ trương “dân biết, dân bàn, dân làm, dân kiểm tra” đi vào cuộc sống, bảo đảm quyền giám sát của nhân dân đối với mọi hoạt động của các cơ quan nhà nước, trong đó có hoạt động lập pháp của Quốc hội.

Bên cạnh những ưu điểm nêu trên, quy định của pháp luật về quyền tiếp cận thông tin trong hoạt động lập pháp còn một số bất cập sau đây:

Một là, phương thức công khai thông tin được các cơ quan nhà nước sử dụng là phương thức chủ động công bố công khai. Điều này đã gây trở ngại cho công dân trong việc chủ động tiếp cận những thông tin lập pháp. Ví dụ, trường hợp cá nhân, tổ chức chủ động yêu cầu cơ quan soạn thảo dự án luật cung cấp những thông tin liên quan đến dự án luật có được chấp nhận hay không? Nếu được thì sẽ thực hiện theo quy trình nào? Đây cũng là tình trạng chung đối với các quy định của pháp luật về quyền tiếp cận thông tin trong các lĩnh vực khác nhau - chưa chú trọng đến quyền của công dân được chủ động yêu cầu cung cấp thông tin. Để khắc phục hạn chế này, tác giả cho rằng, cần sửa đổi Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 theo hướng bổ sung quy định về quyền của công dân yêu cầu cơ quan soạn thảo dự án luật, cơ quan có thẩm quyền liên quan cung cấp những thông tin liên quan đến dự án luật.

Hai là, việc cung cấp thông tin về một số hoạt động rất quan trọng là thẩm định, thẩm tra đối với đề nghị xây dựng luật và dự thảo luật lại chưa được đề cập đến trong các quy định hiện hành. Nội dung của báo cáo thẩm định, báo cáo thẩm tra đối với đề nghị xây dựng luật và dự thảo luật cũng cần phải được công khai để người dân có thể tiếp cận. Bởi lẽ, đây là một nội dung có ảnh hưởng lớn đến việc hoạch định chính sách trong các dự án luật. Người dân cần được biết quan điểm của các cơ quan nhà nước về các chính sách trong dự án luật. Đây cũng là một nội dung của quyền tiếp cận thông tin của công dân trong hoạt động lập pháp của Quốc hội và để bảo đảm quyền tiếp cận thông tin của

công dân, cần sửa đổi Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 theo hướng bổ sung quy định về công khai nội dung của báo cáo thẩm định, báo cáo thẩm tra đối với đề nghị xây dựng luật và dự thảo luật.

Thứ ba, theo quy định hiện hành, ở giai đoạn soạn thảo dự án luật, đơn vị chủ trì, cơ quan có thẩm quyền sẽ đăng tải toàn văn dự thảo lên trang thông tin chính thức để công dân có thể tiếp cận được thông tin. Tuy nhiên, một dự thảo toàn văn dài có tính khoa học pháp lý cao không phải là đối tượng mà mọi người dân nào có thể tiếp cận và hiểu được nội dung của thông tin này. Điều này đã ảnh hưởng đến chất lượng của những ý kiến góp ý cho dự thảo luật. Để khắc phục bất cập này, cần sửa đổi Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 theo hướng bổ sung quy định về công bố bản tóm tắt nội dung chính sách chính của dự án luật bên cạnh việc đăng tải toàn văn dự thảo luật.

Thứ tư, thực tiễn cho thấy, các cơ quan đăng tải tài liệu nói chung, thông tin về dự án luật nói riêng trên các trang thông tin công khai nhưng số lượng lượt người truy cập không nhiều. Các cơ quan có thẩm quyền cần nhìn nhận nghiêm túc thực trạng này để có giải pháp khắc phục. Để bảo đảm cho các thông tin về dự án luật mang tính phổ cập hơn đối với đông đảo người sử dụng mạng internet, cần mở rộng hình thức công khai thông tin về dự án luật bằng cách bổ sung việc công bố thông tin về dự án luật trên mạng xã hội qua các trang “fanpage” chính thức. Việc công bố thông tin về dự án luật trên mạng xã hội qua các trang “fanpage” chính thức sẽ góp phần phổ biến rộng rãi thông tin về dự án luật đến đông đảo người sử dụng internet, đồng thời vẫn đảm bảo an toàn thông tin, không bị tấn công bởi tin xấu, tin độc hại ■

CƠ QUAN TÀI PHÁN QUỐC TẾ VÀ THỰC THI PHÁN QUYẾT CỦA CƠ QUAN TÀI PHÁN QUỐC TẾ

Nguyễn Thị Thuận

PGS.TS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Cơ quan tài phán quốc tế, phán quyết của cơ quan tài phán quốc tế.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 11/01/2022
Biên tập : 22/02/2022
Duyệt bài : 24/02/2022

Article Information:

Keywords: International jurisdictions; judgment of international jurisdiction.

Article History:

Received : 11 Jan. 2022
Edited : 22 Feb. 2022
Approved : 24 Feb. 2022

Tóm tắt:

Tranh chấp và giải quyết tranh chấp quốc tế là thực tế mà các quốc gia trong quá trình hợp tác đều phải đối diện ở các mức độ và phạm vi khác nhau. Nguyên tắc và các biện pháp giải quyết tranh chấp đã được ghi nhận trong khá nhiều văn bản pháp lý quốc tế, trong đó có Hiến chương Liên hợp quốc. Giải quyết tranh chấp tại các cơ quan tài phán quốc tế là một trong những biện pháp mà các chủ thể tranh chấp trong đó có Việt Nam có thể lựa chọn. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích những vấn đề pháp lý cơ bản về cơ quan tài phán quốc tế cũng như việc thực thi phán quyết của cơ quan này.

Abstract:

Disputes and settlement of international disputes are practical matters that countries in the cooperation process have to face at different levels and scopes. Settlement principles and methods for the disputes have been recognized in several international legal documents, including the Charter of the United Nations. Settlement of disputes in international jurisdictions is one of the methods that concerned parties, including Vietnam may use as an option. Within the scope of this article, the author provides an analysis of the basic legal issues of international jurisdictions as well as the enforcement of their judgments.

1. Tổng quan về cơ quan tài phán quốc tế

Giải quyết tranh chấp (GQTC) thông qua cơ quan tài phán quốc tế (CQTPQT) là một trong những phương thức GQTC quốc tế được ghi nhận trong các điều ước quốc tế (ĐUQT) trên rất nhiều lĩnh vực, từ các vấn đề liên quan đến hòa bình, an ninh quốc tế, biên giới lãnh thổ, quan hệ ngoại giao lãnh sự cho đến đấu tranh phòng, chống tội phạm xuyên quốc gia, quyền con người... Đặc điểm cơ bản nhất của phương thức này là tranh chấp giữa các bên được CQTPQT giải quyết thông qua trình tự,

thủ tục tố tụng và kết quả GQTC có giá trị pháp lý ràng buộc với các bên.

CQTPQT là cơ quan được hình thành trên cơ sở thỏa thuận của các chủ thể luật quốc tế nhằm thực hiện chức năng GQTC quốc tế theo trình tự, thủ tục tố tụng. Các CQTPQT hiện nay bao gồm tòa án quốc tế, điển hình như Tòa án Công lý quốc tế (ICJ), Tòa án Quốc tế về luật biển (ITLOS), Tòa án Công lý Liên minh châu Âu (CJEU)... và trọng tài quốc tế như Tòa Trọng tài thường trực La Haye (PCA), Tòa Trọng tài thành lập theo Phụ lục VII Công ước

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Luật Biển năm 1982. Hiện nay, cũng có quan điểm cho rằng, CQTPQT còn bao gồm cả thiết chế trong khuôn khổ WTO hay ASEAN¹. So với cơ quan tài phán quốc gia, CQTPQT có những đặc điểm khác biệt cơ bản sau:

Thứ nhất, về sự hình thành, CQTPQT hình thành trên cơ sở thỏa thuận của các chủ thể luật quốc tế; trong đó, chủ yếu là quốc gia. Điều này có nghĩa là, CQTPQT không được hình thành, không hoạt động trên cơ sở quyền lực nhà nước và không nhân danh bất kỳ quốc gia nào. Đây thực chất chỉ là một thiết chế do các chủ thể của luật quốc tế, chủ yếu là quốc gia thỏa thuận xây dựng nên nhằm GQTC phát sinh giữa những chủ thể này trong quan hệ quốc tế. Đây chính là sự khác biệt về bản chất giữa CQTPQT và cơ quan tài phán quốc gia. Do được hình thành trên cơ sở thỏa thuận nên tất cả những vấn đề liên quan đến hoạt động của cơ quan này như thẩm quyền, cơ cấu tổ chức, trình tự, thủ tục tố tụng... sẽ do các chủ thể của luật quốc tế thỏa thuận quyết định và ghi nhận trong các ĐUQT cũng như nội quy, quy chế với ý nghĩa là cơ sở pháp lý cho sự ra đời và hoạt động của CQTPQT. Chẳng hạn, ICJ được thành lập trên cơ sở Hiến chương Liên hợp quốc (LHQ) (Chương XIV) và được tổ chức, hoạt động theo Quy chế, Nội quy của Tòa; trong đó, Hiến chương LHQ quy định rõ chức năng, vị trí và mối quan hệ của Tòa với các cơ quan khác của LHQ²; Quy chế³, Nội quy⁴

ghi nhận cụ thể về tổ chức, quyền hạn cũng như thủ tục tiến hành các quyền hạn của Tòa.

Thứ hai, về thẩm quyền, CQTPQT không có thẩm quyền đương nhiên. Đặc điểm này thực chất cũng xuất phát từ đặc điểm đầu tiên, đó là bản chất của CQTPQT không phải là cơ quan trong bộ máy nhà nước của quốc gia, nên thẩm quyền của CQTPQT không bắt nguồn từ quyền lực nhà nước cũng như không được ghi nhận trong các văn bản pháp luật của quốc gia. CQTPQT chỉ có thẩm quyền khi được các bên tranh chấp chấp nhận và cũng chỉ được giải quyết những nội dung trong phạm vi mà các bên yêu cầu. Nói cách khác, vì là một thiết chế do các chủ thể thành lập ra để giải quyết tranh chấp nên chỉ khi nào được các bên tranh chấp yêu cầu, thông qua sự chấp nhận thẩm quyền, CQTPQT mới có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp. Sự chấp nhận này có thể được thể hiện bằng nhiều cách thức, trong đó phổ biến là thông qua các tuyên bố, các thỏa thuận đặc biệt chấp nhận thẩm quyền hoặc chấp nhận theo quy định của ĐUQT.

Chẳng hạn đối với ICJ, Tòa chỉ có thẩm quyền GQTC khi được các bên tranh chấp chấp nhận thẩm quyền theo một trong ba cách thức sau: (1) Thỏa thuận đặc biệt chấp nhận thẩm quyền của Tòa theo vụ việc (khoản 1 Điều 36 Quy chế của Tòa)⁵; (2) Chấp nhận thẩm quyền của Tòa theo ĐUQT (khoản 1 Điều 36 Quy chế

¹ Xem Vũ Quốc Khánh, Luận án tiến sĩ “Tham gia vụ giải quyết tranh chấp với tư cách là bên thứ 3 tại các thiết chế tài phán quốc tế” - Đại học Quốc gia Hà Nội năm 2021.

² Xem thêm: Hiến chương LHQ từ Điều 92 đến Điều 96; <https://icj-cij.org/en/charter-of-the-united-nations#Chapter14>, truy cập ngày 15/08/2021

³ Xem thêm: Quy chế của Tòa án công lý quốc tế LHQ; <https://icj-cij.org/en/statute>, truy cập ngày 15/08/2021.

⁴ Xem thêm: Nội quy của Tòa án công lý quốc tế LHQ; <https://icj-cij.org/en/rules>, truy cập ngày 15/08/2021.

⁵ Đến nay có 16 vụ việc được giải quyết tại Tòa trên cơ sở thỏa thuận đặc biệt chấp nhận thẩm quyền của Tòa theo vụ việc như vụ kiện về ty nạn giữa Colombia/Peru; Chủ quyền đối với các vùng đất biên giới giữa Bỉ/Hà Lan; Thềm lục địa Biển Bắc giữa Đức/Đan Mạch; Phân định biển tại Vịnh Gulf giữa Canada/Hoa Kỳ; Thềm lục địa giữa Lybia/Malta; Tranh chấp đất liền, đảo và biên giới biển giữa El Salvador/Honduras; Tranh chấp lãnh thổ giữa Lybia/Chad; Dự án đập Gabcikovo-Nagymaros giữa Hungary/Slovakia; Đảo Kasikili/Sedudu giữa Botswana/Namibia; Chủ quyền đối với Pulau Ligitan và Pulau Sipadan giữa Indonesia/Malaysia... Nguồn: <https://icj-cij.org/en/basis-of-jurisdiction>, truy cập ngày 15/08/2021.

của Tòa)⁶ và (3) Tuyên bố đơn phương chấp nhận trước thẩm quyền của Tòa. Theo quy định từ khoản 2 đến khoản 5 Quy chế của Tòa, các quốc gia có thể bất kỳ lúc nào tuyên bố chấp nhận thẩm quyền của ICJ trong việc giải quyết các tranh chấp pháp lý liên quan đến giải thích ĐUQT hoặc bất kỳ vấn đề nào của luật quốc tế hoặc bất kỳ một hành vi nào cấu thành sự vi phạm pháp luật quốc tế hoặc liên quan đến vấn đề bồi thường do hành vi vi phạm pháp luật quốc tế⁷. Trong trường hợp, một trong các bên tranh chấp tuyên bố phản đối thẩm quyền của Tòa, ICJ sẽ ra phán quyết sơ bộ xác định mình có thẩm quyền giải quyết vụ tranh chấp hay không. Trong quá trình hoạt động, ICJ đã đưa ra phán quyết sơ bộ xác định thẩm quyền của mình trong một số vụ tranh chấp được đưa ra trước Tòa như vụ eo biển Corfu giữa Anh và Albani, vụ quyền của các công dân Hoa Kỳ giữa Pháp và Hoa Kỳ hay vụ ngòi đùn Preah Vihear giữa Cambodia và Thái Lan...

Tương tự ICJ, ITLOS cũng chỉ có thẩm quyền GQTC khi được các bên tranh chấp chấp nhận thẩm quyền theo một trong ba cách thức sau:

Một là, chấp nhận theo tuyên bố đơn phương. Điều 287 Công ước quốc tế về Luật Biển năm 1982 (UNCLOS) quy định, khi ký kết, phê chuẩn, tham gia Công ước hoặc ở bất kỳ thời điểm nào sau đó, một quốc gia dưới hình thức tuyên bố bằng văn bản, được quyền tự do lựa chọn một hay nhiều biện pháp sau để giải quyết các tranh chấp liên quan đến việc giải thích, áp dụng Công ước gồm: ITLOS; ICJ; một Tòa trọng tài được thành lập theo đúng Phụ lục VII của Công ước; một Tòa trọng tài đặc biệt để giải quyết các tranh chấp trong từng lĩnh vực riêng biệt như nghiên cứu khoa học biển, nghề cá, giao thông vận tải biển... được thành lập theo đúng Phụ lục VIII của Công ước⁸. Như vậy, nếu tất cả các bên tranh chấp đều lựa chọn ITLOS là cơ quan tài phán GQTC thì Tòa này sẽ có thẩm quyền giải quyết; ngược lại, trong trường hợp các bên không thống nhất được trong việc lựa chọn cơ quan tài phán thì tranh chấp sẽ được giải quyết tại Tòa trọng tài thành lập theo Phụ

⁶ Có hơn 400 điều ước quốc tế có điều khoản ghi nhận thẩm quyền của Tòa án công lý quốc tế LHQ như: Công ước Viên năm 1961 về Quan hệ ngoại giao, Công ước Viên năm 1963 về Quan hệ lãnh sự, Công ước của LHQ về Chống tham nhũng, Công ước về Chống việc bắt con tin, Công ước Chống tra tấn hoặc các hình thức đối xử tàn bạo, vô nhân đạo... Chẳng hạn, Điều 66 Công ước Viên 1969 về Luật Điều ước quốc tế quy định rằng “Tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay áp dụng Điều 53 hoặc Điều 64 của Công ước sẽ được đưa ra giải quyết tại Tòa án Quốc tế LHQ, trừ khi các bên nhất trí giải quyết bằng trọng tài”. Như vậy, theo Điều 66, ICJ sẽ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia thành viên của Công ước Viên 1969 liên quan đến việc giải thích hay áp dụng Công ước khi các bên đưa vụ tranh chấp ra giải quyết trước ICJ, trừ khi các bên nhất trí giải quyết bằng trọng tài hoặc quốc gia thực hiện bảo lưu điều khoản này. Các điều ước quốc tế cụ thể ghi nhận thẩm quyền giải quyết tranh chấp của Tòa án Công lý quốc tế LHQ xem tại <https://icj-cij.org/en/treaties>, truy cập ngày 19/08/2021.

⁷ Danh sách 74 quốc gia đã đưa ra tuyên bố đơn phương chấp nhận thẩm quyền của ICJ và nội dung của các tuyên bố này xem tại <https://icj-cij.org/en/declarations>, truy cập ngày 19/08/2021.

⁸ Đến thời điểm này đã có 53 quốc gia đưa ra tuyên bố chấp nhận thẩm quyền của Tòa án quốc tế về Luật Biển. Chẳng hạn, tuyên bố của Angola ghi nhận rằng “*Chính phủ Angola tuyên bố, theo Khoản 1 Điều 287 Công ước Luật Biển năm 1982, Angola lựa chọn Tòa án quốc tế về luật biển để giải quyết các tranh chấp liên quan đến việc giải thích, áp dụng các quy định của Công ước này*” hoặc Tuyên bố của Australia khi gia nhập Công ước Luật Biển năm 1982 đã lựa chọn cơ quan tài phán để giải quyết các tranh chấp phát sinh trong việc giải thích, áp dụng Công ước theo thứ tự (1) Tòa án quốc tế về Luật Biển, (2) Tòa án công lý quốc tế LHQ. Danh sách các quốc gia đã đưa ra tuyên bố chấp nhận thẩm quyền của Tòa án quốc tế về Luật Biển theo Điều 287 và nội dung cụ thể của các tuyên bố xem thêm tại <https://www.itlos.org/en/main/jurisdiction/declarations-of-states-parties/declarations-made-by-states-parties-under-article-287/>, truy cập ngày 20/08/2021.

lục VII, trừ khi các bên có thỏa thuận khác (Khoản 5 Điều 287)⁹;

Hai là, chấp nhận theo ĐUQT¹⁰;

Ba là chấp nhận theo từng vụ việc. Theo quy định của Điều 21 Quy chế ITLOS¹¹, Tòa có thẩm quyền đối với các tranh chấp, yêu cầu được đưa ra trước Tòa theo đúng các quy định của Công ước và đối với tất cả các trường hợp được quy định trong bất kỳ thỏa thuận nào khác trao thẩm quyền cho Tòa. Trong trường hợp thẩm quyền của Tòa chưa được xác lập bằng tuyên bố đơn phương của các bên hoặc theo những điều khoản trong các ĐUQT thừa nhận trước thẩm quyền của Tòa, các bên tranh chấp có thể thiết lập một thỏa thuận đồng ý đưa vụ việc ra trước Tòa. Thỏa thuận phải ghi rõ các bên liên quan, vấn đề tranh chấp, các lập

l luận viện dẫn, yêu cầu đối với Tòa án, chỉ định thẩm phán ad hoc (nếu có). Trong thỏa thuận, các bên cũng có thể đề nghị áp dụng thủ tục rút gọn phù hợp với Điều 28 Nội quy của Tòa.

Đối với trọng tài quốc tế, thẩm quyền của các tòa trọng tài được xác định trên cơ sở các điều khoản trọng tài ghi nhận trong ĐUQT hoặc các thỏa thuận trọng tài ký kết giữa các bên. Chẳng hạn, thẩm quyền của PCA được xác định trên cơ sở sự nhất trí của các bên đối với thẩm quyền của Tòa và sự nhất trí này được ghi nhận trong các ĐUQT đa phương, song phương¹², như Công ước về bảo tồn một số loài động vật hoang dã di trú năm 1979 (Điều 13)¹³, Công ước về bảo tồn các loài sinh vật biển tại Nam Cực năm 1980 (Điểm b Điều 1), Hiệp ước về biên giới và tỉnh hữu nghị quốc

⁹ Trong vụ Philippines kiện Trung Quốc, vì cả hai nước đều là thành viên của Công ước Luật Biển năm 1982 nên những điều khoản của Công ước sẽ được áp dụng để xác định Tòa trọng tài theo Phụ lục VII có thẩm quyền giải quyết vụ kiện này hay không. Trong Tuyên bố lập trường ban hành tháng 12 năm 2014 cũng như các tuyên bố chính thức khác, Trung Quốc đều tuyên bố không chấp nhận cũng như không tham gia vào tiến trình trọng tài do Philippines khởi xướng. Do hai bên không thống nhất được với nhau trong việc lựa chọn thủ tục giải quyết tranh chấp nên trong phán quyết sơ bộ của Tòa trọng tài theo Phụ lục VII ngày 29/10/2015, Tòa đã căn cứ vào khoản 5 Điều 287 như một trong những cơ sở pháp lý để tuyên bố Tòa có thẩm quyền giải quyết vụ kiện. Như vậy, trong vụ kiện này, thẩm quyền của Tòa trọng tài theo Phụ lục VII được xác định trên cơ sở điều ước quốc tế mà các bên tranh chấp đều là thành viên. Điều này vẫn không trái với đặc điểm về thẩm quyền không đương nhiên của CQTPQT.

¹⁰ Hiện nay, có 15 điều ước quốc tế đa phương và 5 điều ước song phương có điều khoản ghi nhận thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh trong việc giải thích, áp dụng các điều ước đó tại Tòa án quốc tế về Luật Biển như Nghị định thư năm 1969 đối với Công ước năm 1972 về ngăn chặn ô nhiễm biển do việc đổ các chất thải và một số lý do khác (Điều 16); Hiệp ước về giải thích các điều khoản của Công ước 1982 liên quan đến bảo tồn và quản lý lượng cá lưỡng cư và di cư năm 1995; Thỏa thuận năm 1993 về tăng cường các biện pháp quốc tế đối với các tàu đánh cá ở biển cả nhằm gìn giữ và quản lý nguồn cá; Thỏa thuận về gìn giữ nguồn cá ở vùng biển Đông Nam Thái Bình Dương năm 2000; Công ước năm 2001 về bảo vệ di sản văn hoá trong lòng biển; Công ước năm 2000 về gìn giữ và quản lý trữ lượng cá di cư ở Tây và Trung Thái Bình Dương; Công ước năm 2001 về gìn giữ và quản lý nguồn cá ở Đông Nam Đại Tây Dương; Công ước về hợp tác đa phương trong tương lai về nghề cá tại Đông Bắc Đại Tây Dương; Thỏa thuận về nghề cá ở Nam Ấn Độ Dương và Công ước quốc tế Nairobi về di dời rác thải...

Chẳng hạn, Điều 33 Công ước về các điều kiện tối thiểu để tiếp cận và khai thác những tài nguyên biển trong các khu vực biển thuộc thẩm quyền tài phán của các quốc gia thành viên Ủy ban nghề cá tiểu khu vực năm 2012 quy định rằng, bất kỳ tranh chấp nào phát sinh giữa các quốc gia thành viên trong việc giải thích, áp dụng Công ước này, nếu không giải quyết được bằng các biện pháp trung gian, hòa giải sẽ được giải quyết tại Tòa án quốc tế về Luật Biển.

Danh sách các điều ước quốc tế ghi nhận thẩm quyền giải quyết tranh chấp của ITLOS và nội dung cụ thể của những điều khoản này xem thêm tại <https://www.itlos.org/en/main/jurisdiction/international-agreements-conferring-jurisdiction-on-the-tribunal/>, truy cập ngày 20/08/2021.

¹¹ Xem: Quy chế của Tòa án quốc tế về Luật Biển; https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/statute_en.pdf, truy cập ngày 20/08/2021.

¹² Các điều ước ghi nhận thẩm quyền của PCA xem tại: <https://pca-cpa.org/en/documents/instruments-referring-to-the-pca/>, truy cập ngày 21/08/2021.

¹³ Điều 13 Công ước về bảo tồn một số loài động vật hoang dã di trú quy định rằng: “Trong trường hợp tranh chấp giữa các thành viên của Công ước không giải quyết được trên cơ sở thương lượng, các bên, trên cơ sở nhất trí, có thể giải quyết tranh chấp tại PCA”; <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Convention-on-the-Conservation-of-Migratory-Species-of-Wild-Animals.pdf>, truy cập ngày 19/08/2021.

gia giữa Iran và Iraq (Điều 6)¹⁴, cũng như các thỏa thuận trọng tài như Thỏa thuận giữa Hoa Kỳ và Hà Lan liên quan đến chủ quyền đối với đảo Palmas (Điều I – III)¹⁵, Thỏa thuận trọng tài giữa Chính phủ Sudan và Phong trào giải phóng nhân dân về phân định Abyei¹⁶.

Thứ ba, về giá trị pháp lý của phán quyết và luật áp dụng để GQTC tại CQTPQT: Phán quyết của các CQTPQT có giá trị chung thẩm và bắt buộc với các bên tranh chấp. Điều này có nghĩa là, phán quyết của các CQTPQT là kết quả GQTC cuối cùng và các bên không thể kháng cáo lên bất kỳ một cơ quan nào khác. Đồng thời, các bên tranh chấp có nghĩa vụ pháp lý phải thi hành đầy đủ phán quyết đã được đưa ra. Bên cạnh đó, để bảo đảm phù hợp với nguyên tắc bình đẳng về chủ quyền giữa các quốc gia, cũng như đảm bảo sự công bằng cho các bên, CQTPQT sẽ áp dụng luật quốc tế, bao gồm cả luật hình thức và luật nội dung để GQTC. Trong đó, luật hình thức là các quy tắc, thủ tục tố tụng được ghi nhận trong các ĐUQT

và nội quy, quy chế của CQTPQT¹⁷; luật nội dung là các quy định của luật quốc tế làm cơ sở pháp lý giải quyết những vấn đề trong vụ tranh chấp¹⁸. Tuy nhiên, trong trường hợp các bên tranh chấp GQTC theo phương thức trọng tài, tòa trọng tài có thể áp dụng luật quốc gia để giải quyết nếu các bên chấp nhận áp dụng luật quốc gia¹⁹.

Thứ tư, về địa vị pháp lý, từ thực tiễn hình thành, tồn tại và phát triển của các thiết chế tài phán quốc tế, có thể thấy, mặc dù các CQTPQT hiện nay có cùng chức năng GQTC quốc tế, nhưng địa vị pháp lý không giống nhau, cụ thể:

- Cơ quan tài phán tồn tại hoàn toàn độc lập: thuộc nhóm này là các thiết chế tài phán như Tòa PCA; Tòa án Luật Biển; Trọng tài Luật Biển.... Cơ sở pháp lý cho sự ra đời và hoạt động của những thiết chế này là các ĐUQT được các quốc gia thỏa thuận ký kết. Các ĐUQT này xác định rõ chức năng, thẩm quyền, cơ cấu tổ chức, nguyên tắc hoạt động... của những cơ quan nêu trên.

¹⁴ Xem: <https://docs.pca-cpa.org/2016/11/Treaty-concerning-the-State-frontier-and-neighbourly-relationships-between-Iran-and-Iraq-Article-6-and-Addendum.pdf>, truy cập ngày 19/08/2021.

¹⁵ Xem: <https://docs.pca-cpa.org/2016/11/USA-Netherlands-Agreement-regarding-the-Sovereignty-over-the-Island-of-Palmas-or-Miangas.pdf>, truy cập ngày 20/08/2021.

¹⁶ Xem: https://docs.pca-cpa.org/2016/02/Arbitration-Agreement-between-The-Government-of-Sudan-and-The-Sudan-People%E2%80%99s-Liberation-Movement_Army-on-Delimiting-Abyei-Area-July-7-2008.pdf, truy cập ngày 21/08/2021.

¹⁷ Thủ tục giải quyết tranh chấp tại Tòa án Công lý quốc tế LHQ được quy định trong Quy chế (Chương 3, từ Điều 39 – 64) và Nội quy của Tòa (Phần III) hay thủ tục giải quyết tranh chấp tại PCA sẽ tuân theo các quy định được ghi nhận trong Nội quy trọng tài thường trực Lahaye (PCA) 2012 (Xem Nội quy của PCA 2012 tại địa chỉ: <https://docs.pca-cpa.org/2015/11/PCA-Arbitration-Rules-2012.pdf>, truy cập ngày 19/08/2021).

¹⁸ Khoản 1 Điều 38 Quy chế Tòa án Công lý quốc tế LHQ quy định rằng: “*Tòa án Công lý quốc tế LHQ có thẩm quyền giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia trên cơ sở luật quốc tế sẽ áp dụng: Các điều ước quốc tế, chung hoặc riêng, đã quy định về những nguyên tắc được các bên đang tranh chấp thừa nhận; Các tập quán quốc tế như những chứng cứ thực tiễn chung, được thừa nhận như những quy phạm pháp luật; Nguyên tắc chung của luật; các án lệ và các học thuyết của các chuyên gia có chuyên môn cao nhất về luật quốc tế của các quốc gia khác nhau được coi là phương tiện để xác định các qui phạm pháp luật*”.

¹⁹ Trong vụ Trail Smelter giữa Canada và Hoa Kỳ năm 1939 – 1941 về việc xác định khói thải từ lò luyện kim Trail ở Canada nằm cách biên giới Hoa Kỳ 7 dặm, có gây thiệt hại cho tiểu bang Washington hay không và nếu có, lò luyện kim phải bồi thường bằng những hình thức nào cũng như phải có những biện pháp nào nhằm ngăn ngừa những tác hại trong tương lai. Trọng tài đã cho rằng, trong trường hợp này, luật Hoa Kỳ áp dụng phù hợp hơn luật quốc tế nên đã áp dụng các quy định của luật Hoa Kỳ để giải quyết vụ việc này.

- Cơ quan tài phán tồn tại với tư cách là một trong những cơ quan của tổ chức quốc tế liên chính phủ: thuộc nhóm này chính là ICJ, CJEU... Mặc dù là thiết chế tài phán, nhưng xét về bản chất, những cơ quan này cũng chỉ là cơ quan thuộc cơ cấu tổ chức của một tổ chức quốc tế liên chính phủ. Chức năng, thẩm quyền, cơ cấu tổ chức... cũng như quan hệ giữa cơ quan tài phán với các cơ quan khác thuộc tổ chức quốc tế đó cũng được xác định rõ trong các ĐUQT có liên quan²⁰.

2. Thực thi phán quyết của cơ quan tài phán quốc tế

So với các biện pháp GQTC khác như đàm phán trực tiếp, trung gian, hòa giải... GQTC tại CQTPQT có những ưu điểm không thể phủ nhận như trình độ chuyên môn, tư cách đạo đức của thẩm phán, trọng tài viên; trình tự thủ tục tổ tụng rõ ràng... Các yếu tố này đảm bảo cho tính khách quan, công bằng của kết quả GQTC. Phán quyết của CQTPQT được thi hành trên cơ sở phù hợp với các nguyên tắc của luật quốc tế mà không có cơ chế đảm bảo thi hành như phán quyết của cơ quan tài phán quốc gia.

Xuất phát từ bản chất của CQTPQT không phải là cơ quan nhà nước của một quốc gia cụ thể; vì vậy, phán quyết của CQTPQT không nhân danh nhà nước và không thể được đảm bảo bằng quyền lực của bất kỳ quốc gia nào. Mặc khác, do các chủ thể của luật quốc tế bình đẳng với nhau nên không thể tồn tại một bộ máy cưỡng chế đảm bảo thi hành. Điều này có nghĩa là các chủ thể, về nguyên tắc, phải tự nguyện, thiện chí thực hiện đầy đủ phán quyết do CQTPQT đưa ra. Ngược lại, nếu các bên không thi hành, điều này sẽ cấu thành hành vi vi phạm pháp luật quốc tế và chủ thể đó sẽ phải gánh chịu trách nhiệm pháp lý quốc tế do sự vi

phạm của mình. Nói cách khác, nếu không thi hành phán quyết, quốc gia sẽ phải gánh chịu những hệ quả pháp lý bất lợi từ phía chủ thể có liên quan. Đây thực chất chính là cơ chế cưỡng chế trong luật quốc tế khi một chủ thể có hành vi vi phạm. Khác với luật quốc gia, trong luật quốc tế, cơ chế cưỡng chế mang tính chất “tự thân”, tức là khi một chủ thể bị chủ thể khác có hành vi vi phạm pháp luật quốc tế, xâm hại các quyền và lợi ích của mình, bản thân chủ thể đó có quyền tiến hành những biện pháp trong khuôn khổ luật quốc tế để đáp trả hành vi vi phạm. Thực tiễn cho thấy trường hợp thẩm quyền và phán quyết của CQTPQT đã không được thừa nhận và thực thi. Đặc biệt, khi bên thua kiện là quốc gia có vị thế và tầm ảnh hưởng lớn trong quan hệ quốc tế. Ví dụ, Trung quốc trong vụ kiện của Philippines tại Tòa trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII UNCLOS, Hoa Kỳ trong vụ kiện của Nicaragua tại ICJ, Liên bang Nga trong vụ việc Ukraine cáo buộc Nga ủng hộ phe ly khai ở Crimea và miền đông Ukraine chống lại nước này... chính là những minh chứng điển hình.

Để đảm bảo thi hành phán quyết của CQTPQT, một số ĐUQT quy định cơ chế riêng nhằm tăng cường hiệu quả trong việc thực thi phán quyết của CQTPQT. Ví dụ, Điều 94 Hiến chương LHQ quy định: “*Mỗi thành viên LHQ cam kết tuân theo phán quyết của Tòa án quốc tế trong mọi vụ tranh chấp mà thành viên ấy là đương sự. Nếu một bên đương sự trong vụ tranh chấp không thi hành những nghĩa vụ mà họ phải chấp hành theo phán quyết của Tòa án thì bên kia có quyền khiếu nại với Hội đồng bảo an. Hội đồng bảo an nếu thấy cần thiết có thể kiến nghị hoặc quyết định những biện pháp để làm cho phán quyết này được chấp hành*”. Hoặc theo quy định của Điều 260 Hiệp ước

²⁰ Xem Quy chế Tòa án Công lý quốc tế.

về chức năng của Liên minh châu Âu (TFEU) năm 2009, khi một quốc gia thành viên Liên minh châu Âu bị Ủy ban châu Âu hoặc một quốc gia thành viên khác kiện ra trước CJEU vì cho rằng có hành vi vi phạm pháp luật Liên minh, nếu Tòa khẳng định có hành vi vi phạm thì quốc gia thành viên liên quan sẽ phải thực hiện ngay các biện pháp phù hợp với phán quyết của Tòa. Trong trường hợp Tòa nhận thấy quốc gia không tuân thủ phán quyết của mình, Tòa có thể áp đặt một biện pháp xử phạt tài chính trọn gói hoặc định kỳ đối với quốc gia đó (Khoản 2 Điều 260 TFEU). Việc này đã xảy ra vài lần, chẳng hạn như khi thủ tục này được áp dụng lần đầu tiên, vào tháng 7/2000, trong vụ C-387/97 Commission v. Hellenic Republic, Tòa án đã áp đặt một mức phạt là 20.000 Euro/ngày đối với Hy Lạp trong thời gian nước này không thực hiện phán quyết của Tòa²¹. Tuy nhiên, điều này không có nghĩa là Hội đồng bảo an hay bản thân CJEU là cơ quan thi hành phán quyết. Cơ sở để Hội đồng bảo an hay CJEU áp dụng các biện pháp đảm bảo thi hành phán quyết với quốc gia là Hiến chương LHQ, Hiệp ước về chức năng của Liên minh châu Âu – Những ĐUQT làm cơ sở pháp lý cho sự ra đời và/hoặc hoạt động của những tổ chức quốc tế mà các cơ quan tài phán này là một trong các thiết chế của tổ chức quốc tế đó. Nói cách khác, quyền áp dụng biện pháp cưỡng chế của cơ quan tài phán trong trường hợp trên thực chất xuất phát từ sự thỏa thuận của các quốc gia thành viên nhằm đảm bảo cho luật quốc tế được tuân thủ.

Cho đến nay, mặc dù vẫn có *quan điểm đánh giá* luật quốc tế trong lĩnh vực GQTC và thực

thi phán quyết là khá “lông lẻo” do thiếu vắng các biện pháp đảm bảo thi hành phán quyết hoặc bản thân các biện pháp đó cũng không hiệu quả trong nhiều trường hợp. Tuy nhiên, thực tiễn cũng có nhiều minh chứng cho thấy sự tùy thuộc lẫn nhau trong quan hệ quốc tế ngày càng gia tăng thì một vấn đề mà các quốc gia không thể bỏ qua – đó là những phản ứng, áp lực... của cộng đồng quốc tế trong các lĩnh vực chính trị, kinh tế... cũng góp phần không nhỏ trong việc thúc đẩy các quốc gia thực thi, tuân thủ pháp luật quốc tế và kết quả GQTC của CQTPQT.

Trong quan hệ quốc tế, tranh chấp là điều khó tránh khỏi. Giải quyết nhanh chóng, hiệu quả tranh chấp góp phần quan trọng trong việc duy trì hòa bình ổn định, thúc đẩy hợp tác phát triển. Trong quá trình hoạt động, thông qua việc giải quyết hiệu quả các tranh chấp quốc tế, các cơ quan tài phán mà điển hình là ICJ đã có những đóng góp không thể phủ nhận cho sự phát triển của pháp luật quốc tế²². Có thể thấy, với sự vô tư khách quan, tinh chuyên nghiệp của đội ngũ thẩm phán, trọng tài viên... thủ tục, trình tự tố tụng rõ ràng..., GQTC thông qua các CQTPQT đã, đang và sẽ là lựa chọn của nhiều quốc gia. Việt Nam là bên có liên quan trong một số tranh chấp rất phức tạp liên quan đến chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán ở Biển Đông. Vì vậy, bên cạnh việc ưu tiên sử dụng đàm phán trực tiếp, Việt Nam cần tính đến biện pháp tài phán để sẵn sàng cho việc GQTC tại các thiết chế tài phán dù với tư cách nguyên đơn hay bị đơn ■

²¹ Xem: <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=68/88&td=ALL>, truy cập ngày 01/09/2021.

²² Tòa án công lý quốc tế - Nguyễn Hồng Thao – trang 175, Nxb. CTQG, HN 2000.

CƠ SỞ LÝ LUẬN VÀ THỰC TIỄN CỦA VIỆC TÁCH LUẬT GIAO THÔNG ĐƯỜNG BỘ NĂM 2008 THÀNH LUẬT TRẬT TỰ, AN TOÀN GIAO THÔNG ĐƯỜNG BỘ VÀ LUẬT ĐƯỜNG BỘ

Ngô Huy Cường

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Luật Giao thông đường bộ; Luật Trật tự, an toàn giao thông đường bộ; Luật Đường bộ.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 16/02/2022
Biên tập : 05/03/2022
Duyệt bài : 07/03/2022

Article Infomation:

Keywords: Law on Road Traffic; Law on Road Traffic Order and Safety; Law on Road.

Article History:

Received : 16 Feb. 2022
Edited : 05 Mar. 2022
Approved : 07 Mar. 2022

1. Những hạn chế, bất cập về mặt lý luận trong việc xây dựng các đạo luật về giao thông, vận tải nói chung và Luật Giao thông đường bộ năm 2008 nói riêng

Là một văn bản luật chuyên biệt và phức hợp, Luật Giao thông đường bộ (GTĐB) năm 2008 không chỉ bao trùm các quy tắc về trật tự, an toàn giao thông, mà còn bao trùm cả các quy tắc về cơ sở hạ tầng giao thông, phương tiện tham gia giao thông, vận tải, và quản lý nhà nước về trật tự, an toàn giao thông. Sự bao trùm này rộng khắp một lĩnh vực, nhưng không đủ cụ thể và chi tiết về những vấn đề pháp lý

Tóm tắt:

Từ việc phân tích những hạn chế, bất cập trong các văn bản luật về giao thông vận tải nói chung, Luật Giao thông đường bộ năm 2008 nói riêng, tác giả chỉ ra nguyên nhân của những hạn chế, bất cập đó và đề xuất giải pháp khắc phục.

Abstract:

From the analysis of shortcomings and inadequacies in legal regulations on traffice and transportation in general, and the Law on Road Traffic of 2008 in particular, the author points out the causes of those shortcomings and inadequacies and also provides a number of recommendations for further improvements.

đặt ra, cũng như không đầy đủ những gì cần có để bảo đảm phát triển giao thông đường bộ an toàn, hiệu quả và điều hòa đã làm giảm hiệu lực và hiệu quả của việc thi hành Luật.

Việc xây dựng những đạo luật chuyên biệt và phức hợp (bao gồm các quy định của cả luật công lẫn luật tư) trong các lĩnh vực giao thông vận tải ở nước ta làm xuất hiện nhiều vấn đề cần phải tranh luận liên quan tới các văn bản quy phạm pháp luật đã và sẽ được ban hành.

Về mặt lý luận, pháp luật ở những nước có truyền thống pháp điển hóa, các văn bản quy

phạm pháp luật phản ánh cấu trúc bên trong hay cấu trúc pháp lý của hệ thống pháp luật. Thực tiễn, ở những nước theo truyền thống pháp luật châu Âu lục địa (Civil Law) thường xây dựng những bộ luật lớn mà mỗi bộ luật trong đó bao gồm các nguyên tắc và quy tắc bao trùm hầu khắp một ngành luật, điển hình là ở Pháp và Đức. Trên căn bản đó, hệ thống tư pháp được hình thành. “Pháp luật xã hội chủ nghĩa” được xây dựng xung quanh hạt nhân là truyền thống Sovietique Law, mà truyền thống này được xem là có nguồn gốc từ Hộ pháp luật La Mã- Đức¹.

Điều đáng quan tâm nhất liên quan tới cách thức xây dựng pháp luật theo mô hình của các nước thuộc Hộ pháp luật La Mã- Đức là sự phân biệt giữa luật công và luật tư. John Allison cho rằng, sự phân biệt giữa luật công và luật tư là sự phân biệt tối cao trong các hệ thống pháp luật của châu Âu lục địa, hơn nữa dẫn tới ranh giới giữa luật công và luật tư². Chẳng hạn, ở Pháp, theo truyền thống, luật công và luật tư là hai thế giới riêng biệt, không thể chung sống hoàn toàn trong bình ổn³. Luật công được chia nhỏ hơn bao gồm ngành luật hiến pháp và ngành luật hành chính. Luật tư bao gồm ngành luật dân sự, ngành luật thương mại và ngành luật lao động. Luật hình sự gánh chức năng bảo vệ các quan hệ pháp luật trọng yếu của các ngành luật khác - một khu vực đan xen giữa luật công

và luật tư (chẳng hạn để bảo vệ chế độ hôn nhân một vợ, một chồng, luật hình sự tội phạm hóa hành vi ngoại tình). Nhiều học giả của truyền thống Civil Law cho rằng luật hình sự là cái bóng của luật tư⁴. Với cách nhìn không khác nhiều, luật lao động, bởi bị sự can thiệp sâu của công quyền và có ý nghĩa lớn liên quan tới các lợi ích chung của cộng đồng, nên cũng được xem là một khu vực đan xen giữa luật tư và luật công. Vì vậy, ở Pháp và nhiều nước theo truyền thống Civil Law, khi pháp điển hóa luật lệ trong các lĩnh vực giao thông, vận tải (trừ hàng không dân dụng) đều tách bạch khá rõ ràng các quy định về luật công và luật tư, ví dụ, các nguyên tắc, quy tắc về hình sự và hành chính trong lĩnh vực hàng hải được quy định riêng trong một bộ luật; trong khi đó, các quy tắc liên quan tới luật tư trong lĩnh vực hàng hải được tập hợp trong luật thương mại.

Ở nước ta, mặc dù cấu trúc bên trong của hệ thống pháp luật có sự thay đổi rõ ràng do chúng ta chuyển đổi từ nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung sang nền kinh tế thị trường theo định hướng xã hội chủ nghĩa, nhưng mô hình hệ thống nguồn văn bản quy phạm pháp luật chưa được chuyển đổi một cách tương thích. Nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung được xây dựng trên nền tảng công hữu hóa toàn bộ tư liệu sản xuất và kế hoạch hóa toàn bộ nền kinh tế quốc dân. Vì thế trước đây, chúng ta, giống

¹ René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today- An Introduction to the Comparative Study of Law*, Second Edition, Free Press, New York. London. Toronto. Sydney. Tokyo. Singapore, 1978, p. 143.

² Gerdy Jurgens, Andfrank Vanommeren, “ The Public- Private Divide in English and Dutch Law: A Multifunctional and Context-Dependant Divide” (pp. 172 – 199), *Cambridge Law Journal*, 71(1), March 2012, pp. 172–199 doi:10.1017/S0008197312000244. 174.

³ Lukas van den Berge, “Rethinking the Public-Private Law Divide in the Age of Governmentality and Network Governance - A Comparative Analysis of French, English and Dutch Law” (pp. 119 – 143), *European Journal of Comparative Law and Governance* 5 (2018) 119-143, p.124.

⁴ René David and John E.C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today- An Introduction to the Comparative Study of Law*, Second Edition, Free Press, New York. London. Toronto. Sydney. Tokyo. Singapore, 1978, p.75.

với các nước xã hội chủ nghĩa cũ khác, thay vì xây dựng các văn bản luật về thương mại (điều tiết mối quan hệ giữa các thương nhân với nhau hay các hành vi thương mại) để thay bằng ngành luật kinh tế mà tại đó không có sự phân biệt giữa luật công và luật tư (điều tiết: thứ nhất, mối quan hệ giữa Nhà nước với các đơn vị cơ sở của chủ nghĩa xã hội; và thứ hai, mối quan hệ giữa các đơn vị cơ sở của chủ nghĩa xã hội đối với nhau trên căn bản mối quan hệ thứ nhất với hai phương pháp điều chỉnh đan xen là mệnh lệnh-phục tùng và thỏa thuận ngang bằng). Trong khi đó, tham dự vào các mối quan hệ quốc tế, chúng ta vẫn phải thừa nhận sự phân biệt giữa công pháp quốc tế và tư pháp quốc tế. Cho tới thời kỳ đổi mới, xây dựng nền kinh tế thị trường, với chính sách đa dạng hóa các hình thức sở hữu tư liệu sản xuất, tầng lớp thương nhân được tái sinh. Khi đó, nhu cầu về một ngành luật thương mại lại nổi lên. Biểu hiện cụ thể ban đầu về việc nhu cầu này được đáp ứng là vào năm 1990, chúng ta đã xây dựng Luật Công ty và Luật Doanh nghiệp tư nhân (năm 1990), và sau đó là Luật Thương mại (năm 1997).

Trong khi đó, các văn bản luật điều chỉnh lĩnh vực giao thông, vận tải vẫn được giữ nguyên. Mô hình xây dựng các đạo luật chuyên biệt và phức hợp như Bộ luật Hàng hải 1990 ở nước ta vẫn bị duy trì trong các lĩnh vực giao thông, vận tải như thể chúng ta vẫn đang duy trì chế độ bộ chủ quản trong quản lý kinh tế dưới thời kỳ bao cấp. Điển hình của tư duy xây dựng luật theo cơ chế kinh tế cũ thể hiện rất rõ nét qua việc xây dựng Bộ luật Hàng hải năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2018 (Bộ luật Hàng hải năm 2015). Trung Quốc cũng sử dụng cách pháp điển hóa này, nhưng có sự khác nhau khá cơ bản về phạm vi điều chỉnh giữa hai bộ luật này. Phạm vi điều chỉnh của Bộ luật

Hàng hải năm 1993 của Trung Quốc hầu hết là các quan hệ của luật tư (mối quan hệ giữa các bên bình đẳng với nhau) liên quan tới tài sản và thương mại. Điều 1 Bộ luật này quy định: “Bộ luật này được thông qua nhằm mục đích điều chỉnh các quan hệ phát sinh từ việc vận chuyển hàng hải và các quan hệ liên quan tới tàu, để bảo đảm và bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các bên liên quan, và thúc đẩy sự phát triển của vận chuyển hàng hải, nền kinh tế và thương mại”.

Trong khi đó, Bộ luật Hàng hải năm 2015 của Việt Nam quy định rất rộng, bao trùm cả lĩnh vực quản lý nhà nước và các lĩnh vực phi thương mại. Điều 1 Bộ luật Hàng hải năm 2015 quy định: “Bộ luật này quy định về hoạt động hàng hải, bao gồm các quy định về tàu biển, thuyền viên, cảng biển, luồng hàng hải, cảng cạn, vận tải biển, an toàn hàng hải, an ninh hàng hải, bảo vệ môi trường, quản lý nhà nước về hàng hải và các hoạt động khác liên quan đến việc sử dụng tàu biển vào mục đích kinh tế, văn hóa, xã hội, thể thao, công vụ và nghiên cứu khoa học.

Đối với tàu quân sự, tàu công vụ, tàu cá, phương tiện thủy nội địa, tàu ngầm, tàu lặn, thủy phi cơ, kho chứa nổi, giàn di động, ụ nổi, cảng quân sự, cảng cá và cảng, bến thủy nội địa chỉ áp dụng trong trường hợp có quy định cụ thể của Bộ luật này”.

Ở Liên bang Nga, lĩnh vực hàng hải được điều chỉnh bởi 02 văn bản luật là: Luật về Thềm lục địa của Liên bang Nga (Federal Law on Continental Shelf of the Russian Federation) và Bộ luật về Vận chuyển hàng hải thương mại (Merchant Shipping Code of The Russia Federation 1999)⁵. Khoản 2 Điều 1 Bộ luật Vận chuyển hàng hải thương mại quy định: “Các quan hệ tài sản phát sinh từ vận chuyển

⁵ *Maritime Law in Russia*, <https://www.lawyersrussia.com/maritime-law-in-russia>, 03/02/2022

hàng hải thương mại và trên cơ sở bình đẳng, tự do ý chí và độc lập về tài sản của những người tham gia được điều chỉnh bởi Bộ luật này phù hợp với Bộ luật Dân sự Liên bang Nga. Các quan hệ tài sản không được điều chỉnh hoặc điều chỉnh không đầy đủ bởi Bộ luật này được điều chỉnh bởi các quy tắc của pháp luật dân sự Liên bang Nga”. Như vậy, Liên bang Nga phân biệt rạch ròi giữa luật tư và luật công trong điều chỉnh các quan hệ hàng hải.

Có lẽ cũng theo khuynh hướng chung này, với sự ra đời mới đây của Bộ luật Dân sự năm 2020, cùng với chính sách bành trướng ra Biển Đông, Trung Quốc sẽ có sự thay đổi, ít nhất, quan niệm về phạm vi của Bộ luật Hàng hải trong mối quan hệ với Bộ luật Dân sự, và trong sự cân đối giữa quốc tế và nội địa.

Trước kia, ở các nước xã hội chủ nghĩa, với nền kinh tế kế hoạch hóa tập trung, với chính sách Nhà nước độc quyền về ngoại thương, độc quyền về ngoại hối và độc quyền về hàng hải... Để giao thương quốc tế, giải pháp pháp điển hóa các nguyên tắc và quy tắc chuyên biệt của luật hàng hải trong một bộ luật có tính phức hợp khác với truyền thống pháp điển hóa theo Civil Law đã được lựa chọn. Trong giai đoạn hiện nay, những điều kiện, hoàn cảnh như vậy không còn nữa, trong khi chúng ta đã làm tái sinh ngành luật thương mại, thay đổi cấu trúc bên trong hệ thống pháp luật. Vì vậy việc xây dựng những văn bản luật chuyên biệt và phức hợp như vậy không còn phù hợp, đôi khi còn gây cản trở cho sự phát triển.

Theo mô hình của Bộ luật Hàng hải năm 1990, Luật GTĐB năm 2008 quy định lẫn cả luật công và luật tư, bao gồm ba nội dung lớn: thứ nhất, bảo đảm an toàn giao thông đường bộ; thứ hai, đầu tư và xây dựng cơ sở hạ tầng giao thông đường bộ; và thứ ba, kinh doanh vận chuyển đường bộ. Đây là các nội dung khác nhau cơ bản về nguyên lý và kỹ thuật pháp lý, kỹ thuật lập pháp.

Khi nói tới kinh doanh vận chuyển nói chung và kinh doanh vận chuyển đường bộ nói riêng là nói tới ba mảng vấn đề lớn, đó là: (1) thị trường vận chuyển; (2) giao dịch vận chuyển; và (3) quản lý nhà nước về kinh doanh vận chuyển. Các quy định của Luật GTĐB năm 2008 về ba mảng này đều sơ sài, thiếu nhiều nội dung. Ví dụ, trong mảng thị trường vận chuyển, hầu hết các nguyên tắc và quy tắc về tổ chức kinh doanh không được quy định; các quy định về giao dịch vận chuyển không được làm rõ trong văn bản luật này; các nguyên tắc và quy tắc về thị trường vận chuyển và giao dịch vận chuyển đều thuộc luật tư, nhưng quy định của Chương VI (về Vận tải đường bộ). Luật này không chỉ rõ được mối liên hệ với các văn bản luật khác liên quan mật thiết với chúng để bảo đảm tính đồng bộ của hệ thống luật tư, trong khi đó lại đưa ra nhiều quy tắc của luật hành chính để áp đặt mà thiếu sự rõ ràng và thiếu các chế tài cần thiết. Ví dụ: Điều 65 của Luật Giao thông Đường bộ năm 2008 quy định:

“1. Thời gian làm việc của người lái xe ô tô không được quá 10 giờ trong một ngày và không được lái xe liên tục quá 4 giờ.

2. Người vận tải và người lái xe ô tô chịu trách nhiệm thực hiện quy định tại khoản 1 Điều này”.

Quy định tại khoản 1 nêu trên là cần thiết để bảo đảm an toàn trong hoạt động giao thông đường bộ nói chung nhưng lại được quy định tại Chương VI nói riêng về vận tải đường bộ. Hơn nữa khoản 2 nêu trên khẳng định thêm về vấn đề đó, nhưng lại làm xuất hiện mâu thuẫn ngay trong nội tại của đạo luật này. Khái niệm “người vận tải” được đạo luật này định nghĩa như sau: “Người vận tải là tổ chức, cá nhân sử dụng phương tiện giao thông đường bộ để thực hiện hoạt động vận tải đường bộ” (khoản 31 Điều 3), có nghĩa là bất kỳ người sử dụng

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

“phương tiện giao thông đường bộ” nào để vận tải đều được xem là người vận tải theo nghĩa của đạo luật này. Như vậy, quy định giờ làm việc của người lái xe ô tô nói chung áp dụng cho cả người vận tải bằng xe ô tô, cho cả người vận tải bằng xích lô, thậm chí cho cả người vận tải bằng xe “bò” vì đạo luật này định nghĩa các khái niệm “Phương tiện giao thông đường bộ”, “Phương tiện giao thông cơ giới đường bộ”, và “Phương tiện giao thông thô sơ đường bộ” lần lượt như sau:

“17. Phương tiện giao thông đường bộ gồm phương tiện giao thông cơ giới đường bộ, phương tiện giao thông thô sơ đường bộ.

18. Phương tiện giao thông cơ giới đường bộ (sau đây gọi là xe cơ giới) gồm xe ô tô; máy kéo; rơ moóc hoặc sơ mi rơ moóc được kéo bởi xe ô tô, máy kéo; xe mô tô hai bánh; xe mô tô ba bánh; xe gắn máy (kể cả xe máy điện) và các loại xe tương tự.

19. Phương tiện giao thông thô sơ đường bộ (sau đây gọi là xe thô sơ) gồm xe đạp (kể cả xe đạp máy), xe xích lô, xe lăn dùng cho người khuyết tật, xe súc vật kéo và các loại xe tương tự” (Điều 3).

Các quy định không đúng chỗ và mâu thuẫn này gây khó hiểu và có thể gây ảnh hưởng đến việc thi hành nhiệm vụ quản lý nhà nước của các cơ quan quản lý nhà nước khác nhau. Chẳng hạn: điểm b khoản 2 Điều 86 Luật Giao thông Đường bộ năm 2008 quy định:

“2. Thanh tra đường bộ có các nhiệm vụ và quyền hạn sau đây: ...

b) Thanh tra, phát hiện, ngăn chặn và xử phạt vi phạm hành chính trong việc chấp hành các quy định về hoạt động vận tải và dịch vụ hỗ trợ vận tải tại các điểm dừng xe, đỗ xe trên đường bộ, bến xe, bãi đỗ xe, trạm dừng nghỉ, trạm kiểm tra tải trọng xe, trạm thu phí và tại cơ sở kinh doanh vận tải đường bộ”.

Các quy định cụ thể này giao việc thi hành toàn bộ Chương VI (về Vận tải đường bộ) của đạo luật này cho Thanh tra đường bộ. Trong khi đó, khoản 1 Điều 87 của đạo luật này là có quy định:

“Cảnh sát giao thông đường bộ thực hiện việc tuần tra, kiểm soát để kiểm soát người và phương tiện tham gia giao thông đường bộ; xử lý vi phạm pháp luật về giao thông đường bộ đối với người và phương tiện tham gia giao thông đường bộ và chịu trách nhiệm trước pháp luật về quyết định của mình; phối hợp với cơ quan quản lý đường bộ phát hiện, ngăn chặn hành vi vi phạm quy định bảo vệ công trình đường bộ và hành lang an toàn đường bộ”.

Các quy định tại đây lại cho thấy: Đạo luật này giao cho cảnh sát giao thông thi hành các qui định tại Chương IV (về Phương tiện tham gia giao thông đường bộ) và Chương V (về Người điều khiển phương tiện tham gia giao thông đường bộ) của đạo luật này, trong khi đó các quy định về thời gian làm việc của người lái xe ô tô; đón trả khách không đúng nơi quy định; chở khách trên mui xe, trong khoang hàng lý hay để khách bám bên ngoài xe; vận chuyển hàng nguy hiểm hay hàng bị hạn chế vận chuyển; vận chuyển quá khả năng chuyên chở... tại Chương VI (về Vận tải đường bộ) của đạo luật này đều là các quy định của pháp luật liên quan tới trật tự và an toàn giao thông mà cảnh sát giao thông phải kiểm soát hoặc nhắc ra phải kiểm soát.

Nói tới đầu tư và xây dựng cơ sở hạ tầng giao thông đường bộ là nói tới các quy phạm có tính cách kỹ thuật và các quy tắc tạo dựng nên một loại tài sản công. Tuy nhiên, quy chế liên quan tới tài sản công hoàn toàn chưa được làm rõ, nhất là các quy tắc liên quan tới tôn tạo, quản lý, khai thác, gìn giữ và hưởng hoa lợi từ tài sản công. Thậm chí, Dự thảo Luật Đường bộ mới nhất ngày 10/01/2022 vẫn chưa có ý

niệm gì thay đổi về cơ sở hạ tầng giao thông đường bộ. Các quy định mới trong Dự thảo này vẫn dường như chỉ xoay quanh quan niệm cơ sở hạ tầng giao thông là một tổ hợp các công trình có các đặc tính kỹ thuật chuyên ngành và chưa nhìn nhận chúng dưới góc độ pháp lý và coi chúng là tài sản công một cách thỏa đáng.

Việc thiếu chú trọng tới các nguyên tắc và quy tắc của luật tư, đồng thời làm loãng các nguyên tắc và quy tắc của luật công trong Luật Giao thông đường bộ năm 2008, cũng như Dự thảo Luật Đường bộ hiện nay có nguyên nhân chủ yếu là do chưa phân biệt được luật công và luật tư trong lĩnh vực chuyên ngành, cũng như chạy theo mô hình xây dựng luật chuyên biệt và phức hợp như ở cơ chế kinh tế cũ.

Tất nhiên là trong một khuôn khổ nhất định, Luật Giao thông Đường bộ năm 2008 (được sửa đổi một vài điều năm 2018) đã được làm ra trong sự mất tập trung phần nào đó đối với trật tự, an toàn giao thông bởi sự dàn trải chú ý sang vấn đề đầu tư cơ sở hạ tầng và kinh doanh vận tải; cho nên đạo luật này cũng không bảo đảm được sự thỏa đáng của các quy tắc giao cảnh trong đó.

2. Đòi hỏi và giải pháp chia tách Luật Giao thông Đường bộ năm 2008

Trong những năm qua, không chỉ Việt Nam, mà cả thế giới âu lo về vấn đề tai nạn giao thông. Thống kê cho thấy, mỗi năm trên thế giới có khoảng 1,35 triệu người bị chết vì tai nạn đường bộ lớn hơn số lượng người chết vì

HIV/AIDS⁶. Ở Việt Nam, dù có giảm 23,6% số vụ tai nạn giao thông so với năm 2020 do thực hiện nghiêm giãn cách chống Covid-19, nhưng năm 2021 vẫn xảy ra 11.454 vụ tai nạn giao thông, bao gồm 7.370 vụ tai nạn giao thông từ ít nghiêm trọng trở lên và 4.084 vụ va chạm giao thông, làm 5.739 người chết, 3.889 người bị thương và 4.109 người bị thương nhẹ⁷. Có lẽ, số lượng các vụ tai nạn giao thông ở nước ta không thuyên giảm, nếu như không muốn nói là sẽ tăng lên, trong điều kiện bình thường không có dịch bệnh hay bình thường mới sau Covid-19. Thực tế đó đòi hỏi chúng ta phải hết sức nỗ lực và nhanh chóng tìm kiếm ra nguyên nhân của và giải pháp khắc phục tình trạng này. Trong những nguyên nhân và giải pháp chung, không thể bỏ qua những nguyên nhân và giải pháp pháp lý.

Những tai nạn giao thông thảm khốc chủ yếu xuất phát từ những nguyên nhân như “sự tắc trở của con đường, sự nổi loạn của phương tiện hoặc sự bất cẩn của con người”. Những nguyên nhân này có thể được khắc phục phần lớn bởi những quy tắc giao thông đầy đủ, thích hợp và sự tuân thủ chúng một cách nghiêm túc. Vì vậy, Bộ Giao thông vận tải đã nhận định: “Bên cạnh các kết quả tích cực, trong quá trình triển khai thi hành Luật GTĐB năm 2008 đã xuất hiện một số tồn tại và các vấn đề phát sinh cần phải được xem xét để xây dựng Luật thay thế Luật GTĐB năm 2008. Do đó, Chính phủ đã giao Bộ Giao thông vận tải xây dựng và trình sửa đổi Luật GTĐB năm 2008”⁸.

⁶ CDC, *Road Traffic Injuries and Deaths—A Global Problem*, <https://www.cdc.gov/injury/features/global-road-safety/index.html#:~:text=Each%20year%2C%201.35%20million%20people,on%20roadways%20around%20the%20world.&text=Every%20day%2C%20almost%203%2C700%20people,pedestrians%2C%20motorcyclists%2C%20or%20cyclists>, truy cập ngày 03/02/2022.

⁷ Công an nhân dân online, *Năm 2021, số vụ tai nạn giao thông giảm 23,6%*, <https://cand.com.vn/Giao-thong/nam-2021-so-vu-tai-nan-giao-thong-giam-23-6--i639682/#:~:text=T%E1%BB%95ng%20c%E1%BB%A5c%20Th%E1%BB%91ng%20k%C3%AA%20cho,4.109%20ng%C6%B0%E1%BB%9Di%20b%E1%BB%8B%20th%C6%B0%C6%A1ng%20nh%E1%BA%B9,29/12/2021>.

⁸ Bộ Giao thông vận tải, *Báo cáo về dự án Luật Giao thông đường bộ (sửa đổi)*, Số 344/BC-BGTVT ngày 12/01/2022, tr.1.

Tuy nhiên, nội dung Dự thảo Luật sửa đổi Luật GTĐB năm 2008 và các văn kiện kèm theo cho thấy những bất cập, hạn chế về lý luận trong xây dựng Luật GTĐB năm 2008 chưa được khắc phục. Vì vậy, việc sửa đổi Luật Giao thông Đường bộ năm 2008 lần này khó có thể mang lại hiệu quả tích cực, nếu như chúng ta không bù đắp ngay những bất cập, hạn chế về lý luận đó.

Như đã phân tích ở trên, tác giả cho rằng, Luật GTĐB năm 2008 cần được tách ra quy định riêng ba mảng vấn đề lớn là an toàn giao thông đường bộ; cơ sở hạ tầng giao thông đường bộ; và kinh doanh vận tải đường bộ, để tránh xây dựng luật theo mô hình chuyên biệt và phức hợp.

Hiện nay, Ủy ban Pháp luật của Quốc hội cũng cho ý kiến về phương án sửa đổi Luật GTĐB năm 2008 theo hướng tách thành hai luật là Luật Đường bộ và Luật Bảo đảm trật tự, an toàn giao thông đường bộ⁹. Tuy nhiên, Điều 1 Dự thảo Luật Đường bộ vẫn quy định: “Luật này quy định về kết cấu hạ tầng giao thông đường bộ; phương tiện giao thông đường bộ; vận tải đường bộ và quản lý nhà nước về giao thông đường bộ”. Như vậy, nội dung Dự thảo Luật Đường bộ vẫn được xây dựng theo hướng bao gồm: quy tắc giao thông đường bộ, kết cấu hạ tầng giao thông đường bộ, phương tiện và người lái phương tiện tham gia giao thông đường bộ, vận tải đường bộ”¹⁰.

Do đó, Điều 1 của Dự thảo Luật Đường bộ đề ngày 10/01/2022 tuyên bố: “Luật này quy định về kết cấu hạ tầng giao thông đường bộ; phương tiện giao thông đường bộ; vận tải

đường bộ và quản lý nhà nước về giao thông đường bộ”.

Lý luận và thực tiễn đều cho thấy: Dự thảo Luật Đường bộ nên lược bỏ các quy định về vận tải đường bộ ra khỏi Dự thảo bởi các lẽ sau:

Thứ nhất, vấn đề kinh doanh vận tải đường bộ (thị trường và giao dịch) thuộc luật tư nên phải đưa nội dung này về điều chỉnh bởi các văn bản luật về thương mại hay dân sự. Các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 và Luật Doanh nghiệp năm 2020 khá đủ để áp dụng cho các tranh chấp về kinh doanh vận tải đường bộ liên quan. Bên cạnh đó, việc mở rộng phạm vi sử dụng các loại nguồn của pháp luật, nhất là án lệ có thể bù đắp cho những thiếu hụt trong quy định của các văn bản quy phạm pháp luật. Những đặc thù liên quan tới kinh doanh có điều kiện phải quy định bằng văn bản quy phạm pháp luật, có thể được bổ sung vào Luật Doanh nghiệp năm 2020. Tuy nhiên, xét từ quyền tự do kinh doanh, các đặc thù này hầu như không đáng kể. Hầu hết những quy định mang tính “đặc thù” trong Luật Giao thông đường bộ năm 2008 có thể đưa vào tập hợp các quy định về bảo đảm trật tự, an toàn giao thông đường bộ để thi hành và áp dụng thống nhất cho mục tiêu an toàn, hiệu quả và điều hòa của giao thông đường bộ.

Nếu để các quy định về kinh doanh vận tải đường bộ ở lại Luật Đường bộ tương lai sẽ gây ra sự xé vụn luật tư khiến nó mất đi sự đồng bộ để được sử dụng có hiệu quả. Thứ hai, các quy định về kiểm soát kinh doanh vận tải đường bộ cần đưa về Dự thảo Luật Bảo đảm trật tự, an

⁹ Ủy ban Pháp luật của Quốc hội khóa XV, Công văn số 155/UBPL15 v/v tham gia ý kiến về việc tiếp thu, giải trình ý kiến đại biểu Quốc hội về dự án Luật Giao thông đường bộ (sửa đổi) ngày 16/9/2021.

¹⁰ Bộ Giao thông vận tải, Báo cáo về dự án Luật Giao thông đường bộ (sửa đổi), Số 344/BC-BGTVT ngày 12/01/2022, tr. 2.

toàn giao thông đường bộ cho phù hợp với tính chất điều chỉnh của văn bản luật.

Thứ ba, việc lược bỏ các quy định về vận tải đường bộ ra khỏi Dự thảo Luật Đường bộ tạo điều kiện cho Dự thảo tập trung vào giải quyết “sự tắc trở của con đường, sự nổi loạn của phương tiện và sự bất cẩn của con người” trong các quy định về cơ sở hạ tầng giao thông, phương tiện giao thông, tư cách tham gia giao thông.

Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, dù ở truyền thống pháp luật nào, thì người ta đều có ý tưởng tách bạch rất rạch ròi giữa các quy tắc của luật công và của luật tư để xây dựng luật về giao thông đường bộ, trước hết bằng cách tách các quy định về an toàn giao thông đường bộ riêng ra để tập hợp trong một đạo luật chuyên biệt. Luật An toàn giao thông đường bộ năm 2003 của Trung Quốc quy định về phạm vi điều chỉnh của Luật như sau: “Luật này được ban hành với mục đích duy trì trật tự giao thông đường bộ, phòng ngừa và giảm bớt tai nạn, bảo vệ an toàn cho người, bảo đảm an toàn cho tài sản và các quyền và lợi ích hợp pháp khác của công dân, pháp nhân và các tổ chức khác, và tăng cường hiệu quả giao thông” (Điều 1).

Lời mở đầu của “Luật Đường bộ” năm 2004 của Bhutan (Road Act of The Kingdom of Bhutan, 2004) viết như sau: “Xét rằng, chúng ta, nhân dân của Vương Quốc Bhutan, để bảo đảm phát triển kinh tế-xã hội cân đối, để thúc đẩy công bằng xã hội, công lý và phúc lợi chung, để xác định và thiết lập một hệ thống mạng lưới đường bộ hiệu quả và để xác định và thiết lập trách nhiệm của các tổ chức chính quyền cụ

thể ở tất cả các cấp liên quan tới đường bộ, để hỗ trợ tiến trình phát triển quốc gia, bằng cách, thỏa thuận cùng nhau và thông qua Đạo luật Đường bộ của Vương Quốc Bhutan”¹¹. Văn bản luật này bao gồm các chương sau: Chương 1 (Các quy định chung); Chương 2 (Quản lý đường bộ); Chương 3 (Tiêu chuẩn kỹ thuật); Chương 4 (Điều kiện và yêu cầu đối với xây dựng và sử dụng đường bộ và cầu); Chương 5 (Tài trợ cho đường bộ); Chương 6 (Kiểm soát của Chính phủ); Chương 7 (Thi hành, phạt và giải quyết tranh chấp); Chương 8 (Các quy tắc, quy định, sửa đổi, bản văn có thẩm quyền, và định nghĩa). Văn bản luật này có thể được xem là một văn bản luật đúng nghĩa về cơ sở hạ tầng đường bộ.

Luật Vận tải đường bộ năm 1977 (Road Transportation Act 1977) của Nam Phi tập trung phần lớn vào điều chỉnh vấn đề vận tải công cộng.

Như vậy, việc tách riêng các quy định của pháp luật về các mảng trật tự, an toàn; cơ sở hạ tầng; và kinh doanh vận tải trong giao thông, vận tải đường bộ ra có ý nghĩa quan trọng gần như quyết định để điều chỉnh các hành vi của con người hướng tới một nền giao thông vận tải an toàn, hiệu quả và điều hòa. Để thi hành có hiệu quả các quy định của pháp luật trong các mảng pháp luật về giao thông vận tải đường bộ, điều quan trọng nhất là khâu tổ chức quản lý nhà nước phải có tính kỷ luật cao, am hiểu lĩnh vực mình phụ trách, bám chắc địa bàn và điều hành nhất quán để nhận trách nhiệm thi hành trong từng lĩnh vực nhất định, tránh tình trạng ôm đồm, hời hợt.

¹¹ Nguyên văn, “Whereas, we the people of the Kingdom of Bhutan, in order to, ensure balanced socio-economic development, promote social equity, justice and general welfare, define and establish an efficient system of road network and the responsibilities of specific governmental bodies at all levels of the government with regard to roads, assist the process of national development, do hereby, give to ourselves and enact the Road Act of the Kingdom of Bhutan”.

Thực tế nhiều năm qua, việc thi hành một qui định rất đơn giản về giao thông vận tải đường bộ cũng là một khó khăn với các lực lượng chức năng, gây bức bối trong xã hội. Ví dụ thực tế: Dù có quy định không được đón trả khách ngoài các bên bãi, nhưng nhiều nhà xe bất chấp, vẫn ngang nhiên chạy quá chậm, dừng đỗ đón trả khách ngay trước cổng Đại học Quốc gia Hà Nội trên Đường Phạm Văn Đồng (một con đường luôn tấp nập người và các loại phương tiện qua lại) gây cảnh ùn tắc lớn và gây nguy hiểm tiềm tàng, chưa kể tới tranh giành, cãi cọ, chửi bới vô văn hóa. Thế nhưng không một cơ quan chức năng nào nhận trách nhiệm giải quyết.

Nếu như pháp luật có quy định chi tiết về phạt lái xe, phạt nhà xe và phạt cả khách đón, vậy phương tiện vận chuyển do chống lại điều cấm của pháp luật, và giao việc thi hành điều cấm này dứt khoát, rõ ràng chỉ cho mỗi lực lượng cảnh sát giao thông thì chắc rằng tệ nạn này có thể thuyên giảm đáng kể hoặc chấm dứt. Việc giao trách nhiệm như vậy, xã hội và Nhà nước mới có thể xác định rõ ràng được trách nhiệm của từng tổ chức, từng lực lượng. Đồng ý rằng hầu hết các nước trên thế giới luôn nhìn nhận Bộ Giao thông vận tải có hai nhiệm vụ chủ yếu là công thức hóa các quy tắc giao thông vận tải và quản trị giao thông vận tải. Bộ này được ví như con đại bàng có hai cái cánh: một là “đường”; và hai là “vận tải”. Tuy nhiên, không nước nào bỏ cảnh sát ở ngoài cuộc.

Từ khi mới giành được độc lập, ở Việt Nam, công an giao cảnh là hình ảnh quen thuộc với trật tự, an toàn giao thông, nhất là ở các đô thị. Ở Pháp hiện nay, khi nói về vai trò của an toàn giao thông đường bộ, Bộ Nội vụ (cảnh sát)

luôn được nhắc tới đầu tiên. Lưu ý rằng hiện nay với chủ trương xây dựng lực lượng công an theo hướng “Bộ tinh, tinh mạnh, huyện toàn diện, và xã bám cơ sở”, ở nước ta, có thể giúp cho việc thi hành tốt các quy định của pháp luật về trật tự, an toàn giao thông. Nhiều khi chỉ cần một cảnh sát giao thông mẫn cán, công minh có thể giải quyết được một điểm nóng về giao thông. Bóng dáng của cảnh sát giao thông nhẽ ra phải được xem là bóng dáng gần gũi của công quyền. Người dân luôn tuân thủ và ủng hộ công quyền gần gũi, dễ tiếp cận và công minh.

3. Kết luận

Luật Giao thông Đường bộ năm 2008 và các dự kiến, cũng như các Dự thảo sửa đổi đạo luật này thiếu hụt rất lớn và chủ yếu về mặt lý luận (là sự phân biệt giữa luật công và luật tư), cho nên không xác định được đúng đắn về phạm vi điều chỉnh của từng đạo luật, gây mâu thuẫn, chồng chéo và nhiều lỗ hổng lớn. Như vậy, mục tiêu an toàn, hiệu quả, và điều hòa của giao thông đường bộ có thể không đạt được. Giải pháp căn bản là tách Luật Giao thông Đường bộ năm 2008 ra thành hai đạo luật riêng biệt: một cho trật tự, an toàn giao thông đường bộ, và một cho cơ sở hạ tầng giao thông đường bộ. Tuy nhiên, phải lược hết các quy định của luật tư về kinh doanh vận tải đường bộ trả về cho các đạo luật tư, đồng thời phải bổ sung thêm nhiều quy định để khóa lấp phần lớn các lỗ hổng trong các dự luật. Các dự luật cần xác định rõ cơ quan chịu trách nhiệm chủ yếu thi hành đạo luật cơ sở hạ tầng về giao thông là Bộ Giao thông vận tải, và cơ quan chịu trách nhiệm chủ yếu thi hành đạo luật về trật tự, an toàn giao thông đường bộ là Bộ Công an ■

ĐIỀU KIỆN CHUYỂN ĐỔI DỰ ÁN TỪ NHÀ Ở THƯƠNG MẠI SANG NHÀ Ở XÃ HỘI

Trần Vang Phủ*

Trương Thị Kim Tươi**

*Giảng viên, Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

**Công an xã Phú Long, huyện Châu Thành, tỉnh Đồng Tháp.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chuyển đổi dự án, nhà ở thương mại, nhà ở xã hội.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 23/06/2021

Biên tập : 09/09/2021

Duyệt bài : 12/09/2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, các tác giả phân tích các quy định của pháp luật về điều kiện chuyển đổi dự án nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội, chỉ ra những “khoảng trống pháp lý” trong các quy định hiện hành và đề xuất giải pháp hoàn thiện.

Article Information:

Keywords: Project conversion; commercial housing; social housing.

Article History:

Received : 23 Jun. 2021

Edited : 09 Sep. 2021

Approved : 12 Sep. 2021

Abstract:

Within the scope of this article, the authors provide an analysis of the legal provisions on conditions for converting the commercial housing projects to social housing one, and give out the “legal gaps” in the current legal regulations and also propose a number of recommendations for further improvements.

1. Nhu cầu và mục đích của việc chuyển đổi dự án nhà ở thương mại thành dự án nhà ở xã hội

Nhu cầu chuyển đổi dự án nhà ở thương mại thành dự án nhà ở xã hội xuất phát từ thực trạng là hiện nay các dự án nhà ở thương mại có số lượng căn hộ tồn đọng lớn do sự thay đổi về tình hình kinh tế - xã hội và các dự án nhà ở xã hội chưa thu hút được nhiều sự quan tâm của các nhà đầu tư, nhưng nhu cầu về nhà ở xã hội dành cho đối tượng người thu nhập thấp, cán bộ, công chức, viên chức, người lao động lại tăng cao.

Việc cho phép chuyển đổi dự án từ nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội mang lại ý nghĩa về kinh tế, xã hội sau đây:

Thứ nhất, về góc độ kinh tế: Trên thực tế, trong khi nhiều người dân không có chỗ ở thì rất nhiều khu dự án nhà ở thương mại trở thành dự án “treo”, dự án bị “bỏ hoang”. Vì thế, việc cho phép chuyển đổi dự án nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội góp phần giải quyết được sự tồn đọng của các dự án nhà ở thương mại, cân bằng lại được cán cân cung cầu của thị trường bất động sản, từ đó thúc đẩy sự phát triển của thị trường bất động sản nói chung cũng như loại hình nhà ở xã hội nói riêng khiến

cho nền kinh tế được ổn định và hướng đến sự phát triển bền vững.

Thứ hai, về góc độ xã hội: Việc cho phép chuyển đổi dự án từ nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội góp phần tăng nguồn cung về nhà ở xã hội, từ đó có thể đáp ứng được nhu cầu nhà ở của người thu nhập thấp hay các đối tượng khó khăn về chỗ ở, tạo điều kiện cho họ có một chỗ ở ổn định để họ “an cư lạc nghiệp”. Hơn thế nữa, nó còn góp phần đảm bảo chính sách an sinh xã hội của Nhà nước, chính là chăm lo phúc lợi cho người dân cũng như đảm bảo được trật tự an toàn xã hội.

2. Các quy định của pháp luật về điều kiện chuyển đổi dự án nhà ở thương mại thành nhà ở xã hội

1.1. Quy định của pháp luật trong giai đoạn áp dụng Luật Nhà ở năm 2005

Ngày 07/01/2013, Chính phủ ban hành Nghị quyết số 02/NQ-CP về một số giải pháp tháo gỡ khó khăn cho sản xuất kinh doanh, hỗ trợ thị trường, giải quyết nợ xấu (Nghị quyết số 02). Trong đó, Nghị quyết số 02 cho phép chuyển đổi các dự án nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội. Có thể thấy, vấn đề chuyển đổi dự án từ nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội được xem là giải pháp khá hoàn hảo để giải quyết các dự án bị tồn đọng của các nhà đầu tư cũng như đáp ứng được nhu cầu về nhà ở xã hội của người thu nhập thấp, đối tượng khó khăn về chỗ ở.

Để triển khai thực hiện Nghị quyết 02, ngày 08/3/2013, Bộ Xây dựng đã ban hành Thông tư số 02/2013/TT-BXD hướng dẫn việc điều chỉnh cơ cấu căn hộ các dự án nhà ở thương mại, dự án đầu tư xây dựng khu đô thị và chuyển đổi nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội hoặc công trình dịch vụ (Thông tư số 02). Theo đó, Thông tư số 02 cho phép từ ngày

22/4/2013 đến ngày 30/12/2014 doanh nghiệp được chuyển dự án nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội (Thông tư này được kéo dài hiệu lực thi hành đến hết ngày 31/12/2015)¹. Thông tư số 02 quy định khá chi tiết và rõ ràng về các trường hợp sẽ được phép chuyển đổi dự án; nguyên tắc chuyển đổi dự án cũng như trình tự, thủ tục và hồ sơ xin chuyển đổi dự án. Cụ thể, việc chuyển đổi dự án từ nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội được thể hiện qua các nội dung như sau:

Thứ nhất, các trường hợp được chuyển đổi mục đích sử dụng từ nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội bao gồm các trường hợp sau:

i) Các trường hợp được chuyển đổi mục đích sử dụng từ nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội là những dự án nhà ở thương mại, dự án đầu tư xây dựng khu đô thị đã được cơ quan có thẩm quyền phê duyệt, nhưng chưa triển khai thi công xây dựng hoặc đã được triển khai thi công nhưng mục đích sử dụng nhà ở thương mại không phù hợp với nhu cầu của thị trường.

ii) Chủ đầu tư các dự án phát triển nhà ở thương mại, dự án đầu tư xây dựng khu đô thị được chuyển đổi các khối nhà chung cư và nhà ở thương mại thấp tầng sang làm nhà ở xã hội phải bảo đảm phù hợp với nguyên tắc quy định tại Điều 2, Điều 3 Thông tư số 02 và quyết định phê duyệt cho phép chuyển đổi mục đích sử dụng nhà ở thương mại của Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND) cấp tỉnh.

iii) Việc chuyển đổi mục đích sử dụng nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội chỉ được thực hiện đối với các hạng mục công trình xây dựng và căn hộ (kể cả cao tầng và thấp tầng) mà chủ đầu tư chưa ký hợp đồng góp vốn, hợp đồng mua bán với khách hàng. Trường hợp đã ký hợp đồng góp vốn, hợp đồng mua bán với khách hàng thì trước khi thực hiện việc điều chỉnh mục đích sử dụng thì phải được sự đồng

¹ Điều 1 Thông tư số 18/2014/TT-BXD.

ý bằng văn bản của tất cả khách hàng đã ký hợp đồng.

iv) Các dự án phát triển nhà ở thương mại, dự án đầu tư xây dựng khu đô thị có quy mô từ 500 căn hộ trở lên thì trước khi UBND cấp tỉnh ra quyết định cho phép chuyển đổi mục đích sử dụng phải có ý kiến thống nhất của Bộ Xây dựng¹.

Thứ hai, về nguyên tắc, việc chuyển đổi dự án nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội phải tuân thủ những nguyên tắc như sau:

i) Việc chuyển đổi nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội được điều chỉnh tăng mật độ xây dựng, hệ số sử dụng đất và được hưởng các ưu đãi theo quy định hiện hành, nhưng phải bảo đảm đúng tiêu chuẩn thiết kế nhà ở xã hội và bán, cho thuê, cho thuê mua đúng đối tượng theo quy định của pháp luật về nhà ở².

ii) Các dự án đã nộp tiền sử dụng đất thì được Nhà nước hoàn trả lại số tiền đã nộp hoặc được khấu trừ vào nghĩa vụ tài chính mà chủ đầu tư dự án phải nộp cho Nhà nước trên cơ sở tính toán lại tiền sử dụng đất của dự án sau khi điều chỉnh³.

Thứ ba, về hồ sơ, để xin chuyển đổi dự án nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội thì chủ đầu tư cần nộp hồ sơ bao gồm:

i) Đơn xin phép chuyển đổi mục đích sử dụng nhà ở thương mại⁴.

ii) Các bản sao đã được cơ quan có thẩm quyền phê duyệt, ban hành, gồm: văn bản công nhận chủ đầu tư; văn bản chấp thuận đầu tư; giấy chứng nhận đầu tư; quyết định phê duyệt dự án; hồ sơ, bản vẽ quy hoạch chi tiết tỷ lệ 1/500 hoặc quy hoạch tổng mặt bằng của dự án; hồ sơ thiết kế cơ sở của dự án.

iii) Phương án xin chuyển đổi nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội (kèm theo bản vẽ thuyết minh).

Thứ tư, về trình tự, thủ tục chuyển đổi dự án nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội:

i) Chủ đầu tư nộp hồ sơ xin phép chuyển đổi mục đích sử dụng nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội với thành phần hồ sơ nêu trên tại Sở Xây dựng các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương.

ii) Sở Xây dựng các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương là đơn vị đầu mối tiếp nhận, thụ lý hồ sơ xin chuyển đổi của các chủ đầu tư để tổ chức thẩm định trước khi trình UBND cấp tỉnh xem xét, quyết định.

iii) Trong quá trình thẩm định hồ sơ xin chuyển đổi dự án, Sở Xây dựng tổ chức họp để lấy ý kiến các cơ quan có liên quan, gồm: Sở Kiến trúc - Quy hoạch (nếu có); Sở Tài nguyên và Môi trường; Sở Tài chính; Sở Kế hoạch và Đầu tư; UBND quận, huyện nơi có dự án. Đơn vị đầu mối phải gửi hồ sơ tới các cơ quan liên quan trước khi tổ chức họp. Ý kiến của đại diện các cơ quan tại cuộc họp thẩm định là ý kiến chính thức về dự án và được lập thành biên bản.

iv) Sau khi tổ chức cuộc họp thẩm định, Sở Xây dựng có trách nhiệm gửi biên bản cuộc họp thẩm định về việc xin chuyển đổi dự án kèm theo dự thảo Quyết định cho phép chuyển đổi⁵ để UBND tỉnh xem xét, quyết định. Trường hợp dự án không được chấp thuận chuyển đổi thì ngoài biên bản cuộc họp thẩm định, phải gửi kèm dự thảo văn bản trả lời nêu rõ lý do không được chấp thuận để UBND cấp tỉnh xem xét, quyết định. Trong thời hạn tối đa là 07 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được biên bản cuộc

¹ Điều 1 Thông tư số 02/2013/TT-BXD.

² Khoản 1 Điều 3 Thông tư số 02/2013/TT-BXD.

³ Khoản 3 Điều 3 Thông tư số 02/2013/TT-BXD.

⁴ Mẫu đơn tại Phụ lục số 01 ban hành kèm theo Thông tư số 02/2013/TT-BXD.

⁵ Mẫu Quyết định tại Phụ lục số 02 ban hành kèm theo Thông tư số 02/2013/TT-BXD.

hợp và dự thảo quyết định cho phép chuyển đổi dự án (hoặc dự thảo văn bản không chấp thuận cho phép chuyển đổi dự án) UBND cấp tỉnh có trách nhiệm ký ban hành theo thẩm quyền.

Trường hợp dự án phát triển nhà ở thương mại, dự án đầu tư xây dựng khu đô thị có quy mô từ 500 căn hộ trở lên thì Sở Xây dựng có trách nhiệm soạn thảo văn bản đề trình UBND cấp tỉnh xem xét và ký gửi đề nghị Bộ Xây dựng tham gia ý kiến theo quy định. Trong thời hạn tối đa là 15 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được văn bản xin ý kiến, Bộ Xây dựng có trách nhiệm trả lời bằng văn bản.

v) Thời gian thẩm định, quyết định cho phép chuyển đổi mục đích sử dụng của dự án tối đa không quá 30 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được hồ sơ hợp lệ.

Trường hợp dự án phát triển nhà ở thương mại, dự án đầu tư xây dựng khu đô thị có quy mô từ 500 căn hộ trở lên thì trong thời hạn tối đa là 10 ngày, kể từ ngày nhận được văn bản thống nhất của Bộ Xây dựng, UBND cấp tỉnh có trách nhiệm ký quyết định cho phép chuyển đổi mục đích sử dụng của dự án hoặc có văn bản trả lời chủ đầu tư về việc không chấp nhận chuyển đổi mục đích sử dụng của dự án đó⁶.

Thực tế cho thấy, chủ trương chuyển đổi nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã đã được triển khai một cách hiệu quả. Cụ thể, trên địa bàn Hà Nội có 2 dự án được UBND Thành phố Hà Nội chấp thuận chuyển đổi từ nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội là dự án khu nhà ở hỗn hợp cao tầng đô thị Sông Đà tại 143 đường Trần Phú, quận Hà Đông, Hà Nội do Công ty Cổ phần Đầu tư xây dựng và Phát triển đô thị

Sông Đà làm chủ đầu tư và dự án Tổ hợp văn phòng cho thuê, dịch vụ thương mại và nhà ở để bán tại số 30 Phạm Văn Đồng, phường Dịch Vọng Hậu, quận Cầu Giấy do Công ty Công ty Cổ phần Đầu tư xây dựng và thương mại Bắc Hà làm chủ đầu tư⁷. Tiếp theo đó, năm 2014, có thêm 2 dự án cũng được UBND Thành phố Hà Nội cho phép chuyển đổi từ nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội, bao gồm: Dự án xin chuyển đổi đất xây dựng nhà ở cao tầng sang đất xây dựng nhà ở xã hội tại khu đô thị mới Đặng Xá II, huyện Gia Lâm Hà Nội lô đất N01, N02, N03, N04, N06 do Tổng Công ty Viglacera làm chủ đầu tư. Dự án Tổ hợp nhà ở thương mại dịch vụ chung cư AZ Thăng Long tại thôn Lai Xá, Kim Chung, huyện Hoài Đức Hà Nội do Công ty TNHH Bánh kẹo Thăng Long làm chủ đầu tư⁸.

Bên cạnh đó, việc triển khai thực hiện các quy định của Thông tư số 02 cũng bộc lộ một số bất cập sau đây:

(i) Mặc dù Thông tư số 02 không yêu cầu phải phê duyệt lại quy hoạch chi tiết tỷ lệ 1/500, nếu dự án xin chuyển đổi không làm tăng diện tích xây dựng, nhưng Thông tư vẫn yêu cầu phải bảo đảm đúng tiêu chuẩn thiết kế nhà ở xã hội. Vì vậy, nếu cho phép chuyển đổi thì sẽ làm tăng số lượng căn hộ, kéo theo hệ lụy là làm tăng nhu cầu về hạ tầng kỹ thuật của dự án như cấp điện, cấp thoát nước, phòng cháy chữa cháy; hay như các hạ tầng xã hội khác, gồm dịch vụ y tế, nhà trẻ, nơi sinh hoạt công cộng;

(ii) Với quy định trường hợp đã ký hợp đồng góp vốn, hợp đồng mua bán với khách hàng thì trước khi thực hiện việc điều chỉnh mục

⁶ Điều 4 Thông tư số 02/2013/TT-BXD.

⁷ Lan Hương: “Hà Nội: cho phép chuyển đổi 7 dự án nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội”, <http://www.hanoimoi.com.vn/tin-tuc/Bat-dong-san/613567/ha-noi-cho-phep-chuyen-doi-7-du-an-nha-o-thuong-mai-sang-nha-o-xh>, truy cập ngày 02/10/2020.

⁸ Lan Hương: “11.292 căn hộ nhà ở xã hội sẽ “lột xác” từ nhà ở thương mại”, <https://hanoimoi.com.vn/tin-tuc/Bat-dong-san/692755/11292-can-ho-nha-o-xa-hoi-se-lot-xac-tu-nha-o-thuong-mai>, truy cập ngày 02/10/2020.

đích sử dụng, chủ đầu tư phải được sự đồng ý bằng văn bản của tất cả khách hàng đã ký hợp đồng đã tạo ra nhiều khó khăn trên thực tế vì khó có thể tìm được sự đồng thuận của tất cả khách hàng⁹;

(iii) Quy định về tính toán và hoàn trả tiền sử dụng đất mà chủ đầu tư đã nộp trước đây cũng như quy định về giải ngân vốn tín dụng gói hỗ trợ của Nhà nước đối với dự án nhà ở xã hội cũng chưa được quy định cụ thể, dẫn đến khó khăn cho chủ đầu tư trong việc yêu cầu hoàn trả lại tiền sử dụng đất hay tiếp cận gói tín dụng ưu đãi tại các ngân hàng¹⁰.

1.2. Quy định về chuyển đổi dự án nhà ở thương mại thành dự án nhà ở xã hội trong giai đoạn áp dụng Luật Nhà ở năm 2014

Luật Nhà ở năm 2014 không bao hàm quy định việc chuyển đổi dự án nhà ở thương mại thành dự án nhà ở xã hội. Vấn đề này được Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở (Nghị định số 99) quy định tại điểm c khoản 1 Điều 84. Theo đó, việc cho phép điều chỉnh dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội sẽ do Bộ Xây dựng quyết định dựa trên việc để thực hiện chính sách điều tiết thị trường bất động sản theo chủ trương của Chính phủ, yêu cầu của Thủ tướng Chính phủ hoặc khi có đề nghị của UBND cấp tỉnh¹¹.

Công văn số 146/BXD-QLN ngày 04/7/2018 của Bộ Xây dựng về chuyển nhượng nhà ở xã hội và chuyển đổi dự án nhà ở xã hội sang nhà ở thương mại cũng đề cập như sau: “Pháp luật về nhà ở hiện hành (Luật Nhà ở năm 2014; điểm c khoản 1 Điều 84 Nghị định số 99; Nghị định

số 100/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ về phát triển và quản lý nhà ở xã hội) không quy định về việc chuyển đổi dự án nhà ở xã hội sang dự án nhà ở thương mại, mà chỉ quy định về việc điều chỉnh dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội hoặc sang làm nhà ở phục vụ tái định cư”. Chỉ thị số 11/CT-TTg ngày 23/04/2019 của Thủ tướng Chính phủ về một số giải pháp thúc đẩy thị trường bất động sản phát triển ổn định, lành mạnh, Thủ tướng Chính phủ đưa ra giải pháp yêu cầu UBND các tỉnh, Thành phố trực thuộc Trung ương “Tiến hành kiểm tra, rà soát các dự án bất động sản đã có quyết định hoặc chấp thuận chủ trương đầu tư trước ngày Chỉ thị này được ban hành, đặc biệt là các dự án bất động sản nhà ở cao cấp để xử lý theo hướng sau: ... đối với các dự án bất động sản nhà ở trung, cao cấp đang tồn kho hoặc chủ đầu tư có nhu cầu điều chỉnh quy mô căn hộ sang phân khúc bình dân hoặc làm nhà ở xã hội thì cần giải quyết ngay thủ tục cho phép chuyển đổi, hoàn thành trong quý III năm 2019...”.

Những phân tích trên đây cho thấy, pháp luật chỉ đề cập đến việc cho phép điều chỉnh dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội. Tuy nhiên, các điều kiện mà nhà đầu tư cần đáp ứng để có thể điều chỉnh dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội, trình tự, thủ tục chuyển đổi như thế nào vẫn chưa được quy định cụ thể. Điều này gây khó khăn cho việc triển khai thực hiện việc điều chỉnh dự án đầu tư. Trong khi đó, nhu cầu phát sinh về việc chuyển đổi dự án từ nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội vẫn rất lớn, đặc biệt trong bối cảnh dịch bệnh Covid cũng như sự biến động của nền kinh tế trong nước và trên thế giới hiện nay.

⁹ “*Mắc kẹt chuyển đổi dự án thương mại sang nhà ở xã hội*”, <http://m.diaconline.vn/tin-tuc/thi-truong-dia-oc-c18/mac-ket-chuyen-doi-du-an-thuong-mai-sang-nha-o-xa-hoi-i46420>, truy cập ngày 02 – 10 – 2020.

¹⁰ Toàn Thắng: “*Gỡ vướng các dự án chuyển đổi sang nhà ở xã hội*”, <http://www.realtimes.vn/go-vuong-cac-du-an-chuyen-doi-sang-nha-o-xa-hoi-9377.html>, truy cập ngày 02 – 10 – 2020.

¹¹ Điểm c khoản 1 Điều 84 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.

3. Những khó khăn khi chuyển đổi dự án từ nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội

Mặc dù cũng là dự án đầu tư phát triển nhà ở, nhưng về điều kiện thực hiện dự án nhà ở thương mại có nhiều sự khác biệt với dự án nhà ở xã hội. Vì lẽ đó, khi cho phép chuyển đổi dự án từ nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội sẽ gặp phải không ít những khó khăn và vướng mắc.

Một là, về vấn đề tiền sử dụng đất, tiền thuê đất mà chủ đầu tư dự án nhà ở thương mại đã nộp¹². Khi thực hiện dự án nhà ở thương mại thì chủ đầu tư phải nộp tiền sử dụng đất nhưng đối với dự án nhà ở xã hội thì chủ đầu tư sẽ được miễn tiền sử dụng đất, tiền thuê đất¹³. Như vậy, khi cho phép chuyển đổi dự án từ nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội thì phải có cơ chế để xử lý số tiền sử dụng đất mà chủ đầu tư đã nộp trước đây. Thông tư số 02 trước đây cũng như các quy định của Luật Đất đai năm 2013, Luật Xây dựng năm 2014, Luật Nhà ở năm 2014, Luật Ngân sách nhà nước năm 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành cho các Luật này đều không quy định cụ thể về việc hoàn trả tiền sử dụng đất cho chủ đầu tư trong trường hợp chuyển đổi dự án.

Bên cạnh đó, nếu hoàn trả lại số tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đó cho chủ đầu tư thì hoàn trả tỷ lệ như thế nào? Bởi vì, những vị trí đất được giao, được thuê để xây dựng các dự án nhà ở thương mại thường là nằm ở vị trí trung tâm, vị trí “đất vàng” của địa phương đó, nơi có hệ thống hạ tầng tương đối hoàn thiện; còn vị trí đất bố trí cho các dự án nhà ở xã hội thường ở những vị trí kém thuận lợi hơn¹⁴. Do đó, trong

trường hợp cho phép chủ đầu tư chuyển đổi dự án nhà ở thương mại thành dự án nhà ở xã hội cũng sẽ tạo ra sự bất bình đẳng đối với các chủ đầu tư ngay từ đầu đăng ký thực hiện dự án nhà ở xã hội.

Hai là, quy định hiện hành chỉ dừng lại ở việc trao cho Bộ xây dựng quyền quyết định việc cho phép điều chỉnh dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội để thực hiện chính sách điều tiết thị trường bất động sản theo chủ trương của Chính phủ, yêu cầu của Thủ tướng Chính phủ hoặc khi có đề nghị của UBND cấp tỉnh¹⁵. Quy định này vẫn chưa tạo được một hành lang pháp lý đầy đủ và minh bạch để có thể điều chỉnh vấn đề chuyển đổi dự án nhà ở thương mại sang dự án làm nhà ở xã hội. Bên cạnh đó, trong trường hợp nào thì Ủy ban nhân cấp tỉnh được quyền đề nghị, hay dựa vào căn cứ gì để Chính phủ hoặc Thủ tướng Chính phủ được quyền yêu cầu... cũng không được đề cập đến trong các văn bản hiện hành.

Ba là, về việc xử lý tình huống chuyển đổi dự án dẫn đến thay đổi yêu cầu đối với khách hàng. Do thời điểm giao kết hợp đồng giữa chủ đầu tư và khách hàng thì đây là dự án nhà ở thương mại, nên không không chế đối tượng được mua, thuê mua, thuê nhà cũng như quyền và nghĩa vụ của khách hàng như đối với dự án nhà ở xã hội. Tuy nhiên, sau khi dự án chuyển đổi thành làm nhà ở xã hội thì đối tượng và điều kiện để được mua, thuê mua, thuê nhà ở

¹² Điểm a khoản 2 Điều 22 Luật Nhà ở năm 2014.

¹³ Điểm a khoản 1 Điều 58 Luật Nhà ở năm 2014.

¹⁴ Trần Văn Phú, Lưu Hoàng Dũng, Lê Minh Viễn, *Bắt cập trong quy định pháp luật về nhà ở xã hội cho người thu nhập thấp*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số tháng 9(330)/2019, tr. 46.

¹⁵ Điểm c khoản 1 Điều 84 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.

xã hội cũng sẽ chặt chẽ hơn¹⁶, đồng thời sẽ có những quy định giới hạn về thời hạn hợp đồng thuê mua nhà, quyền và nghĩa vụ của bên mua, thuê mua, thuê nhà ở xã hội, sự giới hạn này không xảy ra khi mua, thuê mua hoặc thuê nhà ở thương mại¹⁷.

4. Kiến nghị

Mục đích của Nhà nước khi cho phép chuyển đổi dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội là nhằm giúp giải quyết tình trạng khó khăn của thị trường bất động sản cũng như góp phần tăng nguồn cung nhà ở xã hội, từ đó tạo điều kiện cho các đối tượng khó khăn về nhà ở có thể dễ dàng tiếp cận được quỹ nhà ở xã hội. Tuy nhiên, việc triển khai thực hiện các quy định của pháp luật về vấn đề cho phép chuyển đổi dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội vẫn còn bộc lộ một số khó khăn, vướng mắc. Do đó, các tác giả kiến nghị một số giải pháp nhằm hoàn thiện các quy định của pháp luật về điều kiện chuyển đổi dự án từ nhà ở thương mại sang nhà ở xã hội như sau:

Thứ nhất, Bộ Xây dựng sớm ban hành thông tư hướng dẫn về điều kiện, trình tự, thủ tục chuyển đổi dự án nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội. Đồng thời, văn bản này cần quy định cụ thể các căn cứ để UBND cấp tỉnh đề nghị trong việc chuyển đổi dự án nhà ở thương mại sang làm nhà ở xã hội.

Thứ hai, đối với việc hoàn trả hoặc khấu trừ tiền sử dụng đất mà chủ đầu tư đã nộp vào ngân sách có thể lựa chọn một trong hai phương án sau: (i) sửa đổi, bổ sung Luật Ngân sách nhà nước năm 2015 theo hướng cho phép lấy tiền từ ngân sách để hoàn trả lại cho chủ đầu tư, không

tính lãi suất đối với số tiền, số năm chủ đầu tư đã nộp, do trước khi được phép chuyển đổi dự án thì dự án đó vẫn là dự án nhà ở thương mại; (ii) hoặc cho phép chủ đầu tư được khấu trừ vào tiền thuế thu nhập doanh nghiệp hoặc các nghĩa vụ tài chính khác.

Thứ ba, trong trường hợp chủ đầu tư đã ký hợp đồng mua bán, thuê mua với khách hàng, thì việc chuyển đổi dự án chỉ được thực hiện khi có ít nhất hai phần ba khách hàng đồng ý. Đồng thời, cần xây dựng lại cơ chế xác định giá bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở theo đúng quy định của loại nhà ở xã hội, và có quy định chuyển tiếp đối với trường hợp những người đang mua, thuê mua, thuê nhà trước đây theo hướng: (i) nếu hợp đồng mua bán, thuê mua đã thực hiện được hai phần ba thì vẫn tiếp tục thực hiện theo hợp đồng đã ký, người mua nhà, thuê mua nhà sau khi đã thanh toán đủ tiền cho chủ đầu tư sẽ không bị hạn chế quyền cũng như thời gian cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà như trong trường hợp mua, thuê mua nhà ở xã hội, nhưng phải nộp tiền sử dụng đất như trong trường hợp mua, thuê mua nhà ở thương mại; (ii) nếu hợp đồng thực hiện chưa đến hai phần ba và bên mua nhà, thuê mua nhà đủ điều kiện về mua, thuê mua nhà ở xã hội thì các bên ký lại hợp đồng mới, quyền và nghĩa vụ của các bên sẽ thực hiện theo các quy định của pháp luật về nhà ở xã hội hoặc thoả thuận khác; (iii) nếu hợp đồng thực hiện chưa đến hai phần ba và bên mua, thuê mua nhà không đủ điều kiện mua, thuê mua nhà ở xã hội thì các bên chấm dứt hợp đồng, chủ đầu tư hoàn trả lại số tiền đã nhận của khách hàng cùng với tiền lãi suất đối với số tiền khách hàng đã thanh toán theo lãi suất huy động vốn của ngân hàng thương mại hoặc theo thoả thuận khác ■

¹⁶ Điều 49, 50 và 51 Luật Nhà ở năm 2014 và Điều 22 Nghị định số 100/2015/NĐ-CP quy định rất chi tiết về đối tượng và điều kiện để được hưởng hỗ trợ về nhà ở xã hội và các điều kiện cụ thể để từng nhóm đối tượng được mua, thuê mua, thuê nhà ở xã hội.

¹⁷ Điều 62 Luật Nhà ở năm 2014 và Điều 19 Nghị định số 100/2015/NĐ-CP quy định về những quyền và nghĩa vụ cụ thể của người mua, thuê mua, thuê nhà ở xã hội.

KIỂM SOÁT GIAO DỊCH CÓ KHẢ NĂNG TƯ LỢI TRONG CÔNG TY

Nguyễn Thanh Lý

TS. Khoa Luật, Học viện Khoa học xã hội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Giao dịch có khả năng tư lợi, kiểm soát giao dịch tư lợi, quản trị công ty.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/01/2022
Biên tập : 24/02/2022
Duyệt bài : 24/02/2022

Article Infomation:

Keywords: Self-dealing transactions; controlling of self-dealing transactions; corporate governance.

Article History:

Received : 05 Jan. 2022
Edited : 24 Feb. 2022
Approved : 24 Feb. 2022

Tóm tắt:

Thực tiễn quản trị công ty nhiều năm qua cho thấy, vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đã và đang trở thành một ưu tiên khi cải cách thể chế quản trị công ty. Sự ra đời của Luật Doanh nghiệp năm 2020 tiếp tục khẳng định cho những nỗ lực của Việt Nam trong việc tiếp nhận thông lệ quốc tế về quản trị công ty nhằm đáp ứng yêu cầu của thực tiễn. Mặc dù vậy, những quy định của pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty vẫn còn những hạn chế, bất cập cần được tiếp tục hoàn thiện.

Abstract:

The practice of corporate governance over the years shows that the matter of controlling self-dealing transactions in the company has been become a priority once it is to reform the corporate governance institution. The introduction of the Enterprise Law of 2020 continues to affirm Vietnam's efforts in adopting the international practices on corporate governance so that it is to meet the realistic requirements. However, the provisions of the law on controlling the self-dealing transactions in the company still appear shortcomings and inadequacies that need to be further improved.

1. Nhận diện giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty

Trên thế giới, thuật ngữ giao dịch tư lợi (self-dealing transactions) đã được đề cập ở nhiều công trình nghiên cứu khác nhau. Theo Từ điển Black's Law, giao dịch tư lợi là giao dịch mà người tham gia giao dịch để thu lợi cho bản thân thay vì làm lợi cho người mà mình đang nhận nghĩa vụ ủy thác¹. Bộ quy tắc của Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) về

quản trị công ty giải thích, giao dịch tư lợi (self-dealing) là giao dịch có hành vi lạm dụng kinh doanh để tư lợi (abusive self-dealing), hành vi này xảy ra khi các cá nhân có quan hệ thân thiết với công ty, bao gồm cả cổ đông nắm quyền kiểm soát, lợi dụng các quan hệ đó gây tổn hại cho công ty và nhà đầu tư². Trong một công trình nghiên cứu của John H. Parrar và Susan Watson của Đại học Auckland, Newzeland đưa ra khái niệm rất ngắn gọn: giao dịch có khả năng tư lợi về cơ bản là việc người được

¹ Black's Law Dictionary Second Pocket Edition (2001), West Publishing CO, USA, tr. 631.

² The OECD, The OECD Principles of Corporate, www.oecd.org.

ủy thác tự bán tài sản của người ủy thác cho chính mình³. Khái niệm này mới chỉ xem xét giao dịch có khả năng tư lợi ở khía cạnh “vật chất” mà chưa xem xét đến yếu tố lỗi và mục đích tư lợi của người được ủy thác. Tương tự như vậy, trong nghiên cứu về “*Hiệu quả kiểm soát giao dịch tư lợi trong công ty: thuyết ứng dụng*”, Zohar Goshen cho rằng, vấn đề cốt lõi của giao dịch có khả năng tư lợi là xét một cách toàn diện giao dịch này có đem lại hiệu quả hay không cho công ty. Ở góc độ đó, nếu đưa ra khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi thì sẽ không hợp lý trong trường hợp giao dịch thất bại do năng lực yếu kém của giám đốc dù họ thực hiện giao dịch với sự miễn cưỡng, cẩn trọng và trung thực⁴.

Ở Việt Nam, khái niệm giao dịch tư lợi (self dealing transactions) hay khái niệm giao dịch có khả năng tư lợi cho đến nay vẫn là những khái niệm được bàn luận trong khoa học pháp lý chứ có một văn bản quy phạm pháp luật định nghĩa cụ thể. Tựu trung lại, khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi hàm chứa ba yếu tố cơ bản: (1) Sự dịch chuyển quyền lợi của công ty sang cá nhân; (2) Sự vi phạm của người được ủy thác tham gia giao dịch; (3) Sự lạm dụng vị thế để tư lợi. Theo đó, *giao dịch có khả năng tư lợi là giao dịch có khả năng sẽ gây thiệt hại về tài sản, quyền lợi của công ty do người đại diện tham gia giao dịch lạm dụng vị thế của mình nhằm thu lợi cho cá nhân*.

Các giao dịch có khả năng tư lợi có thể được gọi theo nhiều cách khác nhau như: giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi, giao dịch trực

lợi, hợp đồng có nguy cơ phát sinh tư lợi, hợp đồng tư lợi,... và thường được gọi tắt là “giao dịch tư lợi”, đây cũng là cách gọi được sử dụng nhiều nhất. Tuy nhiên, nếu xem xét theo nghĩa rộng thì “giao dịch có khả năng tư lợi” là cách gọi chính xác nhất. Cách gọi tắt “giao dịch tư lợi” thường cho người đọc hiểu là các giao dịch đã xảy ra sự tư lợi. Trong khi đó, giao dịch có khả năng tư lợi có nội hàm rộng hơn so với giao dịch tư lợi. Đồng thời, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi phù hợp hơn là kiểm soát giao dịch tư lợi, bởi giao dịch có khả năng tư lợi mới cần phải có cơ chế kiểm soát, còn nếu đã để xảy ra giao dịch tư lợi rồi thì sẽ là xử lý đối với giao dịch tư lợi. Ngoài ra, để nhận diện chính xác hơn giao dịch có khả năng tư lợi cần xem xét khái niệm *giao dịch công bằng (fair dealing)* bao gồm cả các giao dịch có khả năng tư lợi được thực hiện trên cơ sở công khai đầy đủ, không vì lợi thế cá nhân, đảm bảo công bằng và trung thực. Theo John H. Parrar và Susan Watson, cách để nhận biết chính xác nhất về giao dịch có khả năng tư lợi là việc so sánh nó với giao dịch công bằng⁵.

Dựa vào các yếu tố cấu thành của một giao dịch như: chủ thể tham gia giao dịch, giá trị giao dịch, nội dung giao dịch, pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi chỉ ra những giao dịch sau của công ty cần phải đặt dưới sự kiểm soát chặt chẽ hơn:

Thứ nhất, giao dịch giữa công ty với người có liên quan.

Pháp luật về quản trị công ty đặc biệt chú ý đến giao dịch của công ty với “người liên

³ John H. Farrar and Professor Susan Watson (2012), *Self dealing, fair dealing and related party transactions – History, Policy and Reform*.

⁴ Nguyễn Thanh Lý (2019), “*Nhận diện giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty đại chúng*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 9/2019.

⁵ John H. Farrar and Susan Watson (2012), *Self dealing, fair dealing and related party transactions – History, Policy and Reform*, p.1.

quan”. Bộ quy tắc về quản trị công ty của OECD định nghĩa: “các bên có liên quan bao gồm các đơn vị cùng chịu một sự kiểm soát, các cổ đông lớn kể cả các thành viên trong gia đình họ, các công ty liên kết và những người nắm giữ các vị trí quản lý chủ chốt”⁶. Xác định người có liên quan cần lưu ý các đặc điểm sau: (1) người liên quan có thể là cá nhân hoặc tổ chức tham gia vào giao dịch của công ty; (2) có mối quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với công ty; (3) cơ sở mối quan hệ với công ty có thể là: quan hệ lợi ích, quan hệ gia đình, quan hệ quản lý, quan hệ tình cảm cá nhân...; (4) người liên quan có khả năng quyết định hoặc có khả năng chi phối tới việc xác lập và thực hiện giao dịch của công ty. Khi tham gia giao dịch với các chủ thể này công ty phải chịu những sức ép nhất định về tài chính cũng như quản lý, là nguyên nhân làm cho các giao dịch có nguy cơ không được xác lập một cách công bằng, bình đẳng.

Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2020 (Luật Doanh nghiệp), *người có liên quan*⁷ là cá nhân, tổ chức có quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với doanh nghiệp trong các trường hợp sau đây:

- Công ty mẹ, người quản lý và người đại diện theo pháp luật của công ty mẹ và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý của công ty mẹ; Công ty con, người quản lý và người đại diện theo pháp luật của công ty con; Cá nhân, tổ chức hoặc nhóm cá nhân, tổ chức có khả năng chi phối hoạt động của doanh nghiệp đó thông qua sở hữu, thuê tóm cổ phần, phần vốn góp hoặc thông qua việc ra quyết định của công ty; Cá nhân là người đại diện theo ủy quyền của công ty, tổ chức đó;

- Người quản lý doanh nghiệp, người đại diện theo pháp luật, Kiểm soát viên;

- Vợ, chồng, bố đẻ, mẹ đẻ, bố nuôi, mẹ nuôi, bố chồng, mẹ chồng, bố vợ, mẹ vợ, con đẻ, con nuôi, con rể, con dâu, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý công ty, người đại diện theo pháp luật, Kiểm soát viên, thành viên và cổ đông sở hữu phần vốn góp hay cổ phần chi phối;

- Doanh nghiệp trong đó cá nhân, công ty, tổ chức trên có sở hữu đến mức chi phối việc ra quyết định của công ty.

Bên cạnh việc nhận diện đối với người có liên quan của doanh nghiệp, Luật Doanh nghiệp còn đưa ra khái niệm *người có quan hệ gia đình* bao gồm: vợ, chồng, bố đẻ, mẹ đẻ, bố nuôi, mẹ nuôi, bố chồng, mẹ chồng, bố vợ, mẹ vợ, con đẻ, con nuôi, con rể, con dâu, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu, anh ruột của vợ, anh ruột của chồng, chị ruột của vợ, chị ruột của chồng, em ruột của vợ, em ruột của chồng.

Trên cơ sở quy định về người có liên quan của Luật Doanh nghiệp, các văn bản pháp luật chuyên ngành khác có thể xác định cụ thể hơn về người có liên quan của công ty. Ví dụ, Luật Chứng khoán sẽ chỉ ra một số trường hợp đặc biệt để thu hẹp hơn phạm vi của người liên quan gồm: doanh nghiệp và người nội bộ của doanh nghiệp đó; quỹ đại chúng, công ty đầu tư chứng khoán đại chúng và người nội bộ của quỹ đại chúng hoặc công ty đầu tư chứng khoán đại chúng đó; doanh nghiệp và tổ chức, cá nhân sở hữu trên 10% số cổ phiếu có quyền biểu quyết hoặc vốn góp của doanh nghiệp đó; tổ chức, cá nhân mà trong mối quan hệ với tổ chức, cá nhân khác trực tiếp, gián tiếp kiểm

⁶ Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế -OECD (2004), Bộ quy tắc về quản trị công ty của OECD, tr.55.

⁷ Khoản 23 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

soát hoặc bị kiểm soát bởi tổ chức, cá nhân đó hoặc cùng với tổ chức, cá nhân đó chịu chung một sự kiểm soát; cá nhân và bố đẻ, mẹ đẻ, bố nuôi, mẹ nuôi, bố chồng, mẹ chồng, bố vợ, mẹ vợ, vợ, chồng, con đẻ, con nuôi, con dâu, con rể, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của cá nhân đó; công ty quản lý quỹ đầu tư chứng khoán và các quỹ đầu tư chứng khoán, công ty đầu tư chứng khoán do công ty quản lý quỹ đầu tư chứng khoán đó quản lý; quan hệ hợp đồng trong đó một tổ chức, cá nhân là đại diện cho tổ chức, cá nhân kia¹. Ngoài ra, đối với những doanh nghiệp nhà nước, công ty đại chúng các giao dịch giữa công ty với người có liên quan và người có quan hệ gia đình được xác định là một trong những giao dịch có khả năng tư lợi cần kiểm soát chặt chẽ.

Thứ hai, giao dịch có giá trị lớn.

Giá trị của giao dịch bao hàm trong đó lợi ích mà công ty có thể đạt được, là điều mà các chủ thể tham gia giao dịch đều hướng đến. Pháp luật về quản trị công ty đặc biệt quan tâm đến các giao dịch có giá trị lớn, bởi các giao dịch có giá trị lớn có khả năng ảnh hưởng đến cơ cấu tài chính và nền tảng chung của công ty. Dẫn đến lo ngại rằng nếu để xảy ra tư lợi thì công ty sẽ phải hứng chịu những thiệt hại nghiêm trọng.

Căn cứ vào từng loại hình công ty hoặc điều kiện của công ty, pháp luật xác định một tỷ lệ thích hợp để một giao dịch của công ty được gọi là giao dịch có giá trị lớn. Chẳng hạn, các giao dịch lớn đối với công ty trách nhiệm hữu hạn là giao dịch có giá trị từ **50%** tổng giá trị tài sản trở lên được ghi trong báo cáo tài chính

tại thời điểm công bố gần nhất của công ty hoặc một tỷ lệ hoặc giá trị khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty; đối với công ty cổ phần giao dịch có giá trị có giá trị từ **35%** tổng giá trị tài sản trở lên được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất của công ty, trừ trường hợp Điều lệ công ty quy định một tỷ lệ hoặc một giá trị khác; đối với công ty đại chúng giao dịch có giá trị lớn là giao dịch có giá trị lớn hơn **15%** tổng tài sản của công ty căn cứ vào báo cáo tài chính năm gần nhất được kiểm toán hoặc báo cáo tài chính 06 tháng gần nhất được soát xét.

Thứ ba, giao dịch có nội dung bất thường.

Giao dịch có nội dung bất thường là các giao dịch sau:

- Giao dịch trong tình trạng pháp lý đặc biệt của công ty (đang lâm vào tình trạng phá sản hoặc giải thể), một số giao dịch tư lợi có thể diễn ra như: cất giấu, tẩu tán tài sản; cầm cố, thế chấp, tặng cho tài sản; ký kết hợp đồng mới...

- Các giao dịch vi phạm điều cấm của pháp luật như giao dịch nội gián (*insider trading*) là hành vi vi phạm pháp luật do những người có chức trách của công ty mua hoặc bán cổ phần của công ty nhờ việc sử dụng những thông tin chưa được công bố mà người này có được từ việc giữ chức trách nhất định trong công ty².

- Giao dịch đơn phương của công ty như: từ bỏ quyền đòi nợ, hay giảm nợ, miễn nợ³...

- Giao dịch mà giá cả của giao dịch có sự chênh lệch lớn so với mặt bằng giá cả chung của thị trường tại thời điểm ký; hoặc những giao dịch được xác lập vào thời điểm kinh

¹ Khoản 46 Điều 4 Luật Chứng khoán năm 2019.

² GS.TS. Lê Hồng Hạnh (1999), *Buôn bán nội gián trong hoạt động của các công ty trên thị trường chứng khoán*, Tạp chí Luật học, số 5/1999.

³ PGS.TS. Ngô Huy Cương (Chủ biên), *Giáo trình Luật Thương mại phần chung và thương nhân*; Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2013, tr.191.

doanh không bình thường của công ty; hoặc các giao dịch chuyển nhượng tất cả hay một phần lớn tài sản của công ty, dẫn đến việc bán công ty⁴...

2. Các biện pháp kiểm soát giao dịch tư lợi

Về mặt lý luận, các giao dịch có khả năng tư lợi là những giao dịch hàm chứa rủi ro cho công ty, nhưng để đảm bảo lợi ích tốt nhất cho công ty, pháp luật quản trị công ty không lựa chọn cách thức cấm đoán đối với những giao dịch có khả năng tư lợi. Bởi lẽ, nếu như giao dịch có khả năng tư lợi mang lại lợi ích lớn hơn các giao dịch thông thường thì công ty vẫn sẽ chọn giao dịch có khả năng tư lợi, và yêu cầu lúc này là thực hiện các biện pháp kiểm soát phù hợp để cho các cá nhân không thể trục lợi được từ các giao dịch đó.

Về cơ bản, các biện pháp kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi phải đảm bảo yêu cầu về tính toàn diện. Yêu cầu này cho phép chúng ta nhìn nhận và phân tích vấn đề kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong cả quá trình từ lựa chọn cơ hội, ký kết giao dịch, đến thực hiện giao dịch và cơ chế hậu kiểm. Cụ thể, có ba biện pháp kiểm soát phổ biến sau:

(i) *Kiểm soát lường trước (hay kiểm soát trước khi thực hiện)* bằng cách tiên liệu các khả năng tư lợi có thể phát sinh nhằm ngăn ngừa trước. Tác dụng của kiểm soát lường trước sẽ giúp cho doanh nghiệp chủ động đối phó với những rủi ro trong tương lai và chủ động tránh sai lầm ngay từ đầu. Đây là hình thức kiểm soát ít tốn kém nhất;

(ii) *Kiểm soát hiện hành (hay kiểm soát trong khi thực hiện)* là cách giám sát trực tiếp ngay trong khi thực hiện, nắm bắt những lệch lạc và đưa ra những biện pháp tháo gỡ kịp thời;

(iii) *Kiểm soát sau khi thực hiện (kiểm soát phản hồi)* là loại kiểm soát được thực hiện sau khi hoạt động đã xảy ra. Mục đích của loại kiểm soát này là nhằm xác định xem các giao dịch có được thực hiện nghiêm túc không? Phát hiện những sai phạm trong cả quá trình thực hiện giao dịch và đưa ra cơ chế xử lý thích đáng.

Yêu cầu toàn diện trong kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi đòi hỏi các công ty phải kết hợp chặt chẽ với các nội dung quản trị công ty khác, trong đó có biện pháp kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi thông qua các văn bản nội bộ trong công ty. *Không có một quy tắc nào hữu hiệu cho mọi trường hợp.* Bởi vậy, bên cạnh những quy định kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi được điều chỉnh bởi quy định của pháp luật, cần đẩy mạnh vai trò của các văn bản nội bộ trong công ty. Ở một góc độ nào đó, nguyên tắc này củng cố cho những quan điểm về quyền hạn cho cơ sở hay phi tập trung hóa (subsidiarity) đòi hỏi các công ty phải chủ động và linh hoạt trong điều chỉnh các hoạt động của mình thông qua điều lệ hoạt động của công ty.

Thứ nhất, quy định về cơ chế thông qua quyết định của công ty.

Căn cứ vào tính chất (mục đích, đối tượng, nội dung) giao dịch và giá trị giao dịch pháp luật sẽ phân định thẩm quyền quyết định giao dịch là ai, bộ phận nào của công ty. Theo đó, quyền quyết định lớn nhất thuộc về Hội đồng thành viên (HĐTV), Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ); tiếp đến là thẩm quyền của Hội đồng quản trị (HĐQT), và thẩm quyền của Ban Giám đốc (BGĐ), Giám đốc (GD)/Tổng Giám đốc (TGD)... Các quyết định của HĐTV, ĐHĐCĐ có được thông qua hay không tùy từng trường hợp pháp luật hoặc Điều lệ công ty sẽ quy định một tỷ lệ phiếu biểu quyết nhất định. Chẳng

⁴ Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế - OECD (2004), Bộ quy tắc về quản trị công ty của OECD, tr.18.

hạn, trong công ty TNHH, giao dịch bán tài sản có giá trị từ 50% tổng giá trị tài sản trở lên được thông qua khi các thành viên dự họp sở hữu từ 75% tổng số vốn góp của tất cả thành viên dự họp trở lên tán thành; trong công ty cổ phần, giao dịch đầu tư hoặc bán tài sản có giá trị từ 35% tổng giá trị tài sản trở lên được thông qua nếu được số cổ đông đại diện từ 65% tổng số phiếu biểu quyết trở lên của tất cả cổ đông dự họp tán thành (trừ Điều lệ có quy định khác)⁵; HĐQT, ĐHĐCĐ hoặc HĐQT chấp thuận hợp đồng, giao dịch giữa công ty với người có liên quan... Thẩm quyền quyết định giao dịch và tỷ lệ bỏ phiếu thông qua giao dịch có thể khác nhau ở từng giao dịch cụ thể, từng công ty với mỗi loại hình công ty khác nhau.

Thứ hai, quy định về công khai hóa thông tin để kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi.

Công khai hóa thông tin là biện pháp hữu hiệu trong việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi nói riêng và là yêu cầu khách quan trong hoạt động quản trị công ty. Luật Doanh nghiệp quy định việc công khai hóa thông tin ở hai cấp độ: (i) ở cấp độ công ty, phải công khai danh sách những người có liên quan của công ty; (ii) ở cấp độ cá nhân, người quản lý công ty phải kê khai các lợi ích liên quan của họ với công ty. Mặc dù vậy, nghĩa vụ công khai hóa thông tin có sự khác biệt rất rõ ràng giữa công ty đại chúng và công ty phi đại chúng. Thực trạng công khai hóa thông tin liên quan đến các giao dịch của công ty cho thấy, đa số các công ty công bố thông tin với mức độ và hình thức khác nhau, nhưng chủ yếu thông qua các cách thức thông tin nội bộ hoặc chế độ báo cáo với người quản lý. Các thông tin về giao dịch với các bên có liên quan; các yếu tố rủi ro có thể

tiên liệu; chính sách thù lao cho HĐQT và các cán bộ quản lý cấp cao của công ty không dễ tiếp cận. Trong khi đó, về phía người có nghĩa vụ công khai thông tin thường không thực hiện đúng quy định về kê khai các thông tin với người có liên quan, không kê khai lợi ích trong các giao dịch mà mình có liên quan.

Thứ ba, điều kiện về tư cách và nghĩa vụ của người quản lý trong công ty.

Luật Doanh nghiệp quy định HĐQT, ĐHĐCĐ sẽ có quyền chọn lựa để bầu, bổ nhiệm các vị trí quản lý quan trọng của công ty. Những người được bầu, bổ nhiệm vào vị trí quản lý sẽ được trao thẩm quyền ra các quyết định nhất định để hành động cho và vì công ty, cũng như định đoạt tài sản của công ty⁶. Vì vậy, tư cách của người quản lý (gồm điều kiện và tiêu chuẩn để được bổ nhiệm giữ chức danh quản lý) có ảnh hưởng lớn đến hiệu quả hoạt động của công ty, cũng như việc kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty. Tuy vào vị trí quản lý mà họ đảm nhiệm, pháp luật doanh nghiệp và Điều lệ công ty sẽ quy định cụ thể điều kiện, tiêu chuẩn để được bổ nhiệm; đồng thời, quy định các trường hợp bị cấm đảm nhiệm chức vụ quản lý. Song song với các điều kiện lựa chọn người quản lý thì việc đòi hỏi các nghĩa vụ về sự trung thực, cẩn trọng, miễn cán của người quản lý là rất cần thiết cho dù các nghĩa vụ này xuất phát từ nền tảng đạo đức khó có thể đo đếm chính xác.

Quy định của pháp luật tuy tưởng minh nhưng thực tiễn thực hiện pháp luật dường như đã bỏ qua quy trình lựa chọn người quản lý cũng như cơ chế đánh giá hiệu quả hoạt động của người quản lý. Chế độ kiêm nhiệm vẫn khá phổ biến ở nhiều vị trí quản lý quan trọng như:

⁵ Điểm đ khoản 3 Điều 59 và điểm đ khoản 1 Điều 148 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

⁶ Bùi Xuân Hải (2007), “*Học thuyết đại diện và mấy vấn đề của pháp luật công ty Việt Nam*”, Tạp chí khoa học pháp lý số 4.

Chủ tịch HĐQT đồng thời là GD (TGD); thành viên HĐQT, Ban Kiểm soát (BKS) phần lớn vẫn là người lao động của công ty; hoặc người quản lý công ty cùng lúc kiêm nhiệm nhiều vị trí khác. Đặc biệt tính chất gia đình trị vẫn còn tồn tại ở nhiều công ty, mà theo đánh giá của các chuyên gia thì đây là bước cản cho quá trình phát triển của doanh nghiệp vốn đã có quá nhiều các mối quan hệ với người có liên quan. Trong khi đó, trách nhiệm giải trình - một trong những biện pháp kiểm soát quyền lực gắn liền với công việc và nghĩa vụ của người quản lý không được đề cao.

Thứ tư, quy định về quyền của chủ sở hữu và vấn đề lương thưởng đối với người quản lý để phòng, chống giao dịch tư lợi.

Chủ sở hữu của công ty là người có quyền và lợi ích gắn bó với công ty, nếu xảy ra các giao dịch tư lợi thì quyền lợi của họ bị xâm hại trực tiếp. Chính vì vậy mà pháp luật đã quy định cho họ những quyền nhất định trong tổ chức và hoạt động của công ty, cũng như việc kiểm soát các giao dịch có nguy cơ tư lợi. Theo đó, cơ chế kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi quan tâm đến những quyền sau của cổ đông:

- Quyền được cung cấp thông tin về giao dịch;

- Quyền biểu quyết chấp thuận hay không chấp thuận một số giao dịch có khả năng tư lợi: giao dịch với người liên quan; giao dịch có giá trị lớn; giao dịch có nội dung bất thường;

- Quyền đề cử người quản lý công ty và cơ quan kiểm soát nội bộ của công ty;

- Quyền khởi kiện khi phát hiện vi phạm đối với các giao dịch của công ty.

Bên cạnh đó, vấn đề lương thưởng đối với

người quản lý cũng cần được quan tâm thích đáng. Đúng như Adolf A. Berle & Gardiner C. Means đã phân tích: việc nhận được đồng lương không xứng đáng là một trong những lý do khiến cho người quản lý hoặc người đại diện hành động vì lợi ích cá nhân thay vì lợi ích của công ty và các chủ sở hữu⁷. Đồng thời, lương thưởng của người quản lý cũng cần được các thành viên và cổ đông trong công ty quyết định để tránh tình trạng thành viên HĐQT, GD/TGD trục lợi qua việc nhận lương thưởng.

Đáng lưu ý, trong quản trị các công ty có quy mô lớn ở Việt Nam, các quyền của cổ đông theo luật định phần lớn chỉ được thực hiện tại ĐHĐCĐ. Do đó, các quyền của chủ sở hữu có được bảo vệ hay không là phụ thuộc vào việc họ có cơ hội và điều kiện để tham gia và quyết định tại ĐHĐCĐ hay không. Điều này được thể hiện qua các tiêu chí như điều kiện về tỷ lệ cổ phần, thời gian nắm giữ liên tục để được dự họp ĐHĐCĐ, phương tiện mời họp, thời gian mời họp, thông tin về cuộc họp... Thực tế, có rất nhiều sai phạm của các công ty trong việc đối xử bất bình đẳng giữa cổ đông lớn và cổ đông nhỏ cũng như những sai phạm về cách thức tổ chức họp ĐHĐCĐ. Có những công ty cổ đông lớn cố ý tham gia biểu quyết các hợp đồng, giao dịch của công ty với người có quyền và lợi ích liên quan của họ trong khi luật không cho phép tham gia biểu quyết. Ngoài ra, trong các công ty có vốn góp của Nhà nước, các giao dịch tư lợi diễn ra khá phổ biến mà nguyên do là mối quan hệ giữa chủ sở hữu và người quản lý còn hiện diện quá nhiều sự bất cập của chế độ đại diện và ủy quyền.

Thứ năm, kiểm soát nội bộ đối với các giao dịch để tránh tư lợi.

Việc tăng cường quyền lực của BKS và quy

⁷ Adolf A. Berle & Gardiner C. Means (1932/1968), *The Modern Corporation and Private Property*, MacMilan, New York, p.26-27.

định rõ nghĩa vụ của BKS đối với công ty cũng như các cổ đông sẽ hạn chế phần nào các sai phạm của những người quản lý, người đại diện khi tham gia các giao dịch của công ty. Việc tách bạch giữa giám sát và điều hành công ty là điều rất cần thiết, đặc biệt là các quy định về đề cử thành viên BKS và yêu cầu đối với số lượng thành viên BKS độc lập. Theo thông lệ quản trị doanh nghiệp quốc tế, chức năng chủ yếu của BKS hay kiểm soát viên là bảo vệ lợi ích của chủ sở hữu của cổ đông công ty; giám sát các hoạt động của HĐQT, GĐ/TGD trong thực hiện nhiệm vụ do chủ sở hữu và các cổ đông giao. Tuy nhiên thực tế, hoạt động của BKS, kiểm soát viên có sự lệch hướng: BKS và kiểm soát viên thay vì giám giá hoạt động của HĐQT, phục vụ “ông chủ” là các cổ đông thì chủ yếu thực hiện kiểm soát hoạt động sản xuất kinh doanh nói chung của doanh nghiệp và kiểm soát hoạt động tài chính. Nhìn chung, kiểm soát nội bộ còn hình thức và kém hiệu quả, vai trò của BKS chỉ là “tồn tại trên giấy tờ”.

Thứ sáu, kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi thông qua các văn bản nội bộ của công ty.

Trong hoạt động của các công ty, nếu như quy định trong các văn bản pháp luật có tính chất định khung, định hướng, thì trong khuôn khổ đó, các chủ thể tham gia lại thỏa thuận với nhau một hợp đồng cụ thể không trái với các quy định của pháp luật. Về bản chất các văn bản nội bộ của công ty là một dạng hợp đồng như thế. Do đó, đối với hoạt động kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty, cần lưu ý đến những văn bản nội bộ của công ty, đặc biệt là Điều lệ công ty – một văn bản nội bộ được gọi như là “Hiến pháp của công ty”.

Mối quan hệ giữa văn bản pháp luật và các văn bản nội bộ của công ty khi kiểm soát giao

dịch có khả năng tư lợi thể hiện rõ khi pháp luật về kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi cũng như pháp luật quản trị công ty luôn có những quy định mở dành cho Điều lệ và các văn bản nội bộ của công ty quy định cụ thể. Các nội dung về: xác định các giao dịch cần kiểm soát chặt chẽ; bổ sung danh sách người liên quan, người quản lý; các giao dịch cần được biểu quyết thông qua bởi ĐHCĐ và HĐQT; tỷ lệ biểu quyết; tư cách người quản lý; xử lý vi phạm nội bộ... đều có sự tham gia điều chỉnh của các văn bản nội bộ.

Thực tiễn thực hiện kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi thông qua các văn bản nội bộ của công ty cho thấy, việc xây dựng văn bản nội bộ và “chất lượng” của các văn bản nội bộ có sự khác biệt lớn giữa các loại hình công ty; giữa một số công ty hoạt động trong lĩnh vực ngân hàng, chứng khoán, bảo hiểm với các công ty hoạt động trong các lĩnh vực khác. Thậm chí, khi thành lập doanh nghiệp, các doanh nghiệp thường xem nhẹ vai trò của Điều lệ và các văn bản nội bộ công ty, biểu hiện điển hình là sự thiếu đầu tư đúng mức khi xây dựng nó. Rất nhiều doanh nghiệp xem Điều lệ và các văn bản nội bộ công ty chỉ là một loại văn bản để làm tròn thủ tục với cơ quan công quyền khi đăng ký thành lập doanh nghiệp⁸. Dẫn đến mục tiêu kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi nói riêng, quản trị công ty nói chung bằng các văn bản nội bộ của công ty không thể thực hiện nhiệm vụ cần có của nó.

Thứ bảy, biện pháp xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi.

Để kiểm soát hiệu quả các giao dịch có khả năng tư lợi, không thể không nói đến cơ chế xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi. Theo đó, biện pháp xử lý vi phạm

⁸ Lưu Minh Sang, Trịnh Ngọc Nam (2015), *Điều lệ công ty – “bản hiến pháp” đang bị lãng quên*.

trong giao kết và thực hiện giao dịch tư lợi gồm có: *Thứ nhất, đối với hợp đồng tư lợi*, nếu giao kết hợp đồng không đúng quy định thì hậu quả pháp lý có thể là hợp đồng bị vô hiệu và xử lý vô hiệu theo quy định của pháp luật⁹. *Thứ hai, đối với người đại diện tham gia giao dịch và người có liên quan khi vi phạm* tùy theo tính chất, mức độ vi phạm có những chế tài sau: bồi thường thiệt hại phát sinh, hoàn trả công ty những khoản lợi thu được từ hợp đồng, xử lý kỷ luật theo quy chế nội bộ công ty, xử lý vi phạm hành chính, truy cứu trách nhiệm hình sự. Đặc biệt, hành vi tư lợi thông qua các giao dịch của công ty khi có đầy đủ các dấu hiệu cấu thành tội phạm tham nhũng có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự đối với tội phạm tham nhũng trong lĩnh vực tư¹⁰.

3. Giải pháp hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả kiểm soát giao dịch tư lợi trong công ty

Hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty cần có các giải pháp thích hợp cho việc: nhận diện các giao dịch có khả năng tư lợi; tăng cường hiệu quả của các biện pháp kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi; kiểm soát tốt giao dịch có khả năng tư lợi thông qua các văn bản nội bộ của công ty; và xử lý vi phạm đối với những giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty. Cụ thể một số giải pháp sau:

Một là, để nhận diện chính xác về giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty, pháp luật doanh nghiệp cần đưa ra khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi. Luật Doanh nghiệp năm 2020 hiện hành cũng như các đạo luật doanh nghiệp trước

đó đều không đưa ra khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty. Bởi vậy, các văn bản nội bộ công ty cần chú ý đến vấn đề này để bổ sung những điểm còn khiếm khuyết của pháp luật. Bên cạnh khái niệm về giao dịch có khả năng tư lợi, cần làm rõ một số khái niệm cụ thể đối với các loại giao dịch có khả năng tư lợi đặc biệt là giao dịch với người có liên quan của công ty. Theo đó, người có liên quan của công ty cần đảm bảo sự thống nhất giữa Luật Doanh nghiệp năm 2020, Luật Chứng khoán năm 2019 và các văn bản dưới luật. Pháp luật doanh nghiệp cần mở rộng đối tượng là người quản lý trong công ty như: Phó Giám đốc, Phó Tổng Giám đốc, Kế toán trưởng, Giám đốc chi nhánh, Trưởng văn phòng đại diện trực thuộc công ty... Ngoài ra, pháp luật Việt Nam có thể học tập kinh nghiệm của pháp luật Vương quốc Anh trong việc quy định hành vi trục lợi, gây hại cho công ty của những người quản lý công ty ngầm (shadow director), người quản lý tiền nhiệm (former director) hay bên thứ ba bị xem là đối tượng của khởi kiện phá sản¹¹.

Khi hoàn thiện pháp luật về nhận diện giao dịch có khả năng tư lợi trong công ty, cần làm rõ căn cứ pháp lý để xác định giao dịch có khả năng tư lợi: về người đại diện tham gia giao dịch; người có liên quan của công ty; giá trị tài sản tham gia giao dịch; nội dung bất thường của giao dịch. Trên cơ sở đó, pháp luật điều chỉnh chung (luật doanh nghiệp; luật chứng khoán; luật phá sản;... và các văn bản pháp luật liên quan) và văn bản nội bộ của công ty cần nhận diện đầy đủ các giao dịch cần phải được kiểm soát bao gồm: giao dịch giữa công ty đại chúng với người có liên quan; giao dịch có giá trị lớn; giao dịch nội gián; giao dịch bất

⁹ Điều 67, Điều 86, Điều 167 Luật Doanh nghiệp năm 2020.

¹⁰ Mục 1 Chương XXIII Bộ luật Hình sự năm 2017.

¹¹ Nguyễn Hữu Hưng (2016), “*Quyền khởi kiện phá sản của cổ đông trong công ty cổ phần ở Việt Nam*”, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 11/2016.

thường: giao dịch trong các trường hợp đặc biệt (công ty lâm vào tình trạng phá sản); giao dịch đơn phương của công ty (tặng cho tài sản, giãn nợ, xóa nợ...).

Hai là, cần công khai, minh bạch thông tin về giao dịch có khả năng tư lợi. Hiện nay, pháp luật chỉ chú trọng việc công khai nội dung của giao dịch (những thông tin ở bước tiền hợp đồng) mà chưa có sự điều chỉnh một cách toàn diện trong cả quá trình thực hiện và giám sát giao dịch có khả năng tư lợi. Bởi lẽ, nếu chỉ nhìn vào bản dự thảo hợp đồng thì ĐHĐCĐ sẽ khó đánh giá chính xác được những lợi ích liên quan có thể bị trục lợi. Do đó, cần công khai hóa những đánh giá, dự báo của HĐQT về tiềm năng phát triển, và nhất là các rủi ro có thể xảy đến với công ty và mức độ của những rủi ro đó trong các giao dịch của công ty để các cổ đông nắm được tình hình trước khi bỏ phiếu chấp thuận hay không chấp thuận giao dịch.

Ba là, kiểm soát các giao dịch có khả năng tư lợi cần đảm bảo thực hiện tốt nghĩa vụ của người quản lý công ty, trong đó các yêu cầu sau cần được quan tâm: (1) nhận diện người quản lý công ty; (2) cơ chế xác lập người quản lý; (3) điều kiện, tiêu chuẩn để được bổ nhiệm người quản lý công ty; (4) các nghĩa vụ của người quản lý công ty; (5) chế tài xử lý vi phạm. Bên cạnh đó, trách nhiệm giải trình là một trong những nội dung cơ bản của Bộ quy tắc về Quản trị công ty cổ phần của Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) chứa đựng thông lệ quản trị công ty tốt. Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp của Việt Nam chưa làm rõ được trách nhiệm này. Thiết nghĩ, để đảm bảo thực hiện nghĩa vụ của người quản lý công ty, Luật Doanh nghiệp cần bổ sung các quy định về trách nhiệm giải trình của người quản lý.

Bốn là, nâng cao hiệu quả kiểm soát giao

dịch có khả năng tư lợi trong công ty cần nhận thức và sử dụng có hiệu quả đối với Điều lệ và các văn bản nội bộ khác của công ty. Các văn bản nội bộ công ty bên cạnh việc phù hợp với các quy định pháp luật còn cần phải làm được các vấn đề sau: (1) Cần cụ thể hơn các quy định của pháp luật; đặc biệt, những quy định mà pháp luật điều chỉnh chung nhường chỗ cho Điều lệ quy định, thì Điều lệ công ty cần cụ thể hóa, chi tiết hóa những quy định đó để áp dụng trong công ty mình; (2) Điều lệ và các văn bản nội bộ phải phù hợp với đặc điểm, đặc thù của công ty, tránh tình trạng Điều lệ “chép” dẫn đến chất lượng, hiệu quả, tính khả thi của các quy định thấp; (3) Điều lệ và các văn bản nội bộ công ty nên đạt được bước tiến xa hơn quy định chung của luật, khắc phục những khiếm khuyết của luật, như: đưa ra định nghĩa về giao dịch có khả năng tư lợi; nhận diện đầy đủ, chính xác các giao dịch có khả năng tư lợi, đối tượng có khả năng tư lợi; xây dựng cơ chế kiểm soát giao dịch có khả năng tư lợi từ lúc tiền giao dịch cho đến khi hoàn tất giao dịch.

Năm là, các giải pháp liên quan đến xử lý vi phạm trong giao kết và thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi cần lưu ý mức xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực quản trị công ty đại chúng nói chung, xử lý vi phạm trong giao kết vào thực hiện giao dịch có khả năng tư lợi nói riêng còn quá nhẹ so với hậu quả mà hành vi vi phạm mang lại. Chính vì vậy, trong thời gian tới cần hoàn thiện các quy định về xử lý vi phạm hành chính đối với công ty theo hướng tăng nặng chế tài đối với những vi phạm. Có thể khẳng định, giao dịch tư lợi là một dạng của tham nhũng trong lĩnh vực tư; do đó, cần mở rộng cách tiếp cận về tội tham nhũng trong lĩnh vực tư ở Việt Nam hiện nay và hình sự hóa tham nhũng trong khu vực tư là cần thiết ■

MIỄN TRÁCH NHIỆM ĐỐI VỚI VI PHẠM HỢP ĐỒNG DO PHẢI THỰC HIỆN QUYẾT ĐỊNH CỦA CƠ QUAN NHÀ NƯỚC CÓ THẨM QUYỀN

Nguyễn Văn Hùng

ThS. Khoa luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Vi phạm hợp đồng, miễn trách nhiệm, Luật Thương mại.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/11/2021
Biên tập : 12/01/2022
Duyệt bài : 13/01/2022

Article Infomation:

Keywords: Violation of contract; liability exemption; Law on Commerce of 2005.

Article History:

Received : 02 Nov. 2021
Edited : 12 Jan. 2022
Approved : 13 Jan. 2022

Tóm tắt:

Đại dịch Covid-19 tác động mạnh mẽ lên đời sống kinh tế xã hội, trong đó có việc các doanh nghiệp không thể tiếp tục thực hiện các hợp đồng thương mại đã ký kết. Việc không thực hiện được hợp đồng do phải tuân thủ các quyết định liên quan đến hoạt động chống dịch thì có được miễn trách nhiệm hay không, vấn đề này liên quan đến việc áp dụng chế định miễn trách nhiệm. Chế định miễn trách nhiệm được quy định trong hệ thống pháp luật nhằm bảo đảm nguyên tắc công bằng cho các bên khi thực hiện hợp đồng trong lĩnh vực thương mại, pháp luật thương mại Việt Nam quy định vấn đề này tại Điều 294 Luật Thương mại năm 2005. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quy định của pháp luật về trường hợp miễn trách nhiệm do phải thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, phân tích bình luận một số tình huống áp dụng quy định này trong thực tiễn và đưa ra các kiến nghị.

Abstract:

The Covid-19 pandemic has had a strong impact on socio-economic activities, including the inability of businesses to continue to perform signed commercial contracts, the failure to perform contracts due to compliance of the decisions related to anti-epidemic activities are exempt from responsibility or not, this issue is related to the application of the exemption regime. The institution of liability exemption is prescribed in the legal system to ensure the principle of fairness for the parties when performing a contract in the Article No. 294 of Law on Commerce of 2005. Within the scope of this article, the author provides an analysis off the legal provisions on the case of exemption from liability due to the decision of a competent agency, analysis of and comments on a number of situations where the regulation is applied and relevant recommendations.

Theo nguyên tắc chung, khi hợp đồng được giao kết một cách hợp pháp thì nó sẽ có hiệu lực pháp luật, theo đó nếu bất kỳ bên nào không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ nghĩa vụ thì đó là hành vi vi phạm hợp đồng và phải chịu trách nhiệm với hành vi vi

phạm đó. Mặt khác, pháp luật hợp đồng cũng áp dụng nguyên tắc công bằng; bởi lẽ, sẽ là không công bằng nếu bên vi phạm phải chịu trách nhiệm trong mọi trường hợp¹. Chế định miễn trách nhiệm do vi phạm hợp đồng được quy định trong các văn bản pháp luật đóng vai

¹ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2017), Giáo trình Pháp luật thương mại hàng hóa và dịch vụ, Nhà xuất bản Hồng Đức, Hội Luật gia Việt Nam, tr.440.

trò bảo vệ bên vi phạm hợp đồng trong trường hợp vi phạm xảy ra là do những sự cố nằm ngoài khả năng dự đoán và khả năng kiểm soát của bên vi phạm. Trong lĩnh vực thương mại, các trường hợp miễn trách nhiệm được quy định tại Điều 294 Luật Thương mại năm 2005. Một trong các trường hợp được miễn trách nhiệm đó là: “Hành vi vi phạm của một bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết hợp đồng”². Có thể xác định rằng, hành vi vi phạm nghĩa vụ hợp đồng do phải thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là một trong những sự kiện cụ thể của trường hợp bất khả kháng. Vì vậy, khi rơi vào trường hợp này, bên vi phạm nghĩa vụ vẫn có thể viện dẫn trường hợp bất khả kháng để làm căn cứ miễn trách nhiệm. Để áp dụng quy định này trong thực tiễn điều chỉnh quan hệ hợp đồng thương mại, cần làm rõ hai vấn đề pháp lý sau đây: thứ nhất, những chủ thể nào là cơ quan có thẩm quyền, nội dung của quyết định, đồng thời xác định văn bản của các chủ thể này ban hành có đúng thẩm quyền hay không; thứ hai, khả năng nhận biết của các bên đối với quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

1. Quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền

Quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền được quy định tại điểm d khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại năm 2005 được hiểu theo nghĩa rộng, không chỉ bao gồm các loại văn bản hành chính nói chung, mà còn bao hàm các quyết định cá biệt, các nghị quyết cá biệt hay các văn bản hành chính khác như công văn, thông báo. Nghị quyết hay quyết định cá biệt (còn được gọi là văn bản áp dụng quy

phạm pháp luật) là các văn bản được ban hành theo trình tự hình thức thủ tục do pháp luật quy định nhằm áp dụng các quy phạm pháp luật vào từng trường hợp cụ thể có hiệu lực áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể về một vấn đề cụ thể. Điều quan trọng là các văn bản này phải tác động một cách trực tiếp vào khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên có hành vi vi phạm hợp đồng.

Bên cạnh đó, để xác định căn cứ miễn trừ trách nhiệm, cần phải căn cứ vào mục đích của quyết định do cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền ban hành. Bởi lẽ, không phải tất cả các quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền có sự tác động đến khả năng thực hiện hợp đồng của các bên liên quan đều có thể lấy làm căn cứ miễn trừ trách nhiệm. Trong vấn đề này, có quan điểm cho rằng, những quyết định của cơ quan có thẩm quyền có tính chất cấm đoán nhưng không xuất phát từ việc bảo đảm an ninh quốc gia trong một lĩnh vực nào đó như vấn đề an ninh lương thực hay an ninh xã hội chẳng hạn thì không thể được coi là trường hợp được miễn trách nhiệm theo điểm d khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại năm 2005³. Cụ thể, trong một vụ tranh chấp về hợp đồng vận chuyển hàng hóa⁴, bên A là chủ tàu ký với bên B là chủ hàng một hợp đồng vận chuyển hạt lúa mì. Trong quá trình thực hiện hợp đồng bên A đã phải dừng việc dỡ hàng khi vẫn còn 2000 tấn lúa mì trên tàu theo quyết định của một cơ quan có thẩm quyền nước sở tại cấm tiêu thụ số lúa mì này vì ba lý do: thứ nhất, trong hàng hóa có lẫn ri sắt từ tàu; thứ hai, hàng hóa có chứa Phosyoxin là một loại thuốc trừ sâu bị cấm sử dụng cho hàng hóa; thứ ba, hàng có lẫn các hạt cỏ độc với số lượng vượt quá mức cho phép. Bên A đã đòi bên B bồi thường thiệt hại cho thời gian giữ hàng hóa trên tàu quá hạn, tiền bồi thường thiệt hại thương mại của tàu và các chi phí khác. Tuy nhiên, bên B lại cho rằng, nghĩa

² Điểm d khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại năm 2005.

³ Trường Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh (2016), *Giáo trình Luật Hợp đồng thương mại quốc tế*, Nxb. Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, tr. 111.

⁴ Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (2016), *Giải quyết tranh chấp hợp đồng- những điều doanh nhân cần biết*, Nxb. Thanh niên, tr. 223-226.

vụ dỡ hàng của mình đã không thực hiện được do có sự kiện bất khả kháng là quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Ủy ban trọng tài cho rằng, quyết định không cho phép dỡ hàng của cơ quan chức trách không được coi là một sự kiện bất khả kháng vì nó xuất phát từ hai nguyên nhân, một thuộc lỗi của tàu và một thuộc về bản thân hàng hóa. Trong hợp đồng này, bên A có nghĩa vụ phải bảo đảm tàu không làm hư hại hàng hóa, bên B có nghĩa vụ phải đảm bảo hàng hóa không chứa các thành phần độc hại. Do đó, Ủy ban trọng tài quyết định mỗi bên đều phải chịu trách nhiệm đối với hậu quả của việc hàng hóa không được dỡ dỡ như thỏa thuận trong hợp đồng.

Vụ việc thứ hai: Công ty A và công ty B ký hợp đồng dịch vụ tổ chức sự kiện kỷ niệm 10 năm thành lập công ty A vào ngày 26/3/2020 tại nhà hàng X có địa chỉ tại quận 2, Tp. Hồ Chí Minh với số lượng khách tham dự là 100 người. Tuy nhiên, trước tình hình diễn biến phức tạp của dịch Covid 19, ngày 24/3/2020 UBND Tp. Hồ Chí Minh đã ban hành công văn số 1049/UBND về việc tạm dừng một số hoạt động trên địa bàn thành phố. Cụ thể, tạm dừng hoạt động các khu vui chơi giải trí, nhà hàng, quán Beer club, cơ sở kinh doanh dịch vụ ăn uống có công suất phục vụ từ 30 người trở lên, câu lạc bộ Bida, phòng tập thể hình, cơ sở làm đẹp, uốn tóc, hớt tóc trên địa bàn thành phố kể từ 18 giờ ngày 24/3/2020 đến hết ngày 31/3/2020. Do phải thực hiện quy định này, công ty B đã không thể thực hiện được nghĩa vụ hợp đồng mà hai bên đã thỏa thuận. Trong trường hợp này, công ty B được miễn trách nhiệm vì việc không thực hiện hợp đồng hoàn toàn do phải tuân thủ theo quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết vào thời điểm giao kết hợp đồng.

Trong một trường hợp khác, bên vi phạm hợp đồng cũng viện dẫn Công văn 1049/UBND-TH nêu trên để yêu cầu được miễn

trách nhiệm như sau: Công ty X hoạt động kinh doanh phòng tập thể hình có địa chỉ ở quận 1, Tp. Hồ Chí Minh. Do mới đi vào hoạt động nên công ty X đã ký hợp đồng thuê trang thiết bị và dụng cụ tập thể hình với công ty Y. Tuy nhiên, sau khi biết được công văn thông báo của UBND Tp. Hồ Chí Minh, công ty X đã gửi thông báo chấm dứt hợp đồng thuê trước thời hạn tới công ty Y và yêu cầu không phải chịu bất kỳ trách nhiệm nào với lý do hoạt động kinh doanh bị ảnh hưởng do dịch bệnh và phải thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Yêu cầu này của công ty X là không hợp lý. Bởi vì, chủ thể vi phạm chỉ có thể được miễn trách nhiệm nếu vi phạm hợp đồng là hậu quả trực tiếp của việc thực hiện hoặc không thực hiện một hành vi nhất định theo quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền. Trong tình huống này, công ty X hoàn toàn vẫn có thể tiếp tục thực hiện hợp đồng với công ty Y như đã thỏa thuận, quyết định tạm dừng một số hoạt động trên địa bàn thành phố của Ủy ban nhân dân Tp. Hồ Chí Minh cùng với tình hình dịch bệnh tại thời điểm đó chỉ được coi như là một trở ngại khách quan khiến cho lợi nhuận của công ty X bị sụt giảm. Do đó, nếu công ty X đơn phương chấm dứt hợp đồng với công ty Y thì vẫn phải chịu mọi trách nhiệm phát sinh. Tham khảo Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ cho thấy, các quy định do cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành chỉ làm cho việc thực hiện hợp đồng trở nên khó khăn hay làm cho tính lợi nhuận bị kém đi thì không phải là căn cứ để miễn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng⁵. Như vậy, trong trường hợp này, nếu công ty X thỏa thuận với công ty Y về việc tạm ngừng hợp đồng thuê trong thời gian dịch bệnh hoặc yêu cầu công ty Y xem xét giảm một phần tiền thuê sẽ là những giải pháp hợp lý.

Những phân tích trên cho thấy, bên vi phạm chỉ được miễn trách nhiệm khi quyết định của cơ quan có thẩm quyền tác động trực tiếp đến khả năng thực hiện nghĩa vụ của các bên trong

⁵ Hoàng Ngọc Thiệt (chủ nhiệm đề tài-2005), Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa theo Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ, Đề tài Nghiên cứu khoa học cấp bộ, mã số B2003.40.30, Trường Đại học Ngoại thương, tr 29.

hợp đồng, nhưng quyết định đó là vì lợi ích chung không xuất phát từ lỗi của các bên. Nói cách khác, nếu như các bên trong hợp đồng không thực hiện, hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các nghĩa vụ đã được giao kết trong hợp đồng hoặc theo quy định của pháp luật dẫn đến việc cơ quan có thẩm quyền ban hành các quyết định có tính hành chính nhằm xử lý các vi phạm trong hoạt động thương mại hoặc các quyết định nhằm thực hiện công tác quản lý nhà nước trong hoạt động thương mại thì các bên không được áp dụng chế định miễn trách này.

Trong trường hợp, nếu các bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng do phải thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhưng bản thân quyết định này lại trái pháp luật hoặc không đúng thẩm quyền, thì các bên vi phạm nghĩa vụ trong tình huống này có được áp dụng chế định miễn trách hay không? Pháp luật thương mại của Việt Nam hiện nay vẫn chưa quy định cụ thể về vấn đề này. Tham chiếu quy định tại Điều 13 và Điều 16 Bộ luật Dân sự Cộng hòa liên bang Nga, khi một quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền được ban hành mà việc áp dụng văn bản này dẫn đến nghĩa vụ của một bên trong hợp đồng bị trì hoãn hoặc không thực hiện được và trong trường hợp quyết định này bị Tòa án tuyên bố là trái pháp luật, thì cơ quan nhà nước đã ban hành ra quyết định này phải có trách nhiệm bồi thường thiệt hại do quyết định của mình gây ra⁶. Như vậy, trong trường hợp này, cơ quan có thẩm quyền ban hành quyết định phải chịu trách nhiệm bồi thường các thiệt hại phát sinh trên cơ sở phán quyết của Tòa án về tính hợp pháp của quyết định. Quy định này nhằm bảo vệ quyền lợi của các bên trong hợp đồng cũng như nâng cao trách nhiệm của các cơ quan nhà

nước có thẩm quyền trong việc ban hành các quyết định của mình.

2. Khả năng nhận biết của các bên đối với quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền

Theo quy định của điểm d khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại năm 2005, chế định miễn trách nhiệm chỉ được áp dụng khi hành vi vi phạm của bên do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền khi mà tại thời điểm giao kết hợp đồng các bên không thể biết đến quyết định đó. Do vậy, nếu các bên đã biết hoặc có thể biết đến quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì không được viện dẫn để làm căn cứ miễn trách nhiệm. Ở đây, pháp luật muốn ràng buộc trách nhiệm của bên vi phạm hợp đồng trên cơ sở xác định năng lực hành vi của bên vi phạm nghĩa vụ. Theo đó, nếu như các bên đã nhận thức được việc không thể thực hiện được hợp đồng mà vẫn tiến hành giao kết thì phải chịu trách nhiệm về hành vi của mình.

Tình huống sau đây minh chứng cho luận điểm nêu trên: Theo nội dung vụ kiện, bên A đã không thanh toán cho bên B với lý do là không thể thanh toán tiền hàng do lệnh cấm của Hoa Kỳ trong việc sử dụng tiền USD và đồng Euro tại Cộng hòa Sudan. Theo Hội đồng trọng tài thì lệnh cấm của chính phủ Hoa Kỳ với Cộng hòa Sudan đã có từ năm 2006, tức là trước khi hai bên xác lập hợp đồng. Do vậy, bên A đã biết hoặc buộc phải biết về lệnh cấm này vào thời điểm xác lập hợp đồng, như vậy việc không thực hiện được nghĩa vụ của bên A trong trường hợp này không được coi là trường hợp miễn trách nhiệm. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra ở đây là, luật quy định các bên không thể biết tức là bao gồm cả bên vi phạm và bên bị vi phạm hợp đồng. Thực tiễn cho thấy, việc biết hay phải biết quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ có ý nghĩa đối với bên vi phạm hợp đồng vì họ chính là chủ thể được

⁶ Lý Minh Hằng (2014), Miễn trách nhiệm bồi thường thiệt hại hợp đồng theo pháp luật Việt Nam, luận văn thạc sĩ luật học, Trường Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.30.

⁷ Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (2016), Giải quyết tranh chấp hợp đồng- những điều doanh nhân cần biết, Nxb. Thanh niên, tr. 198.

xem xét miễn trách nhiệm hay không; bên bị vi phạm thì không nhất thiết phải áp dụng quy định này. Có những vụ việc tại thời điểm giao kết hợp đồng, chỉ có bên bị vi phạm biết trước về quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền nhưng họ vẫn đồng ý ký kết hợp đồng với bên kia. Trong trường hợp, quyết định của cơ quan nhà nước đó dẫn đến việc bên có nghĩa vụ vi phạm hợp đồng thì liệu bên bị vi phạm có phải gánh trách nhiệm hay không khi mà điều kiện hai bên đều không thể biết quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền tại thời điểm giao kết hợp đồng. Tham chiếu pháp luật của Hoa Kỳ về vấn đề này cho thấy, thời điểm quyết định của cơ quan có thẩm quyền là căn cứ để miễn trách. Theo đó, nếu như quyết định của cơ quan có thẩm quyền được ban hành sau khi hợp đồng của các bên được xác lập thì chế định miễn trách sẽ được áp dụng. Trong trường hợp này, pháp luật áp dụng nguyên tắc suy đoán hợp lý khi xác định rằng, các bên chắc chắn đã không biết về quyết định của cơ quan có thẩm quyền. Ví dụ viện dẫn sau đây minh chứng cho quan điểm này:⁸ Công ty Centex đã có khả năng nhận biết sẽ có một lệnh của Chính phủ sẽ ngăn cản việc thực hiện nghĩa vụ thanh toán của mình tại thời điểm giao kết hợp đồng nhưng yếu tố này hoàn toàn không được thẩm phán Tòa tối cao bang Texas xem xét khi xác định khả năng công ty Centex có được miễn nhiệm hay không. Trong vụ việc này, Tòa án bang Texas đã nhận định rằng, Lệnh của Ủy ban ngân hàng đã cấm công ty Centex thực hiện thỏa thuận với công ty Dalton nếu không có Lệnh này thì theo luật hợp đồng của bang, việc thực hiện nghĩa vụ này sẽ được đảm bảo thực hiện; theo đó, công ty Centex không thể thanh toán cho công ty Dalton vì phải tuân thủ quy định của Chính phủ. Điều này dẫn đến việc vi phạm nghĩa vụ của công ty Centex theo thỏa thuận trong hợp đồng với công ty Dalton. Do vậy, công ty Centex được

miễn trách nhiệm. Vụ việc này cho thấy, căn cứ cho việc miễn trách nhiệm vi phạm nghĩa vụ thanh toán của công ty Centex chỉ dựa vào hai yếu tố đó là lệnh của Chính phủ được ban hành sau khi các bên giao kết hợp đồng và việc thi hành nghĩa vụ hợp đồng là vi phạm lệnh của Chính phủ.

Bên cạnh đó, để xác định về tình trạng nhận biết thông tin của các bên, cần xác định các kênh thông tin mà các chủ thể tiếp nhận quyết định của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Các quyết định này phải được đăng tải trên các kênh thông tin chính thống, bởi lẽ, trong trường hợp những kênh thông tin không đáng tin cậy đưa tin trước về việc một quyết định nào đó của cơ quan có thẩm quyền sẽ được ban hành và có nguy cơ ảnh hưởng đến việc thực hiện hợp đồng, mặc dù các bên nhận biết được thông tin này nhưng họ không tin và vẫn giao kết, trong trường hợp này thì vẫn chưa có đủ để cơ sở khẳng định rằng, các bên đã biết về quyết định đó tại thời điểm giao kết hợp đồng.

Như vậy, khác với quy định của Công ước Viên 1980⁹, trường hợp miễn trách nhiệm do phải thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của Luật Thương mại năm 2005, với tư cách là một trường hợp miễn trách độc lập, không tạo ra sự chông chéo hay mâu thuẫn với các văn bản pháp luật khác, mà nó còn giúp cho việc giải quyết các tranh chấp thương mại được thuận lợi hơn. Bởi lẽ, luật quy định chi tiết, cụ thể sẽ giảm thiểu được các mâu thuẫn trong việc giải thích và áp dụng luật. Tuy nhiên, xét về bản chất thì đây cũng là trường hợp miễn trách nhiệm do sự kiện bất khả kháng. Khác với trường hợp miễn trách nhiệm do sự kiện bất khả kháng, trường hợp này không phải xem xét tới tính khách quan, không thể lường trước được và không thể khắc phục được của quyết định của cơ quan nhà nước ■

⁸ Hoàng Ngọc Thiết (chủ nhiệm đề tài-2005), Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa theo Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ, Đề tài Nghiên cứu khoa học cấp bộ, mã số B2003.40.30, Trường Đại học Ngoại thương, tr. 30-32.

⁹ Khoản 1 Điều 79 Công ước Viên 1980 – Công ước của Liên hợp quốc về Mua bán hàng hóa quốc tế.

PHÁP LUẬT LIÊN MINH CHÂU ÂU VỀ XÁC ĐỊNH LUẬT ÁP DỤNG DỰA TRÊN NGUYÊN TẮC “MỐI LIÊN HỆ GẮN BÓ NHẤT” VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Ngô Quốc Chiến

PGS. TS. Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Nguyên tắc mối liên hệ gắn bó nhất, tư pháp quốc tế, Liên minh châu Âu.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/01/2022
Biên tập : 18/02/2022
Duyệt bài : 19/02/2022

Article Information:

Keywords: The closest links; private international law; European Union.

Article History:

Received : 25 Jan. 2022
Edited : 18 Feb. 2022
Approved : 19 Feb. 2022

Tóm tắt:

Nguyên tắc “mối liên hệ gắn bó nhất” xuất phát từ quan niệm cho rằng, một quan hệ pháp luật tư có thể có mối liên hệ với nhiều quốc gia khác nhau, nhưng người ta có thể xác định được nó gắn bó với một quốc gia này hơn so với các quốc gia còn lại. Vì vậy, luật của nước đó cần được ưu tiên áp dụng. Pháp luật Việt Nam đã ghi nhận nguyên tắc này nhưng số lượng điều luật quy định về nguyên tắc này chưa nhiều và bản thân các điều luật đó còn chưa đủ rõ ràng nên có thể khiến việc áp dụng trở nên khó khăn. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quy định của pháp luật Liên minh châu Âu về xác định luật áp dụng dựa trên nguyên tắc “mối liên hệ gắn bó nhất”, thực tiễn áp dụng nguyên tắc này và đưa ra các khuyến nghị gợi mở cho Việt Nam.

Abstract:

The principle of “the closest links” has for the theoretical basis that a private legal relationship can have links with several different countries, but it can be identified as being linked to one country more than to the other countries and therefore the law of that country must apply to govern it. The law of Vietnam has recognized this principle, but the number of laws regulating this principle is small and the provisions are not clear enough, which can make application difficult. Within the scope of this article, the author provides an analysis of the provisions of European Union law on determining applicable law based on the principle of “the closest links”, practically applying this principle and also gives out a number of suggestive recommendations for Vietnam.

1. Pháp luật Liên minh châu Âu về xác định luật áp dụng dựa trên nguyên tắc “mối liên hệ gắn bó nhất”

Nhiệm vụ của Tư pháp quốc tế (TPQT) là đi tìm cơ quan có thẩm quyền để giải quyết tranh chấp và luật áp dụng để giải quyết các tranh chấp phát sinh từ quan hệ tư quốc tế. Nhiều lý thuyết đã được ra đời, nhưng có lẽ quan điểm

có ảnh hưởng lớn nhất đến TPQT ngày nay đó chính là quan điểm của Savigny¹; theo đó, đối với các quan hệ tư quốc tế, luật áp dụng phải là luật của nước có mối liên hệ gắn bó với nước đó. Tuy nhiên, các quan hệ dân sự ngày càng phức tạp nên các hệ thuộc luật truyền thống có thể dẫn tới việc áp dụng luật của một nước mà quan hệ đó có mối quan hệ rất mờ nhạt. Nguyên tắc xác định luật áp dụng dựa trên “mối

¹ Tên đầy đủ là Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), một luật gia nổi tiếng người Phổ (nay là Đức).

liên hệ gắn bó nhất” (closest link, most closely connected to) hay “mối liên hệ gần gũi nhất” (proximity) đã ra đời trong TPQT châu Âu để khắc phục các nhược điểm của học thuyết Savigny². Trong quá trình xây dựng các văn kiện về xác định luật áp dụng, Liên minh châu Âu đã sử dụng nguyên tắc nước có mối liên hệ gắn bó nhất như một “kim chỉ nam” cho các quy phạm xung đột để xác định luật áp dụng³.

Liên quan đến luật áp dụng, có khá nhiều văn kiện giải quyết vấn đề xung đột pháp luật trong các quan hệ dân sự khác nhau. Trong số đó đáng phải nhắc đến: Quy tắc số 864/2007 của Nghị viện và Hội đồng châu Âu ngày 11/7/2007 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ ngoài hợp đồng (Quy tắc Rome II)⁴; Quy tắc số 593/2008 của Nghị viện và Hội đồng châu Âu ngày 17/7/2008 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng (Quy tắc Rome I)⁵; Quy tắc số 4/2009 của Hội đồng châu Âu ngày 18/12/2008 về thẩm quyền, luật áp dụng, công nhận và thi hành quyết định và hợp tác trong lĩnh vực cấp

đưỡng⁶; Quy tắc số 1259/2010 của Hội đồng châu Âu ngày 20/12/2010 về tăng cường hợp tác trong lĩnh vực luật áp dụng đối với ly hôn và ly thân⁷; Quy tắc số 650/2012 của Nghị viện và Hội đồng châu Âu ngày 4/7/2012 về thẩm quyền, luật áp dụng, công nhận và thi hành quyết định, chấp nhận và thi hành các giấy tờ công trong lĩnh vực thừa kế và cấp chứng nhận thừa kế ở châu Âu⁸. Nội dung các văn kiện này cho thấy, mối liên hệ gắn bó nhất được sử dụng cho các mục đích sau: để xây dựng các quy phạm xung đột; để xác định luật áp dụng trong trường hợp hệ thuộc luật chính không phát huy tác dụng; và để không áp dụng luật dù được chỉ định (một cách mù quáng) bởi quy phạm xung đột.

1.1. Mối liên hệ gắn bó nhất như một nguyên tắc để xây dựng quy phạm xung đột luật

Mối liên hệ gắn bó nhất không phải là một hệ thuộc luật như chúng ta vẫn biết trong TPQT truyền thống, như quốc tịch, nơi có vật,

² Vì có thể dẫn tới việc áp dụng luật của nước có mối liên hệ rất mờ nhạt với nước đó. Chẳng hạn, khi sử dụng hệ thuộc luật quốc tịch để xác định luật áp dụng đối với thừa kế thì có thể dẫn tới việc áp dụng pháp luật của một quốc gia có rất ít mối liên hệ với quan hệ thừa kế đó khi mà đương sự không sống tại quốc gia mà mình có quốc tịch. Ví dụ anh A có quốc tịch nước X, nhưng đã chuyển sang sinh sống từ bé tại nước Y, lập gia đình, lập nghiệp ở nước Y, và hoàn toàn không có mối liên hệ nào về tài sản hay nghĩa vụ với các chủ thể của nước X. Khi anh A mất đi, nếu quy phạm xung đột của nước Y quy định rằng thừa kế được xác định theo luật của nước mà người để lại di sản có quốc tịch (Việt Nam theo giải pháp này) thì sẽ dẫn tới việc áp dụng luật của nước X, trong khi nước X gần như không có mối liên hệ với quan hệ thừa kế này.

³ Và trong cả việc xác định thẩm quyền xét xử tranh chấp dân sự quốc tế và thẩm quyền xét đơn yêu cầu công nhận và thi hành quyết định dân sự nước ngoài. Tuy nhiên, do khuôn khổ bài viết có hạn, chúng tôi chỉ trình bày nguyên tắc mối liên hệ gắn bó nhất trong việc xác định pháp luật áp dụng.

⁴ Regulation (EC) n° 864/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II)

⁵ Regulation (EC) n° 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Tiền thân của Quy tắc này là Công ước châu Âu năm 1980 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng (thường được gọi tắt là Công ước Rome).

⁶ Council Regulation (EC) n° 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

⁷ Council Regulation (EU) n° 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation.

⁸ Regulation (EU) n° 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

nơi xảy ra hành vi, mà là một nguyên tắc chung của TPQT trong việc xác định luật áp dụng. Nguyên tắc này như một kim chỉ nam đối với việc sử dụng hệ thuộc luật phù hợp cho từng quy phạm xung đột. Nguyên tắc bao trùm này đã nhiều lần được khẳng định trong hai Quy tắc Rome I và Rome II. Cụ thể, phần căn cứ của Quy tắc Rome I quy định: "...các quy phạm xung đột luật phải có mức độ khả đoán cao, tuy nhiên, phải tạo cho tòa án khả năng diễn giải rộng để xác định luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với tranh chấp [mà tòa án đang phải giải quyết]" (đoạn 16), và "khi hợp đồng có các mối liên hệ rõ ràng gắn bó hơn với một nước khác được quy định tại Điều 4 (khoản 1 hoặc khoản 2), thì luật của nước có mối liên hệ gắn bó hơn này được áp dụng. Trong trường hợp này, để xác định được nước có mối liên hệ gắn bó hơn, cần phải tính đến đặc biệt sự tồn tại các mối liên hệ chặt chẽ của hợp đồng với một hoặc nhiều hợp đồng khác" (đoạn 20). Ngoài ra, trường hợp các bên không lựa chọn luật áp dụng, khi luật áp dụng không thể được xác định vì không thể xếp hợp đồng vào một trong các nhóm [mà Quy tắc này quy định] hoặc không thể xác định được nơi thường trú của bên phải thực hiện nghĩa vụ đặc trưng của hợp đồng, thì hợp đồng phải được điều chỉnh bởi luật của nước mà hợp đồng có mối liên hệ gắn bó nhất. Trong trường hợp này, để xác định nước có mối liên hệ gắn bó nhất, cần phải tính đến đặc biệt sự tồn tại của các mối liên hệ chặt chẽ với một hoặc nhiều hợp đồng khác (đoạn 21).

Mối liên hệ gắn bó nhất cũng là nguyên tắc bao trùm trong việc xây dựng Quy tắc Rome II. Quy tắc này quy định rằng, các hệ thuộc luật phù hợp nhất cho phép đạt được các mục đích này. Vì vậy, Quy tắc quy định một nguyên tắc chung và các nguyên tắc cụ thể cũng như một số "ngoại lệ" trong một số trường hợp đặc biệt cho phép loại bỏ các nguyên tắc này nếu như tổng hợp các tình tiết cho thấy sự kiện gây thiệt

hại có các mối liên hệ rõ ràng chặt chẽ hơn với một nước khác".

Mối liên hệ gắn bó nhất sau đó được cụ thể hóa trong các điều khoản của hai Quy tắc này. Liên quan đến luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng khi các bên trong hợp đồng không chọn luật, khoản 1 Điều 4 Quy tắc Rome I đã xây dựng các căn cứ xác định luật dựa trên nguyên tắc về mối liên hệ gắn bó nhất. Cụ thể, luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất: đối với hợp đồng mua bán hàng hóa, là luật của nước người bán cư trú (điểm a); đối với hợp đồng cung ứng dịch vụ, là luật của người cung ứng dịch vụ (điểm b); đối với hợp đồng có đối tượng là quyền tài sản đối với bất động sản hoặc thuê bất động sản, là luật của nước nơi có bất động sản (điểm c); đối với hợp đồng cho thuê nhằm mục đích sử dụng tạm thời có thời hạn tối đa sáu tháng liên tiếp, là luật của nước người cho thuê thường trú, nhưng với điều kiện người thuê là thể nhân và cũng có nơi thường trú cũng tại nước người cho thuê thường trú (điểm d); đối với hợp đồng nhượng quyền thương mại, là luật của nước bên nhận quyền thường trú (điểm e); đối với hợp đồng phân phối, là luật của nước bên nhận phân phối thường trú (điểm f); đối với hợp đồng bán đấu giá tài sản, là luật của nước nơi thực hiện bán đấu giá nếu xác định được nơi đấu giá (điểm g); đối với hợp đồng được ký trong khuôn khổ một hệ thống đa phương đảm bảo hoặc tạo thuận lợi cho việc gặp gỡ các lợi ích khác nhau giữa người mua và người bán được thể hiện bởi người thứ ba cho các công cụ tài chính, theo quy định của điểm 17 khoản 1 Điều 4 Chỉ thị 2004/39/CE, theo các nguyên tắc không phân biệt đối xử và được điều chỉnh bởi luật của một nước duy nhất, là luật của chính nước này (điểm h).

Đối với những hợp đồng không nằm trong số các loại hợp đồng được quy định tại khoản 1 nêu trên hoặc hợp đồng có các tính chất đặc

trung của nhiều loại hợp đồng nêu trên, luật áp dụng là luật của nước mà bên phải thực hiện nghĩa vụ đặc trưng thường trú.

Có thể nói, các căn cứ xác định luật nêu trên đều bắt nguồn từ nguyên tắc cơ bản về mối liên hệ gắn bó nhất. Sở dĩ luật của nước người bán được áp dụng đối với hợp đồng mua bán hàng hóa là do hợp đồng mua bán hàng hóa gắn bó chặt chẽ nhất với nước người bán; lập luận tương tự cũng được sử dụng đối với các căn cứ xác định luật áp dụng đối với các loại hợp đồng khác.

1.2. Mối liên hệ gắn bó nhất như một nguyên tắc để bổ khuyết cho hệ thuộc luật chính

Khi hệ thuộc luật chính trong một quy phạm xung đột không cho phép xác định được luật áp dụng để điều chỉnh một quan hệ nêu trong phạm vi của quy phạm xung đột đó thì, hoặc là cần có một hệ thuộc luật bổ sung⁹, hoặc là cần xác định luật áp dụng dựa vào nguyên tắc chung về mối liên hệ gắn bó nhất. Cụ thể, liên quan đến luật áp dụng đối với hợp đồng, trường hợp luật áp dụng không thể được xác định dựa trên các quy định của khoản 1 và khoản 2 Điều 4 Quy tắc Rome I, thì hợp đồng được điều chỉnh bởi luật của nước mà hợp đồng có một liên hệ gắn bó nhất (khoản 4 Điều 4). Chúng ta thấy, đây là một loại quy định mang tính chất dự phòng cho trường hợp không thể xác định được luật áp dụng dựa vào các căn cứ cố định. Nó cũng cho phép tòa án bổ khuyết cho luật khi phải giải quyết những vấn đề phát sinh trong thực tiễn chưa được quy định bởi luật.

1.3. Mối liên hệ gắn bó nhất như một nguyên tắc để khắc phục nhược điểm của quy phạm xung đột

Bên cạnh tính chất là một nguyên tắc bao

trùm trong việc xây dựng các quy phạm xung đột hoặc dùng làm căn cứ bổ khuyết cho quy phạm xung đột, mối liên hệ gắn bó nhất còn được sử dụng để khắc phục nhược điểm của quy phạm xung đột. Cụ thể, các quy phạm xung đột luật hai chiều nêu lên nguyên tắc xác định luật (luật của nước A hoặc nước B) dựa vào các hệ thuộc luật mà quy phạm đó sử dụng. Đôi khi các hệ thuộc luật này dẫn đến việc áp dụng luật của nước có ít mối liên hệ gắn bó với quan hệ đang tranh chấp hoặc quan hệ đang tranh chấp đó gắn bó hơn với nước mà quy phạm xung đột chỉ định. Vì vậy, cần phải quay trở lại nguyên tắc cơ bản về luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất. Quy tắc Rome I và Quy tắc Rome II bao hàm nhiều quy định điều chỉnh vấn đề này. Cụ thể, khoản 3 Điều 4 Quy tắc Rome I quy định: “Trường hợp tổng hợp các tình tiết của vụ tranh chấp cho thấy hợp đồng có các mối liên hệ gắn bó chặt chẽ hơn với một nước khác được quy định tại các khoản 1 và khoản 2 Điều này, thì luật của nước có mối liên hệ gắn bó hơn này được áp dụng”. Ở đây chúng ta thấy, khoản 1 và khoản 2 Điều 4 Quy tắc Rome I đã cho phép xác định luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng, nhưng vẫn có thể xảy ra trường hợp hợp đồng đó lại gắn bó hơn với một nước khác (Quy tắc không dự báo được). Vì vậy, luật của nước có mối liên hệ gắn bó hơn nhất đó phải được áp dụng.

Nguyên tắc về mối liên hệ gắn bó hơn cả nhất sau đó còn được áp dụng cho các loại hợp đồng chuyên biệt như hợp đồng vận chuyển, hợp đồng lao động cá nhân. Cụ thể, liên quan đến hợp đồng vận chuyển, khoản 3 Điều 5 Quy tắc Rome I quy định: “Nếu tổng hợp các tình tiết của tranh chấp cho thấy hợp đồng có mối liên hệ rõ ràng chặt chẽ hơn với một nước khác được quy định tại khoản 1 hoặc 2 Điều này, thì

⁹ Ví dụ, ở Việt Nam, trường hợp luật áp dụng là luật của nước mà đương sự có quốc tịch nhưng đương sự lại có nhiều quốc tịch hoặc không có quốc tịch thì sẽ cần sử dụng hệ thuộc luật bổ sung là luật nơi đương sự cư trú (Điều 672 BLDS năm 2015).

luật của nước khác đó được áp dụng”. Tương tự, liên quan đến hợp đồng lao động cá nhân, khoản 4 Điều 8 Quy tắc Rome II quy định: “Nếu tổng hợp các tình tiết của tranh chấp cho thấy hợp đồng có các mối liên hệ rõ ràng chặt chẽ hơn với một nước khác quy định tại khoản 2 hoặc 3 Điều này, thì luật của nước khác này được áp dụng”.

Đối với nghĩa vụ ngoài hợp đồng, khoản 3 Điều 4 Quy tắc Rome II quy định: “Nếu tổng hợp các tình tiết cho thấy sự kiện gây thiệt hại có các mối liên hệ rõ ràng chặt chẽ hơn với một nước khác quy định tại các khoản 1¹⁰ hoặc khoản 2¹¹ Điều này, thì luật của nước khác đó được áp dụng”.

Nguyên tắc chung này sau đó được cụ thể hóa tại các quy định chuyên biệt. Ví dụ, khoản 2 Điều 5 Quy tắc Rome II về trách nhiệm đối với sản phẩm khuyết tật quy định: “Nếu tổng hợp các tình tiết cho thấy sự kiện gây thiệt hại có các mối liên hệ rõ ràng chặt chẽ hơn với một nước khác quy định tại khoản 1 Điều này, thì luật của nước khác đó được áp dụng”. Tương tự, khoản 4 Điều 10 Quy tắc Rome II về hưởng lợi không có căn cứ pháp luật quy định: “Nếu tổng hợp các tình tiết cho thấy nghĩa vụ ngoài hợp đồng bắt nguồn từ hưởng lợi không có pháp luật có các mối liên hệ rõ ràng chặt chẽ hơn với một nước khác quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều này, thì luật của nước khác đó được áp dụng”...

Như vậy, mỗi liên hệ gắn bó nhất được sử dụng khá thường xuyên để khắc phục nhược điểm của quy phạm xung đột hai chiều khi chúng dẫn đến việc áp dụng pháp luật của một nước mà quan hệ đang gây tranh chấp có mối liên hệ không chặt chẽ bằng so với một nước khác.

¹⁰ Luật của nước mà các bên chọn.

¹¹ Các bên cùng cư trú tại một nước thì luật nước đó được áp dụng.

¹² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CC0064&from=EN>, truy cập ngày 23/1/2022.

2. Thực tiễn áp dụng nguyên tắc áp dụng luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất ở Liên minh châu Âu

Để hiểu rõ hơn nguyên tắc áp dụng luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất ở châu Âu, chúng ta có thể xem xét một quyết định của Tòa án Công lý châu Âu về xác định luật áp dụng đối với hợp đồng lao động - Quyết định CJUE, Arrêt de la Cour (troisième chambre), 12 septembre 2013, *Belgische Petroleum Unie VZW and Others v Belgische Staat, Affaire C-64/12*¹²:

Xuất phát từ một hợp đồng lao động giữa một người lao động tên là Boedeker, quốc tịch Đức với một công ty có trụ sở tại Đức. Hợp đồng lao động ban đầu được ký kết tại Đức và thực hiện tại Đức, trong khoảng thời gian từ 1979 - 1994. Sau đó, hai bên tiếp tục ký một hợp đồng thứ hai, nhưng công việc được thực hiện thường xuyên tại Hà Lan (người lao động được giao quản lý hơn 300 chi nhánh và hơn 1200 nhân viên tại Hà Lan). Do tái cơ cấu công ty nên vị trí việc làm tại Hà Lan bị xóa bỏ và người lao động được yêu cầu quay trở về làm việc tại Đức. Người lao động không đồng ý với quyết định đơn phương nên đã khởi kiện ra Tòa án Kantonrechter te Tiel của Hà Lan yêu cầu hủy bỏ hợp đồng và bồi thường thiệt hại. Các bên trong hợp đồng đã không có thỏa thuận chọn luật áp dụng và vì vậy có ít nhất hai hệ thống pháp luật được áp dụng, đó là pháp luật Đức và pháp luật Hà Lan.

Người lao động đã viện dẫn pháp luật Hà Lan và được Tòa sơ thẩm chấp nhận. Tòa sơ thẩm đã áp dụng pháp luật Hà Lan theo điểm a khoản 2 Điều 6 Công ước Rome năm 1980. Cụ thể, điểm a khoản 2 Điều 6 Công ước Rome năm 1980 quy định như sau:

“[...] Hợp đồng lao động được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi thực hiện công việc thường xuyên theo hợp đồng, ngay cả khi người lao động được cử đi làm việc tạm thời tại một nước khác”.

Tuy nhiên, để điểm a được áp dụng thì còn phải thỏa mãn tiêu chí: “Trừ trường hợp tổng thể các tình tiết cho thấy hợp đồng lao động có các mối liên hệ gắn bó hơn với một nước khác, khi đó pháp luật của nước khác đó sẽ được áp dụng”¹³.

Trên cơ sở áp dụng pháp luật Hà Lan, Tòa sơ thẩm đã chấp nhận yêu cầu của người lao động tuyên hủy hợp đồng lao động thứ hai và buộc người sử dụng lao động bồi thường cho người lao động số tiền 557.651,52 euros. Bản án sau đó được giữ nguyên bởi Tòa phúc thẩm *Gerechtshof te Arnhem*.

Không đồng tình với việc các cấp tòa đã áp dụng pháp luật Hà Lan, người sử dụng lao động đã kháng cáo lên Tòa tối cao *Hoge Raad der Nederlanden* Hà Lan để yêu cầu hủy các bản án của các cấp Tòa sơ thẩm và Tòa phúc thẩm, yêu cầu xét xử lại và áp dụng pháp luật của Đức vì tổng hợp các tình tiết của vụ việc cho thấy quan hệ hợp đồng này gắn bó với Đức hơn là với Hà Lan (người sử dụng lao động có trụ sở tại Đức, lương được trả bằng nội tệ Đức, người lao động vẫn tham gia bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế, bảo hiểm thất nghiệp... của Đức).

Trong bối cảnh đó, Tòa tối cao Hà Lan đã thỉnh thị Tòa Công lý châu Âu yêu cầu trả lời hai câu hỏi.

Câu hỏi thứ nhất: Các quy định của khoản 2 Điều 6 Công ước Rome năm 1980 liệu có phải được diễn giải theo hướng: nếu một người

lao động thực hiện công việc là đối tượng của hợp đồng không chỉ thường xuyên, mà còn liên tục trong một khoảng thời gian dài ở một nước thì luật của nước này phải được áp dụng, ngay cả khi tất cả các tình tiết khác cho thấy quan hệ lao động có mối liên hệ chặt chẽ với một nước khác?

Câu hỏi thứ hai: Để trả lời khẳng định cho câu hỏi thứ nhất thì liệu có cần phải thỏa mãn điều kiện người sử dụng lao động và người lao động, vào thời điểm ký kết hợp đồng, hoặc ít nhất vào thời điểm người lao động bắt đầu thực hiện công việc, có chủ ý rằng lao động được thực hiện ở một nước duy nhất trong một khoảng thời gian dài và liên tục hoặc ít nhất là họ nghĩ sẽ là như vậy?

Tòa án Công lý châu Âu phải diễn giải hệ thuộc luật nước thực hiện công việc thường xuyên được quy định tại điểm a khoản 2 Điều 6 Công ước Rome 1980. Về điểm này, Ủy ban châu Âu cho rằng, để xác định luật áp dụng, Tòa phải đánh giá tổng hợp các tình tiết của vụ việc, và nhận định rằng khoảng thời gian mà người lao động thực hiện công việc thực hiện công việc thường xuyên trong thực tế là yếu tố quyết định trong việc đánh giá này. Vì vậy, khi đã xác định được rằng công việc được thực hiện chủ yếu tại một nước (Hà Lan) trong một khoảng thời gian dài thì yếu tố này sẽ mang tính quyết định đối với việc xác định luật áp dụng. Như vậy, phải áp dụng pháp luật Hà Lan. Ngược lại, Chính phủ Hà Lan cho rằng, trong trường hợp hợp đồng có mối liên hệ chặt chẽ với một nước khác với nước nơi công việc được thực hiện, thì phải áp dụng pháp luật của nước khác đó, theo đúng quy định của điểm a khoản 2 Điều 6 Công ước Rome 1980. Các

¹³ Công ước này sau đó được thay thế bằng Quy tắc Rome I năm 2008. Khoản 4 Điều 8 Quy tắc này quy định tương tự, theo đó: “Nếu tổng thể các tình tiết cho thấy hợp đồng có các mối liên hệ gắn bó hơn với một nước khác nước được quy định tại khoản 2 hoặc 3 Điều này, thì luật của nước khác đó được áp dụng”.

tình tiết của vụ việc cho thấy, hợp đồng này gắn bó với Đức, và vì vậy cần phải áp dụng pháp luật Đức.

Tòa án Công lý châu Âu khẳng định rằng, hệ thuộc luật nước nơi thực hiện công việc thường xuyên, như được quy định tại điểm a khoản 2 Điều 6 Công ước Rome 1980, phải được diễn giải theo hướng rộng, và hệ thuộc luật nước nơi người sử dụng lao động có trụ sở, như được quy định tại điểm b khoản 2 Điều 6 nêu trên, chỉ được áp dụng nếu Tòa án không thể xác định được nước nơi thực hiện công việc thường xuyên. Tòa cho rằng, trong việc xác định mối liên hệ gắn bó của hợp đồng lao động với nước nơi người thực hiện công việc thường xuyên phải được ưu tiên so với hệ thuộc luật nước nơi người sử dụng lao động cư trú. Tòa án Công lý châu Âu cho rằng, theo tinh thần của Điều 6 Công ước Rome 1980, trước hết, các Tòa án quốc gia phải xác định luật áp dụng dựa trên các tiêu chí quy định tại điểm a khoản 2 Điều 6 Công ước Rome 1980, như vậy mới đảm bảo được tính khả đoán của quy phạm xung đột. Để không áp dụng luật của nước nơi thực hiện công việc thường xuyên mà áp dụng luật của một nước khác mà hợp đồng lao động có mối quan hệ chặt chẽ hơn, thì các Tòa án quốc gia phải dựa vào tổng hợp các tình tiết và chỉ rõ đâu là các tình tiết quan trọng nhất thể hiện mối liên hệ chặt chẽ hơn đó. Tòa án quốc gia không thể chỉ liệt kê, mà không chỉ rõ mức độ quan trọng của các yếu tố thể hiện mối liên hệ gắn bó với một nước khác để không áp dụng pháp luật của nước nơi thực hiện công việc thường xuyên. Trong số các yếu tố quan trọng nhất, cần phải tính đến trước hết nước nơi người lao động đóng thuế và các khoản phí từ thu nhập do công việc mang lại, cũng như các loại phí bảo hiểm. Ngoài ra, các Tòa án quốc gia cũng phải tính đến các yếu tố như bảng lương và các điều kiện lao động.

Trên cơ sở các nhận định trên, Tòa án Công lý Liên minh châu Âu kết luận:

1) Khoản 2 Điều 6 Công ước Rome năm 1980 phải được diễn giải theo hướng, ngay cả khi người lao động thực hiện công việc là đối tượng của hợp đồng một cách thường xuyên trong một khoảng thời gian dài và liên tục tại chỉ một nước, tòa án quốc gia vẫn có thể không áp dụng pháp luật của nước đó, khi tổng hợp các tình tiết cho thấy hợp đồng có những mối liên hệ gắn bó hơn với một nước khác.

2) Để áp dụng pháp luật của nước nơi thực hiện công việc thường xuyên, thì cần phải tính đến các yếu tố cụ thể chứng tỏ rằng người sử dụng lao động và người lao động, vào thời điểm ký kết hợp đồng, hoặc chỉ ít vào thời điểm người lao động bắt đầu thực hiện công việc, đã có ý định rằng công việc được thực hiện tại một nước trong một khoảng thời gian dài và liên tục, hoặc chỉ ít họ đã có ý thức rằng hoàn cảnh sẽ như vậy.

Như vậy, theo quan điểm của Tòa án Công lý châu Âu, việc xác định luật áp dụng đối với hợp đồng lao động phải dựa trên mối liên hệ gắn bó nhất của hợp đồng đó với một quốc gia cụ thể, chứ không nhất thiết phải là luật của nước nơi thực hiện công việc thường xuyên.

3. Những gợi mở cho Việt Nam

Khảo cứu các văn bản pháp luật Việt Nam có chứa đựng các quy phạm xung đột, chúng tôi thấy rằng, nguyên tắc áp dụng luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất mới chỉ được sử dụng để xác định pháp luật áp dụng, chứ chưa được sử dụng cho việc xác định thẩm quyền xét xử. Cụ thể, pháp luật Việt Nam đã ghi nhận xác định luật áp dụng dựa trên mối liên hệ gắn bó nhất từ năm 2005, nhưng mới dừng lại ở một quy định chuyên biệt để xác định luật áp dụng đối với người có nhiều quốc tịch. Thực vậy, khoản 2 Điều 760 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2005 quy định: “Trong trường hợp Bộ

luật này hoặc các văn bản pháp luật khác của Việt Nam dẫn chiếu đến việc áp dụng pháp luật của nước mà người nước ngoài là công dân thì pháp luật áp dụng đối với người nước ngoài có hai hay nhiều quốc tịch nước ngoài là pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và cư trú vào thời điểm phát sinh quan hệ dân sự; nếu người đó không cư trú tại một trong các nước mà người đó có quốc tịch thì áp dụng pháp luật của nước mà người đó có quốc tịch và có quan hệ gắn bó nhất về quyền và nghĩa vụ công dân”. Như vậy, mỗi liên hệ gắn bó nhất chỉ được sử dụng để bổ khuyết cho hệ thuộc luật quốc tịch và chỉ trong một trường hợp cụ thể. Nói cách khác, BLDS năm 2005 chưa ghi nhận xác định luật áp dụng dựa trên “mối liên hệ gắn bó nhất” như một nguyên tắc chung, bao trùm.

Khắc phục nhược điểm này, BLDS năm 2015 đã ghi nhận nguyên tắc này rõ hơn. Cụ thể, khoản 3 Điều 664 BLDS năm 2015 quy định: “Trường hợp không xác định được pháp luật áp dụng theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này, thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài đó”. Nguyên tắc chung này được cụ thể hóa trong các quy định về xác định luật áp dụng đối với người không có quốc tịch và người có nhiều quốc tịch (Điều 672 BLDS năm 2015) và hợp đồng (Điều 683 BLDS năm 2015). Tuy nhiên, phải thấy rằng khoản 3 Điều 664 tuy là nguyên tắc chung nhưng chỉ là bổ khuyết cho các nguyên tắc xác định luật áp dụng dựa trên điều ước quốc tế (khoản 1) hoặc theo quy phạm xung đột của Việt Nam và theo sự lựa chọn của các bên (khoản 2). Trong khi đó, các Điều 672 và 683 chỉ là các quy định chuyên biệt trong một lĩnh vực chuyên biệt. Nói cách khác, nguyên

tắc xác định luật áp dụng dựa trên mối liên hệ gắn bó nhất chưa được ghi nhận rộng rãi.

Ngoài ra, do BLDS năm 2015 không quy định thế nào là “mối liên hệ gắn bó nhất”, vì vậy, trên thực tiễn, khi cần áp dụng khoản 3 Điều 664 và Điều 672 BLDS năm 2015, Tòa án sẽ toàn quyền quyết định.

Liên quan đến hợp đồng, khoản 2 Điều 683 BLDS năm 2015 mới liệt kê tiêu chí để xác định mối liên hệ gắn bó nhất đối với một số hợp đồng cụ thể, như: hợp đồng mua bán hàng hóa (điểm a), hợp đồng cung ứng dịch vụ (điểm b), đồng chuyển giao quyền sử dụng hoặc chuyển nhượng quyền sở hữu trí tuệ (điểm c), hợp đồng lao động (điểm d), hợp đồng tiêu dùng (điểm đ). Tuy nhiên, trên thực tế còn có nhiều loại hợp đồng khác với các loại hợp đồng được liệt kê như hợp đồng nhượng quyền thương mại. Trong trường hợp này, Tòa án sẽ phải tự mình xác định thế nào là mối liên hệ gắn bó nhất.

Bên cạnh đó, so với pháp luật của Liên minh châu Âu, pháp luật của Việt Nam về nguyên tắc áp dụng luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất còn sơ sài và thiếu các chỉ dẫn cụ thể. Để khắc phục hạn chế này, khi Việt Nam xây dựng một văn bản luật về TPQT¹⁴, nguyên tắc áp dụng luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất cần được xác định là một nguyên tắc bao trùm, không chỉ được sử dụng là cơ sở để xây dựng quy phạm xung đột, mà còn để bổ khuyết cho hệ thuộc luật chính và để khắc phục nhược điểm của quy phạm xung đột.

Ngoài ra, cũng phải thấy rằng, “mối liên hệ gắn bó nhất” có một nhược điểm là khó xác định và tính khả đoán không cao. Vì vậy, để thuận lợi cho việc áp dụng, pháp luật Việt Nam cần quy định bổ sung các chỉ dẫn cụ thể để xác định “mối liên hệ gắn bó nhất” trong phân chung, cũng như trong từng quy định cụ thể ■

¹⁴ Về sự cần thiết xây dựng một đạo luật tư pháp quốc tế, xem: Ngô Quốc Chiến (2016), “Việt Nam cần xây dựng Luật Tư pháp quốc tế”, *Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp*, số 2 và 3 năm 2016.

XUNG ĐỘT QUYỀN DO CHỒNG LẤN BẢO HỘ BẢN QUYỀN VÀ NHÃN HIỆU Ở TRUNG QUỐC - KHUYẾN NGHỊ CHO VIỆT NAM

Lê Thị Anh Xuân

Nghiên cứu sinh Khóa 22, Trường Đại học Luật Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chồng lấn trong bảo hộ bản quyền, quyền tác giả, nhãn hiệu.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/03/2022

Biên tập : 28/03/2022

Duyệt bài : 29/03/2022

Tóm tắt:

Chồng lấn trong bảo hộ bản quyền/quyền tác giả và nhãn hiệu diễn ra ngày càng phổ biến ở nhiều quốc gia trên thế giới, trong đó có Trung Quốc và Việt Nam; đã và đang tạo ra nhiều hệ lụy phức tạp và khó lường. Việc nghiên cứu cách thức giải quyết các xung đột quyền do chồng lấn gây ra trong bảo hộ bản quyền và nhãn hiệu ở Trung Quốc sẽ mang đến gợi mở cho Việt Nam về một cách thức tiếp cận và giải pháp bảo hộ tối ưu quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) nói chung cũng như quyền tác giả và nhãn hiệu nói riêng trong bối cảnh hiện nay.

Article Infomation:

Keywords: Overlapping; copyright; trademark; conflict of rights.

Article History:

Received : 09 Mar. 2022

Edited : 28 Mar. 2022

Approved : 29 Mar. 2022

Abstract:

Overlapping in copyright and trademark protection has become in a common manner in countries in the world, including China and Vietnam, which has been generating a number of complicated and unpredictable consequences. The study of how to resolve the conflict of rights caused by overlapping in copyright and trademark protection in China is to provide suggestions for Vietnam an optimal approach and recommendations to protect intellectual property rights (IP) in general as well as copyright and trademark rights in particular in the current circumstance.

Ở Trung Quốc, chồng lấn trong bảo hộ bản quyền và nhãn hiệu chủ yếu đến từ tính mở trong quy định về các yếu tố cấu thành nhãn hiệu trong Luật Nhãn hiệu¹. Sự mở rộng này đã ít nhiều dẫn tới sự tương đồng về chất liệu tạo nên biểu tượng có thể đồng thời được bảo hộ ở

cả hai cơ chế quyền nên chồng lấn trong bảo hộ giữa bản quyền và nhãn hiệu là không thể tránh khỏi trong bối cảnh hiện nay.

1. Chồng lấn trong bảo hộ bản quyền và nhãn hiệu ở Trung quốc

Thực tiễn pháp lý ở Trung Quốc cho thấy,

¹ Article 8, 9 Trademark Law of the People's Republic of China; <https://wipolex.wipo.int/en/text/579989>, truy cập ngày 25/12/2021.

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

phần lớn các chồng lấn trong bảo hộ bản quyền và nhãn hiệu là các cặp chồng lấn giữa tác phẩm hội họa và nhãn hiệu tượng hình; tác phẩm thơ pháp và nhãn hiệu chữ; tác phẩm nghệ thuật ứng dụng và nhãn hiệu; và cả những tranh chấp giữa bản quyền và nhãn hiệu đối với hình tượng nhân vật². Luật Nhãn hiệu năm 2013 của Trung Quốc (Luật Nhãn hiệu) quy định: *Không người nộp đơn đăng ký nhãn hiệu nào có thể xâm phạm các quyền trước đây hiện có của người khác*³. Vì vậy, về nguyên tắc, đăng ký tác phẩm đã được bảo hộ bản quyền của người khác như nhãn hiệu mà không có sự cho phép của chủ sở hữu bản quyền sẽ bị coi là vi phạm quyền có trước của người khác, đơn đăng ký nhãn hiệu sẽ bị từ chối hoặc nhãn hiệu đang tranh chấp có thể bị hủy bỏ. Giống như các quốc gia khác, đăng ký bảo hộ bản quyền là không bắt buộc theo pháp luật bảo hộ bản quyền. Tuy nhiên, Cục Bản quyền tác giả Trung Quốc khuyến nghị đăng ký nhằm tránh rắc rối pháp lý về sau. Việc xử lý các tình huống chồng lấn trong bảo hộ bản quyền và nhãn hiệu ở Trung Quốc chủ yếu dựa trên cách thức tiếp cận theo hướng xử lý xung đột quyền giữa các chủ thể khác nhau. Và bất kỳ ai cũng có thể gửi đơn lên Văn phòng nhãn hiệu Trung Quốc - China Trademark Office (CTMO) để phản đối một đơn đăng ký nhãn hiệu với lý do nhãn hiệu đăng ký xung đột với bản quyền trước đây hiện có của người khác trong thời hạn ba tháng sau khi công bố kết quả

kiểm tra sơ bộ; trường hợp không hài lòng với quyết định của CTMO, người làm đơn có thể đăng ký để được thực hiện quy trình đánh giá tại Trademark Review and Adjudication Board (TRAB)⁴. Điều 31 Luật Nhãn hiệu quy định ba căn cứ để phản đối nhãn hiệu sau đây:

(i) Nhãn hiệu bị phản đối phải giống hoặc tương tự với tác phẩm được bảo hộ bản quyền trước đây hiện có của người khác;

(ii) Người nộp đơn đăng ký nhãn hiệu đó đã hoặc có thể đã truy cập vào tác phẩm đang được bảo hộ bản quyền đó;

(iii) Không được sự cho phép của chủ sở hữu bản quyền đó.

Ví dụ, trường hợp giải quyết xung đột với quyền trước đó theo hồ sơ xem xét đánh giá nhãn hiệu tại TRAB Ruling số 2008-11505. Theo đó, nguyên đơn và bị đơn cùng đăng ký nhãn hiệu, nguyên đơn đồng thời xuất trình giấy chứng nhận bản quyền trước đó tại Hoa Kỳ với nhân vật Popeye; bị đơn đăng ký nhãn hiệu với nghĩa bóng được đánh giá là tương tự và cùng thuộc nhóm ngành hàng số 25 trong bảng phân loại hàng hóa. Quá trình xem xét cho thấy, nhãn hiệu của nguyên đơn được đăng ký trước nên bị đơn hoàn toàn có khả năng truy cập và tiếp cận thông tin. Do đó, việc đăng ký nhãn hiệu của bị đơn được đánh giá là hành vi xâm phạm dựa trên bản quyền hiện có trước đây của người khác, vì thế sẽ bị hủy bỏ⁵.



Disputed trademark
Re. No. 1537340



cited trademark
Re.No.1172622

² Duan Xiao Mei, Conflict between Trademark Right and Prior Copyright -Case and Academic Research on Solutions to this Conflict in the Chinese and Japanese Legal Systems, https://www.wipo.int/export/sites/www/about-wipo/en/offices/japan/research/pdf/china_2010.pdf, 25/12/2021.

³ Article 9, 31, 32 Trademark Law of the People's Republic of China.

⁴ Article 31, 35 Trademark Law of the People's Republic of China.

⁵ Duan Xiao Mei, TLđd, tr.30.

Trường hợp, khi người nộp đơn hoặc người đăng ký nhãn hiệu được đề cập có thể chứng minh rằng nhãn hiệu nêu trên đạt được hoàn toàn thông qua việc sáng tạo độc lập hoặc khi có bằng chứng về việc được chủ sở hữu bản quyền có trước thể hiện ý chí rõ ràng về sự cho phép sử dụng tác phẩm có bản quyền với tư cách là nhãn hiệu thì không cấu thành sự vi phạm “quyền trước đây hiện có của người khác”. Nếu thỏa thuận không đủ rõ ràng việc sáng tác và nhận thù lao thì rất có thể, bản quyền của sáng tạo đó sẽ thuộc về người trực tiếp sáng tác ra biểu tượng đăng ký làm nhãn hiệu đó, ví dụ: nhân viên công ty, người ủy thác được giao nhiệm vụ nghiên cứu, sáng tạo⁶.

Trường hợp khá điển hình khác liên quan đến việc đăng ký nhãn hiệu dạng 2 chiều khi sao chép trực tiếp các tác phẩm nghệ thuật của người khác như tác phẩm điêu khắc, hội họa, tác phẩm thư pháp... được đặt ở nơi công cộng mà không được phép của chủ sở hữu quyền tác giả cũng bị coi là vi phạm⁷. Ngay cả khi nhãn hiệu tranh chấp chỉ là bản ảnh sao chép tác phẩm có bản quyền (kể cả là việc sử dụng hình ảnh sao chép đăng ký làm nhãn hiệu thực tế không làm ảnh hưởng tới việc khai thác và sử dụng tác phẩm đó) cũng bị coi là xâm phạm⁸.

Việc sao chép bằng cách chụp hoặc quay video và được sử dụng theo cách thức và phạm vi hợp lý thì không cấu thành vi phạm này; sao chép bộ phận cho những sáng tạo tiếp theo của nhãn hiệu thì cũng không cấu thành vi phạm này.

Thực tiễn pháp lý ở Trung Quốc cho thấy, giữa các nhãn hiệu tương tự nhau cũng có thể tiềm ẩn nguy cơ tranh chấp với bản quyền có trước. Ví dụ, trong một phán quyết của TRAB về vụ tranh chấp nhãn hình có hình đầu ông già theo hồ sơ No.1107482TRAB⁹, TRAB cho rằng: Nhãn hiệu bị tranh chấp có chứa chân dung đầu của ông già gần giống với nhãn hiệu được trích dẫn về thành phần và phong cách sáng tạo, bị đơn đã không có được sự đồng ý của nguyên đơn nên hành vi sao chép đó đã cấu thành hành vi xâm phạm; sự giống nhau đáng kể không chỉ là khi hai biểu tượng được đánh giá tương tự về tổng thể mà còn bao gồm cả trường hợp mà biểu tượng sau có chứa phần cơ bản tương tự như biểu tượng trước. Do đó, phần giống nhau ở chi tiết đầu ông già trong hai biểu tượng được đăng ký nhãn hiệu này được xác định về cơ bản tương tự như biểu tượng được sáng tạo trong nhãn hiệu của nguyên đơn theo tiêu chí mỹ thuật ứng dụng.



Disputed trademark
Re. No. 1107482



cited trademark

⁶ Article 16, 17 Copyright law of the People’s Republic of China, [https://www.chinalawtranslate.com/en/Copyright-Law-of-the-PRC-\(2021-Version\)](https://www.chinalawtranslate.com/en/Copyright-Law-of-the-PRC-(2021-Version)), truy cập ngày 25/12/2021.

⁷ Article 11, 24 Copyright law of the People’s Republic of China.

⁸ Duan Xiao Mei, TLđd, tr. 48,49.

⁹ Duan Xiao Mei, TLđd, tr. 56.

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

Ở trường hợp khác, trong phán quyết về vụ tranh chấp hình tượng nhân vật “Người Dơi”, TRAB nhận định rằng, sự xuất hiện nhân vật “Người Dơi” ở những hình dạng khác nhau nên khó có thể có liên kết giữa hình ảnh con



Opposed trademark
Rc. No. 1100347

Dơi đen với nhân vật “Người Dơi” được bảo hộ bản quyền; vì vậy, hình ảnh con Dơi đen trong nhãn hiệu bị phản đối không cấu thành vi phạm bản quyền có trước của nhân vật người dơi “BATMAN” hình¹⁰.



copyrighted work

Cũng liên quan đến bảo hộ hình tượng nhân vật, về lý thuyết, theo pháp luật Trung Quốc, khi các ký tự hình thành các yếu tố quan trọng của một tác phẩm, nó hội tụ đủ tính sáng tạo và mang dấu ấn cá nhân của tác giả thì về nguyên tắc, nó sẽ được bảo hộ bản quyền. Tuy nhiên, như đã đề cập ở trên, tên của những nhân vật hư cấu luôn khó được công nhận là một tác phẩm có bản quyền¹¹. Bởi lẽ, không có tiêu chí cụ thể để đo lường mức độ sáng tạo đạt đến ngưỡng đủ để được bảo hộ bản quyền đối với tên nhân vật. Vì vậy, ở Trung Quốc, chủ sở hữu các nhân vật hư cấu thường có xu hướng tìm kiếm sự bảo vệ tên nhân vật hư cấu dưới dạng nhãn hiệu nổi tiếng theo quy định của Điều 13 và Điều 31 Luật Nhãn hiệu khi nó gắn với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định. Điều này cho thấy, các quy định của Luật Nhãn hiệu về bảo hộ hình tượng nhân vật chưa đủ để bảo vệ tên nhân vật. Bởi vậy, muốn bảo vệ trọn vẹn được thành quả sáng tạo của mình, chủ sở hữu hình tượng nhân vật phải tìm kiếm sự bảo hộ tổng hợp bằng cả pháp luật về bản quyền, nhãn hiệu và chống cạnh tranh không lành mạnh. Tuy nhiên, khó khăn mà chủ sở hữu các hình tượng nhân vật thường gặp phải là, hình tượng và tên nhân vật

có thể được biết đến rộng rãi trên phạm vi lãnh thổ nước khác nhưng không dễ tìm được minh chứng cho việc tên nhân vật được biết đến rộng rãi ở Trung Quốc và cũng không dễ tìm được minh chứng cho việc tên nhân vật được gắn với loại hàng hóa, dịch vụ nhất định đủ nhiều và mang tính phân biệt đạt đến ngưỡng được chấp nhận bảo hộ trước ngày nộp đơn của nhãn hiệu tranh chấp với nó như trường hợp nhãn hiệu chữ tượng hình¹².

Tương tự, tên tác phẩm và slogan (biểu ngữ) cũng gặp khó khăn trong bảo hộ bản quyền như đối với tên nhân vật. Về lý thuyết, tên nhân vật, tên tác phẩm hay slogan có tính sáng tạo & độc đáo thì đều có thể được bảo hộ bản quyền. Tuy nhiên, việc đo lường mức độ độc đáo hay nét riêng thì khó khả thi trên thực tế bởi tiêu đề của tác phẩm khó có bản quyền độc lập với tác phẩm. Thêm vào đó, ngôn ngữ tiếng Trung là hệ thống chữ tượng hình, thường được tạo nên bởi các bộ ký tự nên nếu cho phép bảo hộ các từ thông dụng thì có thể sẽ làm hạn chế quyền tự do ngôn luận. Tuy nhiên, nếu tiêu đề của tác phẩm tạo ra ý nghĩa phụ tạo kết nối vốn có giữa tác phẩm và tác giả thì có khả năng được bảo hộ bản quyền. Mặc dù vậy, thực tiễn xét xử trong

¹⁰ Duan Xiao Mei, TLdd, tr. 57.

¹¹ Duan Xiao Mei, TLdd tr. 64;

¹² Duan Xiao Mei, TLdd, tr. 66,67;

các tranh chấp với nhãn hiệu ở Trung Quốc cho thấy, hiếm có tiêu đề tác phẩm được thừa nhận là có bản quyền trước độc lập¹³. Bởi vậy, việc bảo hộ dưới dạng nhãn hiệu, tên tác phẩm được bảo hộ với các điều kiện sau: (i) nhãn hiệu không mang tính mô tả hàng hóa, dịch vụ nhất là phần mềm, xuất bản điện tử, sách, ấn phẩm in; sách, ấn phẩm, tạp chí in hoặc điện tử; dịch vụ cung cấp các ấn phẩm...¹⁴; (ii) nhãn hiệu không gây hiểu lầm cho công chúng, gây ảnh hưởng tiêu cực cho xã hội¹⁵ khi đặt tên sách, tên của các trò chơi nổi tiếng, tên phim, tên chương trình, bài hát, âm nhạc nổi tiếng... chỉ định các hàng hóa dịch vụ liên quan dẫn đến sự hiểu sai về nguồn gốc xuất xứ?; (iii) tên các tác phẩm kinh điển đã hết hạn bảo hộ bản quyền có thể được đăng ký làm nhãn hiệu bởi bên thứ ba nếu nó không gây ra hệ quả tiêu cực cho xã hội¹⁶.

Đối với slogan, nếu một slogan được thiết kế với nội dung mang thông tin hàng hóa dịch vụ chính xác, duy nhất, ngắn gọn, súc tích, có nội hàm phong phú và sức hấp dẫn nghệ thuật mạnh mẽ, là thành tựu của những nỗ lực trí tuệ, tương ứng với các yêu cầu về sự sáng tạo thì sẽ được công nhận là một tác phẩm có bản quyền.

Trường hợp slogan trở thành nhãn hiệu nổi tiếng nếu chỉ ra nguồn gốc của hàng hóa, dịch vụ thì nó có thể được bảo hộ theo luật cạnh tranh. Trường hợp muốn đăng ký slogan làm nhãn hiệu thì kể cả là khi nó mang tính phân biệt gắn với một loại hàng hóa, dịch vụ và được sử dụng trong thời gian dài nhưng theo cách hiểu của công chúng nó vẫn chỉ là câu

cửa miệng chứ không phải nhãn hiệu thì nó vẫn không được thừa nhận là một nhãn hiệu¹⁷.

2. Nguyên tắc giải quyết xung đột quyền khi chồng lấn trong bảo hộ bản quyền và nhãn hiệu ở Trung Quốc

Từ thực tiễn bảo hộ bản quyền và nhãn hiệu ở Trung Quốc nêu trên cho thấy, khi giải quyết xung đột giữa bản quyền và nhãn hiệu do chồng lấn, nguyên tắc cơ bản là bảo vệ quyền đầu tiên, nhưng đó không phải là nguyên tắc duy nhất mà còn phải để ý đến nguyên tắc công bằng và nguyên tắc cân bằng lợi ích¹⁸. Trường hợp nếu nhãn hiệu đăng ký sau có sự đầu tư chi phí, lao động và quảng cáo ... với mục đích sử dụng lâu dài trong kinh doanh của chủ thể quyền mà pháp luật Trung Quốc ưu tiên bảo hộ bản quyền có trước một cách cứng nhắc thì có thể đi ngược lại nguyên tắc công bằng và nguyên tắc cân bằng lợi ích. Vì thế, thực tiễn xét xử ở Trung Quốc cho thấy khi giải quyết xung đột giữa bản quyền và nhãn hiệu trong trường hợp này, các Tòa án không chỉ quan tâm bảo vệ bản quyền có trước mà quan tâm cả tới thực tế sử dụng nhãn hiệu của chủ thể đó, quan tâm việc nhãn hiệu có đạt được sự công nhận của công chúng liên quan đến hàng hóa, dịch vụ nhất định hay không để ra phán quyết¹⁹. Thậm chí, các bên có thể thỏa thuận trên cơ sở giàn xếp của TRAB²⁰ giúp cho đôi bên cùng có lợi và tài sản trí tuệ được sử dụng một cách hiệu quả nhất, tránh lãng phí nguồn lực, cản trở hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp khi phải hủy bỏ đăng ký nhãn hiệu hàng hóa.

¹³ Duan Xiao Mei, TLdd, tr. 68.

¹⁴ Article 11, Trademark law of PRC.

¹⁵ Article 10, Trademark law of PRC.

¹⁶ Duan Xiao Mei, TLdd, tr. 68,69.

¹⁷ Duan Xiao Mei, TLdd, tr. 69,70.

¹⁸ Duan Xiao Mei, TLdd, tr. 72.

¹⁹ Duan Xiao Mei, TLdd, tr. 73.

²⁰ Duan Xiao Mei, TLdd, tr. 73,74; Article 8 Rules for Trademark Review and Adjudication of RPC, <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn046en.pdf>, truy cập ngày 26/12/2021.

Một trong các yếu tố được cân nhắc khi giải quyết xung đột giữa bản quyền và nhãn hiệu cũng được các nhà hoạt động thực tiễn ở Trung Quốc xét tới, đó là mục đích lập pháp khi xây dựng pháp luật về bản quyền và nhãn hiệu. Giá trị của bản quyền dựa trên chính tác phẩm, sự thể hiện ý tưởng sáng tạo ra bên ngoài của tác phẩm; trong khi giá trị của nhãn hiệu không nằm ở bản thân biểu tượng mà là sự tích lũy danh tiếng của doanh nghiệp bằng cách sử dụng lâu dài biểu tượng đó để phân biệt sản phẩm, dịch vụ mang giá trị, chất lượng cụ thể²¹; theo đó, biểu tượng được đăng ký làm nhãn hiệu chỉ là một trong các yếu tố làm nên danh tiếng của sản phẩm mang nhãn hiệu mà thôi.

Thực tiễn cho thấy, không có giải pháp nào tốt nhất để giải quyết xung đột giữa bản quyền và nhãn hiệu liên quan tới bản quyền có trước cho mọi trường hợp mà phải tùy thuộc vào tình hình cụ thể. Và việc phân định được các nhà hoạt động thực tiễn Trung Quốc xem xét dựa trên các tiêu chí: (i) sự bảo hộ quyền thực tế và kịp thời; (ii) coi trọng nghĩa vụ chứng minh; (iii) cân nhắc đến rủi ro và thiệt hại kinh tế và khuyến nghị thỏa hiệp (nếu cần)²². Việc áp dụng hài hòa các nguyên tắc pháp luật và xem xét đầy đủ quyền và lợi ích của các bên giúp bảo vệ các quyền SHTT một cách đúng mực, tránh trường hợp lạm dụng thủ tục phản đối đơn trên cơ sở bản quyền có trước hoặc bảo vệ quá mức cho bản quyền không chỉ trong phạm vi lãnh thổ quốc gia mà còn trên phạm vi quốc tế với khuôn khổ bảo hộ bản quyền theo Công ước Berne.

²¹ Duan Xiao Mei, TLđd, tr. 72,75.

²² Duan Xiao Mei, TLđd, tr. 77.

²³ Nghị định số 103/2006/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật SHTT về sở hữu công nghiệp, <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/So-huu-tri-tue/Nghi-dinh-103-2006-ND-CP-huong-dan-Luat-So-huu-tri-tue-ve-so-huu-cong-nghiep-14288.aspx>, truy cập ngày 26/12/2021.

²⁴ Điều 1 Nghị định số 103/2006/NĐ-CP.

²⁵ Quyết định về xử lý vụ việc cạnh tranh số 169/QĐ-CT ngày 26/12/2018, Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng, Bộ Công thương.

3. Những gợi mở cho Việt Nam

Hiện tại, mặc dù pháp luật SHTT Việt Nam cũng đã ghi nhận nguyên tắc bảo hộ quyền SHTT được xác lập trước tại Điều 17.1 Nghị định số 103/2006/NĐ-CP²³: “*Quyền sở hữu công nghiệp có thể bị hủy bỏ hiệu lực hoặc bị cấm sử dụng nếu xung đột với quyền sở hữu trí tuệ của tổ chức, cá nhân khác được xác lập trước*”. Nhưng phạm vi điều chỉnh của điều luật này mới chỉ nhằm giải quyết xung đột giữa các quyền SHCN với nhau²⁴ mà chưa áp dụng cho tất cả các quyền SHTT trong đó có xung đột giữa quyền tác giả và nhãn hiệu. Bởi vậy, sẽ là khó khăn, lúng túng cho các nhà hoạt động tư pháp khi giải quyết tình huống xung đột loại này. Thực tiễn cho thấy, việc bảo vệ quyền có trước của các chủ thể quyền ở Việt Nam mới đang được bảo hộ chủ yếu dựa trên cơ sở Luật cạnh tranh²⁵ chứ chưa theo nguyên tắc được ghi nhận một cách rõ ràng, chính thức nào trong Luật SHTT để giải quyết xung đột loại này. Vì vậy, trong quá trình hoàn thiện pháp luật SHTT, nhất thiết phải luật hóa quy định tại Điều 17 Nghị định số 103/2006/NĐ-CP vào Luật SHTT hiện hành nhằm hình thành nguyên tắc giải quyết xung đột giữa các quyền SHTT nói chung và xung đột giữa quyền tác giả và nhãn hiệu như đã nêu ở trên. Đặc biệt, cần có những hướng dẫn tương đối cụ thể về các tiêu chí và nguyên tắc bảo hộ quyền tác giả có trước giúp bảo hộ hiệu quả các quyền SHTT và đồng thời tránh được sự lạm dụng bảo hộ quyền trước làm cản trở hoạt động kinh doanh thực tế của các doanh nghiệp ■

