

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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

Chúc Mừng Năm Mới
Xuân Tân Sửu
2021



SỐ 03+04 (427+428)

THÁNG 2/2021

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 03 + 04/2021

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

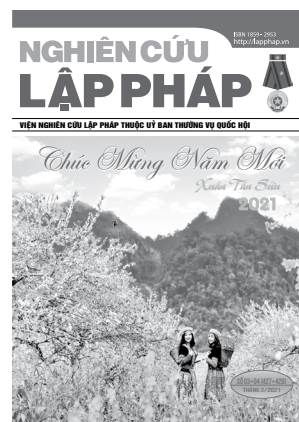
- 5** Pháp quyền và chủ nghĩa hiến pháp
GS. TS. Nguyễn Đăng Dung – Vũ Thành Cự
- 12** Kinh tế chia sẻ và quyền tự do kinh doanh
TS. Chu Thị Hoa
- 20** Tác động của cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư đến hoạt động lập pháp
PGS. TS. Trương Hồ Hải – TS. Đặng Việt Đạt
- 26** Bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo trong xét xử sơ thẩm vụ án hình sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay
TS. Võ Quốc Tuấn
- 32** Một góc nhìn về thực tiễn phản biện xã hội tại Việt Nam hiện nay
ThS. Lê Thị Thiều Hoa
- 39** Cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của WTO và thực tiễn áp dụng tại Việt Nam sau 26 năm phát triển
ThS. Nguyễn Mai Linh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 48** Tiếp tục hoàn thiện Luật Kinh doanh bảo hiểm
TS. Phan Phương Nam

CHÍNH SÁCH

- 52** Thực hiện chính sách, pháp luật liên kết vùng trong phát triển du lịch ở các tỉnh Bắc Trung Bộ
TS. Bùi Quỳnh Thơ



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

NGỌC HÀ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

GIÁ: **50.000 ĐỒNG**

Ảnh bìa: Xuân về trên bàn cao

Ảnh: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 61** Những nội dung về xử phạt người chưa thành niên vi phạm hành chính cần được quy định chi tiết

TS. Cao Vũ Minh

- 67** Về người bị buộc tội theo quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự Việt Nam năm 2015

TS. Ngô Văn Vịnh – Hồ Việt Phương

- 74** Chế định bảo lãnh trong tố tụng hình sự và hướng hoàn thiện

ThS. Nguyễn Thị Thu Hằng

- 80** Định mức việc thi hành án dân sự đối với chấp hành viên

TS. Nguyễn Văn Nghĩa – ThS. Hoàng Thị Thanh Hoa

- 86** Hoàn thiện pháp luật về chuyển nhượng dự án bất động sản

TS. Võ Trung Tín – LS. Trương Văn Quyền

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 96** Án lệ, áp dụng án lệ trên thế giới và gợi mở cho Việt Nam

PGS. TS. Nguyễn Minh Tuấn – ThS. Lê Minh Thúy

- 104** Nhà nước bồi thường thiệt hại do tội phạm gây ra: quy định của pháp luật một số nước và gợi mở cho Việt Nam

TS. Nguyễn Tất Thành

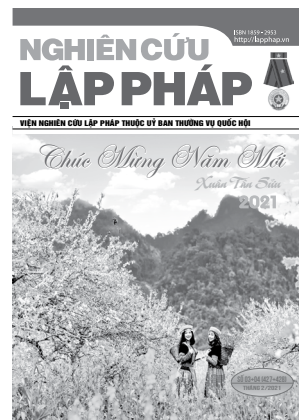
- 109** Vụ VNG kiện TikTok: kinh nghiệm cho Việt Nam từ cơ chế 'Safe harbour' của Hoa Kỳ, Liên minh Châu Âu và New Zealand

Nguyễn Lương Sỹ - Nguyễn Thị Lan Anh

CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG

- 117** Quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương trong chế độ sở hữu toàn dân ở Việt Nam

TS. Trần Thị Quang Hồng



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

NGỌC HÀ

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

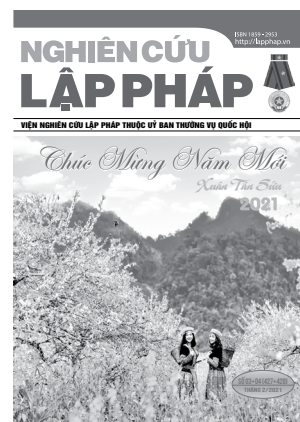
IN TẠI NHÀ MÁY IN BỘ QUỐC PHÒNG

GIÁ: **50.000 ĐỒNG**

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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



Legis No 3 + 4/2021

STATE AND LAW

- 5** Rule of Law and the Constitutionalism
Prof. Dr. Nguyen Dang Dung - Vu Thanh Cu
- 12** Sharing Economics and Business Freedom
Dr. Chu Thi Hoa
- 20** The Impacts of the Fourth Industrial Revolution on Legislation Activities
Prof. Dr. Truong Ho Hai - Dr. Dang Viet Dat
- 26** Ensurance of Equal Rights of Defendants in First-instance Trial of Criminal Cases at the People's Courts in Vietnam
Dr. Vo Quoc Tuan
- 32** A Perspective on the Social Criticism Practice in Vietnam
LLM. Le Thi Thieu Hoa
- 39** The WTO's Mechanism for International Trade Dispute Settlement and the Practice in Vietnam after 26 years of Developments
LLM. Nguyen Mai Linh

DISCUSSION OF BILLS

- 48** Improvements of the Law on Insurance Business
Dr. Phan Phuong Nam

POLICIES

- 52** Enforcement of Policies and Laws on Regional Linkages in Tourism Development in the North Central Coast Provinces
Dr. Bui Quynh Tho

LEGAL PRACTICE

- 61** The Contents of Penalties for Juvenile Offenders need in Details
Dr. Cao Vu Minh

EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Dr. Nguyen Van Giau
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai
Prof. Dr. Dinh Van Nha
Dr. Nguyen Van Luat
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HANOI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

NGOC HA

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY

PRICE: **50.000VND**

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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

- 67** Discussions on the Accused under Vietnam's Criminal Procedure Code of 2015

Dr. Ngo Van Vinh - Ho Viet Phuong

- 74** Provisions on Criminal Proceedings and Recommended Improvements

LLM. Nguyen Thi Thu Hang

- 80** The Norms of Civil Judgment Enforcement for the Executors

Dr. Nguyen Van Nghia - LLM. Hoang Thi Thanh Hoa

- 86** Improvements of Legal Regulations on Real Estate Project Transfer

Dr. Vo Trung Tin - Truong Van Quyen

FOREIGN EXPERIENCE

- 96** Case Laws and Application of Case Law in the World and Suggestions for Vietnam

Prof. Dr. Nguyen Minh Tuan - LLM. Le Minh Thuy

- 104** The State Compensations for Damages caused by Crime: Laws of Foreign Countries and Recommendations for Vietnam

Dr. Nguyen Tat Thanh

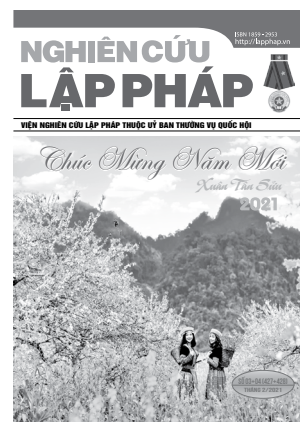
- 109** The Lawsuit of VNG and TikTok: Experiences for Vietnam from the 'Safe Harbour' Mechanism of the United States, the European Union, and New Zealand

Nguyen Luong Sy - Nguyen Thi Lan Anh

LOCAL GOVERNMENT ADMINISTRATION

- 117** Management and Utilization of Public Assets at the Local Governments under the People's Entire Ownership Regime in Vietnam

Dr. Tran Thi Quang Hong



EDITORIAL BOARD:

Dr. Nguyen Van Hien (Chairman)
Dr. Nguyen Van Giau
Prof. Dr. Nguyen Thanh Hai
Prof. Dr. Dinh Van Nha
Dr. Nguyen Van Luat
Dr. Le Hai Duong
Dr. Luong Minh Tuan (Secretary)
Prof. Dr. Vu Cong Giao
Prof. Dr. Ngo Huy Cuong
Prof. Dr. Vu Hong Anh

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

Dr. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

35 NGO QUYEN - HOAN KIEM - HANOI.
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@quochoi.vn
Website: <http://lapphap.vn>

DESIGN:

NGOC HA

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY

PRICE: **50.000VND**

PHÁP QUYỀN VÀ CHỦ NGHĨA HIẾN PHÁP

Nguyễn Đăng Dung*
Vũ Thành Cự**

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

** Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Pháp quyền; pháp luật; hiến pháp; chủ nghĩa hiến pháp.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/12/2020

Biên tập : 27/12/2020

Duyệt bài : 04/01/2021

Article Information:

Keywords: Rule of law; law; constitution; constitutionalism.

Article History:

Received : 13 Dec. 2020

Edited : 27 Dec. 2020

Approved : 04 Jan. 2021

Tóm tắt:

Những năm gần đây, trên các diễn đàn khoa học, chủ nghĩa hiến pháp/chủ nghĩa hợp hiến được bàn luận nhiều, nhưng thực ra chủ nghĩa này có mối quan hệ mật thiết với pháp quyền. Trong bài viết này, các tác giả phân tích mối quan hệ khăng khít giữa nhà nước pháp quyền và chủ nghĩa hiến pháp/chủ nghĩa hợp hiến.

Abstract:

In recent years, the constitutionalism has been received several arguments on the scientific dialogues. In fact, this doctrine has a close relationship with the rule of law. In this article, the authors provide analysis of the association of these two ideas.

1. Pháp quyền là gì?

Ở Việt Nam, thuật ngữ “pháp quyền” thường được đồng nhất với “nhà nước pháp quyền” vốn là bản dịch từ tiếng Đức (*Rechtsstaat*) hay tiếng Pháp (*état de droit*). Xét về truyền thống văn hóa của thuật ngữ “pháp quyền” được hình thành ở nước Anh bắt đầu từ thế kỷ XII thì pháp quyền (*rule of law*) được hiểu là tinh thần “thượng tôn pháp luật”.

Pháp quyền (Rule of Law) được Aristotle đề cập lần đầu trong tác phẩm kinh điển Chính trị học (Politics) khi ông đặt ra câu hỏi luật hoàn chỉnh nhất hay cá

nhân xuất sắc nhất cai trị thì sẽ tốt hơn. Câu hỏi còn xem xét tính chất của luật và đặc tính của chính quyền ban hành và thực thi luật. Điều này có điểm tương đồng với học giả người Pháp Jacques Chevallier khi nhận định “luật pháp không chỉ là công cụ hoạt động của nhà nước mà còn là phương tiện giới hạn sức mạnh của chính quyền”¹. Aristotle cũng đặt vấn đề về *epieikeia* (thường được dịch là equity – lẽ công bằng) – một trong những ý niệm có ảnh hưởng lớn đến việc hình thành nhận thức về pháp quyền sau này. Plato đến Aristotle và sau đó là Thomas Aquinas đã tạo ra trường phái pháp quyền truyền thống cho

1. Chevallier J. (2010), L'État de droit, 5^e éd. Publishing House, Montchrestien, tr. 18.

rằng quyền công dân là gốc của mọi quyền khác. Quyền tự nhiên chỉ là quyền phái sinh của quyền công dân vì chỉ khi là công dân, con người mới được hưởng các quyền đó. Những quyền đó không tồn tại trong trạng thái dã man, nơi con người không được bảo vệ và vì vậy, các quyền đó không tồn tại.

John Locke trong tác phẩm *Khảo luận thứ hai về chính quyền* khi nhấn mạnh “cho dù là ai, khi có quyền lập pháp hay quyền lực tối cao của một công quốc, cũng luôn bị ràng buộc vào việc phải cai quản bằng các luật đã được thiết lập một cách ổn định, đã ban hành chính thức và được nhân dân biết đến”². Ông cho rằng các quyền tự nhiên là nguồn gốc của mọi quyền. Con người tham gia vào cộng đồng để bảo vệ các quyền đó. Sau đó, Hugo Crocius đã hợp lý hóa pháp quyền căn cứ vào các nguyên tắc của lý trí, khế ước và trở thành người sáng lập ra thuyết pháp quyền tự nhiên hiện đại³.

Montesquieu đặt nền móng cho tư duy phân chia quyền lực – đặc biệt nhánh tư pháp phải độc lập với nhánh hành pháp và lập pháp. Những người làm ra luật không thể tự mình thực thi pháp luật bởi như vậy sẽ dễ dẫn đến tình trạng lạm quyền, xấu nhất có thể là bạo chúa (*tyranny*). Tư tưởng về tư pháp độc lập của Montesquieu đặc biệt đúng đắn nếu đặt vào bối cảnh của nước Mỹ. Trên thực tế, nhánh lập pháp và hành pháp có những tác động qua lại khi có sự xuất hiện của đảng phái. Tổng thống có thể có những lợi thế nhất định khi đảng chiếm đa số ở nghị viện là đảng của mình và pháp quyền vẫn được duy trì nhờ vào tính độc lập của nhánh tư pháp.

2. Chủ nghĩa hiến pháp là gì?

Chủ nghĩa hiến pháp trong tiếng Anh là constitutionalism, có người dịch là chủ nghĩa hợp hiến, có người dịch là “chủ nghĩa hiến pháp”, có người dịch là “chủ nghĩa lập hiến”. Theo tác giả bài viết nên dịch là “chủ nghĩa hiến pháp” thì sự chuyển tải bao quát và đầy đủ hơn. Các thuật ngữ hiến pháp trị, hay chủ nghĩa hiến pháp hầu như cũng có một nội hàm gần tương tự. Nội hàm của khái niệm “chủ nghĩa” đang là một trong những vấn đề rất lớn trong lý luận của khoa học pháp lý hiện nay ở Việt Nam. Từ điển tiếng Việt của Việt Nam định nghĩa: *Chủ nghĩa là hệ thống các quan niệm, đạo đức, văn học, nghệ thuật, được coi là lý luận cơ bản hướng dẫn mọi mặt hoạt động*⁴.

Từ điển chính quyền và chính trị Hoa Kỳ của Jay M. Shafritz ghi nhận: *Chủ nghĩa hiến pháp là sự phát triển của những tư tưởng hợp hiến qua nhiều thời đại. Trong khi lý luận cổ điển về hiến pháp thường phải quay về với những tư tưởng của Aristotle, thì của lý luận hiến pháp hiện đại lại xuất phát từ những tư tưởng khế ước xã hội thế kỷ XVII. Những biểu hiện đặc trưng của Hiến pháp là khái niệm về một chính phủ hữu hạn mà thẩm quyền tối hậu của nó luôn luôn phải tuân thủ sự đồng ý của người bị cai trị*.

Giáo sư Hamilton của Đại học Yale (Mỹ) cho rằng “chủ nghĩa hiến pháp là cách gọi niềm tin của con người vào ngôn từ được soạn trên giấy để ổn định nhà nước”⁵. Với cách định nghĩa hẹp như vậy thì học giả nhấn mạnh rằng “chủ nghĩa hiến pháp phát triển rực rỡ từ năm 1776”⁶. Nhiều luật gia cho rằng, năm 1776 (trước khi Hiến

2. John Locke, *Khảo luận thứ hai về chính quyền*, Nxb. Tri thức, 2019, tr. 178.

3. Adam B. Selligman, *The Idea of Civil Society*, Princeton University Press, p. 17.

4. Viện Ngôn ngữ học (2000), *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng – Trung tâm Từ điển học, tr. 174.

5. Hamilton W.H., *Constitutionalism*, Encyclopedia of the Social Sciences, vol. 4 (London: Macmillan, 1930-1935), p. 255.

6. đđ.

pháp Hợp chủng quốc Hoa Kỳ ra đời một năm) là một mốc đánh dấu cho sự xuất hiện của chủ nghĩa hiến pháp hiện đại (modern constitutionalism). Điều này xuất phát từ bối cảnh lịch sử thay đổi thời điểm bấy giờ tại Hoa Kỳ khi chủ nghĩa hiến pháp xuất hiện đồng thời với chủ nghĩa cộng hòa (republicanism)⁷.

Cách diễn giải có thể khác nhau nhưng nội hàm của chủ nghĩa hiến pháp bản chất là lý thuyết về giới hạn quyền lực nhà nước mà có thể được thể hiện dưới dạng cân bằng hoặc phân chia quyền lực⁸.

Chủ nghĩa hiến pháp bắt nguồn từ ý tưởng chính trị tự do của Tây Âu và Hoa Kỳ là hình thức bảo vệ quyền cá nhân đối với sinh mạng và tài sản, tự do tôn giáo và ngôn luận. Để đảm bảo những quyền này, những người soạn thảo Hiến pháp đã nhấn mạnh kiểm soát đối với quyền lực của mỗi ngành trong chính phủ, bình đẳng trước pháp luật, tòa án công bằng và tách biệt nhà thời khỏi nhà nước. Những đại biểu điển hình của truyền thống này là nhà thơ John Milton, luật gia Edward Coke và William Blackstone, các chính khách như Thomas Jefferson và James Madison, và những triết gia như Thomas Hobbes, John Locke, Adam Smith, Baron de Montesquieu, John Stuart Mill⁹.

Hiến pháp là bản văn quy định thể chế nhà nước, có tác dụng làm cho mọi người hạnh phúc hơn. Đó là vị trí, vai trò, chức năng quan trọng hàng đầu của nhà nước. Sự xuất hiện của nhà nước như là một cứu cánh cho sự diệt chủng của loài người, nếu loài người vẫn đi theo con đường của chế độ xã

hội thị tộc nguyên thủy. Nhưng với tư cách là công cụ duy nhất của việc gìn giữ trật tự công cộng, việc vi phạm nằm ngay ở trách nhiệm, khả năng phải thi hành nhiệm vụ giữ gìn trật tự công cộng của nhà nước. Vì vậy, bên cạnh việc có trách nhiệm làm cho người dân hạnh phúc hơn, cũng có lúc nhà nước làm cho người dân chưa hài lòng, thậm chí là đau khổ hơn. Holmes là một trong những Thẩm phán nổi tiếng của Hợp chủng quốc Hoa Kỳ cuối thế kỷ XIX và đầu thế kỷ XX có một cách đặt vấn đề sắc sảo làm nổi bật lên bản chất của chủ nghĩa hiến pháp: Làm sao thoát khỏi tình trạng vô chính phủ mà lại không sa vào sự chuyên chế? Làm cách nào ấn định đủ quyền lực cho người cầm quyền, mà vẫn không sa vào việc lạm dụng quyền lực nhà nước. Giải pháp cho vấn nạn này là thuyết Hiến pháp trị tức chủ nghĩa hiến pháp¹⁰.

Hayek, mặc dù là một nhà kinh tế học, nhưng đã có công trong việc đặt nền móng cho yếu tố “tự do” trong pháp quyền. Ông là kiến trúc sư trưởng của chủ nghĩa tự do trên bình diện tư tưởng và hành động. Tác động của ông đối với kinh tế học và chính trị học là suối nguồn của tân chủ nghĩa hiến pháp (*neo-constitutionalism*). Khi kết thúc Chiến tranh lạnh và cần có một trật tự thế giới mới, tân chủ nghĩa hiến pháp xuất hiện để thúc đẩy thị trường tự do (free market) và hạn chế sự can thiệp của nhà nước đối với nền kinh tế cũng như quyền tự chủ của các doanh nghiệp cũng như tạo khuôn khổ hiến định cho sự phát triển¹¹.

Nói về tân chủ nghĩa hiến pháp, không thể không nhắc đến triết gia, luật gia người

7. Dry Murray (1986), *Constitutionalism and Republicanism in the American Founding: 1776-1787*, *Teaching Political Science*, 14(1), 5-10.

8. McIlwain, Charles H. 1947 (1940), *Constitutionalism: Ancient and Modern*, Cornell University Press.

9. Greg Russell: Chủ nghĩa hợp hiến/Về pháp quyền và chủ nghĩa hợp hiến, biên tập Nguyễn Đăng Dung, Phạm Hồng Thái và Vũ Công Giao, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, 2012, tr. 57.

10. Holmes: Tuyển tập, 1995, tr. 270-271.

11. Gill S., Cutler A.C. (2014), *New Constitution and World Order*, Cambridge University Press.

Mỹ Lon Fuller khi ông bàn về pháp quyền. Theo ông, tám yếu tố của pháp quyền - “nội hàm đạo đức của luật” là: tính phổ biến, tính công khai, tính tương lai, tính hiểu được, tính thống nhất, tính thực tiễn, tính ổn định và tính phù hợp.

3. Mối quan hệ giữa pháp quyền và chủ nghĩa hiến pháp

- *Xã hội nguyên thủy*

Pháp quyền trong chính quyền hiến định là một giải pháp cũ đối với vấn đề muôn thuở của xã hội loài người – vấn đề kiểm soát những người cai trị và chủ nghĩa hiến pháp chính là ngành khoa học để kiểm chế quyền lực. Các nghiên cứu về hệ thống chính trị nguyên thủy nhận thấy rằng, các quy định của hiến pháp được thiết kế để phòng ngừa sự xuất hiện của bạo chúa (tyrant) dù dưới tư cách cá nhân hay một nhóm, đồng thời trao quyền lực cần thiết cho chính quyền để đưa ra những quyết định có lợi cho quần chúng.

Việc kiểm soát chính quyền dựa trên sự đồng thuận của các vị thần. Hội đồng linh mục sẽ tham vấn các nhà tiên tri hoặc giải thích các hiện tượng thiên nhiên hay xã hội để hiểu được sự bất đồng thuận của các vị thần và sẽ áp dụng những hình phạt khả thi để hỗ trợ cho sự trừng phạt thần học đối với sự bất kính.

Đối với hầu hết các xã hội nguyên thủy, quyền lực chính trị được cân bằng và thẩm quyền được chia cho các cộng đồng khác nhau tùy thuộc vào quyết định cần đưa ra. Các nghi lễ công phu được thực hiện trong một số xã hội quân chủ để nhắc nhở vị vua về sự phụ thuộc của mình vào dân chúng. Vua, thủ lĩnh và hội đồng không được phép thay

đổi luật và tập quán của người dân¹². Tương tự, tộc Zulu ở Nam Phi cũng có nghi lễ khiêu chiến mà vua phải trần truồng, không mặc giáp hoặc mang theo vũ khí để nhắc nhở về tính tạm thời của ngôi vua cũng như một cuộc nổi loạn thực sự có thể giết chết ông ta và đảo chính. Do đó, ông vua được cảnh báo rằng luôn phải chú trọng đến sự ám no của quần chúng¹³. Như vậy, người nguyên thủy cho rằng luật hoặc các quy định cũng phải không chế những người cai trị.

- *Chủ nghĩa hiến pháp cổ điển (classical constitutionalism)*

Plato đã nhìn nhận được chức năng tối hậu của nhà nước là bảo vệ và duy trì pháp luật của người dân¹⁴. Ông đã bảo vệ ý niệm về pháp quyền là một tư tưởng thích hợp đối với xã hội loài người trong những bức thư và hầu hết mọi cuộc đối thoại của mình. Plato luận bàn về một vài cách thức thiết kế bộ máy nhà nước để đạt được pháp quyền như chế độ quân chủ, quý tộc và dân chủ. Ông cho rằng nguồn gốc của tham nhũng chính ra thất bại trong việc duy trì nền pháp quyền vào tay của những kẻ bạo chúa (tyranny). Luật gia Bentham đã tiếp nối tư tưởng này vào thế kỷ XIX khi nhận định rằng, chỉ có Hiến pháp Anh-Mỹ mới tạo ra sự đáng tin để trường tồn¹⁵.

Học trò của Plato là Aristotle đề xuất về mô hình nhà nước hỗn hợp của chế độ dân chủ, quý tộc và quân chủ để tạo ra sự cân bằng quyền lực hiến định. Ý tưởng này là nền tảng cho lý thuyết chủ nghĩa hiến pháp cổ điển liên kết với sự cam kết thực hiện nguyên tắc pháp quyền¹⁶. Tư tưởng này một lần nữa được tái hiện ở nước Anh và là kim chỉ nam của những vị cha đẻ nước Mỹ khi

12. Mair L. (1962), *Primitive Government*, Harmondsworth: Pelican.

13. Gluckman M. (1954), *Rituals of Rebellion in South-East Africa*, Manchester University Press.

14. Reynolds N.B., *Plato's Defense of Rule of Law*.

15. Bentham J. (1823), *Leading Principles of a Constitutional Code for any State*, The Pamphleteer, No. 44.

16. Mansfield H.C.Jr. (1985), *Constitutionalism and the Rule of Law*, *Havard Journal of Law and Public Policy*, pp. 323-326.

phải đối mặt với vấn đề cân bằng quyền lực của các cơ quan, dù nước này không theo chế độ quý tộc hoặc quân chủ.

Nhà thơ cổ Pindar đã thể hiện tư tưởng của Hy Lạp cổ về việc không thể thay đổi luật khi viết “Luật là vua của tất cả”¹⁷. Những cam kết trong hiến pháp của người Hy Lạp có sự vay mượn nhất định từ luật La Mã. Luật tư chính là nguồn của tất cả các luật khác của người La Mã. Luật công do đó là một dạng hợp đồng dân sự được khái quát hóa ở cấp độ cao hơn. Hiến pháp bản chất là bản khế ước xã hội mà công dân ký kết và đồng thuận để được đảm bảo một số quyền và lợi ích hiến định. Học thuyết của người La Mã thời Trung cổ cho rằng dân chúng là nguồn của mọi luật và bất cứ luật công nào, đặc biệt về thuế cần phải dựa trên sự ưng thuận. Học giả McIlwain khẳng định “dù luật hiện đại của chúng ta là gì, La Mã vẫn là cội nguồn của nền tài phán và dù chúng ta theo hình thức chính thể nào, Hy Lạp đã đặt nền móng cho nền khoa học chính trị”¹⁸.

- *Chủ nghĩa hiến pháp thời Trung cổ (Medieval Constitutionalism)*

Ở góc độ quốc tế, giáo hoàng đấu tranh với hoàng đế còn trong nước thì vua đấu tranh với chính dân chúng. Thậm chí giáo hoàng trong cuộc chiến với vua đã thắng và giành được quyền bổ nhiệm cũng như cai trị giám mục trong lãnh thổ của mình¹⁹. John of Paris chỉ ra rằng, giáo hoàng chỉ là người quản lý cộng đồng Cơ đốc và tài sản của họ còn Aquinas nhận thức được việc phân chia nhà nước và nhà thờ là một vấn đề hiến định. Chính quyền tốt nhất trong cả nhà thờ và nhà nước đều đại diện cho người dân, chịu trách nhiệm trước họ và bảo hộ cho quyền của họ.

Anh Quốc là một ví dụ điển hình bởi trước chế độ phong kiến được thiết lập, nhiều khu vực rộng lớn đều được quy hoạch mà không cần có nhà vua. Nhà vua không đếm xỉa nhiều đến quyền thu thuế cho đến thế kỷ XIX và các tòa án có trách nhiệm thực thi pháp luật như một ban hòa giải tư nhân. Như vậy, chức năng chính trị của nhà vua rất hạn chế và mờ nhạt, luật của dân chúng mới là nguồn chính yếu để trị an.

Sau khi những vị vua phong kiến cố gắng để tái định nghĩa quan hệ chính trị liên quan đến việc chia đất và hợp pháp tư cách hoàng đế của mình, họ được coi là người cai trị với tư cách cá nhân nhưng quyền lực bị hạn chế. Tài sản vẫn giữ được sự tự chủ vốn có nên việc đánh thuế chưa bao giờ trở thành một đặc quyền hoàng gia nhưng bằng hình thức tự nguyện cống nộp qua nghị viện đến nhà vua. Với quyền lực của mình, nhà vua ra vẻ có thể quản lý luật pháp nhưng các vị thẩm phán chỉ có thể thực thi luật hiện hành và loại suy luật đất đai chứ cũng không thể thực hiện những yêu cầu xung đột với pháp luật của nhà vua. Luật gia người Anh, John Fortescue cho rằng đây là sự kết hợp của “quy định hoàng gia và hiến định” hay ngắn gọn hơn là nền quân chủ mà nhà vua trị vì và ban hành luật chỉ khi có sự phê chuẩn của nhân dân. Một học giả hiện đại khác về học thuyết chính trị Trung cổ thì nhận định đây là “nhà vua kép”²⁰. Về bản chất, việc luật và quyền cai trị xuất phát từ nhân dân tương thích với các nguyên tắc của luật La Mã.

Gót chân Achilles của chính quyền bị giới hạn ở Anh quốc là sự thiếu vắng các cơ quan để kiềm chế nhà vua. Học giả McIlwain giải thích về sự tan rã của hiến pháp Trung cổ là kết quả của cuộc đấu tranh

17. Tiếng Hy Lạp là “nomos ho panton basileus ».

18. McIlwain C.H (1932), *The Growth of Political Thought in the West*, Macmillan, pp. 3.

19. Tierney B. (1964), *The Crisis of Church and State*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs.

20. Gierke O. (1990), *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge University Press.

trường kỳ giữa nền quân chủ và nhân dân trong việc mở rộng địa vị của mỗi bên trong việc phân chia quyền lực.

- *Chủ nghĩa hiến pháp hiện đại (Modern constitutionalism)*

Học giả Francis Wormuth đã phân tích thấu đáo hai mươi năm nghiên cứu hiến pháp đến từ những cuộc nội chiến của Anh quốc²¹. Những năm tháng chinh phạt của Cromwellian đã được khắc họa với việc thử nghiệm và thảo luận về những ý tưởng xoay quanh chủ quyền phổ biến, hiến pháp thành văn, giới hạn hiến định, phân chia quyền lực, kiểm chế đối trọng và cơ quan lập pháp lưỡng viện. Trong thời kỳ này, cuốn “The Commonwealth of Oceana” của chính trị gia James Harrington đã là nguồn cảm hứng chính cho những vị cha đẻ của nước Mỹ, đặc biệt là John Adams. Những ý niệm hiến định đó đã được áp dụng thành công ở Hợp chủng quốc Hoa Kỳ dù chưa hoàn thiện và toàn diện ở thời điểm đầu khi được công bố.

Hiến pháp Mỹ không hề đưa ra bất cứ nguyên tắc nào của luật tự nhiên hay học thuyết chính trị mà chỉ cụ thể hóa chức năng, quyền hạn và giới hạn của một số cơ quan nhà nước. Hiến pháp Mỹ không phải là một bản khế ước theo quan niệm của John Locke mà David Hume mới là người tạo ra những lý luận nền tảng ẩn sâu trong cách thiết kế hiến pháp Mỹ. Để đạt được sự cân bằng quyền lực giữa các cơ quan và thượng tôn pháp luật trong bối cảnh nước Mỹ lúc bấy giờ, có lẽ những người cha đẻ của bản hiến pháp đã lấy cảm hứng từ hai cuốn sách của Hume mang tên “History of England and Political Essays”²². Xuất phát từ quan điểm của Hume, nhận định của

Madison rằng, con người không phải thiên thần đã trở nên nổi tiếng tại Mỹ. Madison không khẳng định rằng mọi người đều lạm dụng quyền lực khi có cơ hội nhưng nhìn từ khía cạnh thống kê, ông nhận định bất cứ cơ quan nào được cho phép hoặc có thể lạm dụng quyền lực đều có thể bị biến chất, trở thành bạo chúa.

- *Học thuyết chính trị và chủ nghĩa hiến pháp*

Từ bản chất của con người, pháp luật chính là hình thức tổ chức xã hội cao nhất mà chúng ta cần phải đạt được. Do đó, sự kiểm chế quyền lực của các cơ quan nhà nước là rất quan trọng để phòng ngừa khả năng làm ô uế nền pháp quyền. Hiến pháp Mỹ đã thành công trong việc thiết kế sự cân bằng nội bộ và tính phức tạp trong việc ra quyết định để ngăn chặn sự tập trung quyền lực vào tay của một cá nhân hay một phe nhóm.

Francis Wormuth là một trong những người giúp các học giả đương đại nhìn được trọng tâm của chủ nghĩa hiến pháp là “sự phòng ngừa bổ trợ” hay James Madison gọi đó là “sự trừu tượng không đủ để miêu tả sự kiểm chế đối với chính quyền nhưng ít nhất trong các hoạt động thường nhật”²³. Hayek nhà kinh tế học đã tiệm cận được quan niệm này khi ông định nghĩa luật hiến pháp là siêu cấu trúc được tạo ra để bảo đảm thực thi pháp luật hơn là nguồn của mọi luật khác²⁴. Học giả Tom Paine thì cho rằng, “hiến pháp là tiền đề của chính quyền” và tin rằng “chính quyền chỉ là tay sai của hiến pháp”²⁵.

Hiến pháp thực chất được soạn ra để bảo vệ người dân bị đe dọa bởi chính những người cai trị họ. Nhớ lại về Hiến chương

21. Wormuth F.D. (1949), *The Origins of Modern Constitutionalism*, Harper.

22. Whelan F.G. (1985), *Order and Artifice in Hume’s Political Philosophy*, Princeton University Press, pp. 348-373.

23. Wormuth, *The Origins of Modern Constitutionalism*, pp. 3.

24. Hayek F.A. (1976), *Law, Legislation, and Liberty*, University of Chicago Press.

25. McIlwain, *Constitutionalism*, pp. 21.

“Magna Carta” khi người dân khởi nghĩa nhưng không phải để đảo chính, mà họ bắt nhà vua phải cam kết duy trì và thượng tôn pháp luật hoặc “tự do của dân chúng”. Cách định nghĩa chủ nghĩa hiến pháp hẹp nhất là thực hành học thuyết đạo đức chính trị trong việc khám phá các nguyên tắc nền tảng để điều hòa tự do và bình đẳng. Bản Tuyên ngôn Nhân quyền và Dân quyền của Pháp năm 1789 đã phân biệt “quyền con người” và “quyền công dân” là hai khái niệm khác nhau làm mất đi tính phổ quát (universality) của quyền con người. Anh quốc không đề cập đến chữ tự do nhiều như nước Pháp láng giềng nhưng nguyên tắc “cắt bánh” trên thực tế lại đạt hiệu quả tốt hơn. Nguyên tắc đó đơn giản là “người cắt bánh phải lấy phần của mình sau cùng”. Ở Mỹ, học giả Ronald Dworkin đã có nhiều đóng góp lớn khi ông công khai thúc giục Tối cao pháp viện và các thẩm phán phải thấu rõ trách nhiệm của mình trong việc đưa công lý đạt được những nguyên tắc hiển nhiên của bình đẳng trong những vụ án hóc búa²⁶.

Trong cách tiếp cận của người Mỹ, do đặc điểm đặc thù của họ phải thành lập một nhà nước liên bang với một văn bản Hiến pháp có hiệu lực pháp luật tối cao, không ít các học giả của họ đều có nhận định rằng, chủ nghĩa hiến pháp tương đương với nhà nước pháp quyền²⁷.

- Kết luận

Pháp quyền khi du nhập vào các nước theo truyền thống pháp luật dân luật (civil law) như Pháp và Đức đều xuất hiện thêm chữ “nhà nước” theo cách dịch của các nước này. Đức dịch là “Rechtsstaat” trong đó “Staat” là nhà nước, Pháp dịch là “état de droit” trong đó “état” cũng là nhà nước. Họ cho rằng nền pháp quyền chỉ được duy trì khi gắn nó với nhà nước. Nhà nước chính là thiết chế bảo đảm pháp quyền. Nhà nước

pháp quyền được xem là một nguyên tắc hiến định, một nguyên tắc mang tính thực định, trung tâm của luật công. Sau đó, quan niệm này được du nhập sang Liên Xô và Việt Nam. Ở Việt Nam, chúng ta luôn nhắc đến khái niệm “nhà nước pháp quyền” chứ ít bàn đến hai chữ “pháp quyền” khi chúng đứng độc lập. Ngược lại, hai nước Anh và Mỹ là biểu tượng của truyền thống pháp luật Thông luật (common law) đều giữ lại nguyên bản hai chữ “pháp quyền”. Hiến pháp của các quốc gia thuộc hệ thống pháp luật này cũng hiếm khi ghi nhận trực tiếp “rule of law”, nhưng việc tổ chức, vận hành của hệ thống chính trị và pháp luật các nước này lại đáp ứng các tiêu chuẩn, đòi hỏi và chuẩn mực của “nhà nước pháp quyền” theo cách hiểu của các quốc gia châu Âu lục địa: phân quyền; bảo đảm nhân quyền; tư pháp độc lập; tài phán hiến pháp...

Theo cách hiểu của hệ thống pháp luật châu Âu lục địa hay Dân luật thì địa vị của hiến pháp, nhà nước và nền pháp quyền được xếp lần lượt theo chiều dọc. Hiến pháp là đạo luật tối cao của quốc gia, quy định cách tổ chức bộ máy nhà nước và thông qua nhà nước thì nền pháp quyền mới được đảm bảo và thực thi. Ngược lại, các quốc gia theo hệ thống pháp luật Anglo-saxon cho rằng chủ nghĩa hiến pháp là hiện thân của pháp quyền và chính là pháp quyền. Như vậy, có thể hình dung nhà nước sẽ bị kiểm chế đối trọng giữa hiến pháp và pháp quyền. Nhà nước chỉ là “tay sai” của hiến pháp và phải chịu sự phối hợp giám sát của cả hiến pháp và pháp quyền.

Pháp quyền đưa ra những nguyên tắc của một nhà nước tốt và chủ nghĩa hiến pháp cụ thể hóa việc đó bằng việc kiểm soát quyền lực của nhà nước để bất cứ ai đều thượng tôn pháp luật ■

26. Dworkin R. M. (1980), Political Judges and the Rule of Law, The British Academy, pp. 282.

27. Greg Russell, sdd.

KINH TẾ CHIA SẺ VÀ QUYỀN TỰ DO KINH DOANH

Chu Thị Hoa*

** TS. Phó Viện trưởng Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Kinh tế chia sẻ, quyền tự do kinh doanh, Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 23/12/2020

Biên tập : 08/01/2021

Duyệt bài : 10/01/2021

Article Information:

Keywords Sharing Economy, Business Freedom, Fourth Industrial Revolution

Article History:

Received : 23 Dec. 2020

Edited : 08 Jan. 2021

Approved : 10 Jan. 2021

Tóm tắt:

Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ 4 dẫn đến sự ra đời của những ngành nghề kinh doanh mới dựa trên nền tảng kỹ thuật số theo mô hình kinh tế chia sẻ. Đây là những ngành nghề kinh doanh được đánh giá là có nhiều tiềm năng để phát triển tại thị trường Việt Nam. Tuy nhiên, trên thực tế, các doanh nghiệp kinh doanh các ngành nghề mới này còn gặp phải nhiều khó khăn do sự hạn chế, bất cập của khung pháp lý hiện hành. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích việc hiện thực hóa quyền tự do kinh doanh trong mô hình kinh tế chia sẻ, qua đó góp phần thúc đẩy phát triển mô hình này ở Việt Nam.

Abstract:

The 4th industrial revolution leads to the announcement of new businesses based on a digitally-based sharing economy. This industry considered to have great potentials for development in Vietnam. However, in practice, the enterprises trading in this new industry still face several difficulties due to the limitations and shortcomings of the current legal framework. In the scope of this article, the author provides an introduction and analysis of the realization of business freedom in the sharing economic model, thereby promoting the development of this industry in Vietnam.

1. Sự phát triển của mô hình kinh tế chia sẻ tại Việt Nam

Mô hình và các hoạt động của nền kinh tế chia sẻ đã xuất hiện khá lâu trên thế giới, nhưng chỉ đến khi cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư bùng nổ với các thành tựu phát triển của khoa học - công nghệ, công nghệ thông tin thì mô hình kinh tế này mới có những bước phát triển đột phá, được coi là yếu tố cốt lõi của nền kinh tế số hiện nay. Kinh tế chia sẻ là một phương thức mới trong huy động, phân bổ, khai thác và sử dụng có

hiệu quả nguồn lực cho phát triển kinh tế bởi các loại hình doanh nghiệp hoạt động theo mô hình này chủ yếu khai thác các yếu tố tài nguyên sẵn có của người dùng trên nền tảng công nghệ. Tại Việt Nam, thời gian gần đây, thuật ngữ “nền kinh tế chia sẻ” được đưa ra bàn luận trên nhiều diễn đàn, với một số mô hình kinh doanh dựa trên nền tảng ứng dụng công nghệ số như ứng dụng gọi xe Grab, Be, Go Việt, dịch vụ du lịch và khách sạn, dịch vụ chia sẻ phòng ở như Airbnb, Luxstay... Trong điều kiện của Việt Nam, “kinh tế chia sẻ” có

thể được hiểu là một phương thức kinh doanh mới của kinh doanh ngang hàng, một hệ thống kinh tế mà ở đó tài sản và dịch vụ được chia sẻ cho nhiều người sử dụng trên thị trường thông qua việc sử dụng các nền tảng số¹.

Trên thế giới, các doanh nghiệp kinh doanh dựa trên mô hình kinh tế chia sẻ đã đạt những thành công đáng kể. Airbnb – dịch vụ chia sẻ nhà ở cho người đi du lịch, Uber – taxi cộng đồng, Kickstarter – gọi vốn từ cộng đồng... là những cái tên đã không còn quá xa lạ và đã có chỗ đứng nhất định trong giới công nghệ. Tại Việt Nam, mặc dù kinh tế chia sẻ chưa thực sự bùng nổ nhưng việc cho thuê những tài sản ít sử dụng đã và đang tồn tại. Một khảo sát của Công ty Nielsen, trong hơn 30.000 người tiêu dùng trực tuyến trên 60 quốc gia ở châu Á - Thái Bình Dương, châu Âu, châu Mỹ Latinh, Trung Đông, châu Phi và Bắc Mỹ cho thấy, kinh tế chia sẻ đang bắt đầu khởi phát, mở rộng trong các lĩnh vực và Việt Nam là một trong những nước có tiềm năng lớn để phát triển mô hình này. Theo khảo sát của Nielsen, cứ bốn người Việt Nam được hỏi thì có ba người cho biết thích ý tưởng kinh doanh về mô hình này; 76% cho biết sẵn sàng tận dụng các sản phẩm và dịch vụ chia sẻ; chỉ có 18% từ chối chia sẻ tài sản cá nhân của mình².

Thực tế tại thị trường Việt Nam hiện nay, kinh tế chia sẻ chưa phát triển mạnh như ở nhiều nước, nhưng mô hình kinh tế

mới này cũng đã xuất hiện và có nhiều tiềm năng để phát triển. Một số loại hình kinh tế chia sẻ đã xuất hiện ở Việt Nam, trong đó nổi lên ba loại hình dịch vụ: (1) Lĩnh vực vận tải với dịch vụ chia sẻ phương tiện giao thông (như Grab, Go Viet, Dichung, Fastgo, Be v.v.); (2) Dịch vụ lưu trú, du lịch (như Airbnb, Travelmob, Luxstay); (3) Lĩnh vực tài chính với dịch vụ cho vay ngang hàng (chủ yếu tập trung vào các doanh nghiệp Fintech). Ngoài ra, nhiều dịch vụ khác cũng đã được hình thành như chia sẻ không gian làm việc (coworking space), chia sẻ lao động và việc làm, v.v.³

- Trong lĩnh vực vận tải, các doanh nghiệp hoạt động theo mô hình kinh tế chia sẻ đã huy động một số lượng lớn phương tiện vận tải (ô tô, xe máy) của cá nhân, đơn vị kinh doanh tham gia vào loại hình dịch vụ vận tải trực tuyến (Grab, Gojek, Dichung, Fastgo, Be). Trong 2 năm (tháng 01/2016 -01/2018), thực hiện Đề án thí điểm “Triển khai ứng dụng khoa học công nghệ hỗ trợ quản lý và kết nối hoạt động vận tải hành khách theo hợp đồng” (Grab car), cả nước đã có 866 đơn vị vận tải (doanh nghiệp, hợp tác xã vận tải) với 36.809 phương tiện và thu hút hàng chục ngàn lao động tham gia⁴. Báo cáo nghiên cứu về nền kinh tế số Đông Nam Á năm 2019 của Google, Temasek Holdings, Bain&Co nhận định, quy mô thị trường gọi xe và giao đồ ăn trực tuyến tại Việt Nam đạt

1. Trung tâm Thông tin – Tư liệu, Viện Nghiên cứu quản lý kinh tế trung ương, *Chuyên đề số 14: Quản lý nhà nước trong nền kinh tế chia sẻ: Kinh nghiệm quốc tế và gợi ý cho Việt Nam*, tr. 4. Xem thêm TS. Chu Thị Hoa “*Kinh tế chia sẻ trong bối cảnh cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 và một số yêu cầu về xây dựng pháp luật ở Việt Nam hiện nay*”, Tạp chí Nghề luật, số 7/2019, tr. 24-31.

2. Nguyễn Thị Loan, *Kinh tế chia sẻ, tiềm năng và thách thức đối với Việt Nam*. Nguồn: <http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/kinh-te-chia-se-tiem-nang-va-thach-thuc-doi-voi-viet-nam-301322.html>, truy cập ngày 10/6/2019.

3. TS. Chu Thị Hoa “*Kinh tế chia sẻ trong bối cảnh cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 và một số yêu cầu về xây dựng pháp luật ở Việt Nam hiện nay*”, Tạp chí Nghề luật số 7/2019, tr. 24-31.

4. Bộ Kế hoạch và Đầu tư, *Dự thảo Báo cáo đánh giá tác động của một số loại hình kinh tế chia sẻ chính tới nền kinh tế*, tr.5. Nguồn: <http://www.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=48375&idcm=140>, truy cập ngày 03/2/2021.

doanh thu 1,1 tỷ USD vào năm 2019, tăng hơn 5 lần so với năm 2015 (200 triệu USD) và dự báo đạt 4 tỷ USD vào năm 2025...⁵. Trong đó, đáng lưu ý là ngoài việc sử dụng phương tiện, tài sản nhân rồi để đưa vào kinh doanh, có một tỷ lệ đáng kể là các phương tiện, tài sản được đầu tư mới cho mục đích kinh doanh theo mô hình kinh tế chia sẻ.

- Trong lĩnh vực lưu trú du lịch, ước tính đến tháng 1/2019 đã huy động được khoảng 18.230 cơ sở lưu trú tham gia mô hình Airbnb và còn nhiều cơ sở kinh doanh chia sẻ phòng ở, phòng làm việc đăng ký ở các ứng dụng khác⁶. Đối với loại hình kinh tế chia sẻ kết hợp văn phòng-khách sạn, theo số liệu thống kê các dự án bất động sản do Bộ Xây Dựng thẩm định thiết kế cơ sở, từ năm 2015 đến hết năm 2019 có khoảng trên 58.000 căn hộ Officetel đã được đầu tư xây dựng thuộc trên 130 dự án, trong đó có 60 dự án với trên 17.000 căn officetel và trên 70 dự án với khoảng trên 41.000 căn Condotel⁷. Ngoài ra, còn hàng chục nghìn căn Condotel, officetel đã được đầu tư xây dựng tại các dự án đầu tư do các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương thẩm định thiết kế cơ sở theo thẩm quyền. Tính riêng năm 2019, tổng số căn hộ Officetel tại các dự án được Bộ Xây dựng thẩm định là 702 căn⁸.

- Trong lĩnh vực tài chính-ngân hàng, loại hình Fintech đang thu hút sự quan tâm

đặc biệt của các công ty, doanh nghiệp công nghệ lớn như FPT, Viettel, VNPT... qua các hoạt động trực tiếp và gián tiếp như đầu tư hình thành các công ty Fintech, thành lập các quỹ đầu tư, vườn ươm hỗ trợ doanh nghiệp khởi nghiệp Fintech... Các nhà đầu tư nước ngoài cũng rất quan tâm đến thị trường cho vay tiêu dùng của Việt Nam, trong số khoảng 100 công ty P2P lending đã đi vào hoạt động chính thức và đang trong giai đoạn thử nghiệm ở Việt Nam, phần lớn là các công ty của nhà đầu tư nước ngoài (Tima, Trust Circle, Lendomo, Wecash, Interloan...). Trong đó, có một số công ty P2P lending có nguồn gốc từ Trung Quốc, Nga, Singapore, Indonesia...⁹.

Những số liệu thống kê trên đây đã cho thấy, mặc dù mới phát triển ở thị trường Việt Nam, kinh tế chia sẻ đã có sự phát triển nhanh chóng. Với quy mô dân số Việt Nam năm 2019 là 96,2 triệu người, trong đó 68,8% dân số đang sử dụng điện thoại di động (tương đương 64 triệu người) và tỷ lệ người dân tiếp cận internet ở mức cao trong khu vực, tỷ lệ lao động trẻ tuổi cao và thu nhập của người dân không ngừng tăng lên, Việt Nam đang là thị trường tiềm năng thu hút đầu tư phát triển kinh tế nói chung và kinh doanh theo mô hình kinh tế chia sẻ nói riêng¹⁰.

Ngày 12/8/2019, Thủ tướng Chính phủ Nguyễn Xuân Phúc đã ký Quyết định

5. https://pbgdpl.hanoi.gov.vn/tin-noi-bat/-/asset_publisher/sxBNLSQSLyY8/content/nhieu-van-e-phap-ly-can-hoan-thien-e-phat-trien-mo-hinh-kinh-te-chia-se?_101_INSTANCE_sxBNLSQSLyY8_viewMode=view, truy cập ngày 14/12/2020.

6. Bộ Kế hoạch và Đầu tư, tldd.

7. Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Dự thảo Báo cáo đánh giá tác động của một số loại hình kinh tế chia sẻ chính tới nền kinh tế, tr.6. Nguồn: <http://www.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=48375&idcm=140>, truy cập ngày 03/2/2021.

8. <https://taichinhdoanhngiep.net.vn/nguy-co-that-thu-thue-tu-cac-loai-hinh-kinh-te-chia-se-d17304.html>, truy cập ngày 14/12/2020.

9. <https://taichinhdoanhngiep.net.vn/nguy-co-that-thu-thue-tu-cac-loai-hinh-kinh-te-chia-se-d17304.html>, truy cập ngày 14/12/2020..

10. Bộ Kế hoạch và Đầu tư, tldd.

số 999/QĐ-TTg phê duyệt Đề án Thúc đẩy mô hình kinh tế chia sẻ với mục tiêu đảm bảo môi trường kinh doanh bình đẳng giữa các doanh nghiệp kinh doanh theo mô hình kinh tế chia sẻ và kinh tế truyền thống. Động thái này thể hiện sự chuyển biến trong nhận thức và hành động của Chính phủ trong việc công nhận hình thức kinh doanh mới trên cơ sở tận dụng các nguồn lực, tài nguyên còn dư thừa trong xã hội nhằm tối ưu hóa tài nguyên cũng như các hoạt động kinh tế dựa trên những tiến bộ của khoa học kỹ thuật, đặc biệt là sự phát triển của Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư. Quyết định số 999/QĐ-TTg ngày 12/8/2019 của Thủ tướng Chính phủ đã tạo ra nền tảng pháp lý, có sự hậu thuẫn của Nhà nước giúp cho các công ty công nghệ hoạt động theo mô hình kinh tế chia sẻ, tạo ra một sân chơi chung, cạnh tranh bình đẳng giữa các công ty truyền thống và công ty công nghệ. Điều quan trọng nhất trong phát triển của mô hình kinh tế này là mang lại lợi ích cuối cùng cho người dùng¹¹. Ngày 27/9/2019, Bộ Chính trị cũng đã ban hành Nghị quyết số 52-NQ/TW về một số chủ trương, chính sách chủ động tham gia Cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư,

trong đó có nhiệm vụ hoàn thiện thể chế tạo thuận lợi cho việc chủ động tham gia cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư và quá trình chuyển đổi số quốc gia – nền tảng quan trọng thúc đẩy sự phát triển của mô hình kinh tế chia sẻ. Nghị quyết số 52/NQ-TW cũng chỉ rõ: Xây dựng cơ chế quản lý phù hợp với môi trường kinh doanh số, tạo thuận lợi cho đổi mới sáng tạo. Sớm ban hành khung thể chế thử nghiệm có kiểm soát đối với các công nghệ, sản phẩm, dịch vụ, mô hình kinh doanh mới hình thành từ Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư. Quy định rõ phạm vi không gian và thời gian thử nghiệm. Nghiên cứu, xây dựng các khu thử nghiệm dành cho doanh nghiệp công nghệ theo mô hình tiên tiến của thế giới. Thực hiện định danh, công nhận, xây dựng hệ thống tiêu chuẩn, quy chuẩn đối với các sản phẩm, công nghệ, mô hình kinh doanh mới¹².

2. Thực hiện quyền tự do kinh doanh trong nền kinh tế chia sẻ

Hiến pháp năm 2013 và các văn bản quy phạm pháp luật Việt Nam đã quy định khá chi tiết về quyền tự do kinh doanh¹³, đồng thời thị trường Việt Nam cũng được đánh giá

11. TS. Chu Thị Hoa, tđđ.

12. Nghị quyết số 52-NQ/TW về một số chủ trương, chính sách chủ động tham gia Cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư.

13. *Hiến pháp năm 1946*: Chỉ ghi nhận quyền tư hữu tài sản (Điều 12); toàn văn Hiến pháp không có điều nào quy định trực tiếp về quyền tự do kinh doanh và hoạt động của các thành phần kinh tế. *Hiến pháp năm 1959 và Hiến pháp năm 1980*: Tự do kinh doanh và hoạt động của các thành phần kinh tế khác ngoài Nhà nước không được khuyến khích. *Hiến pháp năm 1992* (được sửa đổi, bổ sung năm 2001): Bước đầu ghi nhận quyền tự do kinh doanh “tự do đóng”, theo đó công dân có quyền tự do kinh doanh theo quy định của pháp luật (Điều 57). *Hiến pháp năm 2013* đã có một bước tiến mới so với các bản Hiến pháp trước đây, cởi mở hơn với nguyên tắc: “*Mọi người có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm*” (Điều 33).

- Khoản 1, 2 Điều 5 Luật đầu tư năm 2014 khẳng định “*Nhà đầu tư được quyền thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh trong các ngành, nghề mà Luật này không cấm*”, “*Nhà đầu tư được tự chủ quyết định hoạt động đầu tư kinh doanh theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan; ...*”. Luật đầu tư năm 2020 tiếp tục tái khẳng định các quyền trên cũng tại Điều 5 “*1. Nhà đầu tư có quyền thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh trong các ngành, nghề mà Luật này không cấm. Đối với ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện thì nhà đầu tư phải đáp ứng các điều kiện đầu tư kinh doanh theo quy định của pháp luật. 2. Nhà đầu tư được tự quyết định và tự chịu trách nhiệm về hoạt động đầu tư kinh doanh theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan...*”.

là khá tiềm năng để phát triển nền kinh tế chia sẻ. Tuy nhiên, trong nền kinh tế chia sẻ, việc hiện thực hóa quyền tự do kinh doanh gặp phải một số vấn đề sau đây:

Một là, giữa “ghi nhận” quyền tự do kinh doanh và “bảo đảm thực thi” quyền này trên thực tế vẫn còn tồn tại khoảng cách.

- *Quyền tự do lựa chọn ngành nghề kinh doanh*: Về lý thuyết, công dân được chọn kinh doanh các ngành nghề mà pháp luật không cấm. Tuy nhiên, thực tiễn thi hành pháp luật cho thấy, nguyên tắc này không phải khi nào cũng được thực thi. Đặc biệt, trong nền kinh tế chia sẻ, những ngành nghề kinh doanh mới (không quen thuộc với cơ quan quản lý nhà nước) thì người dân gặp khó khăn khi đăng ký thành lập doanh nghiệp kinh doanh những ngành nghề này. Do một số loại hình không nằm trong danh mục ngành nghề kinh doanh hoặc chưa xác định được ngành nghề kinh doanh, việc cấp giấy phép hoạt động đối với doanh nghiệp hoạt động theo mô hình kinh tế chia sẻ còn vướng mắc, gây ra nhiều tranh luận về việc có nên hay không bổ sung các quy định của pháp luật về kinh tế chia sẻ. Trên thực tế, các mô hình kinh doanh mới được đăng ký vào ngành “dịch vụ khác” hoặc có thể sẽ không được đăng ký kinh doanh. Ví dụ, ngành nghề kinh doanh liên quan đến những ứng dụng của Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư như “tiền mã hóa”, “dịch vụ cho vay ngang hàng”... vẫn chưa đăng ký kinh doanh ở Việt Nam.

Nhìn sang các nước trong khu vực, ví dụ Singapore, từ tháng 5/2016, Văn phòng Quỹ Nghiên cứu quốc gia Singapore về Fintech được thành lập để phục vụ toàn diện cho mọi vấn đề liên quan đến Fintech,

thúc đẩy Singapore trở thành trung tâm Fintech của khu vực và thế giới. Tháng 12/2016, Cơ quan Tiền tệ Singapore (MAS) đã ban hành Sandbox (Khung pháp lý thử nghiệm trong phạm vi hạn chế) cho phép các tổ chức tài chính cũng như phi tài chính được trải nghiệm các giải pháp Fintech trong môi trường thực tiễn có kiểm soát¹⁴. Ở Việt Nam, Quyết định số 999/QĐ-TTg ngày 12/8/2019 của Thủ tướng Chính phủ đã giao trách nhiệm cho các Bộ/Ban/Ngành xây dựng và phát triển hệ sinh thái cho kinh doanh, đầu tư theo mô hình kinh tế chia sẻ, trong đó có nhiệm vụ xây dựng trình Chính phủ ban hành Sandbox cho các ngành nghề kinh doanh mới trong nền kinh tế chia sẻ. Tuy nhiên, đến thời điểm tháng 11/2020, Sandbox do Ngân hàng Nhà nước soạn thảo (Nghị định về cơ chế thử nghiệm có kiểm soát hoạt động công nghệ tài chính (Fintech) trong hoạt động ngân hàng) vẫn đang trong quá trình lấy ý kiến về bộ hồ sơ lập đề nghị xây dựng Nghị định.

- Về *Quyền tự do lựa chọn hình thức, cách thức huy động vốn*: Về lý thuyết, cá nhân kinh doanh hay doanh nghiệp được tự do, chủ động quyết định việc tăng vốn vay hay tăng vốn điều lệ; cách thức tăng vốn vay thông qua hợp đồng hay thông qua việc phát hành trái phiếu. Tuy nhiên, các cách thức huy động vốn dành cho doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo, kinh doanh theo mô hình kinh tế chia sẻ thì *đang còn là khoảng trống*. Một công ty khởi nghiệp sáng tạo nếu muốn huy động vốn qua các kênh thông thường, ví dụ như vay vốn ngân hàng sẽ rất khó thực hiện được. Vì vậy, doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo có thể cân nhắc các phương thức huy động vốn từ

14. Xem thêm TS. Chu Thị Hoa & Onpun (2019), *Sandbox: Cơ chế thử nghiệm áp dụng trong phạm vi hạn chế - kinh nghiệm quốc tế và một số gợi ý cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, 2019, Số 15 (391), tr. 58-64.

các nhà đầu tư thiên thần, quỹ đầu tư mạo hiểm, hay gọi vốn qua phát hành tiền điện tử (ICO), qua sàn giao dịch (IEO), qua phát hành các dịch vụ mã thông báo chứng khoán (STO),...

Kể từ khi hoạt động ICO đầu tiên được thực hiện năm 2013, kênh huy động này đã giúp các startup huy động được hàng tỷ USD (riêng trong năm 2017 con số vốn huy động được thông qua ICO là hơn 4 tỷ USD¹⁵; tháng 8/2017, dự án Filecoin huy động được 252 triệu USD chỉ sau hơn 30 phút mặc dù chỉ mở cửa cho các nhà đầu tư được chứng nhận, không mở cửa cho các nhà đầu tư đại trà, nhà đầu tư nhận được token Filecoin và sau đó có thể đổi sang các loại tiền tệ khác.¹⁶ Năm 2018 đã có 1.253 đợt ICOs với số vốn huy động được khoảng 8 tỷ USD¹⁷). Nếu như trong hoạt động chào bán chứng khoán lần đầu tiên ra công chúng - IPO (hoạt động thường được đem ra so sánh với ICO), công ty sẽ phát hành cổ phiếu lần đầu ra công chúng và các nhà đầu tư sẽ được quyền sở hữu cổ phiếu của công ty, thì trong ICO nhà đầu tư sẽ nhận về đồng tiền kỹ thuật số được phát hành dựa trên ứng dụng blockchain. Đồng tiền kỹ thuật số (hay còn gọi là tiền mã hóa) này cũng chính là loại tiền tệ được

sử dụng trong dự án mà nhà đầu tư tài trợ, đồng thời nó còn có thể được giao dịch như một loại tài sản đầu cơ mà nhà đầu tư thường hi vọng đồng tiền số sẽ tăng giá khi dự án thành công. Điểm khác biệt lớn thứ hai giữa ICO và IPO là trong khi IPO chịu sự kiểm soát tương đối chặt chẽ của Ủy ban chứng khoán thì sự kiểm soát dành cho ICO lại “lỏng lẻo” hơn¹⁸. Nếu trước khi IPO công ty phải công bố bản cáo bạch đã được kiểm toán thì các nhà phát hành trong ICO chỉ cần đưa ra “white paper” - bản báo cáo miêu tả tham vọng phát triển của dự án¹⁹.

Hiện nay ở Việt Nam, các hình thức gọi vốn ICO, STO... hiện vẫn chưa được công nhận, trong khi đó, đây lại chính là những hình thức gọi vốn thông dụng đối với doanh nghiệp hoạt động theo mô hình kinh tế chia sẻ.

Hai là, tư duy quản không được hoặc chưa hiểu rõ thì “cắm” gây cản trở việc thực thi quyền tự do kinh doanh trong nền kinh tế chia sẻ.

Hiện nay, việc các cá nhân, tổ chức đầu tư, sở hữu các loại tiền mã hóa như là một loại tài sản tiềm ẩn rất nhiều rủi ro vì không được pháp luật bảo vệ. Trong khi Ngân

15. 10 vụ gọi vốn bằng tiền ảo lớn nhất năm 2017, <https://tapchitaichinh.vn/tai-chinh-quoc-te/10-vu-goi-von-bang-tien-ao-lon-nhat-nam-2017-133974.html>, truy cập ngày 03/2/2021.

16. Giải mã các vụ ICO - nơi 1 startup có thể gọi vốn trăm triệu USD chỉ trong 30 phút, <http://cafef.vn/giai-ma-cac-vu-ico-noi-1-startup-co-the-goi-von-tram-trieu-usd-chi-trong-30-phut-20170913142246471.chn>, truy cập ngày 03/2/2021.

17. IEO, ICO, STO và bây giờ là IDO – Đây là cách gọi vốn cho các công ty Crypto vào năm 2019? <https://www.tapchibitcoin.vn/ieo-ico-sto-va-bay-gio-la-ido-dau-la-cach-goi-von-cho-cac-cong-ty-crypto-vaonam-2019.html>, truy cập ngày 03/2/2021.

18. Tháng 8/2017, Ủy ban chứng khoán và hối đoái Hoa Kỳ đã thông báo hoạt động ICO nên được coi là hoạt động phát hành chứng khoán và do đó cần phải được kiểm soát chặt chẽ như hoạt động IPO. Riêng tại Singapore, hoạt động ICO sẽ được chia thành 02 loại, nếu là phát hành xu token dưới dạng chứng khoán thì sẽ chịu sự điều chỉnh của pháp luật chứng khoán và quản lý ngoại hối; nếu là phát hành token tiện ích thì sẽ được hoạt động theo khung pháp lý thí điểm Sandbox.

19. TS. Chu Thị Hoa, *Fundraising through new channels – opportunities and legal challenges*, Vietnam Law & Legal forum Vol.26-No.303/2019, tr. 20-24.

hàng nhà nước khuyến cáo các tổ chức, cá nhân không nên đầu tư, nắm giữ, thực hiện các giao dịch liên quan đến các loại tiền mã hóa, đồng thời cấm các tổ chức tín dụng sử dụng các loại tiền mã hóa như một loại tiền tệ hoặc phương tiện thanh toán khi cung ứng dịch vụ cho khách hàng, thì trên thị trường tự do, người dân vẫn mua bán, đầu tư các loại tiền mã hóa trên một số sàn giao dịch.

Trên thực tế, các hoạt động đầu tư, giao dịch, và huy động vốn bằng tiền ảo vẫn đang diễn ra mạnh mẽ tại Việt Nam, mặc dù chưa có khung pháp lý điều chỉnh. Những hoạt động đầu tư này hoàn toàn nằm ngoài sự quản lý của cơ quan nhà nước. Điều này dẫn đến tình trạng một số cá nhân, tổ chức lợi dụng lỗ hổng về pháp lý, tính phức tạp về công nghệ và sự thiếu hiểu biết của công chúng để huy động vốn trái phép hoặc lừa đảo, chiếm đoạt tài sản gây thiệt hại cho tổ chức, cá nhân và làm phức tạp thêm tình hình kinh tế - xã hội. Khi hàng loạt câu hỏi về việc khởi nghiệp trong lĩnh vực công nghệ, đầu tư, kinh doanh, quản lý tiền mã hóa... vẫn còn bỏ ngõ ở Việt Nam như hiện nay thì đây chính là mảnh đất màu mỡ để “rủi ro” len lỏi khắp ngõ ngách trong cuộc sống. Khoảng trống của pháp luật đã tạo ra “đất” để một số loại tội phạm thực hiện các giao dịch phi pháp... qua các hình thức kinh doanh, gọi vốn, mua bán tiền mã hóa trá hình mà vụ đổ bể tiền ảo iFan gây chấn động vừa qua là một ví dụ²⁰.

Theo thống kê, Ngân hàng Nhà nước đã cấp phép cho 9 tổ chức tín dụng phi ngân hàng thực hiện thí điểm dịch vụ ví

điện tử (một hình thức của tiền ảo) bao gồm: MobiVi, VietUnion, VNPAY, VinaPay, Smartlink, M_Service, VNPT-EPAY...²¹ Ngày 27/8/2018, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1255/QĐ-TTg về phê duyệt Đề án hoàn thiện khung pháp lý để quản lý, xử lý đối với các loại tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo. Theo Đề án này, việc xây dựng khung pháp lý về tiền ảo sẽ góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư trong và ngoài nước tại Việt Nam; hạn chế, ngăn chặn và kiểm soát có hiệu quả các rủi ro, lạm dụng liên quan; cụ thể hóa các chế định về quyền tài sản trong Bộ luật Dân sự năm 2015 trong lĩnh vực tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo. Tuy nhiên, đến thời điểm hiện tại, vẫn chưa có văn bản pháp lý nào liên quan đến nội dung này được ban hành.

Ba là, tính cạnh tranh của thể chế pháp luật về quyền tự do kinh doanh trong nền kinh tế chia sẻ chưa cao; phản ứng chính sách còn chưa nhanh nhạy, chưa bắt kịp với những biến động của kinh tế thị trường, nhất là trong việc ứng dụng các mô hình kinh doanh mới, cũng như việc ứng dụng các thành tựu công nghệ mới của cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư, chưa tạo được khung pháp lý tin cậy cho hoạt động khởi nghiệp sáng tạo.

Năm 2019, Bảng xếp hạng của WEF xếp hạng 141 nền kinh tế (chiếm 99% GDP thế giới) qua 103 chỉ số được nhóm thành 12 trụ cột cho thấy, năng lực cạnh tranh toàn cầu 4.0 của Việt Nam đã cải thiện vượt trội, song vẫn còn nhiều thách thức. Chỉ số về quy định pháp lý thích ứng linh hoạt với mô

20. TS. Chu Thị Hoa, Singapore với cơ chế pháp lý thử nghiệm áp dụng trong phạm vi hạn chế Sandbox, <https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=2460>, truy cập ngày 22/12/2020.

21. <https://kiemsat.vn/xay-dung-va-hoan-thien-khung-phap-ly-ve-tien-ao-giai-phap-phong-ngua-toi-pham-lua-dao-theo-phuong-thuc-da-cap-trong-thoi-ky-cach-mang-cong-nghiep-4-0-57889.html>, truy cập ngày 22/12/2020.

hình kinh doanh số còn thấp điểm và thấp hạng (43,1 điểm và ở vị trí 71)²².

Tính cạnh tranh của thể chế pháp luật về quyền tự do kinh doanh trong nền kinh tế chia sẻ ở Việt Nam chưa cao có thể dẫn đến một hệ lụy là một số doanh nghiệp Việt Nam đã lựa chọn khởi nghiệp ở các quốc gia khác trong khu vực, nơi mà thể chế cho các hoạt động khởi nghiệp sáng tạo linh hoạt hơn. Doanh nghiệp hoạt động tại Việt Nam, do đội ngũ người Việt sáng lập ra nhưng lại đăng ký kinh doanh tại Singapore, là thực tế của nhiều startup hiện nay²³. Hiện nay, với nhiều chính sách ưu đãi như thủ tục mở công ty đơn giản, miễn giảm thuế trong các năm đầu tiên, hỗ trợ doanh nghiệp nước ngoài mở công ty ở sở tại, hệ sinh thái khởi nghiệp linh động với cơ chế cho phép áp dụng Sandbox, cơ hội gọi vốn và vượt ra thế giới dễ dàng hơn,... Singapore đang trở thành điểm dừng chân của các startup ngoại, trong đó có Việt Nam.

3. Kết luận

Những phân tích trên đây cho thấy, những hạn chế trong pháp luật về quyền tự do kinh doanh đối với những ngành nghề kinh doanh mới, khởi nghiệp sáng tạo cần phải được sớm hoàn thiện và được tổ chức thực hiện nghiêm minh để tạo khung khổ pháp lý thuận lợi, an toàn cho các hoạt động đầu tư kinh doanh. Chúng tôi cho rằng, để hoàn thiện pháp luật về quyền tự do kinh doanh trong nền kinh tế chia sẻ để tận dụng các cơ hội do các cuộc Cách mạng khoa học công nghệ tạo ra cần thực hiện một số giải pháp sau:

(i) Rà soát, nghiên cứu sửa đổi, bổ sung các quy định liên quan tới điều kiện kinh doanh và hoạt động của doanh nghiệp trong một số luật và văn bản hướng dẫn thi hành như: Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư, ... theo hướng tạo quy định rõ ràng, thuận lợi cho đăng ký và hoạt động của doanh nghiệp. Các quy định cần được xây dựng trên quan điểm doanh nghiệp được làm những gì pháp luật không cấm để không làm mất cơ hội kinh doanh của doanh nghiệp, đặc biệt là đối với những loại hình kinh doanh mới theo mô hình kinh tế chia sẻ mà chưa có trong danh mục ngành nghề kinh doanh (ví dụ dịch vụ tài chính cho vay ngang hàng P2P, ...) cần khẩn trương bổ sung quy định thí điểm cấp phép cho các loại hình này đi vào hoạt động²⁴.

(ii) Bảo đảm sự đồng bộ giữa ghi nhận quyền tự do kinh doanh và đảm bảo thực thi quyền, tránh tình trạng pháp luật ghi nhận quyền nhưng yếu về mặt đảm bảo cho các chủ thể thực thi quyền.

(iii) Đổi mới tư duy lập pháp theo hướng “mở” và “linh động” đồng hành cùng các doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo. Đối với những vấn đề mới cần hình thành cơ chế quản lý thử nghiệm (Sandbox). Thực hiện cơ chế khung pháp lý thử nghiệm (Regulatory Sandbox) cho việc triển khai và ứng dụng các công nghệ mới trong mô hình kinh tế chia sẻ, trong đó, lưu ý nói lỏng các điều kiện kinh doanh truyền thống, hạ thấp các rào cản về gia nhập thị trường đối với các starts-ups... để các doanh nghiệp hoạt động thử nghiệm, dần dần hoàn thiện công nghệ và đáp ứng các yêu cầu quản lý ■

22 <http://baochinhpheu.vn/Kinh-te/Nang-luc-canhh-tranh-toan-cau-40-cua-Viet-Nam-qua-tung-chi-so/377005.vgp>, truy cập ngày 22/12/2020.

23. Startup Việt “chạy” sang Singapore khởi nghiệp: Nên mừng hay lo? <http://cafebiz.vn/startup-viet-chay-sang-singapore-khoi-nghiep-nen-mung-hay-lo-20190414075401574.chn>; truy cập ngày 18/6/2019.

24. TS. Chu Thị Hoa, “Kinh tế chia sẻ trong bối cảnh cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 và một số yêu cầu về xây dựng pháp luật ở Việt Nam hiện nay”, Tạp chí Nghề luật số 7/2019, tr. 24-31.

TÁC ĐỘNG CỦA CUỘC CÁCH MẠNG CÔNG NGHIỆP LẦN THỨ TƯ ĐẾN HOẠT ĐỘNG LẬP PHÁP¹

Trương Hồ Hải*

Đăng Viết Đạt**

* PGS. TS. Viện Nhà nước và Pháp luật, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.

** TS. Học viện Chính trị Khu vực IV.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Cách mạng công nghiệp lần thứ tư, hoạt động lập pháp

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/12/2020

Biên tập : 12/01/2021

Duyệt bài : 13/01/2021

Article Information:

Keywords: Artificial intelligence, application of AI in diagnosis.

Article History:

Received : 15 Dec. 2020

Edited : 12 Jan. 2021

Approved : 13 Jan. 2021

Tóm tắt:

Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư (the Fourth Industrial Revolution) đã và đang tác động đến mọi khía cạnh của đời sống xã hội; trong đó, có những tác động tích cực thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội, nhưng cũng có những tác động tiêu cực cản trở sự phát triển bền vững của đất nước. Vì thế, Việt Nam cần phải chủ động, tích cực đổi mới hoạt động lập pháp nhằm đáp ứng yêu cầu quản trị nhà nước; trong đó, cần đổi mới tư duy lập pháp, phương thức lập pháp và tiếp tục hoàn thiện các nội dung pháp luật phù hợp với yêu cầu mới hiện nay.

Abstract:

The Fourth Industrial Revolution has been providing impacts to every aspect of the social life; in which, there are positive effects to promote socio-economic developments, but also negative effects to hinder the sustainable development of the country. Therefore, Vietnam needs to proactively and actively reform its legislative activities to meet the requirements of state governance; in which, it is necessary to renew the legislative thoughts, the legislative method and continue to further improve the laws in accordance with the new conditions.

1. Tư duy lập pháp trong bối cảnh cách mạng công nghiệp lần thứ tư

Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư (CMCN 4.0) bắt đầu vào đầu thế kỷ 21, trên nền tảng của CMCN 3.0, được hình thành trên sự cải tiến của cuộc cách mạng số, với những công nghệ mới như in 3D, robot, trí tuệ nhân tạo, Internet kết nối vạn

vật (IoT), mạng xã hội, điện toán đám mây, di động, phân tích dữ liệu lớn (S.M.A.C), công nghệ nano (CNNN), sinh học, vật liệu mới, v.v.. với đặc trưng là sự kết hợp các công nghệ giúp xóa nhòa ranh giới giữa các lĩnh vực vật lý, số hóa và sinh học. CMCN 4.0 đã và đang tác động đến các khía cạnh của đời sống xã hội trên các phạm vi và mức độ khác nhau, trong đó tạo ra cả thời

1 Bài viết có sử dụng kết quả nghiên cứu của Đề tài cấp bộ năm 2020 “Những vấn đề lý luận và thực tiễn đặt ra đối với hoạt động lập pháp trong điều kiện cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư” do TS. Phí Thị Thanh Tâm làm chủ nhiệm.

cơ và thách thức đối với các quốc gia. Cuộc cách mạng này sẽ tạo ra động lực mới để thúc đẩy mạnh mẽ nền kinh tế nhiều quốc gia, vùng lãnh thổ chuyển sang nền kinh tế tri thức, sang xã hội “thông minh”. Sự giao thoa và hội tụ các lĩnh vực công nghệ cao sẽ xóa mờ dần ranh giới giữa các khâu/công đoạn, quy trình sản xuất, đặc biệt là các khâu thiết kế, gia công, lắp ráp và chế tạo ra sản phẩm, từ đó sản xuất sẽ đạt trình độ rất cao, tối ưu hóa cao, làm cho lợi ích kinh tế ngày càng trở nên rõ ràng hơn. Bên cạnh đó, CMCN 4.0 sẽ phân cực lực lượng lao động, nguy cơ thất nghiệp gia tăng không chỉ của người nghèo và ở nước nghèo.

Trước bối cảnh này, hoạt động lập pháp của mỗi quốc gia, đặc biệt là các quốc gia đang phát triển cần phải có sự đổi mới, đặc biệt là đổi mới về tư duy pháp lý theo hướng thay đổi mạnh mẽ từ chỗ thụ động, “chạy theo” sự việc, hiện tượng xã hội và quan hệ xã hội sang chủ động, đón đầu và định hướng cho quan hệ xã hội.

Tốc độ toàn cầu hoá và phát triển khoa học và công nghệ như hiện nay đã làm cho nhiều khía cạnh của đời sống xã hội thay đổi theo “cấp số nhân” và không theo thứ tự tuần tự như trước mà có những bước nhảy vọt. Chính vì thế, để quản trị tốt quốc gia và quản lý phát triển xã hội trong thời đại hiện nay, hệ thống pháp luật phải được hoàn thiện liên tục, nhanh chóng. Cho nên, việc đổi mới tư duy pháp lý và công nghệ lập pháp là điều bắt buộc để hệ thống pháp luật quốc gia đi trước, đón đầu, đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế - xã hội nhanh, bền vững.

2. Phương thức lập pháp trong bối cảnh CMCN 4.0

Trước sự tác động nhanh chóng, toàn diện, không theo tuần tự của CMCN 4.0, phương thức lập pháp cần phải có sự đổi mới, cụ thể là:

Thứ nhất, hoạt động lập pháp phải tập trung ban hành các quy phạm pháp luật có đủ khả năng kiểm soát các rủi ro có thể xảy ra trong tương lai.

Làn sóng toàn cầu hoá mạnh mẽ được “tiếp sức thêm” của cuộc CMCN 4.0 đã và đang đưa loài người bước vào kỷ nguyên số và ranh giới giữa thế giới thực và thế giới ảo bị xóa mờ. Kết quả của quá trình này sẽ thúc đẩy thế giới ngày càng hội nhập sâu rộng và gắn kết chặt chẽ hơn thành mạng lưới toàn cầu, bên cạnh những lợi ích đem lại từ quá trình này, thì đây cũng tiềm ẩn những rủi ro có tính chất liên hoàn theo “hiệu ứng domino” và loài người sẽ phải đối mặt với những rủi ro của trí tuệ nhân tạo và robot nếu không kiểm soát chặt chẽ và lạm dụng nó quá mức, vì theo Stephen Hawking và các cộng sự “Nếu như tác động ngắn hạn của trí tuệ nhân tạo phụ thuộc vào người kiểm soát, thì tác động lâu dài của nó phụ thuộc vào việc chúng ta có thể kiểm soát nó được hay không. Tất cả chúng ta cần tự hỏi mình có thể làm gì để nâng cao cơ hội gặt hái lợi ích và giảm thiểu rủi ro”².

Thực tế này đặt ra cho pháp luật mỗi quốc gia phải thực sự đáp ứng yêu cầu là công cụ, là “khuôn thước” tổ chức xã hội chứ không phải thực hiện duy nhất nhiệm

2. Dẫn theo Klaus Schwab, *Cách mạng công nghiệp lần thứ tư (Bộ ngoại giao dịch và hiệu đính)*, Nxb. Thế giới, Thái Hà books, tr. 169.

vụ xử lý cái đã xảy ra trong thực tiễn. Pháp luật quốc gia là công cụ hữu hiệu để giải quyết hàng loạt vấn đề mới đặt ra cho quản trị quốc gia và quản lý phát triển xã hội trong bối cảnh hội nhập quốc tế và CMCN 4.0, đó là: (1) Bất bình đẳng xã hội trong bối cảnh CMCN 4.0; (2) Bảo đảm an ninh quốc gia, an toàn xã hội trong bối cảnh hội nhập quốc tế và CMCN 4.0; (3) Mọi quan hệ xã hội bị thay đổi trong bối cảnh CMCN 4.0, trong tương lai gần, các mối quan hệ xã hội cần được pháp luật điều chỉnh không chỉ quan hệ giữa cá nhân con người với nhau, quan hệ giữa các nhân con người với pháp nhân mà còn có mối quan hệ giữa con người với người nhân tạo – robot sinh học.

Thứ hai, cần chú trọng đến việc đánh giá một cách hiệu quả, thực chất tác động các quy phạm pháp luật đối với xã hội trong các dự luật. Trong quá trình lập pháp, việc nghiên cứu kỹ lưỡng và đánh giá toàn diện những tác động của các quy phạm pháp luật đối với các quan hệ xã hội, đối với từng nhóm chủ thể pháp luật sẽ bảo đảm tính khả thi của các quy định của dự án luật; đặc biệt trong điều kiện CMCN 4.0, các quan hệ xã hội luôn có chiều hướng thay đổi một cách nhanh chóng.

Thứ ba, tăng cường hợp tác quốc tế và kế thừa, nội luật hoá các quy phạm pháp luật quốc tế. Xu thế toàn cầu và CMCN 4.0 đã tạo ra sự tương tác và giao lưu giữa các quốc gia với nhau, thế giới dường như “phẳng hơn” so với trước đây, điều đó làm cho mối quan hệ giữa pháp luật quốc gia và

pháp luật quốc tế gần gũi hơn và thân thiện hơn. Chính điều đó đã và đang đặt ra đối với mỗi quốc gia trong quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật quốc gia nhằm đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế và thích ứng với CMCN 4.0.

3. Nội dung điều chỉnh của pháp luật trong bối cảnh CMCN 4.0

CMCN 4.0 đã và đang làm thay đổi cả không gian và thời gian trong các quan hệ xã hội, điều này thể hiện ở chỗ: (1) Sự hợp nhất các công nghệ, làm mờ đi ranh giới giữa các lĩnh vực vật lý, kỹ thuật số và sinh học; (2) Sự tác động mạnh mẽ của khoa học và công nghệ làm các quan hệ xã hội thay đổi không theo tuần tự mà có những bước nhảy vượt bậc theo cấp số nhân; (3) Quan hệ giữa người với người máy (robot) và giữa người máy với người máy được hình thành và ngày một phổ biến v.v.. Những điều này đòi hỏi các quốc gia phải nâng cao năng lực quản trị công và hoàn thiện pháp luật. Trong các lĩnh vực chịu sự tác động lớn của CMCN 4.0, lĩnh vực pháp luật chịu tác động rất lớn và phải đổi mới với những thách thức sau đây:

Thứ nhất, sự thay đổi về không gian của các quan hệ pháp luật: Xuất hiện và ngày càng phổ biến các giao dịch “phi biên giới”, thậm chí “phi chủ thể”. Chủ thể thực hiện các hoạt động truyền thông, quảng cáo; các hành vi, hoạt động thương mại, các giao dịch dân sự, v.v.. không bó hẹp trong phạm vi lãnh thổ quốc gia và một chủ thể pháp lý thông thường³. Chính vì thế, phạm

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

vi điều chỉnh của pháp luật phải đủ lớn để định hướng các quan hệ xã hội trong trạng thái biến đổi nhanh chóng. Đây là một trong những áp lực lớn đối với hoạt động lập pháp ở nhiều nước trên thế giới, đặc biệt là các nước đang trong quá trình chuyển đổi như Việt Nam. Thực tế ở Việt Nam trong thời gian qua cho thấy, số lượng văn bản được đưa ra sửa đổi, bổ sung, thay thế nhiều hơn số lượng văn bản ban hành mới, dù các quan hệ xã hội mà pháp luật điều chỉnh không có nhiều thay đổi. Cũng vì văn bản ở trung ương sửa đổi, quy định mới nên hàng loạt văn bản quy phạm pháp luật mà địa phương ban hành cũng phải sửa đổi theo⁴. Điều này cho thấy, “công nghệ” lập pháp hiện nay của nước ta chưa đáp ứng được sự phát triển nhanh chóng của đời sống xã hội trong bối cảnh CMCN 4.0.

Thứ hai, sự thay đổi về thời gian của các quan hệ pháp luật: Trong thời đại CMCN 4.0, cách tính thời gian làm việc, nghỉ ngơi không còn phù hợp; cách xác định thời điểm có hiệu lực của các giao dịch dân sự cũng cần được thay đổi⁵. Thực tế cho thấy, thông qua sự hỗ trợ của công nghệ thông tin và truyền thông như dịch vụ E-Banking của các ngân hàng, các giao dịch dân sự có thể thực hiện 24/7, v.v..

Thứ ba, sự thay đổi về chủ thể của các quan hệ pháp luật: Nếu như trong pháp luật truyền thống, chủ thể tham gia các quan hệ

pháp luật là cá nhân hoặc pháp nhân (nghĩa là các chủ thể này thuộc về xã hội con người tự nhiên); trong bối cảnh CMCN 4.0, robot ngày một phổ biến và dần trở thành một chủ thể chính tham gia các quan hệ xã hội. Đặc biệt, năm 2017, lần đầu tiên trên thế giới, loài người chứng kiến robot được trao quyền công dân – robot Sophia được trao quyền công dân tại Saudi Arabia⁶, điều này đã mở ra một khía cạnh pháp lý mới, đó là robot được trao quyền công dân để có thể tham gia vào các quan hệ xã hội với con người, điều này sẽ xác lập quyền và nghĩa vụ giữa robot với con người, giữa robot với robot.

Thứ tư, sự thay đổi về nội dung quan hệ pháp luật: với sự phát triển mạnh mẽ của công nghệ IoT (Internet of Things), trong xã hội xuất hiện nhiều quan hệ xã hội mới như giao dịch tiền ảo, đánh bạc trực tuyến, khủng bố, lừa đảo, bắt nạt trên mạng...

Những thách thức nêu trên đòi hỏi nội dung điều chỉnh của pháp luật không chỉ giới hạn ở các đối tượng truyền thống, mà phải mở rộng sang các lĩnh vực như: tiền ảo; các ứng dụng từ blockchain; tài sản ảo; không gian giao dịch trên môi trường ảo; mối quan hệ giữa cá nhân, pháp nhân với người nhân tạo - robot sinh học, v.v... Thực tiễn những năm gần đây cho thấy, hệ thống pháp luật của nước ta chưa tạo được khung pháp lý đầy đủ cho hoạt động quản lý các giao dịch trên môi trường ảo. Trường hợp

4. Phạm Văn Chung, *Nhiều luật “chết yểu”, vì sao?*, <https://nld.com.vn/dien-dan/nhieu-luat-chet-yeu-vi-sao-20150418215138697.htm>, ngày 18/04/2015.

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

6. Kim Tuyên, *Lần đầu tiên một robot được trao quyền công dân*, <http://vneconomy.vn/lan-dau-tien-mot-robot-duoc-trao-quyen-cong-dan-20171027104306234.htm>, ngày 27/10/2017.

Uber⁷, Grab⁸ là những minh chứng rõ nét cho nhận định này. Điều này đặt ra yêu cầu cấp bách là Việt Nam cần phải đẩy mạnh việc hoàn thiện hệ thống pháp luật cả về nội dung, phạm vi điều chỉnh và xác định rõ không gian và thời gian điều chỉnh nhằm phù hợp với sự thay đổi các quan hệ xã hội trong bối cảnh cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư.

4. Pháp luật về lao động trong bối cảnh CMCN 4.0

CMCN 4.0 đang ở giai đoạn đầu, giai đoạn chiến lược bản lề cho các nước đang phát triển tiến đến để theo kịp với xu hướng thế giới. Tuy nhiên, những yếu tố mà các nước đang phát triển như Việt Nam coi là ưu thế như lực lượng lao động thủ công trẻ, chi phí thấp sẽ không còn ưu thế mạnh nữa, thậm chí bị đe dọa nghiêm trọng. Theo ước tính của Tổ chức Lao động Quốc tế (ILO) có đến 86% lao động cho các ngành dệt may và giày dép của Việt Nam có nguy cơ cao mất việc làm dưới tác động của những đột phá về công nghệ do cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư. Nguy cơ này có thể chuyển thành con số thiệt hại không hề nhỏ khi các ngành như dệt may, giày dép đã tạo ra số lượng lớn việc làm cho lao

động trong nước. Trong quá trình tiến tới thời điểm “dân số vàng”, khoảng 25 năm qua, tổng số lao động Việt Nam đã tăng thêm khoảng 22 triệu người, từ mức 75 triệu (năm 1995) lên 97 triệu (năm 2020)⁹. Điều này là lợi thế khi nhiều nước phát triển đang suy giảm nguồn lao động, nhưng lại là điểm yếu khi máy móc làm thay con người. Bên cạnh đó, Việt Nam đang dồn nỗ lực để thoát khỏi “bẫy” thu nhập trung bình, chứ chưa có nhiều nguồn lực để đối phó như các nước đã phát triển. Điều đó cũng có nghĩa, lợi thế nguồn nhân lực lớn hiện nay rất có thể lại trở thành lực cản của quá trình phát triển trong tương lai, nếu tác động tiêu cực của cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư không được chủ động hóa giải. Trong khi đó, đối với ngành Công nghệ thông tin tại Việt Nam, ước tính mỗi năm, nhu cầu tuyển dụng vẫn tăng đều đặn gần 50%, trong khi thực tế với 500.000 ứng viên công nghệ thông tin ra trường chỉ có 8% đáp ứng được nhu cầu này. Thực tế này cho thấy, chất lượng nguồn lao động có kỹ thuật hiện đang trở thành đòi hỏi bức thiết.

Ngoài ra, CMCN 4.0 mang đến những cơ hội đột phá về năng suất, phát triển nhân lực công nghệ cao, nhưng chính điều này cũng

7. Dựa trên quy định tại các khoản 1, 2, 3 Điều 3 Nghị định số 86/2014/NĐ-CP ngày 10/9/2014 của Chính phủ về kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng xe ô tô, khó đưa ra được căn cứ thuyết phục để chứng minh hoạt động kinh doanh của Uber taxi là hoạt động kinh doanh vận tải bằng xe ô tô, vì theo Nghị định này, kinh doanh vận tải bằng xe ô tô gồm kinh doanh vận tải thu tiền trực tiếp và kinh doanh vận tải không thu tiền trực tiếp. Theo đó: “*Kinh doanh vận tải thu tiền trực tiếp là hoạt động kinh doanh vận tải bằng xe ô tô, trong đó đơn vị kinh doanh vận tải cung cấp dịch vụ vận tải và thu cước phí vận tải trực tiếp từ khách hàng*” (khoản 2 Điều 3); “*kinh doanh vận tải không thu tiền trực tiếp là hoạt động kinh doanh vận tải bằng xe ô tô, trong đó, đơn vị kinh doanh vừa thực hiện công đoạn vận tải, vừa thực hiện ít nhất một công đoạn khác trong quá trình từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc dịch vụ và thu cước phí vận tải thông qua doanh thu từ sản phẩm hoặc dịch vụ đó*” (khoản 3 Điều 3). Hiện nay, hai hình thức thanh toán được Uber sử dụng là thanh toán bằng thẻ tín dụng và thanh toán bằng tiền mặt. Do thói quen thanh toán, đa số người sử dụng Việt Nam ưa thích hình thức thanh toán bằng tiền mặt. Với cách thức này, chính tài xế mới là người cung cấp dịch vụ vận tải và thu tiền cước phí vận tải trực tiếp từ khách hàng. Với hình thức thanh toán bằng thẻ, Uber chỉ thu hộ tiền cước phí vận tải cho tài xế thông qua hệ thống thanh toán điện tử. Uber taxi không thu cước phí vận tải trực tiếp từ khách hàng và cũng không thực hiện những công đoạn khác bên cạnh công đoạn vận tải. Vì vậy, hoạt động của Uber taxi chưa thỏa mãn những đặc điểm của hoạt động kinh doanh vận tải bằng ô tô.

8. Phương Dung, *Truy thu 53,3 tỷ đồng thuế của Uber: Cục thuế TP HCM lúng túng, xin lãnh đạo ‘cứu viện’*, <https://vietnambiz.vn/truy-thu-533-ty-dong-thue-cua-uber-cuc-thue-tp-hcm-lung-tung-xin-lanh-dao-cuu-vien-62908.htm>, ngày 20/07/2018.

9. Dân số Việt Nam (Nguồn: <https://danso.org/viet-nam/#bieu-do>), ngày 22/1/2020.

đã khiến cho hàng chục nghìn lao động đang đứng trước nguy cơ mất việc làm dù chưa đến tuổi nghỉ hưu. Nếu không sớm đưa ra các giải pháp thì Việt Nam không chỉ trở nên tụt hậu mà còn phải đối mặt với gánh nặng chính sách đảm bảo an sinh xã hội cho hàng chục nghìn lao động trước nguy cơ thất nghiệp. Thách thức từ CMCN 4.0 về vấn đề lao động cũng được đề cập nhiều tại cuộc họp trong khuôn khổ Hội nghị quan chức cao cấp APEC lần thứ 2. Theo đó, các nền kinh tế APEC không chỉ riêng Việt Nam sẽ phải đối mặt với nguy cơ dư thừa lao động ở một số ngành nghề. Do vậy, liên kết để tạo ra môi trường cho sự luân chuyển và trao đổi lao động đang là giải pháp mà các nền kinh tế APEC hướng tới. Kinh nghiệm của các Chính phủ trong nền kinh tế APEC là tạo ra môi trường làm sao để người lao động có thể tiếp cận được, có thể sống được, hòa nhập được khi mà thế giới trải qua cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư. Cùng với những nỗ lực như trên, một điều cực kỳ quan trọng là Việt Nam không thể không quan tâm phát triển ngành tự động hóa, đồng thời đầu tư cho các nhóm nghiên cứu sâu về các lĩnh vực kỹ thuật số, công nghệ thông tin, năng lượng và vật liệu mới, công nghệ sinh học... Xét đến cùng, vấn đề quan trọng là phải đào tạo, phát huy và sử dụng được nhân tài, thu hút được nhiều chuyên gia có trình độ cao tham gia làm việc, sáng tạo.

Trước bối cảnh này, Việt Nam cần hoàn thiện pháp luật về lao động và thị trường lao động theo hướng: (1) Thể chế hóa quan điểm, đường lối của Đảng về việc hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, phát triển việc làm và thị trường lao động, nhất là nguồn nhân lực chất lượng cao phù hợp với yêu cầu của cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư; (2) Bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của người lao động, tăng cường

bảo vệ nhóm yếu thế trong quan hệ lao động, bảo đảm quyền và nghĩa vụ cơ bản công dân trong lĩnh vực lao động, việc làm bảo hiểm xã hội, bảo hiểm thất nghiệp, bảo hiểm y tế và các chính sách an sinh xã hội khác; kiến tạo khung pháp lý lao động hỗ trợ doanh nghiệp thuận lợi trong quá trình tuyển dụng, sử dụng lao động để doanh nghiệp phát triển hoạt động sản xuất kinh doanh và nâng cao năng lực cạnh tranh doanh nghiệp; (3) Xây dựng khung pháp lý nhằm cải cách bộ máy quản lý nhà nước về lao động, thị trường lao động và quan hệ lao động; bảo đảm và thúc đẩy bình đẳng giới, không phân biệt đối xử về quyền, nghĩa vụ, quyền lợi và trách nhiệm giữa nam giới và nữ giới trong lao động; hỗ trợ xây dựng quan hệ lao động hài hòa, ổn định, tiến bộ tại doanh nghiệp và giảm thiểu các tranh chấp lao động; (4) Nội luật hóa các tiêu chuẩn lao động quốc tế, đặc biệt là các tiêu chuẩn lao động quốc tế cơ bản theo Tuyên bố năm 1998 của Tổ chức Lao động Quốc tế (ILO) phù hợp với trình độ, mức độ phát triển kinh tế - xã hội và thể chế chính trị của Việt Nam, phục vụ quá trình hội nhập quốc tế của Việt Nam theo tinh thần Nghị quyết số 06-NQ/TW ngày 5/11/2016 của Hội nghị lần thứ 4, Ban chấp hành Trung ương Đảng Khóa XII.

Thay cho lời kết:

CMCN 4.0 đã và đang tác động đến mọi khía cạnh và các cấp độ khác nhau của đời sống xã hội; trong đó, có những tác động tích cực thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội, nhưng cũng có những tác động tiêu cực cản trở sự phát triển bền vững đất nước. Vì thế, Việt Nam cần phải chủ động, tích cực đổi mới hoạt động lập pháp nhằm đáp ứng yêu cầu quản trị nhà nước, trong đó, phải đổi mới tư duy lập pháp, phương thức lập pháp và tiếp tục hoàn thiện các nội dung pháp luật phù hợp với yêu cầu mới hiện nay ■

BẢO ĐẢM QUYỀN BÌNH ĐẲNG CỦA BỊ CÁO TRONG XÉT XỬ SƠ THẨM VỤ ÁN HÌNH SỰ CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Võ Quốc Tuấn*

* TS. Chánh án Tòa án Thành phố Nha Trang, tỉnh Khánh Hòa.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bảo đảm quyền bình đẳng, tố tụng hình sự, xét xử sơ thẩm, vụ án hình sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 29/01/2021

Biên tập : 02/02/2021

Duyệt bài : 04/02/2021

Article Information:

Keywords: Ensurance of equal rights, criminal proceedings, first-instance trial and criminal cases.

Article History:

Received : 29 Jan. 2021

Edited : 02 Feb. 2021

Approved : 04 Feb. 2021

Tóm tắt:

Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 quy định người bào chữa và người tham gia tố tụng khác đều có quyền bình đẳng trong việc đưa ra chứng cứ, đánh giá chứng cứ, đưa ra yêu cầu để làm rõ sự thật khách quan của vụ án. Trong phạm vi bài viết này, tác giả đánh giá thực trạng và đề xuất một số giải pháp nhằm bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo trong xét xử sơ thẩm vụ án hình sự của Tòa án nhân dân.

Abstract:

The Law on Criminal Procedure of 2015 stipulates that the defense counsels and other participants in legal proceedings have equal rights to present evidences, review evidences, and give out the requests to clarify the objective truths of cases, judgment. Under the scope of this article, the author gives out assessments of the current situation and proposes a number of solutions to ensure the accused's equal rights in the first-instance trial of a criminal case of the People's Court.

1. Quan niệm về quyền bình đẳng của bị cáo trong xét xử sơ thẩm vụ án hình sự

Khoản 1 Điều 16 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Mọi người đều bình đẳng trước pháp luật”. Trong tố tụng hình sự (TTHS) nguyên tắc hiến định này được cụ thể hóa tại Điều 26 Bộ luật TTHS năm 2015. Theo đó, người bào chữa và người tham gia tố tụng khác đều có quyền bình đẳng trong việc đưa ra chứng cứ, đánh giá chứng cứ, đưa ra yêu

cầu để làm rõ sự thật khách quan của vụ án. Ở đây, quyền bình đẳng được hiểu là mỗi bên, khi tham gia quá trình xét xử, đều có cơ hội ngang bằng nhau để nêu lên quan điểm của mình và không bên nào được hưởng bất kỳ sự thiên vị thuận lợi nào hơn so với bên còn lại¹. Tại phiên tòa, dù là bị cáo hay bị hại cũng như những người có liên quan có tư cách khác nhau đều có cơ hội và quyền năng ngang nhau trong việc đưa ra chứng cứ, tài

1. Xem Hoàng Hùng Hải (2012), Bảo đảm quyền bình đẳng của công dân trong xét xử hình sự ở Việt Nam hiện nay, Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh, tr.33.

liệu, đồ vật, đưa ra yêu cầu và tranh luận dân chủ trước phiên tòa. Tuy nhiên, trong xét xử vụ án hình sự của Tòa án nhân dân (TAND), cốt lõi của quyền bình đẳng là quyền của bên buộc tội và bên gỡ tội có cơ hội, điều kiện như nhau để bảo vệ mình mà không có bất kỳ sự phân biệt nào. Để quyền bình đẳng được bảo đảm thực hiện, Hội đồng xét xử (HĐXX), Kiểm sát viên (KSV), người bào chữa và các chủ thể khác phải thực hiện đúng nghĩa vụ của mình².

Bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo trong xét xử sơ thẩm vụ án hình sự của TAND là việc ghi nhận quyền bình đẳng của bị cáo bằng pháp luật. Đồng thời, các chủ thể tham gia tố tụng phải có trách nhiệm tuân thủ các quy định của pháp luật về quyền của bị cáo; ngăn ngừa sự xâm phạm, bảo vệ quyền của bị cáo trong xét xử sơ thẩm vụ án hình sự. Bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo còn phải tạo ra các điều kiện cần thiết, tốt nhất để bị cáo thực hiện quyền của bị cáo một cách đầy đủ, hiệu quả nhất và không bị xâm phạm trong xét xử sơ thẩm vụ án hình sự.

Nội dung bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo trong xét xử sơ thẩm vụ án hình sự gồm:

Một là, bị cáo có quyền bình đẳng trong việc đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật, yêu cầu và tranh luận dân chủ trước tòa.

Hai là, bị cáo có quyền bình đẳng trong việc đánh giá chứng cứ, đưa ra các yêu cầu làm rõ các chứng cứ đã thu thập được và yêu cầu thu thập thêm chứng cứ mới.

Ba là, bị cáo có quyền bình đẳng trong việc trình bày lời khai, trình bày ý kiến, không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có quyền tranh luận trước tòa.

Bốn là, bị cáo có quyền bình đẳng trong việc đề nghị chủ tọa phiên tòa hỏi hoặc tự mình hỏi người tham gia phiên tòa nếu được chủ tọa đồng ý.

Năm là, khi có căn cứ cho thấy người tiến hành tố tụng không vô tư, khách quan trong giải quyết vụ án thì bị cáo có quyền yêu cầu thay đổi người tiến hành tố tụng.

2. Thực trạng bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo trong xét xử sơ thẩm vụ án hình sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam

Trên cơ sở Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014, Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2014, Bộ luật Tố tụng hình sự (BLTTHS) năm 2015... đã cụ thể hóa nguyên tắc bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo; quy định nhiệm vụ, quyền hạn của HĐXX, KSV, người bào chữa, người phiên dịch, người giám định, nguyên tắc tổ chức và hoạt động của cơ quan tiến hành tố tụng để bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo. Bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo còn được ghi nhận ở các quy định về chứng cứ và quá trình đánh giá chứng cứ, chứng minh trong tố tụng hình sự; về các biện pháp ngăn chặn trong tố tụng hình sự; về trình tự, thủ tục tiến hành phiên tòa; về khiếu nại tố cáo trong tố tụng hình sự...

Thực tiễn cho thấy, ở hầu hết các phiên tòa xét xử vụ án hình sự, HĐXX đã quan tâm và tạo điều kiện cho bị cáo trong việc trình bày các quan điểm, ý kiến của mình về các tình tiết của vụ án; cơ quan báo chí cũng được Chủ tọa phiên tòa tạo điều kiện để thông tin về các hoạt động tại phiên tòa kịp thời, bảo đảm phiên tòa diễn ra công khai với sự giám sát của nhân dân; quyền được bào chữa, quyền được công khai xét xử được tuân thủ.

2. Xem Nguyễn Đức Hạnh (2015), *Nguyên tắc bình đẳng trong luật tố tụng hình sự Việt Nam: những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận án tiến sĩ luật học, Học viện KHXH Việt Nam, Hà Nội, tr.60-62.

Việc tổ chức phiên tòa theo tinh thần cải cách tư pháp đã thể hiện sự trang nghiêm, bình đẳng giữa các bên, tạo tâm lý thuận lợi cho luật sư khi tranh tụng. Hàng năm, các bản án hình sự của Tòa án cấp sơ thẩm đã tuyên nhìn chung đều đảm bảo đúng pháp luật, bảo đảm tính khách quan, công bằng, bảo đảm các quyền của bị cáo, việc tranh tụng tại các phiên tòa được thực thi nghiêm túc... Tỷ lệ các bản án, quyết định bị hủy, sửa do lỗi của Tòa án cấp sơ thẩm giảm dần qua các năm (năm 2016 là 1,3%; năm 2017 là 1,2%; năm 2018 là 1,14%³; năm 2019 là 1,09%). Việc xét xử các vụ án hình sự đảm bảo đúng người, đúng tội, đúng pháp luật⁴.

Bên cạnh những kết quả đạt được, việc bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo trong hoạt động xét xử vụ án hình sự của TAND còn hạn chế, bất cập sau:

Thứ nhất, về quy định của pháp luật:

- Mặc dù BLTTHS năm 2015 đã bổ sung nhiều quy định bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo trong xét xử vụ án hình sự (Điều 9, Điều 26, Điều 42, Điều 257). Tuy nhiên, quyền năng của những người tiến hành tố tụng vẫn được coi trọng hơn người bào chữa (Điều 307, 309); thời gian nghị án của HĐXX chưa được quy định cụ thể (Điều 326); chưa bảo đảm quyền bình đẳng giữa bị cáo và các chủ thể khác (bị cáo có thể bị áp giải trong trường hợp cố ý vắng mặt, hoặc không đến làm việc theo yêu cầu của người có thẩm quyền tố tụng mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không có trở ngại khách quan nào (điểm a khoản 3 Điều 60; điểm a khoản 3 Điều 61; điểm a khoản 4 Điều 62 Bộ luật TTHS năm 2015), trong khi các chủ thể khác như bị đơn dân sự, người

có nghĩa vụ liên quan, người chứng kiến... nếu vắng mặt theo yêu cầu của người tiến hành tố tụng thì không chịu tác động của chế tài nào).

- Việc thực hiện quyền tiếp cận dịch vụ pháp lý của bị cáo góp phần thực hiện quyền bình đẳng tại phiên tòa. Theo đó, BLTTHS năm 2015 quy định người bào chữa có nhiều quyền từ việc gặp gỡ người bị buộc tội (trong đó có bị cáo); có mặt trong hoạt động đối chất, nhận dạng, nhận biết giọng nói và hoạt động điều tra; xem biên bản về hoạt động tố tụng có sự tham gia của mình, quyết định tố tụng liên quan đến người mà mình bào chữa... (khoản 1 Điều 73). Tuy nhiên, những quy định trên đây chưa thực sự có ý nghĩa đối với người bào chữa và bị cáo. Bởi vì, khoản 2 Điều 87 BLTTHS năm 2015 quy định: *“Những gì có thật nhưng không được thu thập theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định thì không có giá trị pháp lý và không được dùng làm căn cứ để giải quyết vụ án”*.

- Pháp luật quy định luật sư của bên bị cáo có quyền thu thập tài liệu, chứng cứ liên quan đến việc thực hiện quyền bào chữa nhưng việc tiếp nhận, kiểm tra và đánh giá tài liệu, chứng cứ lại do cơ quan tiến hành tố tụng quyết định (khoản 4 Điều 88 BLTTHS năm 2015). Điều này cho thấy, luật sư, người bào chữa cho bên bị cáo chưa thực sự bình đẳng với bên buộc tội.

- Theo quy định của BLTTHS năm 2015, chỉ pháp nhân thương mại nào phạm tội đã được quy định tại Điều 76 của Bộ luật này mới phải chịu trách nhiệm hình sự. Trong khi đó, khái niệm pháp nhân rất rộng. Một tổ chức trở thành pháp nhân khi có các điều kiện được quy định tại Điều 74 của Bộ

3. Tòa án nhân dân tối cao (2019), *Báo cáo tóm tắt công tác tòa án từ đầu nhiệm kỳ đến nay và năm 2018 – nhiệm vụ trọng tâm trong thời gian tới*, tr.2.

4. <https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/tatc/chi-tiet-tin?dDocName=TAND090379>.

luật Dân sự năm 2015. Như vậy, quy định của BLTTHS năm 2015 về trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại so với pháp nhân phi thương mại cũng mới chỉ căn cứ vào mục đích “thương mại” để xử lý trách nhiệm hình sự của pháp nhân cũng chưa thỏa đáng.

- BLTTHS năm 2015 không quy định về biện pháp áp dụng trách nhiệm đối với những trường hợp KSV không thực hiện nghĩa vụ đối đáp tại phiên tòa để làm rõ sự thật khách quan của vụ án là chưa bảo đảm nguyên tắc bình đẳng trong xét xử vụ án hình sự.

- Khoản 6 Điều 183 BLTTHS năm 2015 quy định “*Việc hỏi cung bị can tại cơ sở giam giữ hoặc tại trụ sở Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải được ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh. Việc hỏi cung bị can tại địa điểm khác được ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh theo yêu cầu của bị can hoặc của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng*”. Tuy nhiên, phương tiện này vẫn do cơ quan tố tụng chủ trì và khi không có ống kính máy quay nữa thì cũng khó bảo đảm không có gì bất lợi cho người bị tạm giữ, điều tra (ví dụ, trong vụ án Hồ Duy Hải, tang vật được xem là hung khí giết người là con dao được mua về từ chợ theo mô tả tự thú của bị can - trong trường hợp này, việc ghi âm, ghi hình là không có ý nghĩa)⁵.

- Khoản 1 Điều 70 BLTTHS năm 2015 quy định “*Người phiên dịch, người dịch thuật là người có khả năng phiên dịch, dịch thuật được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng yêu cầu trong trường hợp người tham gia tố tụng không sử dụng được tiếng Việt, hoặc có tài liệu không thể hiện bằng tiếng Việt*”. Tuy nhiên, thực tiễn

áp dụng quy định này cho thấy, có những bị cáo sử dụng được tiếng Việt nhưng hạn chế hơn so với các chủ thể tham gia tố tụng khác. Nếu pháp luật không có hướng dẫn cụ thể hơn về mức độ “sử dụng tiếng Việt” của những người tham gia tố tụng để làm căn cứ cử người phiên dịch, dịch thuật thì không bảo đảm được quyền bình đẳng cho các chủ thể trong đó có quyền của bị cáo.

Thứ hai, về việc thực hiện trách nhiệm của các chủ thể tiến hành tố tụng:

- Khi xét hỏi, có trường hợp KSV còn có định kiến với bị cáo, coi họ đã là tội phạm, chưa quán triệt nguyên tắc suy đoán vô tội; có trường hợp KSV chưa tích cực, chủ động trong việc xét hỏi mà coi việc xét hỏi là nhiệm vụ chính của Chủ tọa phiên tòa.

- Khi phát biểu ý kiến về phiên tòa, có trường hợp KSV không căn cứ vào kết quả xét hỏi mà căn cứ vào bản cáo trạng đã truy tố bị cáo, mặc dù kết quả xét hỏi tại phiên tòa đã có nhiều nội dung không đúng với bản cáo trạng.

- Ở một số vụ án, HĐXX chưa điều hành tốt quá trình tranh luận giữa các bên; chưa thực sự chú ý đến những tình tiết, chứng cứ mới của vụ án nên những mâu thuẫn trong chứng cứ và lời khai chưa được làm sáng tỏ. Mặc dù BLTTHS năm 2015 quy định khi xét xử Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân (HTND) độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, nhưng có trường hợp, Thẩm phán, HTND có tâm lý trông chờ vào Chủ tọa phiên tòa, không lắng nghe việc tranh luận giữa bên buộc tội và bên gỡ tội. Các tình tiết quan trọng và chứng cứ gỡ tội mà người bào chữa đưa ra thường ít được HĐXX quan tâm xem xét, chấp nhận và ít được đề cập trong bản án. Có trường hợp KSV vì chưa chuẩn bị tốt việc tranh luận tại phiên tòa, không dự đoán được một số tình

5. <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210646>.

hướng xảy ra nên khi bị cáo và người bào chữa có những chứng cứ mới thì KSV trở nên bị động và lúng túng, né tránh những vấn đề mà bên gỡ tội nêu ra trái với quan điểm của KSV, hoặc trả lời không đi thẳng vào trọng tâm của vấn đề đang tranh luận.

- Điều 257 BLTTHS năm 2015 quy định “*Luật sư có vị trí ngồi ngang bằng với KSV tại phiên tòa*”, nhưng trên thực tế, ở nhiều phiên tòa xét xử vụ án hình sự, ý kiến của luật sư phần nhiều vẫn chưa có ý nghĩa ràng buộc đối với HĐXX⁶. Nhiều trường hợp HĐXX ưu tiên hơn cho KSV, hạn chế quyền tranh luận của người bào chữa bảo vệ cho bị cáo. Quyền bào chữa của bị cáo là phương tiện, công cụ để bị cáo bảo vệ quyền của mình, nhưng trên thực tế vẫn chưa thực sự được coi trọng. Trên thực tế, có nhiều trường hợp “*luật sư chậm nhận được thông báo đăng ký bào chữa, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp mặc dù luật đã quy định khá chi tiết về thời hạn giải quyết thủ tục đăng ký bào chữa tại khoản 4 Điều 78 BLTTHS năm 2015. Việc thông báo này thường bị quá hạn với nhiều lý do khác nhau từ phía cơ quan tiến hành tố tụng, góp phần làm khó luật sư*”⁷.

- Khi nghị án và tuyên án: có vụ án HĐXX cấp sơ thẩm không xem xét áp dụng tình tiết giảm nhẹ khung hình phạt cho bị cáo, áp dụng tội danh sai, hoặc có trường hợp đủ căn cứ tuyên bị cáo vô tội, nhưng Tòa án không tuyên vô tội mà lại trả hồ sơ điều tra

bổ sung để đình chỉ điều tra, ảnh hưởng đến quyền lợi của người bị oan; có vụ án HĐXX cấp sơ thẩm đã quá nhấn mạnh đến mức độ và tính nhất nguy hiểm của hành vi phạm tội, do đó tuyên phạt bị cáo với mức án quá nghiêm khắc không bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo; một số trường hợp chưa thực hiện tốt các hoạt động trong phần nghị án và tuyên án; có vụ án “*biên bản phiên tòa, biên bản nghị án còn sơ sài, hình thức, không đúng với phần quyết định của bản án, khi nghị án không thảo luận và biểu quyết về điều khoản áp dụng xử phạt bị cáo, án phí, trách nhiệm dân sự, xử lý vật chứng*”⁸. Trên thực tế, “*một số vụ án, hoạt động nghị án của HĐXX bị can thiệp, làm trái quy định của BLTTHS, ảnh hưởng, xâm hại đến quyền, lợi ích của bị cáo và các bên có liên quan. Có trường hợp chánh án yêu cầu buộc Thẩm phán phải dừng việc tuyên án, thực chất là đã can thiệp đến hoạt động của HĐXX*”⁹.

3. Một số giải pháp bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo trong xét xử sơ thẩm vụ án hình sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay

Từ thực trạng nêu trên, tác giả cho rằng, để bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo trong xét xử sơ thẩm vụ án hình sự của Tòa án nhân dân ở Việt Nam hiện nay cần thực hiện một số giải pháp sau:

Thứ nhất, sửa đổi, bổ sung quy định về thực hiện nghĩa vụ có mặt theo giấy triệu

6. Thông tư số 01/2017/TT-TANDTC quy định về phòng xử án. Thông tư này đã góp phần bảo đảm nguyên tắc tranh tụng theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013, BLTTHS năm 2015 cũng như nguyên tắc bảo đảm sự bình đẳng của các bên trong tranh tụng, qua đó góp phần bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo tại phiên tòa.

7. Lê Minh Đức (2020), *Thực hiện pháp luật về quyền, nghĩa vụ của luật sư trong hoạt động tố tụng hình sự ở Việt Nam hiện nay*, Luận án tiến sĩ luật học, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội, tr.109.

8. Ủy ban thường vụ Quốc hội (2015), Báo cáo kết quả giám sát về “*Tình hình oan, sai trong việc áp dụng pháp luật về hình sự, TTHS và việc bồi thường thiệt hại cho người bị oan, sai trong hoạt động TTHS theo quy định của pháp luật*” của Quốc hội khóa XIII, tr.14.

9. Võ Quốc Tuấn, *Bảo đảm quyền của bị cáo trong hoạt động xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự của Tòa án nhân dân cấp tỉnh ở Việt Nam hiện nay*, Luận án Tiến sĩ luật học, Học Viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội, 2017, tr.97.

tập của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng của những người tham gia tố tụng khác như bị đơn dân sự, người có nghĩa vụ liên quan, người chứng kiến trong BLTTHS năm 2015. Cụ thể, cần bổ sung điểm a khoản 3 của các Điều 64, Điều 65, Điều 67 BLTTHS năm 2015 với nội dung “Trường hợp cố ý vắng mặt mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan và việc vắng mặt của họ gây trở ngại cho việc giải quyết nguồn tin về tội phạm, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử thì có thể bị dẫn giải”. Tòa án nhân dân tối cao cần có văn bản hướng dẫn thực hiện quy định về quyền được sử dụng tiếng nói và chữ viết trong TTHS để đảm bảo quyền bình đẳng của bị cáo tại phiên tòa. Cụ thể, cần có hướng dẫn rõ hơn về mức độ sử dụng tiếng Việt của những người tham gia phiên tòa tại Điều 23, Điều 70, Điều 263 BLTTHS năm 2015.

Thứ hai, ban hành văn bản hướng dẫn bảo đảm thực hiện thống nhất một số quy định của BLTTHS năm 2015 như: quy định về trình tự xét hỏi (Điều 309); quy định cụ thể trách nhiệm của HĐXX, KSV và người bào chữa (Điều 320; Điều 322), thời gian và giám sát hoạt động nghị án của HĐXX (Điều 326), yêu cầu về nội dung biên bản nghị án để hoạt động nghị án phản án đúng trình tự, nội dung thảo luận của HĐXX khi nghị án.

Thứ ba, triển khai biện pháp thi hành quy định cấm các cơ quan, chủ thể khác can thiệp đến hoạt động xét xử của Thẩm phán, Hội thẩm; bảo đảm nguyên tắc Thẩm phán, Hội thẩm xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật (Điều 23 BLTTHS năm 2015).

Thứ tư, nâng cao trách nhiệm của Chủ tọa phiên tòa trong điều hành phiên tòa theo hướng tranh tụng bảo đảm công bằng, dân chủ, khách quan; phát huy vai trò của người bào chữa trong đảm bảo quyền bình đẳng của bị cáo tại phiên tòa.

Thứ năm, sửa đổi, bổ sung quy định về tiêu chuẩn và điều kiện tuyển chọn và bổ nhiệm Thẩm phán trong Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014. Cụ thể, ngoài những tiêu chuẩn chung đối với Thẩm phán (Điều 67), điều kiện bổ nhiệm Thẩm phán sơ cấp, Thẩm phán trung cấp, Thẩm phán cao cấp (Điều 68), Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (Điều 69), việc bổ nhiệm Thẩm phán cần đánh giá năng lực công tác và kết quả hoạt động thực tiễn của Thẩm phán. Trước khi bổ nhiệm hoặc tái bổ nhiệm Thẩm phán, cần tiến hành thi tuyển nghiệp vụ xét xử, hoặc thời gian 05 năm một lần tiến hành sát hạch đối với đội ngũ Thẩm phán để sàng lọc những Thẩm phán yếu kém về trình độ chuyên môn và nghiệp vụ. Việc sát hạch phải tiến hành khách quan, công khai và công bằng thông qua việc xử lý các tình huống cụ thể mà Thẩm phán phải giải quyết trong quá trình xét xử.

Thứ sáu, nâng cao chất lượng công tác đào tạo, bồi dưỡng cho KSV về kỹ năng xét hỏi, tranh tụng, đề cao trách nhiệm của KSV đối với việc bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo tại phiên tòa. Ngành Kiểm sát và các cơ quan có liên quan cần quan tâm hơn chế độ đãi ngộ cho KSV thực hiện nhiệm vụ tại phiên tòa xét xử sơ thẩm các vụ án hình sự của TAND để KSV yên tâm làm nhiệm vụ, bảo đảm sự vô tư, khách quan.

Thứ bảy, tăng cường các hoạt động bồi dưỡng luật sư về nghiệp vụ, kỹ năng hành nghề tạo sự chuyển biến mới về chất lượng đội ngũ luật sư; tập trung bồi dưỡng luật sư tham gia tranh tụng, nâng cao ý thức, trách nhiệm của luật sư trong việc bảo đảm quyền bình đẳng của bị cáo tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự theo đúng tinh thần của Điều 103 Hiến pháp năm 2013 và những nội dung BLTTHS năm 2015. ■

MỘT GÓC NHÌN VỀ THỰC TIỄN PHẢN BIỆN XÃ HỘI TẠI VIỆT NAM HIỆN NAY

Lê Thị Thiệu Hoa*

* ThS. Trưởng ban, Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Phản biện xã hội, dân chủ, quyền con người.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/12/2020

Biên tập : 22/12/2020

Duyệt bài : 26/12/2020

Tóm tắt:

Ở nước ta hiện nay, phản biện xã hội được xem là công cụ, kênh thông tin quan trọng và không thể thiếu trong phát huy dân chủ, tăng cường đồng thuận xã hội. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích, đánh giá một số vấn đề thực tiễn phản biện xã hội tại Việt Nam và đưa ra một số khuyến nghị nhằm nâng cao hiệu quả hoạt động này trong thời gian tới.

Article Information:

Keywords: Social criticism; democracy; human right.

Article History:

Received : 10 Dec. 2020

Edited : 22 Dec. 2020

Approved : 26 Dec. 2020

Abstract:

In our country, social criticism is considered an important and indispensable tool, a channel to promote democracy and strengthen social consensus. Under the scope of this article, the author provides an analysis and assessment of a number of practical issues of social criticism in Vietnam and also provides recommendations to improve the effectiveness of this activity in the coming time.

1. Một số đánh giá về thực tiễn phản biện xã hội tại Việt Nam

Trong những năm gần đây, người dân bắt đầu quan tâm hơn đến việc thể hiện quan điểm, ý kiến của mình bằng các con đường chính thức hoặc phi chính thức, bằng hình thức trực tiếp (phát biểu ý kiến, viết bài phản biện, tạo dư luận xã hội...) hoặc gián tiếp thông qua việc đại biểu nhân dân tiếp xúc cử tri, các cuộc thăm dò ý kiến, việc gửi các văn bản, kiến nghị thông qua các tổ chức đại diện, báo chí, truyền thông và thậm chí thông qua các hình thức vận động chính sách... Điều này đã tạo ra một hiệu ứng không nhỏ

trong việc thay đổi nhận thức của cơ quan quản lý, cơ quan hoạch định chính sách về vai trò của hoạt động phản biện xã hội (PBXH). Trên thực tế những năm trước đây cho thấy, ý kiến của người dân không có tác động, ảnh hưởng nhiều đến việc hoạch định, ban hành chính sách thì gần đây, PBXH đã có tác động tích cực tới việc thay đổi, điều chỉnh, thậm chí tạm hoãn hay ngừng thực hiện một chính sách. Kết quả đó xuất phát từ nhiều yếu tố khác nhau; trong đó, không thể không ghi nhận sự nỗ lực thay đổi từ cả phía các chủ thể thực hiện phản biện và các chủ thể hoạch định, ban hành chính sách - đối

tương tiếp nhận PBXH. Có thể khái quát một số điểm nhấn đáng ghi nhận trong hoạt động PBXH như sau:

Thứ nhất, hoạt động PBXH ngày càng thu hút được sự tham gia rộng rãi của các chủ thể trong vai trò thực hiện PBXH; các chủ thể phản biện thực hiện việc PBXH ngày càng rõ nét và chuyên nghiệp.

Có thể thấy, hoạt động PBXH đã thu hút được sự tham gia của rất nhiều các chủ thể khác nhau trong xã hội. Trước đây, hoạt động tham gia ý kiến về chính sách, pháp luật dường như chỉ gói gọn trong phạm vi của các cơ quan nhà nước, các chuyên gia, nhà khoa học chỉ tham gia khi được cơ quan nhà nước mời. Hiện nay, với việc mở rộng dân chủ, phát huy quyền làm chủ của Nhân dân, thông tin được công khai một cách rộng rãi, truyền thông báo chí ngày càng cởi mở và dân chủ, các vấn đề liên quan đến xây dựng chính sách, pháp luật ngày càng thu hút được sự quan tâm của cộng đồng xã hội. Đặc biệt, với sự bùng nổ của mạng internet và các thiết bị công nghệ, thông tin được công khai, lan truyền nhanh chóng đã tạo điều kiện rất thuận lợi cho các chủ thể tham gia PBXH ngày càng chủ động và mạnh mẽ hơn.

Thứ hai, hình thức PBXH đa dạng, phong phú, tạo ra nhiều diễn đàn trao đổi, thảo luận, phản biện đa diện, đa chiều, góp phần tạo nên các hiệu ứng tích cực rộng rãi trong xã hội.

Với sự phát triển ngày càng đông đảo của các chủ thể phản biện xã hội, các hình thức PBXH cũng dần trở nên đa dạng và phong phú, gọi mở thêm những cách thức phản biện có hiệu quả hơn, bao gồm cả các hình thức trực tiếp và gián tiếp, cả chính thức và phi chính thức, cả chủ động và theo yêu cầu.

MTTQ Việt Nam tổ chức các hình thức PBXH khá bài bản, bao gồm: tổ chức

hội nghị PBXH; gửi dự thảo văn bản được PBXH đến các cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan để lấy ý kiến; tổ chức đối thoại trực tiếp giữa MTTQ Việt Nam với cơ quan, tổ chức có văn bản được PBXH¹.

Các tổ chức xã hội khác, ngoài việc thực hiện phản biện, góp ý kiến vào các dự thảo, chính sách theo yêu cầu của cơ quan, tổ chức có chính sách, dự thảo được phản biện, còn tích cực thực hiện PBXH thông qua việc chủ động tổ chức các buổi hội thảo, tọa đàm lấy ý kiến chuyên gia, nhà khoa học hay các thành viên của tổ chức về các vấn đề trong xây dựng chính sách có liên quan đến lợi ích của tổ chức mình hoặc các lợi ích chung của cộng đồng. Bên cạnh đó, các tổ chức xã hội cũng chủ động tìm hiểu, phát hiện các chính sách, chương trình, dự án, đề án của Nhà nước có ảnh hưởng lớn đến đời sống xã hội, đến môi trường hành nghề của hội viên để đề xuất ý kiến tư vấn, phản biện với các cơ quan có thẩm quyền.

Bên cạnh đó, nhiều tổ chức cũng đã sử dụng hình thức đăng tải các dự thảo văn bản quy phạm pháp luật trên website của tổ chức để tập hợp ý kiến phản biện của các đối tượng thuộc thành viên tổ chức mình. Ví dụ, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI) có thể lấy ý kiến các doanh nghiệp, hiệp hội doanh nghiệp đối với các dự thảo văn bản quy phạm pháp luật mà VCCI được hỏi ý kiến trên website của VCCI (Vibonline). Tại trang này, VCCI mở mục Diễn đàn thảo luận về từng dự án luật, dự thảo văn bản quy phạm pháp luật, trong đó không chỉ đăng tải ý kiến của các đối tượng được lấy ý kiến mà còn tập hợp các bài viết, bài phát biểu của các chuyên gia, các luật sư, các nhà hoạt động thực tiễn về các vấn đề trong dự thảo.

Ngoài ra, PBXH được thực hiện qua rất nhiều hình thức khác nhau. Đó có thể là

1. Các hình thức này đã được quy định tại Nghị quyết liên tịch số 403/NQLT-UBTVQH14-CP-ĐCTUBTWMTTQVN ngày 15/6/2017 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chính phủ, Đoàn Chủ tịch Ủy ban Trung ương MTTQ Việt Nam quy định chi tiết các hình thức giám sát, PBXH của MTTQ Việt Nam.

các bài viết trình bày quan điểm trong các diễn đàn hội nghị, hội thảo; tranh luận trực tiếp bằng lời nói trên các phương tiện truyền thông; gửi văn bản kiến nghị gửi gián tiếp thông qua các cơ quan tổ chức hoặc gửi trực tiếp tới cơ quan xây dựng, ban hành văn bản (thông qua kênh văn thư, hành chính, trang thông tin điện tử của cơ quan chủ quản...); tổ chức các buổi tiếp xúc đối thoại trực tiếp với cá nhân, tổ chức có thẩm quyền (qua kênh tiếp xúc cử tri, mạng trực tuyến, các diễn đàn trao đổi...). Đặc biệt, với sức ảnh hưởng, lan tỏa rộng tới các lĩnh vực khác nhau của đời sống xã hội, mạng xã hội cũng được xem là một diễn đàn mở có thể thu hút và tạo lập dư luận xã hội một cách nhanh chóng, từ đó tạo môi trường để các cá nhân có thể thảo luận, chia sẻ các quan điểm, ý kiến của cá nhân mình về tất cả mọi vấn đề mà họ quan tâm.

Thứ ba, báo chí, truyền thông cũng đóng góp nhiều hình thức phản biện ngày càng phong phú và đa dạng, thông qua việc dành thời lượng, chuyên trang, chuyên mục đặc biệt để góp ý phản biện xây dựng hoàn thiện chính sách, pháp luật.

Thông qua phản biện trên báo chí, nhiều chính sách, pháp luật đã được điều chỉnh kịp thời, tránh được những hệ quả nghiêm trọng, đặc biệt là các chính sách có ảnh hưởng lớn đến người dân, doanh nghiệp².

Thực tế nhiều năm qua cho thấy, thông qua báo chí, những ý kiến của doanh nghiệp, người dân đã được Nhà nước tiếp thu thông qua việc sửa đổi, bổ sung hoặc xây dựng mới chính sách, pháp luật nhằm tạo thuận lợi cho doanh nghiệp phát triển lành mạnh, tạo môi trường kinh doanh cạnh tranh bình đẳng. Một mặt, báo chí phản ánh các kiến

nghị của cộng đồng doanh nghiệp; mặt khác, báo chí cũng đã tự tiến hành nhiều cuộc điều tra, nghiên cứu, phỏng vấn các chuyên gia kinh tế, pháp luật để có được những đề xuất khoa học nhất, chất lượng nhất chứ không đơn thuần chỉ phản ánh, đưa tin.

Thứ tư, nội dung PBXH đã thể hiện được tính khách quan, khoa học và dân chủ.

Đánh giá lại thực tiễn hoạt động PBXH trong thời gian qua cho thấy, các PBXH ngày càng thể hiện được tính khách quan, khoa học và dân chủ trong nội dung phản biện. PBXH có thể diễn ra trong bất kỳ giai đoạn nào của quá trình hoạch định, ban hành chính sách, thậm chí ngay cả khi chính sách chưa được hình thành rõ nét mà có thể mới chỉ là ý tưởng ban đầu nhưng nếu phát hiện thấy có vấn đề thì cũng có thể ngay lập tức hình thành PBXH. Cũng có trường hợp, sau nhiều năm thực thi pháp luật, dư luận xã hội mới lên tiếng, các nhóm khác nhau trong xã hội mới nêu vấn đề và thu hút sự tham gia đóng góp của các tầng lớp trong xã hội, tạo diễn đàn để cùng PBXH đối với vấn đề đó³.

Ý kiến phản biện đã ngày một thể hiện được tính khoa học, đa diện, đa chiều, góp phần không nhỏ vào việc hình thành và hoàn thiện nội dung chính sách, các quy định của dự án, dự thảo văn bản pháp luật. Khi phản biện, chủ thể phản biện còn nêu được cả những vấn đề mà trong quá trình xây dựng chính sách, quy định chưa xác định được là có ảnh hưởng, tác động tới cộng đồng hoặc nhóm đối tượng cụ thể, qua đó giúp cho cơ quan tiếp nhận phản biện có được nhận thức toàn diện, bổ sung những thông tin đa chiều cho quá trình xây dựng, soạn thảo, chỉnh lý,

2. <https://nld.com.vn/thoi-su/tong-cuc-du-lich-huy-bo-quy-dinh-vua-ban-hanh-da-bi-du-luan-phan-ung-20200501134856393.htm>.

3. Dự thảo thông tư quy chế công tác học sinh, sinh viên đối với các ngành đào tạo giáo viên trình độ cao đẳng, trung cấp vừa được đăng tải lấy ý kiến đã gây ra phản ứng bức xúc trong dư luận xã hội vì quy định *sinh viên hoạt động mại dâm đến lần thứ tư sẽ bị buộc thôi học*. Điều đáng nói là quy định này đã tồn tại trong Thông tư số 10 về quy chế công tác sinh viên đối với chương trình đào tạo đại học hệ chính quy được ban hành từ năm 2016.

hoàn thiện nội dung chính sách hoặc quy định trong dự án, dự thảo văn bản pháp luật.

Thứ năm, PBXH đã góp phần nâng cao ý thức, trách nhiệm của cơ quan, người có thẩm quyền xây dựng, ban hành chính sách trong quá trình xây dựng, ban hành văn bản pháp luật cũng như nâng cao nhận thức, hiểu biết của người dân.

Thực tiễn PBXH cho thấy, mặc dù chất lượng hoạt động xây dựng pháp luật của nước ta vẫn còn nhiều vấn đề cần phải đặt ra, nhưng khả năng lắng nghe tiếng nói của người dân, sự phản hồi thông tin từ phía cơ quan quản lý nhà nước đã có sự chuyển biến đáng kể. Điều này cho thấy nguyện vọng của người dân, ý kiến của các chuyên gia, các đối tượng chịu sự tác động trực tiếp đã có tác động tích cực đối với các nhà hoạch định chính sách.

Mặt khác, chính sự tác động mạnh mẽ của PBXH đối với hoạt động xây dựng pháp luật đòi hỏi các chủ thể tiếp nhận phản biện cũng cần phải nghiêm túc hơn trong việc xây dựng chính sách, pháp luật để bảo đảm chất lượng của các văn bản.

Đối với người dân, khi tham gia vào các diễn đàn xã hội, họ cũng chịu ảnh hưởng, tác động về mặt nhận thức mà PBXH mang lại. Đồng thời, thông qua tần suất các PBXH, có thể đánh giá được vấn đề chính sách nào là thiết thực, thu hút được sự quan tâm của đông đảo công chúng, qua đó nhận thức, hiểu biết pháp luật của người dân dần được nâng cao.

Bên cạnh những kết quả đã đạt được, hoạt động PBXH vẫn còn bộc lộ một số bất cập, hạn chế như sau:

Thứ nhất, hoạt động PBXH hiện nay đôi khi còn hình thức, thiếu tính chủ động, kịp thời.

Trong một số trường hợp, sự tham gia của các tổ chức xã hội còn thụ động⁴, nêu ý kiến một cách dè dặt, chưa mạnh dạn phản biện mạnh mẽ ngay cả khi vấn đề đó ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của các thành viên tổ chức mình. Các buổi PBXH do MTTQ Việt Nam thực hiện cho đến nay vẫn chưa thực sự rõ nét; số buổi PBXH còn ít kể cả ở trung ương và địa phương. Tiếng nói của MTTQ sau các cuộc phản biện chưa đủ mạnh mẽ để làm thay đổi căn bản các chính sách thực sự có vấn đề đã được phản biện. Quá trình thực hiện phản biện vẫn còn gặp nhiều khó khăn, vướng mắc trong lựa chọn nội dung phản biện, nguồn nhân lực, kinh phí trong quá trình phản biện, nhất là tại các địa phương. Trong 3 hình thức PBXH, MTTQ mới chỉ chú trọng thực hiện hình thức hội nghị phản biện. Việc gửi dự thảo văn bản được phản biện xã hội đến cơ quan, tổ chức, cá nhân liên quan và tổ chức đối thoại trực tiếp giữa MTTQ Việt Nam với cơ quan, tổ chức có văn bản được PBXH cũng chưa thực sự có hiệu quả⁵.

Hoạt động tư vấn, phản biện xã hội của Liên hiệp các tổ chức khoa học kỹ thuật Việt Nam (VUSTA) chưa thực sự đồng đều, hiệu quả; một số nhà khoa học còn e ngại, nề

4. Việc xây dựng và ban hành Quy chuẩn kỹ thuật quốc gia QCVN20:2019/BKHCN về thép không gỉ là nhằm mục đích hướng tới việc kiểm soát an toàn, chất lượng thép không gỉ được sản xuất và kinh doanh tại Việt Nam. Quá trình xây dựng Quy chuẩn này tuân thủ quy định của pháp luật về tiêu chuẩn và quy chuẩn kỹ thuật, theo đó dự thảo quy chuẩn này đã được gửi lấy ý kiến Hiệp hội Thép Việt Nam, một số doanh nghiệp, cơ quan quản lý và được đăng tải trên Công thông tin điện tử của Bộ Khoa học và Công nghệ để lấy ý kiến góp ý là 60 ngày. Tuy nhiên, thực tế các doanh nghiệp chỉ quan tâm đề Quy chuẩn kỹ thuật quốc gia QCVN20:2019/BKH sau khi được ban hành. Nguồn <https://hotrodoanhnghiep.hanoi.gov.vn/tin-tuc/bo-khoa-hoc-va-cong-nghechinh-thuc-go-kho-cho-doanh-nghiep-thep-khong-gi-moy2e6v74p>.

5. Xem Ngô Sách Thực (2019), *Thực trạng, những vấn đề đặt ra hiện nay trong hoạt động phản biện xã hội của MTTQ Việt Nam*, <http://tapchimatran.vn/nghien-cuu/thuc-trang-nhung-van-de-dat-ra-hien-nay-trong-hoat-dong-phan-bien-xa-hoi-cua-mttq-viet-nam-22241.html>, ngày đăng tải: 18/3/2019, ngày truy cập 26/01/2020.

nam, do vậy đôi khi tiếng nói phản biện còn chưa mạnh mẽ⁶. Hoạt động tư vấn, phản biện xã hội ở một số liên hiệp hội địa phương, hội thành viên còn yếu về chất lượng, thiếu tính thuyết phục⁷.

Thứ hai, chất lượng một số ý kiến PBXH chưa thật sự khoa học gây ảnh hưởng đến quá trình xây dựng chính sách, pháp luật.

Chất lượng của PBXH phụ thuộc phần lớn vào trình độ hiểu biết của chủ thể PBXH. Sự hiểu biết nhiều hay ít, sâu sắc hay không sâu sắc sẽ quyết định sự đánh giá đúng hay sai của chủ thể PBXH đối với vấn đề, sự kiện, hiện tượng đó. Chính vì vậy, không phải lúc nào PBXH cũng đúng. Trên thực tế, có không ít trường hợp chủ thể PBXH do chưa hiểu rõ các quy định của pháp luật, thiếu thông tin nên dẫn đến tình trạng chạy theo dư luận, phản biện chưa thật sự khách quan, khoa học⁸.

Hiện nay, báo chí được đánh giá có vai trò quan trọng là cầu nối giữa Nhà nước và người dân cũng như giữa chính sách và cuộc sống. Tuy nhiên, có trường hợp hoạt động phản biện của báo chí còn chủ quan, thiếu cơ sở khoa học “theo tin đồn” đã dẫn đến hậu quả không tốt cho chính trị và kinh tế, xã hội⁹. Đặc biệt, với sự xuất hiện của mạng xã hội (Facebook, Youtube) làm cho thông tin phát triển và phát tán một cách khó kiểm soát với những nguồn tin không chính thống, thiếu chính xác. Điều này đã đặt ra cho hoạt động truyền thông báo chí nhiều vấn đề cần giải quyết trong việc hình thành và thể hiện PBXH.

Thứ tư, năng lực PBXH của các chủ thể vẫn còn hạn chế.

Tình trạng chung hiện nay tại các tổ chức thực hiện PBXH là thiếu các chuyên gia nghiên cứu độc lập và các nghiên cứu đủ sức thuyết phục để có thể tác động tích cực đối với đối tượng chịu sự PBXH. Đó phải là những người có trình độ chuyên môn cao, có bản lĩnh, tâm huyết, dám vượt qua những khó khăn, bất cập của cơ chế để kiên trì bảo vệ các quan điểm phản biện đúng đắn của mình. Hiện nay, đội ngũ cán bộ ở MTTQ, các tổ chức chính trị - xã hội đảm nhận công tác này còn mỏng, thiếu kinh nghiệm; một bộ phận cán bộ thiếu nhiệt huyết với công việc, còn có tâm lý ngại va chạm, nên ảnh hưởng lớn tới chất lượng PBXH. Ở địa phương, hệ thống tổ chức tư vấn hoạt động không rõ nét.

Chất lượng đóng góp ý kiến, phản biện của các hiệp hội doanh nghiệp vẫn chưa thực sự đáp ứng được yêu cầu đòi hỏi của cộng đồng doanh nghiệp; các kiến nghị, đề xuất có tính dự báo về những vấn đề lớn trong hội nhập, phát triển kinh tế và phát triển doanh nghiệp còn hạn chế.

Có nhiều nguyên nhân cho những bất cập, tồn tại trên, trong đó có thể khái quát một số nguyên nhân chính như sau:

Thứ nhất, thiếu sự nhận thức đầy đủ từ cơ quan nhà nước cũng như từ người dân về hoạt động PBXH: Là chủ thể tiếp nhận phản biện nhưng nhiều khi cơ quan nhà nước, cá nhân có thẩm quyền lại chưa coi trọng phản biện, ngại sự phản biện; vẫn còn tâm lý cho rằng phản biện là luôn tìm ra những cái sai, thiếu sót và coi đó là đụng chạm, “soi mói”, “vạch lá tìm sâu”, thậm chí là chống đối, phản kháng... Cơ quan nhà nước vẫn xem công việc quản lý là công việc của Nhà nước

6. <http://vusta.vn/chitiet/hop-tac-doi-tac/Day-manh-hoat-dong-tu-van-phan-bien-va-giam-dinh-xa-hoi-ngay-cang-phat-trien-608>, truy cập ngày 03/02/2021.

7. Phan Việt Phong, Ngô Đình Sáng, *Tập hợp, phát huy vai trò đội ngũ trí thức khoa học và công nghệ*, <http://tuyengiao.vn/khoa-giao/khoa-hoc/tap-hop-phat-huy-vai-tro-doi-ngu-tri-thuc-khoa-hoc-va-cong-nghe-131250>, truy cập ngày 26/01/2021.

8. <https://vovgiaothong.vn/du-thao-sua-doi-luat-gtdb-khi-de-xuat-khong-di-cung-chinh-kien>.

9. Xem thêm: Nguyễn Văn Minh, “*Chức năng phản biện xã hội của báo chí ở Việt Nam hiện nay*”, Luận án TSKHCT, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội 2014, tr. 127.

mà chưa có nhận thức đúng đắn về vai trò của công dân trong việc tham gia quản lý nhà nước. Một bộ phận không nhỏ người dân trong xã hội thờ ơ, không quan tâm đến việc tham gia thực hiện PBXH. Sự thờ ơ của đa số nhân dân đối với các công việc của Nhà nước do nhiều lý do rất khác nhau. Cũng có những người tâm huyết, nhưng mất lòng tin khi ý kiến đóng góp không được phản hồi hoặc do các hình thức tổ chức lấy ý kiến quá hình thức.

Thứ hai, sự thiếu vắng một thể chế pháp lý đồng bộ gây ảnh hưởng nhất định đến chất lượng, hiệu quả của hoạt động phản biện xã hội.

Hiện nay, các quy định của pháp luật liên quan đến phản biện xã hội còn năm rải rác trong nhiều văn bản với mức độ ghi nhận khác nhau, từ Hiến pháp, các đạo luật về tổ chức bộ máy, các đạo luật chuyên ngành cho đến các văn bản hướng dẫn thi hành. Quy định về chủ thể, đối tượng, nội dung, hình thức PBXH cũng chưa đồng bộ, thống nhất.

Thứ ba, kiến thức pháp luật của người dân còn hạn chế, ảnh hưởng của truyền thống văn hóa đang là một thách thức lớn đặt ra hiện nay cho hoạt động PBXH.

Xét một cách tổng thể, kiến thức và sự hiểu biết về pháp luật của người dân nói chung còn hạn chế; người dân nhìn nhận, đánh giá vấn đề bằng “bản năng” chứ không có những kiến thức, lý lẽ, lập luận khoa học, hợp lý. Một yếu tố có ảnh hưởng không nhỏ đến hoạt động PBXH hiện nay là vấn đề văn hoá ứng xử của người Việt Nam: tư duy trọng tình, lối sống “dĩ hòa vi quý”, e ngại xung đột một khi quyền lợi của chính mình chưa bị ảnh hưởng. Tranh luận chưa trở thành một nét văn hóa trong PBXH tại Việt Nam. Mặt khác, xu hướng lấy số đông làm chuẩn, coi chân lý thuộc về số đông cũng có ảnh hưởng mạnh mẽ đến chất lượng, hiệu quả PBXH¹⁰.

2. Một số khuyến nghị nhằm nâng cao hiệu quả phản biện xã hội ở Việt Nam

Thứ nhất, ghi nhận PBXH trong Hiến pháp như một quyền công dân.

Hiến pháp năm 2013 mới chỉ quy định PBXH dưới góc độ là một chức năng của MTTQ Việt Nam mà chưa xem đó là một quyền dân chủ trực tiếp của công dân được thực hiện trên cơ sở quyền tự do ngôn luận. PBXH phải được xem là quyền bày tỏ ý kiến một cách có hệ thống và có cơ sở khoa học, là hình thức phát triển cao nhất xuất phát từ quyền tham gia đóng góp ý kiến của công dân vào các hoạt động của Nhà nước. Chính vì vậy, cần ghi nhận PBXH như một hình thức thực hiện quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội của công dân.

Thứ hai, ban hành Luật về PBXH và hoàn thiện một số văn bản pháp luật có liên quan.

Để khắc phục bất cập trong các quy định hiện hành về PBXH, chúng tôi cho rằng, cần ban hành Luật PBXH. Luật cần quy định rõ những vấn đề sau: chủ thể, đối tượng phản biện, hình thức, nội dung, trình tự thủ tục tiến hành hoạt động phản biện, các điều kiện bảo đảm; quyền, nghĩa vụ của chủ thể PBXH; trách nhiệm của cơ quan nhà nước - chủ thể chịu phản biện trong việc cung cấp thông tin liên quan đến các vấn đề được phản biện, tạo điều kiện để các ý kiến phản biện đều có thể được truyền đạt đến cơ quan nhà nước; cơ chế tiếp nhận và phản hồi kết quả tiếp thu đối với các ý kiến PBXH...

Ngoài ra, nhằm tạo công cụ, môi trường thúc đẩy PBXH, cần ban hành mới hoặc sửa đổi một số luật như: Luật về Hội, Luật Dân chủ cơ sở, Luật Tiếp cận thông tin, Luật Báo chí...

Thứ ba, tổ chức thực hiện có hiệu quả các quy định của pháp luật hiện hành về lấy ý kiến người dân trong quá trình xây dựng pháp luật.

10. Tính cách “dị biệt” của người Việt: “Thiếu văn hóa tranh luận”, (2013), tại địa chỉ: <http://kienthuc.net.vn/giai-ma/tinh-cach-di-biet-cua-nguoi-viet-thieu-van-hoa-tranh-luan-269959.html>, truy cập ngày 04/01/2020.

Đề hoạt động PBXH thực chất và hiệu quả, trong quá trình thực thi Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật, các cơ quan có trách nhiệm xây dựng pháp luật khi thực hiện việc lấy ý kiến nhân dân nói chung, các đối tượng cụ thể nói riêng, cần phải bảo đảm:

- Các nội dung (ý tưởng xây dựng chính sách, quy định pháp luật và các vấn đề liên quan) đưa ra lấy ý kiến phải được thuyết minh và giải trình rõ ràng về mục đích, quan điểm, các khía cạnh nội dung, tác động của chính sách, dự thảo văn bản; nếu có nhiều nội dung thì phải xác định các nội dung trọng tâm, trọng điểm, các nội dung có vướng mắc, các nội dung đụng chạm, liên quan đến lợi ích của nhiều nhóm đối tượng trong xã hội và không được bỏ qua trong việc phân tích sự tác động của chính sách, dự thảo văn bản đối với các nhóm lợi ích liên quan.

- Mở rộng cơ hội tiếp cận thông tin cho người dân, công khai thông tin nhiều chiều, đồng thời khuyến khích người dân chủ động tìm kiếm thông tin; cần thiết kế và đa dạng hoá các công cụ cung cấp thông tin, cách thức công khai thông tin (ví dụ có thể lấy ý kiến trên các trang mạng xã hội với những câu hỏi rất đơn giản, dễ hiểu); sử dụng cách thức và phương pháp phù hợp thu hút sự tham gia của các đối tượng khác nhau, trong đó đặc biệt chú trọng huy động sự tham gia của đối tượng chịu sự tác động trực tiếp của văn bản và các chuyên gia, các nhà khoa học vào hoạt động xây dựng chính sách, pháp luật¹¹...

- Tạo ra cơ chế nghe, tiếp thu và phản hồi ý kiến một cách thường xuyên và có trách nhiệm; công chúng cũng phải có cơ hội tiếp cận nguồn thông tin đa chiều, thậm chí khác biệt hoàn toàn với ý kiến của cơ quan chủ trì soạn thảo, các nhà lập pháp; các ý kiến phản biện của người dân phải được cơ quan chủ trì soạn thảo, nhà lập pháp nghiên cứu cẩn trọng và có trách nhiệm; việc tiếp thu hay không tiếp thu phải được giải trình rõ ràng, công

khai và kịp thời trên chính các phương tiện, công cụ nhận ý kiến tham gia của người dân.

Thứ tư, nâng cao trình độ hiểu biết pháp luật của người dân.

Trong thời gian tới, các cơ quan chức năng cần phải tăng cường công tác tuyên truyền, phổ biến giáo dục pháp luật, các chủ trương, đường lối của Đảng, pháp luật của Nhà nước thông qua các hình thức tuyên truyền phù hợp, có hiệu quả để các tầng lớp nhân dân hiểu, nắm bắt và đồng thuận, ủng hộ; cũng như để động viên, khích lệ nhân dân không chỉ tích cực thực hiện, mà còn có khả năng giám sát và phản biện quá trình thực hiện.

Thứ năm, nâng cao năng lực, bản lĩnh của chủ thể PBXH.

Thực tiễn hoạt động PBXH thời gian qua cho thấy, chủ thể PBXH chưa thực sự đủ mạnh để thực hiện chức năng PBXH. Vì vậy, việc nâng cao năng lực, bản lĩnh của chủ thể PBXH có vai trò quyết định đến chất lượng ý kiến, đánh giá PBXH của các chủ thể. Đối với các chủ thể PBXH quan trọng, có tầm ảnh hưởng lớn như MTTQ Việt Nam, VUSTA cần tiếp tục đổi mới về tổ chức và hoạt động, chú trọng hơn nữa việc tập hợp các nhà khoa học, các chuyên gia ở trên các lĩnh vực khác nhau, phát huy được sức mạnh tổng hợp của các thành viên vào hoạt động phản biện của mình. Nếu tiếng nói của mỗi chủ thể chưa đủ mạnh để thuyết phục hoặc tạo ra sự thay đổi từ phía đối tượng chịu PBXH thì cần kết hợp, tập trung sức mạnh của nhiều chủ thể lại, cùng lên tiếng về một vấn đề. Nếu có cơ chế phối hợp tốt sẽ đủ sức tạo được dư luận buộc cơ quan nhà nước, cá nhân có thẩm quyền phải lắng nghe, có trách nhiệm tiếp thu và giải trình những vấn đề đã được phản biện. Có như vậy thì mới thực sự phát huy được sự tham gia của mỗi chủ thể phản biện vào hoạt động PBXH và PBXH mới phát huy hết được vai trò tích cực của nó đối với đời sống chính trị - xã hội của đất nước ■

11. Xem: *Vai trò của các tổ chức xã hội trong quá trình xây dựng pháp luật*, nguồn: <http://isee.org.vn/vi/blog/Article/vai-tro-cua-cac-to-chuc-xa-hoi-trong-qua-trinh-xay-dung-phap-luat>, ngày 24/8/2014.

CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ CỦA WTO VÀ THỰC TIỄN ÁP DỤNG TẠI VIỆT NAM SAU 26 NĂM PHÁT TRIỂN

Nguyễn Mai Linh*

**ThS. Giảng viên Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế; Tổ chức Thương mại thế giới (WTO); quy tắc và thủ tục điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp (DSU).

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 24/12/2020
Biên tập : 08/01/2021
Duyệt bài : 11/01/2021

Article Information:

Keywords: Dispute settlement, WTO, DSU

Article History:

Received : 24 Dec. 2020
Edited : 08 Jan. 2021
Approved : 11 Jan. 2021

Tóm tắt:

Sau 26 năm hình thành và phát triển, cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của Tổ chức Thương mại thế giới (World Trade Organization – WTO) đã đạt được nhiều thành công. Bên cạnh đó, thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại của WTO đã đặt ra nhiều thách thức đòi hỏi WTO cần sớm hoàn thiện cơ chế này.

Abstract:

After 26 years of establishment and development, the WTO's international trade dispute settlement mechanism has achieved many successes. In addition, the practice of WTO's dispute settlement mechanism has faced with several challenges that require WTO to improve this mechanism.

1. Tình hình sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO

Năm 2020, khi WTO tròn 25 năm ra đời và phát triển, Tổng giám đốc WTO khẳng định: “Trong một phần tư thế kỷ qua, WTO đã giúp thay đổi quan hệ kinh tế

quốc tế”. Thật vậy, WTO ra đời đã mang lại nhiều giá trị kinh tế cho tất cả các quốc gia thành viên¹ và tạo ra một sự ủng hộ về chủ nghĩa thương mại đa phương. Để có thể duy trì được các thoả thuận thương mại và sự cân bằng hợp lý giữa quyền và nghĩa vụ

1. Kể từ năm 1995, giá trị dòng đô la của thương mại thế giới đã tăng gần gấp bốn lần, trong khi khối lượng thương mại thế giới thực sự đã tăng gấp 2,7 lần; thuế quan trung bình đã giảm gần một nửa, từ 10,5% đến 6,4%; Xem thêm, Alan Wolff, The WTO and the Future of the Global Trading System, speech at the Council on Foreign Relations, October 15, 2019, < speech at the Council on Foreign Relations, October 15, 2019>, truy cập ngày 19/12/2020.

của các thành viên, cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO đóng một vai trò cốt lõi và thiết yếu đối với hiệu quả hoạt động của WTO. Trong các phương thức giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế, WTO được xem là một cơ chế tích cực nhất với 595 vụ tranh chấp được đưa ra và hơn 350 phán quyết được ban hành². Việc các quốc gia thành viên tin tưởng và sử dụng rộng rãi cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO đã phản ánh sự thành công của cơ chế này so với những cơ chế giải quyết tranh chấp quốc tế khác³.

- Xét ở góc độ quy trình giải quyết tranh chấp

Cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO được quy định tại Thỏa thuận ghi nhận về các quy tắc và thủ tục điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp (Understanding on rules and procedures governing the settlement of dispute – DSU). Theo đó, tranh chấp giữa các quốc gia thành viên WTO muốn giải quyết bởi Ban hội thẩm (Panel) và Cơ quan phúc thẩm (AB) thì các bên phải tiến hành thủ tục tham vấn⁴. Đến tháng 11/2020, trong tất cả 595 vụ tranh chấp tại WTO thì 100% các vụ tranh

chấp có yêu cầu tham vấn⁵; trong đó, có 51 thành viên WTO đã yêu cầu tham vấn ít nhất một tranh chấp và 60 thành viên đã trả lời tham vấn trong ít nhất một tranh chấp, 88 thành viên đã tham gia với tư cách là bên thứ ba trong quá trình tham vấn hoặc trong quá trình giải quyết tranh chấp của WTO⁶. Trong trường hợp các bên tranh chấp thực hiện không thành công bước tham vấn thì một bên có quyền yêu cầu thành lập Panel để tiếp tục các bước giải quyết tranh chấp tiếp theo⁷. Trong khuôn khổ các tranh chấp tại WTO, có 60% tranh chấp đã trải qua bước thành lập Panel, với 349 tranh chấp, trong đó có 261 tranh chấp đã được Cơ quan giải quyết tranh chấp (Dispute Settlement Body – DSB) thành lập Panel, 195 báo cáo của Panel đã được thông qua và trở thành phán quyết của DSB (chiếm 66% tranh chấp). Tiếp đó, khi các bên tranh chấp không đồng ý với báo cáo của Panel thì có thể kháng cáo để AB xem xét theo Điều 17 DSU. Theo đó, có 137 thông báo kháng cáo được gửi tới AB và 122 báo cáo của AB được thông qua và trở thành phán quyết cuối cùng của DSB⁸. Đây cũng là một trong những thành tựu

2. Số liệu các vụ tranh chấp được WTO, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm, truy cập ngày 19/12/2020.

3. Tòa án Hình sự quốc tế tồn tại khoảng 15 năm, chỉ giải quyết 27 vụ tranh chấp và đưa ra sáu phán quyết. Tòa án Quốc tế về luật biển giải quyết 25 vụ tranh chấp. Xem thêm: <https://www.icc-cpi.int/about>, truy cập ngày 19/12/2020.

4. Điều 4.2 DSU.

5. Theo Báo cáo số liệu của WTO, từ 1/1/1995 – 31/12/2018 có tổng 573 yêu cầu tham vấn đã được tiến hành, cộng với 11 yêu cầu tham vấn năm 2019 và 02 yêu cầu tham vấn năm 2020, Xem https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm; https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_current_status_e.htm, truy cập ngày 20/12/2020.

6. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm, truy cập ngày 20/12/2020.

7. Điều 6 DSU.

8. Chiếm 40% tổng tranh chấp có yêu cầu thành lập Ban hội thẩm. Theo Báo cáo số liệu của WTO từ 1/1/1995 – 30/4/2020, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm, truy cập ngày 20/12/2020.

của cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO 1995 so với GATT 1947⁹. Ngoài cơ chế giải quyết tranh chấp tại WTO thông qua DSB, DSU cũng cho phép các bên có thể sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp khác như Trọng tài (Điều 25 DSU) và Hòa giải (Điều 5 DSU). Các phương thức này chiếm tỷ lệ khá nhỏ trong các tranh chấp tại WTO, khi chỉ có 1 vụ tranh chấp được giải quyết theo thủ tục Trọng tài; 3 vụ tranh chấp được giải quyết (năm 2002, 2009) bằng phương thức Hòa giải và thiện chí¹⁰. Ngoài ra, trong tổng số 595 vụ tranh chấp được đưa ra trước WTO thì có 118 vụ tranh chấp đã được tự hai bên giải quyết hoặc bên vi phạm có thể rút bỏ biện pháp vi phạm¹¹.

-Xét ở góc độ các quốc gia cụ thể và nhóm các quốc gia sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp tích cực nhất

Hoa Kỳ là thành viên sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO nhiều nhất (434 vụ), Liên minh châu Âu (EU) đứng thứ hai (396 vụ), tiếp đó là Nhật Bản (254

vụ), Trung Quốc (244 vụ), Ấn Độ (218 vụ), Canada (217 vụ), Brazil (196 vụ), Hàn Quốc (167 vụ), Mexico (146 vụ)¹². Trong đa số các vụ tranh chấp, các quốc gia tham gia với tư cách bên thứ ba; Hoa Kỳ và EU tham gia với tư cách nguyên đơn và bị đơn chiếm tỷ lệ tranh chấp lớn nhất. Điều này cũng dễ hiểu khi Hoa Kỳ và EU đều là hai chủ thể có tỷ trọng thương mại lớn trên thế giới¹³; trong đó, Hoa Kỳ là quốc gia nhập siêu lớn nhất trên thế giới.

Trong số thành viên WTO, các quốc gia phát triển, đang phát triển là những chủ thể sử dụng tích cực nhất cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO với tư cách là người khởi xướng các giai đoạn khác nhau như: thủ tục tham vấn, yêu cầu thành lập Panel, báo cáo của Panel và AB. Cụ thể, các quốc gia phát triển chiếm 25% tổng số các thành viên WTO nhưng chiếm 57% yêu cầu tham vấn, 56,7% yêu cầu thành lập Panel, 58,5% báo cáo Panel và 62,7% báo cáo AB. Các nước đang phát triển chiếm khoảng 53% số thành viên WTO nhưng chiếm 42,7%

9. Hiệp định chung về thuế quan và thương mại 1947.

10. For a complete list of the numbers of dispute by stage in the proceedings, on a yearly basic, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm, truy cập ngày 20/12/2020.

11. Như trên.

12. Hoa Kỳ đã tham gia tổng 434 vụ tranh chấp, trong đó 124 vụ tranh chấp với tư cách nguyên đơn, 155 vụ tranh chấp với tư cách bị đơn và 155 vụ tranh chấp với tư cách là bên thứ ba. EU đã tham gia tổng 396 vụ tranh chấp, trong đó có 104 vụ với tư cách nguyên đơn, 87 vụ tranh chấp với tư cách bị đơn và 205 vụ tranh chấp là bên thứ ba. Nhật Bản đã tham gia tổng 254 vụ tranh chấp, trong đó có 27 vụ với tư cách nguyên đơn, 16 vụ tranh chấp với tư cách bị đơn và 211 vụ tranh chấp là bên thứ ba. Trung Quốc đã tham gia tổng 244 vụ tranh chấp, trong đó có 21 vụ với tư cách nguyên đơn, 44 vụ tranh chấp với tư cách bị đơn và 179 vụ tranh chấp là bên thứ ba. Ấn Độ, đã tham gia tổng 218 vụ tranh chấp, trong đó có 24 vụ với tư cách nguyên đơn, 32 vụ tranh chấp với tư cách bị đơn và 162 vụ tranh chấp là bên thứ ba. Canada đã tham gia tổng 217 vụ tranh chấp, trong đó có 40 vụ với tư cách nguyên đơn, 23 vụ tranh chấp với tư cách bị đơn và 154 vụ tranh chấp là bên thứ ba. Brazil đã tham gia tổng 196 vụ tranh chấp, trong đó có 33 vụ với tư cách nguyên đơn, 16 vụ tranh chấp với tư cách bị đơn và 147 vụ tranh chấp là bên thứ ba. Hàn Quốc đã tham gia tổng 167 vụ tranh chấp, trong đó có 21 vụ với tư cách nguyên đơn, 19 vụ tranh chấp với tư cách bị đơn và 127 vụ tranh chấp là bên thứ ba. Mexico đã tham gia tổng 146 vụ tranh chấp, trong đó có 25 vụ với tư cách nguyên đơn, 15 vụ tranh chấp với tư cách bị đơn và 106 vụ tranh chấp là bên thứ ba. Xem thêm: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm, truy cập ngày 22/12/2020.

13. <https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/united-states/>, truy cập ngày 22/12/2020.

yêu cầu tham vấn, 43,3% yêu cầu thành lập Panel, 41,5% báo cáo Panel và 37,3% báo cáo AB¹⁴. Sự không cân xứng lớn nhất là các thành viên kém phát triển chiếm khoảng 22% tất cả các quốc gia thành viên WTO, nhưng chỉ chiếm khoảng 0,17% yêu cầu tham vấn và 0% yêu cầu thành lập Panel, báo cáo Panel và AB, mặc dù tỷ trọng thương mại của các nước kém phát triển chiếm 0,5%, cao hơn nhiều so với tỷ lệ tham gia giải quyết tranh chấp tại WTO¹⁵.

- Xét ở góc độ thực thi phán quyết của DSB

Theo thống kê của WTO có 38 yêu cầu thủ tục trọng tài theo Điều 21.3 về việc xác định khoảng thời gian hợp lý để thực thi phán quyết của DSB, 36¹⁶ yêu cầu “compliance panel” theo thủ tục tại Điều 21.5 và 43 yêu cầu xem xét mức độ trả đũa theo Điều 22.6 khi bên thua kiện không đồng ý về mức độ tạm hoãn thi hành các nhượng bộ mà bên thắng kiện đưa ra¹⁷. Ba thủ tục này có thể đánh giá mức độ thực thi phán quyết của DSB của các bên tranh chấp; theo đó, sau khi có phán quyết của DSB, bên thua kiện phải gửi cho DSB về dự định của mình về việc thực thi các khuyến nghị và phán quyết của DSB và về nguyên tắc các bên sẽ phải tuân thủ phán quyết của DSB ngay lập tức. Tuy nhiên, DSB cho phép các bên tranh chấp có thể

thực thi phán quyết trong một khoảng thời gian hợp lý¹⁸. Tiếp đó, khi một bên tranh chấp đã thực thi phán quyết của DSB nhưng nguyên đơn cho rằng, những biện pháp này là không thỏa đáng hoặc không phù hợp với các nghĩa vụ khác trong các hiệp định có liên quan thì nguyên đơn có thể yêu cầu thủ tục “Compliance Panel” do chính Panel ban đầu xem xét theo điều 21.5. Nếu bên thua kiện vẫn không thực hiện các biện pháp khuyến nghị của DSB, sau khi hết khoảng thời gian hợp lý, nguyên đơn có thể yêu cầu áp dụng các biện pháp bồi thường và tạm hoãn thi hành các nhượng bộ theo Điều 22 DSU. Ba thủ tục này cũng được xem là những thủ tục có thể trì hoãn việc thực thi phán quyết của DSB. Bởi lẽ, cơ chế giải quyết tranh chấp tại WTO không tồn tại yêu cầu bắt buộc bên vi phạm nghĩa vụ của WTO phải bồi thường bằng một biện pháp tài chính cho bên thắng kiện về những tổn thất mà họ đang phải gánh chịu¹⁹. Thủ tục bồi thường quy định tại Điều 22.1 DSU là một thủ tục tạm thời, tự nguyện và đòi hỏi sự thỏa thuận của 2 bên tranh chấp. Sự trì hoãn thực thi đầy đủ phán quyết của DSB có thể mang lại lợi ích cho bên vi phạm cả về chính trị hay kinh tế và ngược lại bên có lợi ích bị xâm phạm thì tiếp tục chịu tổn thất cho đến khi bên vi phạm tuân thủ đầy đủ khuyến nghị của DSB.

14. Arie Reich, *The effectiveness of the WTO dispute settlement system: A statistical analysis*, Department of Law, European University Institute, EUI Working Paper LAW 2017/11, p.17.

15. Arie Reich, *The effectiveness of the WTO dispute settlement system: A statistical analysis*, Department of Law, European University Institute, EUI Working Paper LAW 2017/11, p. 17.

16. 36 yêu cầu “compliance panels” từ 1995 – 2016, Xem thêm: Arie Reich, *The effectiveness of the WTO dispute settlement system: A statistical analysis*, Department of Law, European University Institute, EUI Working Paper LAW 2017/11, p. 5.

17. https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disputstats_e.htm, truy cập ngày 20/5/2020.

18. Khoản 3 Điều 21 DSU.

19. Arie Reich, *The effectiveness of the WTO dispute settlement system: A statistical analysis*, Department of Law, European University Institute, EUI Working Paper LAW 2017/11, pp. 16-17.

2. Thách thức của cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của WTO

Mặc dù có những thành tựu đáng kể, nhưng sau 26 năm áp dụng, cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO đang gặp phải những thách thức sau đây:

Thứ nhất, thời gian giải quyết tranh chấp càng ngày càng kéo dài so với quy định tại DSU.

Sự thành công của một cơ chế giải quyết tranh chấp có thể được đánh giá thông qua tiến độ giải quyết tranh chấp. Đây là một trong những yêu cầu thiết yếu đối với hiệu quả giải quyết tranh chấp của WTO. Căn cứ vào quy định của DSU, thời gian để tiến hành tất cả các bước giải quyết tranh chấp của WTO (từ thủ tục tham vấn đầu tiên đến khi DSB thông qua báo cáo Panel) khoảng từ 12 đến 15 tháng (trong trường hợp có kháng cáo thì thời gian có thể kéo dài từ 15 đến 19 tháng). Tuy nhiên, thực tiễn giải quyết tranh chấp cho thấy, các tranh chấp tại WTO đã không thể được giải quyết trong khung thời gian của DSU. Cụ thể, giai đoạn 1995 – 1999, thời gian trung bình từ khi có yêu cầu tham vấn đến khi báo

cáo được thông qua là 705,89 ngày (23,21 tháng); giai đoạn 2007-2011 là 851,34 ngày (28 tháng).²⁰ Kể từ năm 2011, tình hình giải quyết tranh chấp kéo dài đang tiếp tục diễn ra và sự chậm trễ ngày càng dài khi trung bình thời gian giải quyết tranh chấp là 33,83 tháng²¹. Sự chậm trễ xảy ra ở tất cả các giai đoạn từ sau khi tham vấn không thành công đến thời điểm DSB ra quyết định thành lập Panel. Sau khi Panel được thành lập, việc ra báo cáo của Panel cũng không đúng thời hạn quy định của DSU²²; thủ tục kháng cáo và đưa ra báo cáo của AB²³ cũng vượt quá 90 ngày theo quy định; giai đoạn 2012 – 2017, thời gian trung bình để AB đưa ra được báo cáo là 133 ngày. Sự chậm trễ trong quá trình giải quyết tranh chấp của WTO có thể xuất phát từ hai lý do: (i) Sự gia tăng số lượng, quy mô và mức độ phức tạp của tranh chấp và (ii) Ban thư ký hạn chế về nguồn lực luật sư giàu kinh nghiệm²⁴.

Thứ hai, Hoa Kỳ phản đối việc bổ nhiệm thành viên Cơ quan phúc thẩm.

Ở thời điểm hiện tại, cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO đang phải đối mặt với những thách thức chưa từng có trong lịch

20. Arie Reich, *The effectiveness of the WTO dispute settlementsystem: A statistical analysis*, Department of Law, European University Institute, EUI Working Paper LAW 2017/11, p. 22.

21. Năm 2013 có 20 yêu cầu tham vấn và tính đến năm 2017 thì mới chỉ có 8 báo cáo của Panel và 7 yêu cầu kháng cáo được đưa ra.

22. Điều 12.8 DSU quy định Ban hội thẩm có 6 tháng để đưa ra báo cáo cuối cùng và không có trường hợp nào, sẽ vượt quá chín tháng (270 ngày) kể từ ngày thành lập ban hội thẩm (Điều 12.9). Trên thực tiễn, thời gian này bị kéo dài trung bình 400-500 ngày, cụ thể 5 Ban hội thẩm được thành lập năm 2012 đã đưa ra các báo cáo cuối cùng trung bình trong 17,4 tháng (523 ngày). Xem thêm: Scott S. Lincicome & Davida L. Connon, *WTO Dispute Settlement- Long Delays Hit the System*, <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/wto-dispute-settlement-long-delays-hit-the-system.pdf>, truy cập ngày 23/12/2020.

23. Điều 17.5 DSU quy định kể từ ngày kháng cáo trong vòng 60 ngày AB phải ra báo cáo cuối cùng và trong mọi trường hợp không quá 90 ngày. Xem thêm: United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the world trade Organization*, 2/2020, tr. 30, https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf, truy cập ngày 23/12/2020.

24. Scott S. Lincicome & Davida L. Connon, *WTO Dispute Settlement- Long Delays Hit the System*, <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/wto-dispute-settlement-long-delays-hit-the-system.pdf>, truy cập ngày 23/12/2020.

sử thương mại quốc tế khi cuối năm 2019 là thời điểm một trong số các thành viên còn lại của AB hết nhiệm kỳ mà không có khả năng được bổ nhiệm lại khi Hoa Kỳ và một số các quốc gia thành viên khác phản đối việc tiếp tục bổ nhiệm thành viên của AB²⁵. Điều này dẫn đến hệ quả là, sau thời điểm tháng 12/2019, AB không còn đủ 3 thành viên để thực hiện chức năng xét xử phúc thẩm. Việc không duy trì được AB có ảnh hưởng đến cơ chế giải quyết tranh chấp hai cấp xét xử của WTO.

Từ năm 2016, Đại diện Thương mại của Hoa Kỳ đã đưa ra tuyên bố về việc ngăn chặn tái bổ nhiệm một thành viên AB trong nhiệm kỳ thứ hai bởi một loạt các tranh chấp của AB mang lại nhiều bất lợi cho Hoa Kỳ. Hoa Kỳ cho rằng, AB đã không thực hiện đúng chức năng của mình khi nhiều lần không áp dụng các quy tắc được quy định trong các hiệp định của WTO mà các thành viên đã đàm phán thỏa thuận, AB đã vượt quá thẩm quyền của mình, các biện pháp khuyến nghị của AB đưa ra không phù hợp với quy định của WTO để yêu cầu các bên tranh chấp thực hiện đầy đủ nghĩa vụ tại WTO²⁶... Hoa Kỳ đã đưa một loạt các bằng chứng về sự lạm quyền của AB và không thực hiện đúng vai trò, thẩm quyền của mình ở giai đoạn phúc thẩm và tất cả những hành vi này của AB đều gây ra hậu quả nghiêm trọng đối với lợi ích thương mại và chính trị

của Hoa Kỳ trong WTO. Hậu quả nghiêm trọng này thể hiện ở số liệu các tranh chấp mà Hoa Kỳ là bị đơn là 155 vụ, trong đó, 90% vụ tranh chấp đều dẫn đến một báo cáo nhận định rằng, pháp luật Hoa Kỳ hoặc các biện pháp mà Hoa Kỳ áp dụng không phù hợp với các hiệp định của WTO²⁷.

Thứ ba, các vấn đề pháp lý khác trong cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO.

Sau 26 năm áp dụng, ngay trong chính cơ chế giải quyết tranh chấp WTO đã bộc lộ những hạn chế sau:

(i) Cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO không thể cung cấp một giải pháp cuối cùng cho tranh chấp. Theo quy định của Điều 16.4 DSU, AB không có khả năng trả lại hồ sơ cho Panel. Thẩm quyền của AB sẽ bị giới hạn trong các vấn đề pháp lý được nêu ra trong báo cáo của Panel và những giải thích pháp luật của Panel²⁸. Điều này có nghĩa là, AB là cơ quan duy nhất có thể xem xét và đưa ra các đánh giá khách quan về các vấn đề của vụ tranh chấp sau khi có báo cáo của Panel. Đây cũng là mô hình khá phổ biến trong tư pháp. Tuy nhiên, trong cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO, AB không có quyền trả lại hồ sơ vụ việc cho Panel; AB chỉ có thể đưa ra 3 quyết định là giữ nguyên, sửa đổi hoặc quyết định ngược lại với các kết luận của Panel²⁹.

(ii) Cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO không có biện pháp khắc phục hậu

25. Alan Wolff, *The WTO and the Future of the Global Trading System*, speech at the Council on Foreign Relations, October 15, 2019, <speech at the Council on Foreign Relations, October 15, 2019>, truy cập ngày 23/12/2020.

26. United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the world trade Organization*, 2/2020, https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf, truy cập ngày 24/12/2020.

27. United States Trade Representative, *Report on the Appellate Body of the world trade Organization*, 2/2020, p. 2-3, https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf, truy cập ngày 24/12/2020.

28. Điều 17.6 DSU.

29. Điều 17.18 DSU.

quả tạm thời để bảo vệ lợi ích thương mại cho bên thắng kiện. Hiện nay, DSU đang thiếu một biện pháp khắc phục hậu quả tạm thời khi đã có quyết định của DSB và đang trong giai đoạn chờ bên thua kiện thực thi phán quyết. Trên thực tế, hai biện pháp bồi thường và tạm hoãn thi hành nhượng bộ tại Điều 22 DSU là những biện pháp chính thức khi một bên không thực thi được phán quyết của DSB sau khi hết khoảng thời gian hợp lý. Như vậy, trong khoảng thời gian hợp lý để thực thi phán quyết của DSB thì bên thắng kiện vẫn phải chịu những hậu quả về kinh tế khi bên thua kiện chưa dùng các biện pháp vi phạm quy định của WTO.

3. Giải pháp tạm thời của cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của WTO

Trước những thách thức đang đặt ra, các quốc gia thành viên WTO đang trong quá trình thảo luận về các giải pháp để tiếp tục duy trì cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO. Bởi lẽ, các quốc gia thành viên vẫn đặt niềm tin vào cơ chế này. Trong số rất nhiều giải pháp được đưa ra, một số giải pháp mang tính tạm thời, tức là hướng các bên sử dụng các giải pháp có sẵn tại DSU:

Một là, sử dụng thủ tục kháng cáo bằng cơ chế Trọng tài theo Điều 25 DSU.

Giải pháp sử dụng thủ tục kháng cáo bằng cơ chế Trọng tài theo Điều 25 DSU do EU đề xuất vào ngày 16/5/2019. EU đã ban hành một văn bản dự thảo quy định về xét xử phúc thẩm tạm thời theo Điều 25 DSU³⁰. Đây là biện pháp duy nhất có thể duy trì cả

giai đoạn phúc thẩm và vấn đề ràng buộc tự động của phán quyết giải quyết tranh chấp³¹. Cụ thể, bản thân cơ chế Trọng tài theo Điều 25 đã cho phép các bên có thể giải quyết những tranh chấp nhất định có liên quan đến những vấn đề đã được hai bên xác định rõ³². Nghĩa là, trong trường hợp sau khi có báo cáo của Panel mà 2 bên không đồng ý, thì trước hết, các bên phải đồng ý từ bỏ thủ tục kháng cáo theo Điều 16.4 và 17 DSU và thay vào đó, hai bên đồng ý đưa ra Trọng tài theo Điều 25 để xem xét báo cáo của Panel. Việc áp dụng cơ chế này vào thủ tục phúc thẩm là khá phù hợp khi Điều 25.3 cũng quy định, phán quyết của Trọng tài sẽ được thông báo cho DSB mà không cần DSB thông qua theo nguyên tắc đồng thuận phủ quyết. Sau đó, phán quyết sẽ chịu sự giám sát và áp dụng các biện pháp nếu như bên thua kiện không thực thi theo Điều 21, 22 DSU như thông thường. Do Điều 25 không quy định tương tự đối với Trọng tài viên, vì vậy, để đảm bảo giải pháp này có thể diễn ra, mô hình trọng tài vụ việc sẽ được áp dụng. Theo đó, Tổng Giám đốc WTO có thể chọn theo cách ngẫu nhiên từ một danh sách kín của các AB trước đây. Tuy nhiên, một số quốc gia cho rằng, nếu giải pháp tạm thời này có thể trở thành thông lệ sẽ lấy đi sự cấp bách liên quan đến việc bổ nhiệm các thành viên của AB mới³³. Ngoài ra, đề xuất này thành hiện thực thì phụ thuộc vào số lượng quốc gia thành viên ủng hộ. Hoa Kỳ, quốc gia có sức ảnh hưởng lớn trong WTO, chưa thể hiện quan điểm sẽ ủng hộ việc sử dụng phương án này.

30. <https://worldtradelaw.typepad.com/files/eu-ab-proposal.pdf>, truy cập ngày 24/12/2020.

31. Joost Pauwelyn, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, Journal of International Economic Law, 2019, Volume 22, Issue 3, p. 313.

32. Khoản 1 Điều 25 DSU.

33. Joost Pauwelyn, *WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?*, Journal of International Economic Law, 2019, Volume 22, Issue 3, p. 315.

Hai là, không sử dụng thủ tục kháng cáo.

Giải pháp không sử dụng thủ tục kháng cáo có thể diễn ra theo 2 cách sau:

(i) Không thông qua báo cáo của Panel³⁴.

Phương án này được đưa ra trong lúc chờ Hoa Kỳ có một động thái nào đó hoặc WTO mạnh mẽ đưa ra các quyết định mang tính lâu dài. Cụ thể, sau khi có báo cáo của Panel, nhưng báo cáo này sẽ không được DSB thông qua, cũng như không kháng cáo. Bởi vì, bản chất của báo cáo Panel dù là tạm thời hay cuối cùng, dù có được thông qua hay không thông qua thì báo cáo của Panel chỉ đóng vai trò như là một ý kiến của các chuyên gia về các vấn đề pháp lý của vụ tranh chấp. Nếu như các bên đồng ý với nội dung trong báo cáo của Panel thì họ sẽ tự nguyện thực thi; nếu các bên không đồng ý thì phụ thuộc vào các cuộc đàm phán tiếp tục giữa các bên tranh chấp. Phương án này có ưu điểm là phát huy được tiềm năng của hai bên trong quá trình đàm phán, nhưng có mặt trái là có thể dẫn đến tình trạng “cá lớn nuốt cá bé”.

(ii) Cam kết không kháng cáo trước khi tranh chấp xảy ra hoặc trước thời điểm Panel đưa ra báo cáo. Lý giải cho biện pháp này là tại thời điểm mà chưa rõ bên nào thắng kiện và bên nào thua kiện thì việc từ bỏ quyền kháng cáo có thể dễ dàng hơn. Nhưng biện pháp xét đến cùng sẽ bất lợi cho bên thua kiện.

Hiện nay, các quốc gia thành viên trong WTO vẫn đang còn trong giai đoạn

thảo luận và chưa đi đến việc lựa chọn một biện pháp nào cụ thể. Vẫn rất nhiều câu hỏi được đặt ra cho cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO trong tương lai gần.

4. Thực tiễn Việt nam áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế của WTO

Việt Nam đã gia nhập WTO được 14 năm³⁵. Việt Nam nằm trong 15 nền kinh tế đang phát triển lớn nhất trong thương mại toàn cầu, cùng với 14 nền kinh tế khác như Trung Quốc, Hàn Quốc, Hồng Kông, Mexico, Singapore, Các Tiểu vương quốc Ả Rập Thống nhất, Ấn Độ, Thái Lan, Ả Rập Saudi, Malaysia, Brazil, Indonesia, Thổ Nhĩ Kỳ và Nam Phi³⁶. Xuất khẩu tích lũy của 15 nền kinh tế này đã tăng từ 1.458,1 tỷ USD năm 2000 lên 6,305 tỷ USD năm 2017, chiếm 35,6% xuất khẩu hàng hóa toàn cầu năm 2017, tăng từ 22,6% năm 2000, 15 nền kinh tế này chiếm khoảng 3/4 xuất khẩu hàng hóa tất cả các nước đang phát triển³⁷. Cùng với hiệu quả thương mại tăng nhanh, tiềm năng xảy ra xung đột, tranh chấp của các quốc gia nêu trên cũng cao. Từ năm 1995 đến tháng 10 năm 2019, các nước đang phát triển đã tham gia 45% tổng số vụ tranh chấp với tư cách nguyên đơn và 43% tranh chấp với tư cách bị đơn³⁸. Xét về kết quả tham gia cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO, khi các quốc gia đang phát triển tham gia với

34. ‘floating’ panel reports.

35. Việt Nam gia nhập WTO từ ngày 11/1/2007.

36. Anabel González, Euijin Jung, *Developing countries can help restore the WTO’s dispute settlement system*, 27 January 2020, <https://voxeu.org/content/developing-countries-can-help-restore-wto-s-dispute-settlement-system>, truy cập ngày 24/12/2020.

37. Anabel González, Euijin Jung, *Developing countries can help restore the WTO’s dispute settlement system*, 27 January 2020, <https://voxeu.org/content/developing-countries-can-help-restore-wto-s-dispute-settlement-system>, truy cập ngày 24/12/2020.

38. Disputes by member, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm, truy cập ngày 24/12/2020.

tư cách nguyên đơn thì có tỷ lệ thắng kiện cao hơn so với khi họ là bị đơn³⁹.

Trong thời gian qua, Việt Nam đã tham gia 05 vụ kiện với tư cách nguyên đơn, không có vụ kiện nào với tư cách bị đơn và 33 vụ tranh chấp với tư cách là bên thứ ba⁴⁰. Việt Nam đều thắng kiện 3/5 vụ tranh chấp đã được giải quyết và không cần sử dụng đến hai biện pháp bồi thường và tạm hoãn thi hành nhượng bộ theo Điều 22 DSU⁴¹. Số liệu này cho thấy, Việt Nam đã tận dụng được những lợi thế của cơ chế giải quyết tranh chấp để bảo vệ mình trên thương mại quốc tế. Cụ thể, với 05 tranh chấp với tư cách nguyên đơn là: (i) DS404 Hoa Kỳ - Các biện pháp chống bán phá giá đối với một số loại tôm từ Việt Nam⁴², (ii) DS429 Hoa Kỳ - Các biện pháp chống bán phá giá đối với một số loại tôm từ Việt Nam⁴³, (iii) DS496 Indonesia – Tự vệ một số sản phẩm sắt hoặc thép⁴⁴, (iv) DS536 Hoa Kỳ - Các biện pháp chống bán phá giá đối với phôi cá từ Việt Nam⁴⁵, (v) DS540 Hoa Kỳ - Một số biện pháp liên quan đến sản phẩm hải sản cá tra từ Việt Nam⁴⁶. Trong đó, 03 tranh chấp đã giải quyết xong và 02 tranh chấp đang trong quá trình giải quyết tranh chấp (DS536 đang trong quá trình làm việc của Ban hội thẩm,

DS540 mới chỉ dừng lại việc Việt Nam gửi yêu cầu tham vấn cho Hoa Kỳ).

Có thể nói rằng, Việt Nam đang tham gia và sử dụng cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO một cách chủ động nên đạt được những thắng lợi nhất định. Việt Nam cũng đã nắm bắt được cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO để bảo vệ quyền lợi của quốc gia và các doanh nghiệp Việt Nam xuất khẩu hàng hóa ra nước ngoài. Tuy nhiên, trước những biến động hiện tại của cơ chế giải quyết tranh chấp này, Việt Nam cũng cần phải chuẩn bị cho những diễn biến khó lường tiếp theo trong hai vụ đang trong quá trình giải quyết tranh chấp với Hoa Kỳ.

5. Kết luận

Đối với các quốc gia đang phát triển, cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO mang lại nhiều lợi ích vì đây có thể là công cụ duy nhất để bảo vệ quyền lợi của các quốc gia này trong khuôn khổ của WTO. Tuy nhiên, trước sức ép của sự tăng trưởng kinh tế, thương mại toàn cầu nói chung và của quốc gia thành viên WTO nói riêng đòi hỏi cần sớm hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO nhằm bảo đảm cân bằng lợi ích của mọi quốc gia thành viên ■

39. Anabel González, Euijin Jung, *Developing countries can help restore the WTO's dispute settlement system*, 27 January 2020, <https://voxeu.org/content/developing-countries-can-help-restore-wto-s-dispute-settlement-system>, truy cập ngày 24/12/2020

40. Disputes by member, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm, truy cập ngày 24/12/2020.

41. Việt Nam thắng 03 vụ kiện là DS404, DS429, DS496, Xem https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm, truy cập ngày 24/12/2020.

42. DS404, United States - Anti-dumping Measures on Certain Shrimp from Viet Nam, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds404_e.htm.

43. DS429 United States - Anti-Dumping Measures on Certain Shrimp from Viet Nam, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds429_e.htm.

44. DS496 Indonesia - Safeguard on Certain Iron or Steel Products, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds496_e.htm

45. S 536 United States - Anti-Dumping Measures on Fish Fillets from Viet Nam, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds536_e.htm.

46. DS540 United States - Certain Measures Concerning Pangasius Seafood Products from Viet Nam, https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds540_e.htm.

TIẾP TỤC HOÀN THIỆN LUẬT KINH DOANH BẢO HIỂM

Phan Phương Nam*

**TS. Phó trưởng Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hợp đồng bảo hiểm, quyền lợi được bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm, chuyển giao quyền yêu cầu bồi hoàn, Luật Kinh doanh bảo hiểm.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/01/2021
Biên tập : 03/02/2021
Duyệt bài : 04/02/2021

Article Information:

Keywords: Insurance contracts, insured interests, insurance enterprises, transfer of the right to claim, Law on Insurance Business.

Article History:

Received : 25 Jan. 2021
Edited : 03 Dec. 2020
Approved : 04 Feb. 2021

Bảo hiểm là một nội dung quan trọng và cần thiết trong cuộc sống. Bởi lẽ, bảo hiểm giúp cho con người có một cơ chế nhằm chuyển giao rủi ro, tìm kiếm một khoản tài chính bù đắp tổn thất khi gặp rủi ro trong cuộc sống. Tuy nhiên, cùng với sự vận động của xã hội, các nội dung của hoạt động bảo hiểm cũng vận động và phát triển. Theo đó, các quy định của pháp luật về hoạt động kinh doanh bảo hiểm cũng cần phải thay đổi, điều chỉnh cho phù hợp với thực tiễn cuộc sống. Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000 (Luật KDBH

Tóm tắt:

Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2010 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2019 đã lần lượt được Quốc hội thông qua và có những tác động tích cực vào cuộc sống, góp phần quan trọng cho quá trình phát triển của hoạt động kinh doanh bảo hiểm cũng như bảo vệ hợp lý quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể tham gia vào hoạt động này. Tuy nhiên, một số quy định của Luật Kinh doanh bảo hiểm (Luật KDBH) vẫn còn bất cập cần được tiếp tục hoàn thiện.

Abstract:

The Law on Insurance Business of 2000, the Law on Amendments of a number of articles of the Law on Insurance Business of 2010 and the Law on Amendments of a number of articles of the Law on Insurance Business of 2019 and Law on Intellectual Property approved by the National Assembly in turn has provided positive effects on life, making an important contribution to the development of insurance business as well as reasonable protection of rights and legitimate interests of entities. However, a number of provisions under the Law on Insurance Business are still inadequate and need to be further improved.

năm 2000), Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2010 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2019 đã lần lượt được Quốc hội thông qua và có những tác động tích cực vào cuộc sống, góp phần quan trọng cho quá trình phát triển của hoạt động kinh doanh bảo hiểm cũng như bảo vệ hợp lý quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể tham gia vào hoạt động này. Tuy nhiên, một số quy định của Luật Kinh doanh bảo hiểm vẫn còn hạn chế, bất cập sau đây:

Thứ nhất, một số quy định về giải thích từ ngữ trong Luật KDBH còn chưa chính xác.

Một là, quy định về bảo hiểm phi nhân thọ. Khoản 18 Điều 3 Luật KDBH quy định: “Bảo hiểm phi nhân thọ là loại nghiệp vụ bảo hiểm tài sản, trách nhiệm dân sự và các nghiệp vụ bảo hiểm khác không thuộc bảo hiểm nhân thọ”. Quy định này là chính xác trước khi có Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật KDBH năm 2010. Theo quy định của Luật KDBH, bảo hiểm chia thành hai loại là bảo hiểm nhân thọ và phi nhân thọ. Tuy nhiên, sau khi Luật KDBH năm 2000 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2010, pháp luật kinh doanh bảo hiểm đã xác định có ba loại hình bảo hiểm là nhân thọ, phi nhân thọ và bảo hiểm sức khỏe¹. Do bảo hiểm sức khỏe có những đặc thù riêng nhất định nên pháp luật đã tách và điều chỉnh bằng các quy định riêng. Do vậy, quy định về “bảo hiểm phi nhân thọ” trong Luật KDBH là đã trở nên lạc hậu, không chính xác, không phù hợp với cách tiếp cận hiện nay. Vì vậy, cần xem xét và điều chỉnh lại quy định về bảo hiểm phi nhân thọ cho phù hợp với các quy định tương ứng khác để đảm bảo tính chính xác của pháp luật.

Tác giả cho rằng, quy định về bảo hiểm phi nhân thọ cần được sửa đổi như sau: “Bảo hiểm phi nhân thọ là loại nghiệp vụ bảo hiểm tài sản, trách nhiệm dân sự và các nghiệp vụ bảo hiểm khác không thuộc bảo hiểm nhân thọ, bảo hiểm sức khỏe”. Quy định này đã chỉ ra có 3 loại bảo hiểm: bảo hiểm nhân thọ, bảo hiểm phi nhân thọ và sức khỏe. Theo đó, bảo hiểm phi nhân thọ là các sản phẩm bảo hiểm

không nằm trong bảo hiểm nhân thọ và bảo hiểm sức khỏe.

Hai là, quy định về quyền lợi có thể được bảo hiểm. Khoản 9 Điều 3 Luật KDBH quy định: “Quyền lợi có thể được bảo hiểm là quyền sở hữu, quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền tài sản; quyền, nghĩa vụ nuôi dưỡng, cấp dưỡng đối với đối tượng được bảo hiểm”. Theo quy định này, trong bảo hiểm nhân thọ, quyền lợi được bảo hiểm được xác định là quyền, nghĩa vụ nuôi dưỡng, cấp dưỡng đối với đối tượng được bảo hiểm. Tuy nhiên, hiện nay đang có rất nhiều các quy tắc bảo hiểm và điều khoản bảo hiểm của các sản phẩm bảo hiểm nhân thọ đã ghi nhận cho phép tổ chức (người sử dụng lao động) mua bảo hiểm nhân thọ cho người lao động như là một biện pháp, chính sách nhằm thu hút, giữ chân người lao động trong các doanh nghiệp². Căn cứ quy định của Luật KDBH, các quy tắc, điều khoản bảo hiểm trên là không phù hợp với tinh thần của Luật KDBH. Bởi lẽ, khoản 9 Điều 3 và Điều 31 Luật KDBH năm 2000 đều xác định, người mua bảo hiểm chỉ mua bảo hiểm cho người khác khi có quyền và nghĩa vụ nuôi dưỡng, cấp dưỡng. Trong khi đó, mối quan hệ giữa tổ chức (người sử dụng lao động) và người lao động không hề có mối quan hệ nuôi dưỡng, cấp dưỡng theo quy định của Luật Hôn nhân gia đình hoặc Bộ luật Dân sự, mà đó là mối quan hệ lao động chịu sự điều chỉnh của pháp luật lao động. Tuy nhiên, theo quy định của Nghị định số 73/2016/NĐ-CP ngày 01/07/2016 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Kinh doanh bảo hiểm và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2010, đối

1. Khoản 12, 18 Điều 4 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000, khoản 1 Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2010; khoản 1, 2, 3 Điều 10 Nghị định số 73/2016/NĐ-CP ngày 01 tháng 7 năm 2016 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Kinh doanh bảo hiểm và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2010.

2. Khánh Ngọc, “Bảo hiểm nhân thọ cho nhân viên: Tuyệt chiêu giữ chân nhân tài”, <https://baodautu.vn/bao-hiem-nhan-tho-cho-nhan-vien-tuyet-chieu-giu-chan-nhan-tai-d87110.html>, truy cập ngày 20/02/2019; P.V, “Bảo hiểm nhân thọ cho nhân viên: Lời giải cho bài toán giữ chân nhân tài”, <https://baonghean.vn/bao-hiem-nhan-tho-cho-nhan-vien-loi-giai-cho-bai-toan-giu-chan-nhan-tai-218504.html>, truy cập ngày 19/02/2019; Phan Anh, “Trả ơn nhân viên bằng bảo hiểm nhân thọ”, <https://vnexpress.net/kinh-doanh/tra-on-nhan-vien-bang-bao-hiem-nhan-tho-2687981.html>, truy cập ngày 19/02/2019.

với các sản phẩm thuộc nghiệp vụ bảo hiểm nhân thọ... phải được Bộ Tài chính phê chuẩn trước khi triển khai³. Khoản 3 Điều 3 Thông tư số 25/2018/TT-BTC của Bộ Tài chính ban hành ngày 16/03/2018 quy định: “2.11. Phần chi vượt mức 03 triệu đồng/tháng/người để: Trích nộp ... bảo hiểm nhân thọ cho người lao động” là khoản chi không được vào khấu trừ thuế thu nhập doanh nghiệp.... Khoản chi trích... mua bảo hiểm nhân thọ cho người lao động được tính vào chi phí được trừ ngoài việc không vượt mức quy định tại điểm này còn phải được ghi cụ thể điều kiện hưởng và mức hưởng tại một trong các hồ sơ sau: Hợp đồng lao động; Thỏa ước lao động tập thể; Quy chế tài chính của Công ty, Tổng công ty, Tập đoàn...”. Như vậy, khoản chi này được pháp luật thừa nhận là hợp pháp nên hoạt động mua bảo hiểm nhân thọ giữa tổ chức cho người lao động là hợp pháp. Đây có thể xem là biện pháp áp dụng nhằm hỗ trợ các doanh nghiệp trong việc giữ chân người lao động, thu hút nhân sự tốt cho sự phát triển của doanh nghiệp.

Có thể nói rằng, nội dung trên đây không hề mới mẻ mà nó đã được xây dựng và khẳng định trong học thuyết quyền lợi được bảo hiểm⁴. Tuy nhiên, đặt trong tương quan với quy định của Luật KDBH, nội dung này lại chưa phù hợp. Điều đó cho thấy, chính vì sự chưa hợp lý, thiếu chính xác trong quy định về quyền lợi được bảo hiểm của Luật KDBH nên dẫn đến trường hợp quy định này chưa phản ánh đúng thực tế đời sống xã hội. Vì vậy, tác giả cho rằng, cần sửa đổi quy định của khoản 9 Điều 3 và Điều 31 Luật KDBH theo hướng mở rộng nội hàm của phần quyền lợi được bảo hiểm. Theo đó, trong bảo hiểm nhân thọ, quyền lợi được bảo hiểm không chỉ

là quyền và nghĩa vụ nuôi dưỡng, cấp dưỡng đối với đối tượng bảo hiểm mà còn có thể bao hàm cả các lợi ích kinh tế (nếu có).

Thứ hai, quy định về loại hình bảo hiểm bắt buộc chưa hợp lý. Về lý luận, bảo hiểm bắt buộc được áp dụng đối với một số loại bảo hiểm nhằm mục đích bảo vệ lợi ích công cộng và an toàn xã hội⁵. Điều này được thể hiện rất rõ tại Điều 8 Luật KDBH: bảo hiểm trách nhiệm dân sự của chủ xe cơ giới, bảo hiểm trách nhiệm dân sự của người vận chuyển hàng không đối với hành khách; bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp đối với hoạt động tư vấn pháp luật; bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp của doanh nghiệp môi giới bảo hiểm; bảo hiểm cháy, nổ. Bên cạnh đó, Luật KDBH còn dự liệu là trong trường hợp cần thiết thì “Căn cứ vào nhu cầu phát triển kinh tế - xã hội từng thời kỳ, Chính phủ trình Ủy ban thường vụ Quốc hội quy định loại bảo hiểm bắt buộc khác”⁶. Tuy nhiên, quy định này chưa bao quát hết các trường hợp phải tham gia bảo hiểm bắt buộc, cụ thể:

Một là, quy định hiện hành chưa bao quát hết các trường hợp bảo hiểm bắt buộc trong chính các hoạt động được quy định cụ thể trong Luật KDBH. Điểm b khoản 3 Điều 93a Luật KDBH được bổ sung theo quy định tại khoản 4 Điều 1 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2019 quy định “*Cá nhân cung cấp dịch vụ tư vấn bảo hiểm phải mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp cho việc cung cấp dịch vụ tư vấn bảo hiểm; tổ chức cung cấp dịch vụ phụ trợ bảo hiểm phải mua bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp phù hợp với từng loại hình dịch vụ phụ trợ bảo hiểm*”. Quy định này xác định nghĩa vụ của cá nhân khi cung cấp dịch vụ bảo hiểm này theo quy

3. Khoản 3 Điều 39 Nghị định 73/2016/NĐ-CP ngày 01/07/2016 của Chính Phủ quy định chi tiết thi hành Luật Kinh doanh bảo hiểm và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật kinh doanh bảo hiểm năm 2010.

4. Peter N.Swisher, *The Insurable Interest Requirement For Life Insurance: A Critical Reassessment*, Drake Law Review, số 477 (2005), p. 483, 514.

5. Khoản 1 Điều 8 Luật Kinh doanh bảo hiểm.

6. Khoản 3 Điều 8 Luật Kinh doanh bảo hiểm.

định của pháp luật. Do vậy, cần phải bổ sung loại hình bảo hiểm bắt buộc này vào khoản 2 Điều 8 Luật KDBH khi xác định về các loại hình bảo hiểm bắt buộc.

Hai là, quy định hiện hành chưa bao quát hết các trường hợp bảo hiểm bắt buộc khác như: bảo hiểm trách nhiệm nghề nghiệp của công chứng viên⁷, bảo hiểm bắt buộc trong hoạt động đầu tư xây dựng⁸.

Để khắc phục bất cập nêu trên, tác giả cho rằng, cần sửa đổi Điều 8 Luật KDBH theo hướng bổ sung các trường hợp phải tham gia bảo hiểm bắt buộc hiện có và các trường hợp phát sinh mới đã được liệt kê ở trên.

Thứ ba, bất cập trong các quy định về chuyển giao quyền yêu cầu bồi hoàn. Theo quy định của khoản 1 Điều 49 Luật KDBH, doanh nghiệp bảo hiểm (DNBH) đã bồi thường cho người được bảo hiểm, sau đó được quyền yêu cầu người được bảo hiểm chuyển quyền yêu cầu bồi hoàn. Để bảo vệ quyền lợi cho DNBH, trong trường hợp người được bảo hiểm từ chối chuyển quyền cho DNBH, không bảo lưu hoặc từ bỏ quyền yêu cầu người thứ ba bồi thường, khoản 2 Điều 49 Luật KDBH cho phép DNBH, tùy theo mức độ lỗi của người được bảo hiểm, có quyền khấu trừ số tiền bồi thường. Tuy nhiên, quy định này chỉ đúng khi DNBH biết trước và có những bằng chứng chứng minh rằng, người được bảo hiểm không bảo lưu hoặc từ bỏ quyền yêu cầu người thứ ba bồi thường. Trong trường hợp người được bảo hiểm từ chối chuyển quyền cho DNBH, theo quy định của khoản 2 Điều 49 Luật KDBH, DNBH không thể áp dụng được. Bởi lẽ, về nguyên tắc, DNBH chỉ có quyền yêu cầu người được bảo hiểm chuyển giao quyền yêu cầu bồi hoàn bên thứ ba gây thiệt hại khi và chỉ khi DNBH đã chi trả tiền bồi thường bảo hiểm cho người được bảo hiểm. Vì vậy, để bảo đảm tính khả thi của quy định nêu trên, tác giả cho rằng, khoản 2 Điều 49 Luật KDBH cần được sửa

đổi theo hướng DNBH vẫn chi trả tiền bảo hiểm khi có đầy đủ hồ sơ yêu cầu bảo hiểm. Trong trường hợp người được bảo hiểm từ chối chuyển quyền cho DNBH, không bảo lưu hoặc từ bỏ quyền yêu cầu người thứ ba bồi thường thì DNBH mới có quyền yêu cầu người được bảo hiểm **hoàn trả** lại một hoặc toàn bộ số tiền bồi thường tùy theo mức độ lỗi của người được bảo hiểm.

Thứ tư, quy định về chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm còn bất cập. Theo quy định của Điều 26 Luật KDBH, “việc chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm chỉ có hiệu lực trong trường hợp bên mua bảo hiểm thông báo bằng văn bản cho DNBH về việc chuyển nhượng và DNBH có văn bản chấp thuận việc chuyển nhượng đó” (Luật KDBH không trao cho Chính Phủ quy định chi tiết điều này). Tuy nhiên, khoản 3 Điều 10 Nghị định số 03/2021/NĐ-CP quy định về bảo hiểm bắt buộc trách nhiệm dân sự của chủ xe cơ giới quy định: “*Trong thời hạn còn hiệu lực ghi trên Giấy chứng nhận bảo hiểm, nếu có sự chuyển quyền sở hữu xe cơ giới thì mọi quyền lợi bảo hiểm liên quan đến trách nhiệm dân sự của chủ xe cơ giới cũ vẫn còn hiệu lực đối với chủ xe cơ giới mới*”. Điều này đã cho phép, trong bảo hiểm trách nhiệm dân sự của chủ xe cơ giới, việc chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm trách nhiệm của chủ xe cơ giới cũ sang chủ xe cơ giới mới chỉ cần thực hiện theo hình thức chuyển giao Giấy chứng nhận bảo hiểm mà không cần phải thực hiện các thủ tục như quy định của Điều 26 Luật KDBH. Như vậy, mặc dù quy định của Nghị định số 03/2021/NĐ-CP là vượt thẩm quyền được Luật KDBH giao nhưng phù hợp với thực tế, tạo thuận lợi cho chủ sở hữu phương tiện và bảo vệ quyền lợi của bên thứ ba. Do đó, để đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật, tác giả cho rằng cần sửa đổi Điều 26 Luật KDBH theo hướng giao cho Chính phủ quy định chi tiết điều luật này ■

7. Theo khoản 1 Điều 37 Luật Công chứng năm 2014.

8. Nghị định số 119/2015/NĐ-CP về bảo hiểm bắt buộc trong đầu tư xây dựng.

THỰC HIỆN CHÍNH SÁCH, PHÁP LUẬT LIÊN KẾT VÙNG TRONG PHÁT TRIỂN DU LỊCH Ở CÁC TỈNH BẮC TRUNG BỘ¹

Bùi Thị Quỳnh Thơ*

** TS. Đoàn ĐBQH Hà Tĩnh*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Liên kết vùng trong phát triển du lịch, Bắc Trung Bộ.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 25/01/2021
Biên tập : 01/02/2021
Duyệt bài : 02/02/2021

Article Information:

Keywords: Regional linkage, tourism, North Central region

Article History:

Received : 25 Jan. 2021
Edited : 01 Feb. 2021
Approved : 02 Feb. 2021

Tóm tắt:

Liên kết vùng là một trong những giải pháp phát triển du lịch tiết kiệm nhưng hiệu quả khi mà biên giới du lịch giữa các địa phương đã không còn hiện hữu, thay vào đó là một điểm đến chung thống nhất với sự đa dạng sản phẩm dựa trên lợi thế riêng biệt vùng miền. Thông qua khảo sát việc thực hiện chính sách, pháp luật về liên kết vùng trong phát triển bền vững du lịch tại các tỉnh Bắc Miền Trung từ Thanh Hóa đến Thừa Thiên Huế, tác giả đánh giá việc thực hiện chính sách pháp luật về liên kết vùng trong phát triển du lịch và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện

Abstract:

Regional linkage is one of the solutions to develop tourism in an economical but effective manner when tourism borders between localities are no longer exist, instead, it is a unified common destination with diverse product based on regional advantages. Through a survey on the implementation of the legal policy on regional linkage in sustainable tourism development in the North Central provinces from Thanh Hoa to Thua Thien Hue, the author provides assessments of the performance of the legal system of regional linkages in tourism development, then proposes solutions for further improvements.

1. Chính sách pháp luật về liên kết vùng trong phát triển du lịch các tỉnh vùng Bắc Trung Bộ

Phát triển du lịch là một trong những chủ trương lớn của Đảng và Nhà nước ta, được cụ thể hóa trong nhiều văn bản pháp lý: Nghị quyết số 08-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 16/01/2017 về phát triển du lịch

thành ngành kinh tế mũi nhọn; Luật Du lịch năm 2017, Quyết định số 2743/QĐ-TTg ngày 29/12/2011 của Thủ tướng Chính phủ về Chiến lược phát triển du lịch Việt Nam; Quyết định số 201/QĐ-TTg ngày 22/01/2013 của Thủ tướng Chính phủ về Quy hoạch tổng thể phát triển du lịch Việt Nam đến năm 2020, tầm nhìn 2030...

1 Bài viết trong khuôn khổ đề tài NCKH cấp Bộ, mã số HĐ-ĐTCB.2020-08: “Những vấn đề pháp lý về liên kết vùng trong phát triển bền vững du lịch từ thực tiễn các tỉnh vùng Bắc Trung bộ” do TS. Bùi Thị Quỳnh Thơ làm chủ nhiệm.

Đối với vùng Bắc Trung Bộ, ngày 11/11/2013, Thủ tướng Chính phủ ký Quyết định số 2161/QĐ-TTg phê duyệt Quy hoạch tổng thể phát triển du lịch vùng Bắc Trung Bộ phù hợp với Chiến lược và Quy hoạch tổng thể phát triển du lịch Việt Nam đến năm 2020, tầm nhìn đến năm 2030, trong đó nhấn mạnh tập trung phát triển du lịch tham quan nghiên cứu di sản thế giới và văn hóa - lịch sử; liên kết, hợp tác nội vùng, liên vùng và quốc tế là nội dung quan trọng, xuyên suốt đối với phát triển du lịch Bắc Trung Bộ.

Trên cơ sở Quy hoạch tổng thể phát triển du lịch vùng Bắc Trung Bộ, Ủy ban nhân dân (UBND) các địa phương thuộc vùng đã xây dựng và triển khai thực hiện Quy hoạch tổng thể phát triển du lịch địa phương đến năm 2020, tầm nhìn đến năm 2030. Để hoàn thành nhiệm vụ phát triển du lịch nói chung, liên kết du lịch nói riêng, chính quyền các tỉnh Bắc Trung Bộ đã thực hiện tuyên truyền, phổ biến, chỉ đạo, triển khai thực hiện đường lối, chủ trương của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước, đồng thời xây dựng, ban hành các chính sách, văn bản pháp luật (VBPL) về phát triển du lịch, liên kết vùng phát triển du lịch².

2. Thanh Hóa: Quyết định Số: 492/QĐ-UBND ngày 09 tháng 02 năm 2015 Phê duyệt “Chiến lược phát triển du lịch tỉnh Thanh Hóa đến năm 2025, tầm nhìn đến năm 2030”; Nghệ An: Nghị quyết số 05-NQ/TU của BTV Tỉnh ủy về phát triển du lịch Nghệ An giai đoạn 2011-2020; Quyết định 1384/QĐ-UBND ngày 26/4/2012 về Chương trình hành động thực hiện Nghị quyết; Hà Tĩnh: Quyết định 2145/QĐ-UBND Phê duyệt Quy hoạch tổng thể phát triển du lịch tỉnh Hà Tĩnh đến năm 2020, tầm nhìn 2030; Quảng Bình: Quyết định số 1928/QĐ-UBND về việc phê duyệt Quy hoạch tổng thể phát triển du lịch tỉnh Quảng Bình đến năm 2020 và tầm nhìn đến năm 2025; Quảng Trị: Nghị quyết 35/2017/NQ-HĐND về việc thông qua Đề án “Quy hoạch tổng thể phát triển du lịch tỉnh Quảng Trị đến năm 2025, định hướng đến năm 2030”; Thừa Thiên Huế: Quyết định số 1622/QĐ-UBND ngày 26/8/2013 của UBND tỉnh về quy hoạch tổng thể phát triển du lịch Thừa Thiên Huế giai đoạn 2013-2020.

3. Cuộc khảo sát do tác giả cùng đồng nghiệp tổ chức.

Để đánh giá tình hình thực hiện chính sách, pháp luật liên kết vùng trong phát triển du lịch từ thực tiễn các địa phương, một cuộc khảo sát được tổ chức tại 6 tỉnh Bắc Miền Trung từ Thanh Hóa đến Thừa Thiên Huế với những nội dung sau³:

- Mục đích khảo sát: Đánh giá chính sách, pháp luật liên kết vùng trong phát triển du lịch; đánh giá tình hình thực hiện chính sách pháp luật về liên kết vùng trong phát triển du lịch tại các địa phương;

- Đối tượng khảo sát: công chức, viên chức trong các cơ quan quản lý nhà nước về du lịch, nhân viên ở các khu du lịch, doanh nghiệp kinh doanh du lịch, nhà khoa học và khách du lịch.

- Số phiếu phát ra là 600 phiếu, số phiếu thu vào sau khi làm sạch là 568 phiếu.

2. Kết quả khảo sát tình hình tổ chức triển khai thực hiện các chính sách, pháp luật ở các tỉnh vùng Bắc Trung Bộ về phát triển du lịch, liên kết vùng phát triển du lịch trong thời gian qua

2.1. Về Chính sách, pháp luật liên kết vùng trong phát triển du lịch ở các tỉnh vùng Bắc Trung Bộ

Kết quả khảo sát cho thấy, các nhà quản lý, doanh nghiệp và người dân đều đánh giá

Bảng 1: Đánh giá pháp luật liên kết vùng trong phát triển du lịch ở các tỉnh vùng Bắc Trung Bộ

STT	Nội dung	Tổng số	Mức độ đánh giá					Giá trị trung bình	Độ lệch chuẩn
			5	4	3	2	1		
1	Các VBPL hiện hành liên quan đến liên kết vùng về du lịch có nội dung đầy đủ, bao quát các khía cạnh của hoạt động này	568	70	236	192	58	12	3,52	0,91
2	Các VBPL hiện hành liên quan đến liên kết vùng về du lịch có tính thực tiễn cao, thúc đẩy hoạt động liên kết vùng về du lịch phát triển.	568	64	208	200	84	12	3,40	0,94
3	Các VBPL hiện hành về liên kết vùng du lịch phù hợp với điều kiện thực tế và có tính khả thi cao.	568	65	202	195	94	12	3,38	0,96
4	Các VBPL hiện hành về liên kết vùng du lịch có tính thống nhất, đồng bộ cao	568	0	180	249	127	12	3,05	0,79
5	Các VBPL hiện hành về liên kết vùng du lịch có quy định cụ thể cơ chế phối hợp giữa các địa phương.	568	0	115	286	151	16	2,88	0,75
6	Cơ chế pháp lý hiện nay về liên kết du lịch vùng tạo được lòng tin hợp tác giữa các địa phương	568	71	169	200	120	8	3,31	0,99
	Trung bình chung							3.26	

(Tổng hợp kết quả điều tra)

ở mức trung bình khá về mức độ đầy đủ, thực tiễn, khả thi và thống nhất, đồng bộ của các VBPL hiện hành liên quan đến liên kết vùng phát triển du lịch các tỉnh vùng Bắc Trung Bộ (trong khoảng từ 3,0 đến 3,52). Tuy nhiên, các đối tượng khảo sát cũng cho rằng, các VBPL hiện hành về liên kết vùng du lịch chưa có quy định cụ thể cơ chế phối hợp giữa các địa phương; nội dung liên kết còn hình thức, chủ yếu dừng lại ở các văn bản thỏa thuận, tự nguyện mà chưa có cơ

chế chặt chẽ để giải quyết hài hòa lợi ích giữa các địa phương tham gia, đặc biệt chưa có cơ chế ràng buộc nên hiệu quả liên kết không cao.

Đánh giá về các chính sách cụ thể của Nhà nước trong từng lĩnh vực có liên quan đến liên kết vùng trong phát triển du lịch cho thấy các mức độ đánh giá ở mức khá (trên 3,5), trong đó các chính sách về phát triển nguồn nhân lực du lịch được đánh giá ở mức cao nhất. Nhìn chung, các địa phương trong

vùng đã có những chính sách để huy động các nguồn nhân lực đầu tư cơ sở hạ tầng, phát triển sản phẩm du lịch, xúc tiến quảng bá du lịch cũng như phát triển nguồn nhân lực và tạo điều kiện thuận lợi cho khách du lịch, từ đó tạo thuận lợi để phát triển du lịch địa phương cũng như tạo cơ sở cho việc phát triển liên kết vùng Bắc Trung Bộ về du lịch⁴. Tuy nhiên, trong quy hoạch phát triển du lịch vùng Bắc Trung Bộ còn thiếu cơ chế, chính sách đầu tư trọng điểm nhằm tạo sự phát triển lan tỏa trong vùng cũng như thiếu

hệ thống tổ chức điều hành liên kết nhằm tạo ra sự thống nhất giữa các tỉnh trong đầu tư phát triển. Sự liên kết giữa các địa phương trong vùng còn hạn chế, mỗi tỉnh có xu hướng quy hoạch một hướng nên có hiện tượng cạnh tranh thiếu lành mạnh thông qua các chính sách ưu đãi đầu tư để thu hút vốn, hiện tượng đầu tư trùng lặp... tạo bất lợi cho sự phát triển trong nội vùng.

2.2. Về tình hình thực hiện chính sách, pháp luật liên kết vùng trong phát triển du lịch ở các tỉnh vùng Bắc Trung Bộ

Bảng 2: Đánh giá về chính sách của Nhà nước liên quan đến liên kết vùng trong phát triển du lịch ở các tỉnh vùng Bắc Trung Bộ

STT	Nội dung	Tổng số	Mức độ đánh giá					Giá trị trung bình	Độ lệch chuẩn
			5	4	3	2	1		
1	Đầu tư phát triển hạ tầng, cơ sở vật chất kỹ thuật	568	106	218	172	60	12	3,61	0,98
2	Đầu tư phát triển sản phẩm du lịch	568	91	216	181	72	8	3,55	0,95
3	Phát triển dịch vụ lữ hành, vận tải khách, lưu trú và các dịch vụ du lịch khác	568	141	132	179	104	12	3,50	0,73
4	Phát triển nguồn nhân lực du lịch	568	69	391	76	24	8	3,86	0,78
5	Tạo điều kiện thuận lợi về đi lại, cư trú, thủ tục xuất cảnh, nhập cảnh, hải quan, hoàn thuế giá trị gia tăng và bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp khác cho khách du lịch	568	69	313	149	33	4	3,72	0,94
6	Huy động nguồn lực phát triển du lịch	568	114	224	194	16	20	3,70	0,68
	Trung bình chung							3,66	

(Tổng hợp kết quả điều tra)

4. **Nghệ An:** Nghị quyết 07/2020/NQ-HĐND về một số chính sách hỗ trợ phát triển du lịch cộng đồng trên địa bàn tỉnh Nghệ An giai đoạn 2021 - 2025; **Hà Tĩnh:** Nghị quyết số 81/2017/NQ-HĐND ngày 13/12/2017 của HĐND tỉnh về quy định một số chính sách phát triển du lịch Hà Tĩnh đến năm 2025 và những năm tiếp theo; **Quảng Bình:** Nghị quyết số 19/2017/NQ-HĐND ngày 18/7/2017 của HĐND tỉnh Quảng Bình về việc ban hành quy định một số chính sách ưu đãi và hỗ trợ đầu tư trên địa bàn tỉnh Quảng Bình; **Thừa Thiên Huế:** Nghị quyết số 05/2019/NQ-HĐND của Hội đồng nhân dân tỉnh ngày 09/7/2019 về quy định một số chính sách hỗ trợ phát triển du lịch cộng đồng tỉnh Thừa Thiên Huế đến năm 2025.

CHÍNH SÁCH

- *Kết quả thực hiện chính sách, pháp luật liên kết vùng trong phát triển du lịch ở các tỉnh Bắc Trung Bộ*

Theo Quy hoạch tổng thể phát triển du lịch vùng Bắc Trung Bộ, nhu cầu vốn cho đầu tư phát triển du lịch vùng đến năm 2030 là 165.025 tỷ đồng (tương đương khoảng 8,05 tỷ USD). Mục tiêu này cũng đặt ra không ít thách thức đối với vùng Bắc Trung Bộ, bởi đây là vùng còn nhiều khó

khăn về nguồn lực phát triển kinh tế - xã hội nói chung và nguồn lực phát triển du lịch nói riêng. Trên cơ sở Quy hoạch tổng thể phát triển du lịch vùng Bắc Trung Bộ, các địa phương trong vùng đã xây dựng và ban hành các quy hoạch, kế hoạch, chương trình, đề án, chính sách phát triển du lịch địa phương.

Kết quả khảo sát đánh giá về liên kết lập quy hoạch, kế hoạch liên kết vùng về

Bảng 3: Đánh giá về việc lập quy hoạch, kế hoạch liên kết trong phát triển du lịch ở các tỉnh Bắc Trung Bộ

STT	Nội dung	Tổng số	Mức độ đánh giá					Giá trị trung bình	Độ lệch chuẩn
			5	4	3	2	1		
1	Liên kết các tỉnh về chiến lược du lịch	568	0	70	390	76	32	2,88	0,76
2	Liên kết các tỉnh về quy hoạch phát triển vùng du lịch	568	0	70	312	149	37	2,73	0,85
3	Thực hiện chính sách khuyến khích liên kết du lịch tại các địa phương	568	0	115	223	194	36	2,73	0,86
	Trung bình chung							2,78	

(Tổng hợp kết quả điều tra của nhóm khảo sát)

du lịch các tỉnh Bắc Trung Bộ cho thấy, các nội dung được đánh giá ở mức trung bình (từ 2,73 đến 2,88). Các đối tượng khảo sát đánh giá quy hoạch phát triển du lịch của các địa phương chủ yếu dừng lại phạm vi từng tỉnh nên thiếu tính đồng bộ và liên kết. Nhìn chung, các địa phương chưa quan tâm đúng mức đến liên kết vùng trong phát triển du lịch.

- *Kết quả thực hiện chính sách liên kết phát triển sản phẩm du lịch vùng Bắc Trung Bộ*

Quy hoạch tổng thể du lịch Bắc Trung Bộ đã xây dựng các sản phẩm du lịch đặc trưng của vùng là phát triển du lịch tham quan nghiên cứu di sản thế giới và văn hóa - lịch sử. Các địa phương trong vùng đã khai thác các thế mạnh của địa phương để xây dựng nên các sản phẩm đặc trưng của từng tỉnh, tạo tiền đề phát triển các tour, tuyến du lịch vùng⁵.

Kết quả khảo sát thực hiện liên kết phát triển sản phẩm du lịch vùng Bắc Trung Bộ cho thấy, các nội dung phát triển sản

5. Các dòng sản phẩm du lịch đặc thù của các địa phương gồm du lịch văn hóa lịch sử gắn với cuộc kháng chiến chống Mỹ; du lịch văn hóa lịch sử triều Nguyễn gắn với quần thể di tích cố đô Huế; du lịch nghiên cứu, tìm hiểu văn hóa lịch sử kiến trúc thành nhà Hồ - Lam Kinh; du lịch sinh thái gắn với di sản thiên nhiên thế giới và vùng cảnh quan tự nhiên độc đáo; du lịch học tập, nghiên cứu tìm hiểu các danh nhân văn hóa, lịch sử Việt Nam; du lịch nghỉ dưỡng biển...

phẩm đặc thù của từng tỉnh, liên kết phát triển sản phẩm đặc trưng của từng nhóm địa phương và liên kết xây dựng các tour, tuyến du lịch và được đánh giá ở mức khá. Các chương trình liên kết đã bước đầu giới thiệu được các sản phẩm du lịch đặc trưng của vùng Bắc Trung Bộ và từng nhóm địa phương cũng như sản phẩm đặc thù của từng địa phương.

Tuy nhiên, việc liên kết phát triển các sản phẩm du lịch chung toàn vùng và liên kết hình thành chuỗi dịch vụ du lịch ở toàn vùng chưa được đánh giá cao (dưới trung bình). Nguyên nhân là do việc phối hợp, liên kết liên kết giữa các địa phương

thực hiện chính sách phát triển du lịch chưa thường xuyên, đôi khi còn hình thức, chưa xây dựng được hình ảnh chung để quảng bá, xúc tiến du lịch do còn thiếu kinh nghiệm, chưa tạo được nhiều sản phẩm du lịch mới đồng thời chưa tạo được bản sắc, thương hiệu riêng có của vùng. Sản phẩm du lịch bị trùng lặp khiến cho sức hút khách du lịch đến vùng Bắc Trung Bộ còn yếu. Du lịch biển các tỉnh trong vùng không có gì khác biệt rõ rệt. Hệ thống sản phẩm dịch vụ hỗ trợ, bổ sung còn đơn điệu, chưa phong phú đa dạng.

- Về liên kết tuyên truyền quảng bá và xúc tiến du lịch

Bảng 4: Đánh giá việc thực hiện chính sách liên kết phát triển sản phẩm du lịch vùng Bắc Trung Bộ

STT	Nội dung	Tổng số	Mức độ đánh giá					Giá trị trung bình	Độ lệch chuẩn
			5	4	3	2	1		
1	Liên kết phát triển các sản phẩm du lịch chung toàn vùng	568	0	54	248	182	84	2,48	0,79
2	Liên kết phát triển sản phẩm đặc trưng của từng nhóm địa phương	568	117	274	153	24	0	3,85	0,79
3	Liên kết phát triển sản phẩm đặc thù của từng tỉnh	568	158	342	56	12	0	4,14	0,67
4	Liên kết hình thành chuỗi dịch vụ du lịch ở toàn vùng	568	0	103	372	89	4	3,01	0,61
5	Liên kết xây dựng các tour, tuyến du lịch	568	109	378	65	16	0	4,02	0,65
	Trung bình chung							2,78	

(Tổng hợp kết quả điều tra của nhóm tác giả)

Kết quả khảo sát cho thấy, phần lớn người được hỏi (90,42%) cho rằng, chương trình liên kết du lịch ở vùng Bắc Trung Bộ đã có tác dụng nâng cao thương hiệu du lịch ở Bắc Trung Bộ. Nhiều tour, tuyến du lịch liên kết được hình thành và đưa vào khai thác có hiệu quả. Nhiều sản phẩm du lịch đặc trưng được xây dựng nhờ việc kết

nối các tour, tuyến, điểm du lịch. Các tỉnh Thanh Hóa, Nghệ An, Hà Tĩnh, Quảng Bình đã có nhiều chương trình hợp tác liên kết xây dựng nhiều sản phẩm du lịch đặc thù trở thành một trong những tuyến du lịch thu hút khá đông khách quốc tế. Chất lượng du lịch cộng đồng được cải thiện đáng kể. Sự phát triển của các chương trình liên kết

du lịch và các tour, tuyến du lịch liên tỉnh đã tạo điều kiện từng bước hiện đại hóa hệ thống cơ sở hạ tầng du lịch. Xu hướng đầu tư vào phân khúc cao cấp với sự tham gia của các nhà đầu tư chiến lược trong lĩnh vực du lịch ở vùng Bắc Trung Bộ đã hình thành. Sự liên kết giữa các tỉnh ở vùng Bắc Trung Bộ với các trung tâm du lịch lớn như Hà Nội, Đà Nẵng, thành phố Hồ Chí Minh đã tạo ra sức hút đầu tư lớn. Các tỉnh Bắc Trung Bộ đã thu hút được nhiều dự án đầu tư khu du lịch, khu nghỉ dưỡng, cơ sở lưu trú cao cấp, trong đó nhiều dự án xây dựng khách sạn đạt chuẩn từ 3 - 4 sao, góp phần thay đổi diện mạo một số khu du lịch và từng bước đáp ứng yêu cầu về chất lượng của hệ thống cơ sở vật chất kỹ thuật du lịch.

- Về liên kết xây dựng đồng bộ hạ tầng du lịch, đặc biệt là hạ tầng giao thông

Hạ tầng giao thông trong khu vực được chú trọng đầu tư. Về giao thông đường bộ, các dự án lớn (dự án nâng cấp mạng lưới giao thông khu vực miền Trung - ADB5, dự án nâng cấp mở rộng đường Hồ Chí Minh, dự án cầu vượt ngã ba Huế - Đà Nẵng,...) đã được xúc tiến triển khai nhằm đẩy mạnh sự giao lưu giữa các vùng Bắc - Nam Trung Bộ với các cực phát triển của cả nước là đồng bằng sông Hồng (phía Bắc) và Đông Nam Bộ (phía Nam), góp phần tạo nền tảng phát triển kinh tế xã hội, qua đó thúc đẩy hoạt động du lịch. Trong vùng Bắc Trung Bộ, hệ thống vận tải đường bộ giữ vai trò chủ đạo, chiếm 90% thị phần vận tải, các phương thức khác chỉ đảm nhận thị phần nhỏ (hàng không 2,2% hành khách), đường sắt (4,49% hành khách). Hệ thống giao thông đường bộ về cơ bản đáp ứng yêu cầu vận chuyển hàng hóa và hành khách nội vùng, liên vùng và vận tải quốc tế, nhất là vận tải quá cảnh quốc tế. Hệ thống cầu trên quốc lộ 1A được cải tạo, nâng cấp, xây mới đã nâng cao đáng kể năng lực lưu thông của hệ thống giao thông đường bộ trong vùng.

- Về liên kết hợp tác nâng cao năng lực cạnh tranh du lịch

Hợp tác, liên kết du lịch vùng Bắc Trung Bộ được hình thành ở mức độ ban đầu. Điều này được thể hiện ở cả ba phạm vi hợp tác. Ở phạm vi hợp tác nội bộ địa phương, các cơ chế hợp tác giữa các bên mang tính giao dịch nhiều hơn là quá trình hợp tác. Tương tự với liên kết doanh nghiệp cấp vùng. Ở cấp liên kết chính sách vùng, một số sáng kiến và kết quả hợp tác đã được ghi nhận (như tổ chức một số hoạt động xúc tiến chung, trao đổi thông tin...). Tuy nhiên, hợp tác chính sách cấp vùng mới dừng lại ở các hoạt động cụ thể mà chưa hình thành nên các chương trình hành động hay ở mức cao hơn là một cách tiếp cận chiến lược cho hợp tác.

Các hoạt động hợp tác liên kết đang chuyển từ tạo lập niềm tin sang giai đoạn xây dựng các chương trình hợp tác. Việc tạo lập niềm tin được xem là giai đoạn đầu tiên của hợp tác, từ có những định hướng hợp tác, phụ thuộc lẫn nhau trong hoạt động động trước khi có những quyết định hành động chung. Quá trình hợp tác, liên kết du lịch trong khu vực Bắc Trung Bộ chuyển dần từ giai đoạn thử nghiệm, thăm dò sang giai đoạn định hướng phối hợp hành động chung. Điều này thấy rõ hơn ở liên kết chính sách cấp vùng và liên kết nội bộ tại các địa phương.

Hợp tác và liên kết du lịch trong vùng không thực sự cân xứng, do phát triển không đồng đều của du lịch các tỉnh trong vùng. Du lịch vùng Bắc Trung Bộ nổi bật trong vùng là du lịch tỉnh Quảng Bình - trung tâm du lịch của cả vùng. Tại Quảng Bình, lực lượng các doanh nghiệp du lịch đã được hình thành khá đông đảo. Không chỉ là các cơ sở lưu trú, cung cấp dịch vụ địa phương, sự hình thành của các doanh nghiệp lữ hành đánh dấu giai đoạn phát triển mới của điểm đến du lịch này - giai đoạn tăng trưởng (development). Trong khi đó, các tỉnh khác trong vùng mới trong

giai đoạn phát triển khai phá (exploration) hoặc tham gia (involvement) khi ngành du lịch còn rất non trẻ.

Phạm vi hợp tác chủ yếu trong cấp độ ngành du lịch (cấp sở và doanh nghiệp). Các hoạt động hợp tác đã và ngày càng nhận được sự quan tâm của cấp lãnh đạo tỉnh. Tuy vậy, những quan tâm này chưa được chuyển nhiều thành những định hướng chính sách và đầu tư ở cấp Tỉnh, làm hạn chế hiệu quả và năng lực hợp tác, liên kết.

Cơ quan quản lý nhà nước đóng vai trò quan trọng trong quá trình hợp tác. Trong vùng Bắc Trung Bộ, trừ tỉnh Quảng Bình, doanh nghiệp du lịch chủ yếu là doanh nghiệp nhỏ, mới hình thành, có phạm vi hoạt động bó hẹp tại địa phương. Các hoạt động hợp tác, liên kết mới ở trạng thái bị động. Trong điều kiện đó, hợp tác liên kết du lịch trong vùng nổi lên vai trò của các cơ quan quản lý nhà nước về du lịch. Các cơ quan này tiên phong trong hợp tác, tạo ra nhận thức về tầm quan trọng của hoạt động này, từng bước giới thiệu và thúc đẩy các mô hình hợp tác. Tuy các kết quả mới chỉ là bước đầu nhưng vai trò của các cơ quan quản lý nhà nước ngày càng được thể hiện rõ rệt.

Vai trò của các đối tác ngoài vùng thúc đẩy quá trình hợp tác, liên kết. Một trong những đối tác quan trọng ngoài vùng là các công ty lữ hành đưa khách tới du lịch trong vùng. Một tour du lịch vùng Bắc Trung Bộ thường đi qua nhiều địa điểm du lịch tại nhiều tỉnh trong vùng. Gắn kết các điểm du lịch, các dịch vụ du lịch này trở thành một tua, một sản phẩm du lịch là công việc của các công ty lữ hành. Quá trình kinh doanh các tour du lịch đem lại yêu cầu hợp tác giữa các doanh nghiệp của địa phương với các doanh nghiệp du lịch ở ngoài vùng. Dần dần, quá trình hợp tác này lan tỏa thành hợp tác giữa các doanh nghiệp và các bên tham gia của địa phương. Một ví dụ điển hình của

hợp tác này là những chuyến du lịch làm quen (FAM trip) giới thiệu các sản phẩm và dịch vụ du lịch địa phương tới các công ty lữ hành để xây dựng sản phẩm.

3. Giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện chính sách, pháp luật liên kết vùng trong phát triển du lịch ở các tỉnh vùng Bắc Trung Bộ

Nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện chính sách, pháp luật liên kết vùng trong phát triển du lịch ở các tỉnh vùng Bắc Trung Bộ, chúng tôi cho rằng, cần thực hiện một số giải pháp sau:

Thứ nhất, xây dựng cơ chế, chính sách thúc đẩy đầu tư kết cấu hạ tầng, đặc biệt là hạ tầng kết nối các khu điểm du lịch của vùng; có cơ chế cởi mở, thông thoáng, ưu đãi, khích lệ các doanh nghiệp và người dân chủ động và tích cực tham gia đầu tư cơ sở hạ tầng du lịch, sáng tạo ý tưởng, đầu tư nguồn lực để hình thành các sản phẩm du lịch; xây dựng cơ chế điều phối liên kết vùng để cùng giải quyết những vấn đề chung đảm bảo mục tiêu hài hòa lợi ích và cạnh tranh bình đẳng giữa các tỉnh trong vùng, từng bước thực hiện vai trò động lực lan tỏa vùng kinh tế Bắc Trung Bộ; xây dựng cơ chế, chính sách hợp lý, phù hợp với tình hình phát triển để tăng cường năng lực bộ máy và hoạt động xúc tiến quảng bá, đẩy mạnh liên kết giữa các địa phương trong vùng cùng với Tổng cục Du lịch triển khai các chương trình xúc tiến quảng bá du lịch quốc gia và của vùng; khuyến khích người dân và doanh nghiệp tư nhân tham gia góp ý vào các dự án đầu tư, xây dựng và đa dạng hóa sản phẩm và dịch vụ du lịch như dịch vụ lưu trú tại nhà dân, dịch vụ ẩm thực, hướng dẫn du lịch bản địa, sản xuất và bán các sản phẩm thủ công mỹ nghệ, hàng lưu niệm truyền thống của địa phương, cung cấp sản vật của địa phương cho phát triển du lịch.

Thứ hai, đẩy mạnh xúc tiến, quảng bá du lịch vùng Bắc Trung Bộ.

Đẩy mạnh quảng bá du lịch vùng trên internet và các mạng truyền thông xã hội. Sở Văn hóa - Thể thao và Du lịch và các doanh nghiệp trong vùng chủ động tham gia các hội chợ du lịch quốc tế, các chương trình giới thiệu du lịch Việt Nam tại những thị trường trọng điểm và tiềm năng ở nước ngoài. Đẩy mạnh hoạt động xúc tiến du lịch Vùng thông qua việc xây dựng bộ nhận diện thương hiệu du lịch vùng dựa trên cơ sở các sản phẩm du lịch đặc thù của Vùng và tiềm năng du lịch của từng địa phương trong Vùng.

Thứ ba, nâng cao năng lực của cơ quan quản lý nhà nước, Hiệp hội Du lịch trong phát triển du lịch ở các tỉnh vùng Bắc Trung Bộ.

Nâng cao năng lực quản lý chuyên ngành du lịch của Sở Văn hóa - Thể thao và Du lịch, Sở Văn hóa, Thể thao và Du lịch trong vùng; nâng cao năng lực quản lý trong xây dựng và quản lý quy hoạch, quản lý đầu tư xây dựng và phát triển sản phẩm du lịch, xúc tiến quảng bá, đào tạo bồi dưỡng, quản lý môi trường du lịch...; tăng cường liên kết, hợp tác, phối hợp trong hoạt động du lịch giữa các ngành ở địa phương; giữa các địa phương trong vùng để tạo sản phẩm du lịch có chất lượng, khác biệt, hấp dẫn và có khả năng cạnh tranh trên thị trường quốc tế và trong nước.

Nâng cao vai trò của Hiệp hội Du lịch của các tỉnh thuộc vùng Bắc Trung Bộ trong việc kết nối, tạo điều kiện cho các doanh nghiệp lữ hành và các doanh nghiệp đẩy mạnh liên kết, hợp tác xây dựng sản phẩm du lịch đặc thù của vùng, từ đó hình thành các chương trình du lịch hấp dẫn.

Thực hiện liên kết chặt chẽ trong vùng về đầu tư phát triển du lịch, xây dựng các chương trình liên kết chung của vùng, liên kết quảng bá xúc tiến du lịch vùng, liên kết đào tạo phát triển nguồn nhân lực du lịch, xây dựng trang thông tin điện tử du lịch chung của vùng; đẩy mạnh liên kết với các

địa phương ngoài vùng, đặc biệt chú trọng liên kết với Hà Nội, Tp Hồ Chí Minh, Đà Nẵng, Ninh Bình và Quảng Nam; thúc đẩy hợp tác liên kết chặt chẽ, hiệu quả với các quốc gia trên Hành lang kinh tế Đông Tây và trong Tiểu vùng Sông Mê Kông mở rộng.

Đẩy mạnh và tăng cường hợp tác, liên kết giữa các tỉnh thuộc vùng Bắc Trung Bộ, giữa các doanh nghiệp trong và ngoài vùng để đầu tư phát triển sản phẩm du lịch vùng; thường xuyên trao đổi kinh nghiệm và tìm được tiếng nói chung thông qua các kênh hợp tác, liên kết phát triển sản phẩm du lịch đặc thù, khác biệt của vùng, nâng cao vị thế cạnh tranh điểm đến cho toàn vùng. Hợp tác, liên kết trong đào tạo phát triển nguồn nhân lực du lịch chuyên nghiệp, chất lượng, đảm bảo tiêu chuẩn nghề quốc gia và khu vực.

Thứ tư, tăng cường liên kết ứng dụng khoa học công nghệ giữa các địa phương trong vùng. Tích cực ứng dụng khoa học và công nghệ, đặc biệt là công nghệ số trong đầu tư phát triển sản phẩm du lịch, xúc tiến, quảng bá du lịch; áp dụng công nghệ sử dụng năng lượng tái tạo, năng lượng sạch trong các doanh nghiệp du lịch ở vùng Bắc Trung Bộ.

Kết luận. Liên kết vùng là một trong những khâu đột phá để phát triển du lịch. Để liên kết phát triển du lịch thực sự có hiệu quả, bền vững, cần thực hiện đồng bộ nhiều giải pháp, trong đó việc xây dựng một hệ thống chính sách pháp luật vững mạnh là yếu tố cơ bản để việc thực thi, triển khai trong thực tế được thông suốt và mang tính hiệu quả cao, đạt được mục tiêu gắn liên kết du lịch với sự phát triển kinh tế - xã hội của mỗi địa phương và điều đó cũng có ý nghĩa đặc biệt quan trọng để phát huy tiềm năng du lịch, góp phần thúc đẩy phát triển kinh tế - xã hội vùng như các nghị quyết Trung ương và Chính phủ đã đề ra ■

NHỮNG NỘI DUNG VỀ XỬ PHẠT NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN VI PHẠM HÀNH CHÍNH CẦN ĐƯỢC QUY ĐỊNH CHI TIẾT¹

Cao Vũ Minh*

* TS. Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Vi phạm hành chính, xử phạt vi phạm hành chính, người chưa thành niên

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 18/01/2021
Biên tập : 25/01/2021
Duyệt bài : 28/01/2021

Article Information:

Keywords: the 2012 Law on Handling of Administrative Violations (amended and supplemented in 2020), administrative violation, sanctioning of an administrative violation, minors.

Article History:

Received : 18 Jan. 2021
Edited : 25 Jan. 2021
Approved : 28 Jan. 2021

1. Dẫn nhập

Theo pháp luật hiện hành, đối tượng bị xử phạt vi phạm hành chính (VPHC) gồm cá nhân, tổ chức. Xét riêng về cá nhân thì chủ thể bị xử phạt VPHC bao gồm công dân Việt Nam, người nước ngoài và cả người không quốc tịch. Cá nhân bị xử phạt VPHC phải thỏa mãn điều kiện về độ tuổi. Theo đó, tuổi bị xử phạt VPHC được chia làm hai loại: i) *Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi bị xử phạt VPHC về VPHC do cố ý*; ii) *Người từ*

Tóm tắt:

Theo Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2020, người chưa thành niên vi phạm hành chính sẽ bị xử phạt vi phạm hành chính. Tuy nhiên, việc xử phạt người chưa thành niên vi phạm hành chính chỉ được thực hiện trong trường hợp cần thiết nhằm giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh và trở thành công dân có ích cho xã hội. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích các nội dung về xử phạt người chưa thành niên vi phạm hành chính cần được quy định chi tiết

Abstract:

According to the 2012 Law on Handling Administrative Violations (amended and supplemented in 2020), the minors in administrative offenses shall be sanctioned for their administrative violations. However, the handling of the minors who have committed acts of administrative violations is implemented only in necessary cases aiming to educate, assist them to understand their mistakes, develop healthily and become useful citizens of society.. This article analyses present the content that needs detailed regulations when handling of the minors

đủ 16 tuổi trở lên bị xử phạt VPHC về mọi VPHC.

Điều 21 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “*người chưa thành niên là người chưa đủ mười tám tuổi*”. Điều 1 Luật Trẻ em năm 2016 quy định “*trẻ em là người dưới 16 tuổi*”. Như vậy, theo pháp luật Việt Nam, khái niệm người chưa thành niên có nội hàm rộng hơn trẻ em bởi người chưa thành niên bao gồm trẻ em và người từ đủ 16 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi². Ở ngưỡng trước 18 tuổi,

1. Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ Đề tài Nghiên cứu khoa học “Xử phạt vi phạm hành chính đối với người chưa thành niên ở Việt Nam - Thực trạng và hướng hoàn thiện” do TS. Cao Vũ Minh làm chủ nhiệm

2. Phạm Thị Thanh Nga - Nguyễn Xuân Tinh, “Trẻ em” và “người chưa thành niên” trong pháp luật Việt Nam: nhìn từ nghĩa vụ thực hiện Công ước của Liên hiệp quốc về quyền trẻ em và tính thống nhất của hệ thống pháp luật, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 15, năm 2017.

con người bước vào thời kỳ phát triển bản lề, có sự thay đổi nhanh, rõ rệt về thể chất, tâm sinh lý nhưng sự phát triển này vẫn nằm trong giai đoạn cuối của thời kỳ chưa trưởng thành, nhận thức chưa đầy đủ, tâm lý chưa ổn định³. Do đó, có thể hiểu, người chưa thành niên là người chưa phát triển hoàn thiện về thể chất và tinh thần, chưa có đầy đủ các quyền và nghĩa vụ pháp lý như người thành niên. VPHC do người chưa thành niên thực hiện thường thể hiện những đặc điểm sau:

Một là, VPHC do người chưa thành niên thực hiện thường mang tính bột phát, không có động cơ, mục đích rõ ràng.

Người chưa thành niên là người còn non nớt về trí tuệ. Đây là độ tuổi có tính chất là giai đoạn chuyển tiếp của sự tăng trưởng và phát triển đến tuổi trưởng thành⁴. Ở lứa tuổi này, con người phát triển mạnh về mặt sinh học nhưng lại thiếu cân đối về mặt trí tuệ. Đây là lứa tuổi mà kinh nghiệm trong cuộc sống còn ít ỏi, đặc biệt là khả năng nhận thức về pháp luật vẫn còn nhiều hạn chế. Do việc kiểm chế cảm xúc còn hạn chế nên nhiều hành vi của người chưa thành niên mang tính bột phát. Trong các hành vi này sẽ có những hành vi cấu thành một VPHC. Chính vì tính bột phát nên động cơ, mục đích không rõ ràng, không được xác định trước.

Hai là, VPHC của người chưa thành niên được thực hiện thường do sự lôi kéo, xúi giục, kích động, dụ dỗ của người thành niên.

Người chưa thành niên có tâm lý khá phức tạp, không ổn định, mang tính giao thời giữa tính cách vừa trẻ con, vừa người lớn. Trong độ tuổi này, người chưa thành niên thường có nhu cầu chứng tỏ bản thân cũng như muốn thể hiện mình là người trưởng

thành. Chính vì hiểu được đặc điểm này nên một số đối tượng là người thành niên đã lôi kéo, xúi giục, kích động, dụ dỗ người chưa thành niên vi phạm pháp luật nói chung và VPHC nói riêng.

Ba là, VPHC của người chưa thành niên được thực hiện thường do sự không quan tâm, chăm sóc chu đáo của cha mẹ, gia đình.

Cách ứng xử của người chưa thành niên phụ thuộc vào điều kiện, môi trường sống và sự giáo dục từ gia đình, nhà trường và xã hội. Người chưa thành niên luôn có nhu cầu tìm hiểu và khám phá cái mới. Tuy vậy, việc tìm hiểu và khám phá cái mới cũng có thể trở thành một trong những nguyên nhân dẫn tới VPHC (ví dụ: hành vi buông hai tay khi điều khiển xe tham gia giao thông; lạng lách, đánh võng; điều khiển xe bằng chân...). Do đó, nếu thiếu sự chăm sóc, hướng dẫn, quản lý của cha mẹ, gia đình thì người chưa thành niên rất dễ VPHC.

Bốn là, VPHC của người chưa thành niên thường được thể hiện một cách rõ ràng, dễ nhận biết, được thực hiện nhanh chóng và ít có quyết tâm thực hiện đến cùng nếu bị ngăn cản.

Nếu như VPHC do người thành niên thực hiện thường được chuẩn bị kỹ lưỡng, có cách thức, thủ đoạn rõ ràng thì VPHC do người chưa thành niên thực hiện thường không có những đặc điểm này. Ở cái tuổi “ăn chưa no, lo chưa tới” thì VPHC do người chưa thành niên thực hiện thường rất rõ ràng, dễ nhận biết. Do mang tính bột phát nên những vi phạm này thường diễn ra nhanh chóng. Ngoài ra, do không có động cơ, mục đích rõ ràng nên các vi phạm này thường sẽ không thực hiện đến cùng nếu như bị ngăn cản⁵.

3. Cao Vũ Minh, “Hoàn thiện quy định pháp luật về biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng nhằm bảo vệ quyền của người chưa thành niên theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 20, năm 2015.

4. Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình tâm lý học tội phạm*, Nxb. Công an nhân dân, năm 2017 tr. 116.

5. Hoàng Minh Khôi, “Đặc điểm và một số nguyên nhân dẫn đến vi phạm pháp luật của người chưa thành niên”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 14, năm 2012.

Đề rắn đe, giáo dục người chưa thành niên VPHC thì xử phạt VPHC được xem là một trong những công cụ hữu hiệu. Tuy nhiên, ngay cả khi áp dụng chế tài hành chính đối với người chưa thành niên vi phạm thì Nhà nước cũng cần có những cam kết nhằm bảo đảm cho việc xử phạt VPHC được diễn ra công khai, khách quan, bảo đảm công bằng, đúng quy định của pháp luật. Trong bối cảnh Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý VPHC năm 2012 (Luật Xử lý VPHC) có hiệu lực thi hành (ngày 01/01/2022) thì các văn bản quy định chi tiết cần phải thể hiện rõ các nội dung liên quan đến xử phạt VPHC người chưa thành niên.

2. Quy định chi tiết cách tính tuổi của người chưa thành niên bị xử phạt VPHC trong trường hợp không thể xác định chính xác ngày, tháng sinh

Khi xử phạt VPHC đối với cá nhân thì độ tuổi đóng vai trò rất quan trọng. Đối với người chưa thành niên thì độ tuổi càng đóng vai trò quyết định. Cụ thể, độ tuổi là căn cứ không thể thiếu để người có thẩm quyền quyết định có hay không việc xử phạt VPHC đối với người chưa thành niên. Theo quy định của điểm a khoản 1 Điều 5 Luật Xử lý VPHC, “*người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi bị xử phạt VPHC về VPHC do cố ý*”. Như vậy, độ tuổi đóng vai trò rất quan trọng trong việc xác định có hay không VPHC để từ đó ra quyết định xử phạt VPHC. Ngoài ra, độ tuổi cũng là cơ sở để quyết định việc áp dụng hình thức xử phạt và mức tiền phạt tương ứng đối với người chưa thành niên. Khoản 3 Điều 134 Luật Xử lý VPHC quy định: “*Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi VPHC thì không áp dụng hình thức phạt tiền. Trường hợp người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi VPHC bị phạt tiền thì mức tiền phạt không quá ½ mức tiền phạt áp dụng đối với người thành niên*”. Tuy nhiên, Luật Xử lý VPHC và các văn bản hướng dẫn thi hành lại không quy định cụ thể về cách tính tuổi để ra quyết định xử phạt VPHC trong trường hợp

không thể xác định chính xác ngày, tháng sinh của người chưa thành niên.

Theo Điều 13 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP đã được sửa đổi, bổ sung một số điều bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP (Nghị định số 81) của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Xử lý VPHC thì:

“1. Trường hợp không có các giấy tờ để xác định độ tuổi xử lý VPHC thì căn cứ vào sổ hộ tịch hoặc các giấy tờ, sổ sách, tài liệu khác của cơ quan nhà nước có liên quan để xác định độ tuổi của đối tượng.

Trường hợp thông tin ngày, tháng, năm sinh ghi trong các giấy tờ trên không thống nhất, thì xác định theo ngày, tháng, năm sinh trong giấy tờ theo hướng có lợi nhất cho đối tượng.

2. Trường hợp giấy tờ quy định tại Khoản 1 Điều này không ghi rõ ngày, tháng, năm sinh, thì việc xác định ngày, tháng, năm sinh được tính như sau:

a) Nếu xác định được tháng cụ thể, nhưng không xác định được ngày nào trong tháng, thì lấy ngày cuối cùng của tháng đó làm ngày sinh;

b) Nếu xác định được quý cụ thể của năm, nhưng không xác định được ngày tháng nào trong quý, thì lấy ngày cuối cùng của tháng cuối cùng trong quý đó làm ngày sinh;

c) Nếu xác định được cụ thể nửa đầu năm hay nửa cuối năm, nhưng không xác định được ngày, tháng nào trong nửa đầu năm hoặc nửa cuối năm, thì lấy ngày 30 tháng 6 hoặc ngày 31 tháng 12 của năm đó làm ngày sinh;

d) Nếu xác định được năm cụ thể nhưng không xác định được ngày, tháng, thì lấy ngày 31 tháng 12 của năm đó làm ngày sinh”.

Điều cần lưu ý là phạm vi của Điều 13 Nghị định số 81 chỉ áp dụng đối với việc xác định độ tuổi của người bị xử lý hành chính. Quy định này không thể trở thành căn cứ áp dụng để xác định độ tuổi đối với

người bị xử phạt hành chính. Câu hỏi đặt ra là cách xác định độ tuổi của người chưa thành niên bị xử phạt hành chính có giống quy định tại Điều 13 Nghị định số 81 hay không? Hiện nay, pháp luật còn bỏ ngỏ và không có câu trả lời cụ thể.

Khoản 1 Điều 14 Nghị định số 81 quy định: “*Khi tiến hành xử phạt VPHC đối với người chưa thành niên, trường hợp không xác định được chính xác tuổi để áp dụng hình thức xử phạt, thì người có thẩm quyền xử phạt lựa chọn áp dụng hình thức xử phạt có lợi nhất cho người vi phạm*”. Tuy nhiên, “*lựa chọn áp dụng hình thức xử phạt có lợi nhất khi tiến hành xử phạt VPHC đối với người chưa thành niên*” không phải là một quy định tối ưu nhằm giải quyết mọi vướng mắc trên thực tế. Dường như điều khoản trên chỉ có ý nghĩa đối với những VPHC do người chưa thành niên thực hiện mà chế tài quy định có thể áp dụng một trong các hình thức xử phạt khác nhau (ví dụ: khoản 1 Điều 72 Nghị định số 100/2019/NĐ-CP quy định cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 100.000 đồng đến 200.000 đồng đối với “*hành vi sử dụng vé tàu giả để đi tàu*”). Đối với những VPHC mà chế tài quy định chỉ áp dụng một hình thức xử phạt cố định thì điều khoản trên hoàn toàn không có giá trị (ví dụ: khoản 4 Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP quy định phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với hành vi “*gây rối trật tự công cộng mà có mang theo các loại vũ khí thô sơ hoặc công cụ hỗ trợ*”). Từ đó, người có thẩm quyền sẽ không thể biết và lựa chọn áp dụng hình thức xử phạt nào có lợi nhất cho người chưa thành niên VPHC. Trong trường hợp pháp luật chỉ quy định chế tài phạt tiền thì người có thẩm quyền không thể “*linh hoạt*” phạt cảnh cáo người chưa thành niên vi phạm (ngoại trừ đối tượng là người đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi). Người có thẩm quyền cũng không thể phạt ở mức tiền tối thiểu nếu như không có tình tiết giảm nhẹ. Bên cạnh đó, ngay cả khi

phạt tiền ở mức tối thiểu thì đây cũng chỉ là lựa chọn “*mức tiền phạt có lợi nhất*” chứ không phải “*hình thức xử phạt có lợi nhất*” cho người người chưa thành niên VPHC.

Như vậy, với quy định của Điều 13 và Điều 14 Nghị định số 81 thì người có thẩm quyền sẽ không thể có cơ sở pháp lý vững chắc nhằm xác định tuổi của người chưa thành niên vì bị xử phạt phạm hành chính. Để khắc phục bất cập này, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần sớm ban hành văn bản xác định cụ thể độ tuổi của người bị xử phạt VPHC nói chung và của người chưa thành niên nói riêng.

3. Quy định cụ thể nguyên tắc làm cơ sở xác định chính xác mức tiền phạt đối với người chưa thành niên VPHC

Theo quy định của khoản 3 Điều 134 Luật Xử lý VPHC, “*trường hợp người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi VPHC thì không áp dụng hình thức phạt tiền. Trường hợp người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi VPHC bị phạt tiền thì mức tiền phạt không quá 1/2 mức tiền phạt áp dụng đối với người thành niên*”. Như vậy, pháp luật xử phạt VPHC của nước ta đã thể hiện rõ tinh thần bảo đảm quyền lợi tốt nhất của người chưa thành niên khi quy định trách nhiệm hành chính của người chưa thành niên nhẹ hơn so với người thành niên. Tuy nhiên, liên quan đến mức tiền phạt thì quy định “*mức tiền phạt không quá 1/2 mức tiền phạt áp dụng đối với người thành niên*” lại không thật sự rõ ràng và tạo ra cách áp dụng pháp luật không thống nhất⁶.

Ví dụ: theo điểm c khoản 3 Điều 5 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 của Chính phủ thì hành vi “*lôi kéo người khác đánh nhau*” sẽ bị phạt tiền từ 2.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng. Nếu chủ thể vi phạm là người thành niên và không có tình tiết tăng nặng hay tình tiết giảm nhẹ thì sẽ bị phạt mức tiền trung bình là 2.500.000 đồng.

6. Báo cáo số 09/BC-BTP ngày 08/01/2018 của Bộ Tư pháp tổng kết thi hành Luật Xử lý VPHC.

Tuy nhiên, nếu chủ thể vi phạm là người chưa thành niên từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi và không có tình tiết tăng nặng hay tình tiết giảm nhẹ sẽ bị phạt bao nhiêu thì không có chuẩn mực chung trong việc áp dụng.

Theo quy định của Bộ luật Lao động năm 2019, người chưa thành niên từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thường chưa đủ độ tuổi để trực tiếp tham gia vào các quan hệ pháp luật lao động nên chưa có khả năng tạo lập được nguồn tài chính riêng. Do đó, quy định không áp dụng hình thức phạt tiền đối với nhóm người chưa thành niên ở lứa tuổi này là hoàn toàn phù hợp⁷. Đối với người chưa thành niên từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi thì có thể tham gia vào các quan hệ lao động, làm công ăn lương nên quy định hình thức phạt tiền là khá hợp lý. Tuy nhiên, vấn đề có tính pháp lý đặt ra là phải quy định rõ ràng nguyên tắc để từ đó có thể xác định chính xác mức tiền phạt đối với người chưa thành niên VPHC trong các trường hợp cụ thể.

Xuất phát từ đặc trưng VPHC do người chưa thành niên thực hiện thường mang tính bột phát, không có động cơ, mục đích rõ ràng nên khi xử phạt người chưa thành niên VPHC, cần phải kết hợp hài hòa giữa mục đích răn đe và giáo dục. Chính vì vậy, mức tiền phạt đối với người chưa thành niên VPHC cũng cần được quy định thành nguyên tắc rõ ràng trên cơ sở xem xét những tình tiết liên quan đến ý thức, thái độ, hành vi. Theo đó, nếu người chưa thành niên có những tình tiết như “*tự nguyện khai báo, thành thật hối lỗi*”, “*đã có hành vi ngăn chặn, làm giảm bớt hậu quả của vi phạm*”, “*đã tích cực giúp đỡ cơ quan chức năng phát hiện VPHC, xử lý VPHC*” thì cần được ghi nhận và khoan hồng. Có thể do bột phát, người chưa thành niên thực hiện VPHC với lỗi cố ý. Tuy nhiên, sau khi vi phạm thì người chưa thành niên có

ý thức, thái độ, hành vi hướng thiện. Chính ý thức, thái độ, hành vi của người chưa thành niên sau khi vi phạm mới là chìa khóa quan trọng, phản ánh sự nhận thức hối cải của chủ thể. Do đó, trên cơ sở hệ số tương đối “*không quá 1/2*” trong Luật Xử lý VPHC, cần quy định rõ ràng nguyên tắc xác định mức phạt tiền áp dụng đối với người chưa thành niên căn cứ vào các tình tiết liên quan đến ý thức, thái độ, hành vi.

4. Quy định chi tiết trường hợp cha mẹ hoặc người giám hộ phải thực hiện thay nghĩa vụ nộp tiền phạt trong trường hợp người chưa thành niên từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi VPHC mà không có tiền nộp phạt

Khoản 3 Điều 134 Luật Xử lý VPHC quy định: “*Trường hợp người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi VPHC mà không có tiền nộp phạt thì cha mẹ hoặc người giám hộ phải thực hiện thay*”.

Mục đích chính của việc thực hiện thay nghĩa vụ này là nhằm xác định trách nhiệm của cha mẹ hoặc người giám hộ đối với con em mình. Nói cách khác, đây là hậu quả bất lợi mà cha mẹ hoặc người giám hộ của người chưa thành niên phải gánh chịu vì đã không thực hiện nghĩa vụ giáo dục, chăm sóc người chưa thành niên một cách đầy đủ, đúng mực⁸. Trong trường hợp này, nếu cha mẹ hoặc người giám hộ thực hiện nghĩa vụ nộp tiền thay cho người chưa thành niên thì quyết định xử phạt VPHC xem như được thi hành. Ngược lại, nếu cha mẹ hoặc người giám hộ không thực hiện nghĩa vụ nộp tiền thay thì sẽ giải quyết như thế nào? Liệu rằng người có thẩm quyền có thể áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC quy định tại Điều 86 Luật Xử lý VPHC hay không?

Nội dung các biện pháp quy định tại

7. Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), *Bình luận khoa học Luật Xử lý VPHC năm 2012 (tái bản lần thứ 1)*, Nxb. Hồng Đức, năm 2017, tr. 798.

8. Nguyễn Thị Phương Châm, “*Trách nhiệm bồi thường thiệt hại do người chưa thành niên gây ra từ góc nhìn pháp luật so sánh*”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 5, năm 2020.

điểm *a, b, c* khoản 2 Điều 86 Luật Xử lý VPHC là nhằm bảo đảm thi hành các quyết định phạt tiền cho thấy, các biện pháp này chỉ áp dụng đối với người VPHC; đối với cha mẹ hoặc người giám hộ của người chưa thành niên - những người không VPHC thì không thể áp dụng các biện pháp cưỡng chế này. Trên thực tế, có khá nhiều quyết định phạt tiền đối với người chưa thành niên không thể thi hành bởi người chưa thành niên không có tiền nộp phạt, cha mẹ hoặc người giám hộ của người chưa thành niên tuy có tiền, có tài sản nhưng cũng không thực hiện nghĩa vụ nộp tiền thay cho người chưa thành niên⁹. Người có thẩm quyền cũng không thể áp dụng các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt VPHC đối với cha mẹ hoặc người giám hộ của người chưa thành niên. Đây là một thiếu sót cần được khắc phục.

5. Quy định rõ nghĩa vụ của cha mẹ hoặc người giám hộ phải nộp một khoản tiền tương đương trị giá tang vật, phương tiện vi phạm vào ngân sách nhà nước để thay thế cho việc thực hiện hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC

Theo quy định của Điều 135 Luật Xử lý VPHC, người chưa thành niên VPHC có thể bị áp dụng các hình thức xử phạt: *i)* Cảnh cáo; *ii)* Phạt tiền; *iii)* Tịch thu tang vật, phương tiện VPHC. Trong các hình thức xử phạt trên thì hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC được áp dụng đối với tang vật, phương tiện có liên quan trực tiếp đến VPHC nghiêm trọng, do lỗi cố ý của người chưa thành niên. Thế nhưng trên thực tế, xuất hiện trường hợp người chưa thành niên thực hiện VPHC nghiêm trọng với lỗi cố ý, tang vật, phương tiện có liên quan trực tiếp đến vi phạm nhưng lại không bị tịch thu.

Đó là trường hợp tang vật, phương tiện bị chiếm đoạt, sử dụng trái phép (ví dụ: dùng xe trộm cắp để thực hiện hành vi đua xe trái phép). Theo đó, đối với tang vật, phương tiện đang bị tạm giữ do bị chiếm đoạt, sử dụng trái phép để VPHC thuộc trường hợp bị tịch thu thì trả lại cho chủ sở hữu, người quản lý hoặc người sử dụng hợp pháp. Trong trường hợp này, người chưa thành niên vi phạm phải nộp một khoản tiền tương đương trị giá tang vật, phương tiện vi phạm vào ngân sách nhà nước để thay thế cho việc thực hiện hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC. Nếu không nộp thì bị cưỡng chế thực hiện theo quy định tại Điều 86 Luật Xử lý VPHC và Nghị định số 166/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 của Chính phủ¹⁰.

Tuy nhiên, phần lớn người chưa thành niên không có thu nhập, tài sản riêng nên việc buộc người chưa thành niên phải nộp khoản tiền tương đương là bất khả thi. Bên cạnh đó, pháp luật xử phạt VPHC cũng không quy định nghĩa vụ của cha mẹ hoặc người giám hộ phải nộp một khoản tiền tương đương thay thế trong trường hợp người chưa thành niên VPHC không thể nộp.

Theo chúng tôi, để bảo đảm cho việc thi hành hình thức xử phạt tịch thu tang vật, phương tiện VPHC trong trường hợp người chưa thành niên vi phạm không nộp một khoản tiền tương đương, cần quy định chi tiết nghĩa vụ này thuộc về cha mẹ hoặc người giám hộ. Trên thực tế, trong trường hợp người vi phạm bị áp dụng hình thức xử phạt chính là phạt tiền và hình thức xử phạt bổ sung là tịch thu tang vật, phương tiện VPHC mà tang vật, phương tiện thuộc diện bị chiếm đoạt, sử dụng trái phép thì tang vật, phương tiện này sẽ được quy đổi ra khoản tiền tương đương rồi cộng với số tiền phạt ■

9. Báo cáo số 265/BC-UBND tổng kết công tác tư pháp năm 2019 của Ủy ban nhân dân tỉnh Trà Vinh, ngày 27/11/2019; Công văn số 779/STP-QLXLVPHC&TDTHPL ngày 10/11/2020 của Sở Tư pháp tỉnh Sóc Trăng báo cáo tình hình thi hành pháp luật về xử lý VPHC năm 2020.

10. Theo khoản 1 Điều 126 Luật Xử lý VPHC và khoản 4 Điều 11a Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP).

VỀ NGƯỜI BỊ BUỘC TỘI THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ VIỆT NAM NĂM 2015

Ngô Văn Vịnh *

Hồ Việt Phương**

*TS. Khoa Luật, Học viện Chính trị công an nhân dân

**Trưởng Công an xã Song Phương, Hoài Đức, Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Người bị buộc tội, người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, Bộ luật Tố tụng hình sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 22/11/2020

Biên tập : 12/12/2020

Duyệt bài : 13/12/2020

Article Information:

Keywords: The accused persons, the arrests, the detainees, the defendants, the defendants, the Code of Criminal Procedure.

Article History:

Received : 22 Nov. 2020

Edited : 12 Dec. 2020

Approved : 13 Dec. 2020

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích làm rõ khái niệm về người bị buộc tội, một số quyền của người bị buộc tội, chỉ ra những tồn tại, hạn chế và vướng mắc trong quy định về quyền của người bị buộc tội trong Bộ luật Tố tụng hình sự (TTHS) năm 2015; trên cơ sở đó, kiến nghị sửa đổi, bổ sung một số quy định của Bộ luật TTHS năm 2015 cho phù hợp.

Abstract:

In the scope of this article, the author provides introduction, analysis and clarifications of the concept of the accused, some of the rights of the accused, gives out the shortcomings, limitations and issues in the regulations on the rights of the accused in the Code on Criminal Procedure of 2015; on that basis, it is also recommended to improve a number of provisions of the Code on Criminal Procedure of 2015 as appropriate.

Thuật ngữ “*người bị buộc tội*” lần đầu tiên xuất hiện trong Hiến pháp năm 2013 thông qua quy định tại Điều 31¹. Để cụ thể hóa quy định về người bị buộc tội trong Hiến pháp năm 2013, Bộ luật TTHS năm 2015 đã có nhiều quy định cụ thể liên quan

trực tiếp đến người bị buộc tội, trong đó có việc giải thích thuật ngữ “*người bị buộc tội*” và xác định các quyền, nghĩa vụ của người bị buộc tội.

Trên cơ sở các quy định về người bị buộc tội trong Bộ luật TTHS năm 2015, tác

1. “Điều 31:

1. Người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự luật định và có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật.

2. Người bị buộc tội phải được Tòa án xét xử kịp thời trong thời hạn luật định, công bằng, công khai. Trường hợp xét xử kín theo quy định của luật thì việc tuyên án phải được công khai...”

giả trao đổi và kiến nghị một số vấn đề cụ thể sau:

1. Khái niệm người bị buộc tội

Điểm đ khoản 1 Điều 4 Bộ luật TTHS năm 2015 đã đưa ra giải thích (khái niệm) về người bị buộc tội như sau: “*Người bị buộc tội gồm người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo*”. Có thể thấy, nội hàm của khái niệm người bị buộc tội mới chỉ dừng lại ở hình thức liệt kê với tư cách là các chủ thể tham gia TTHS mà chưa làm rõ được một cách khái quát nội dung về các thành tố tạo nên chủ thể đó². Do đó, cần thiết phải nghiên cứu và tìm ra một khái niệm thống nhất về người bị buộc tội để có cơ sở xác định chính xác địa vị pháp lý của họ.

Trước hết, phải khẳng định người bị buộc tội là người hoặc pháp nhân thương mại bị tình nghi thực hiện tội phạm³. Tuy nhiên, họ không phải bị tình nghi thực hiện tội phạm một cách thiếu căn cứ, mà sự tình nghi này phải được đặt trong một tiến trình TTHS theo luật định. Việc tình nghi trong TTHS khác hẳn với sự ngờ vực hay suy đoán mang tính chủ quan, cảm tính của cá nhân con người với con người trong đời

sống xã hội. Trong trường hợp này, người hoặc pháp nhân thương mại bị tình nghi thực hiện tội phạm được đặt trong hoàn cảnh họ bị cơ quan, người có thẩm quyền dựa vào các căn cứ trên thực tế để xác định rằng họ là chủ thể đã thực hiện hành vi có dấu hiệu tội phạm hoặc đã thực hiện hành vi phạm tội được Bộ luật hình sự quy định. Không chỉ dừng lại ở đó, người bị buộc tội phải là người hoặc pháp nhân thương mại đã bị cơ quan, người có thẩm quyền đưa ra một quyết định tố tụng cụ thể như: Lệnh bắt; quyết định tạm giữ; quyết định khởi tố bị can; quyết định truy tố; quyết định đưa vụ án ra xét xử... Các quyết định này dù là để thể hiện việc áp dụng một biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế hay là một quyết định tố tụng được luật định theo các giai đoạn tố tụng khác nhau thì đều gắn với chủ thể bị buộc tội và họ có các quyền, nghĩa vụ, họ trở thành người tham gia tố tụng.

Trở lại cách giải thích thuật ngữ “*người bị buộc tội*” tại điểm đ khoản 1 Điều 4 Bộ luật TTHS năm 2015, có thể thấy người bị buộc tội chỉ bao gồm người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo. Tác giả cho rằng, phạm vi những người được xác định là người bị buộc

2. Khái niệm về một số người tham gia tố tụng trong Bộ luật TTHS năm 2015 đã khái quát được nội dung của các thành tố cấu tạo nên chủ thể đó như: “*Bị can là người hoặc pháp nhân bị khởi tố về hình sự*” (Khoản 1 Điều 60); “*Bị cáo là người hoặc pháp nhân đã bị Tòa án quyết định đưa ra xét xử*” (Khoản 1 Điều 61); “*Bị hại là cá nhân trực tiếp bị thiệt hại về thể chất, tinh thần, tài sản hoặc là cơ quan, tổ chức bị thiệt hại về tài sản, uy tín do tội phạm gây ra hoặc đe dọa gây ra*” (Khoản 1 Điều 62); “*Người làm chứng là người biết được tình tiết liên quan đến nguồn tin về tội phạm, về vụ án và được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng triệu tập đến làm chứng*” (Khoản 1 Điều 66); “*Người chứng kiến là người được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng yêu cầu chứng kiến việc tiến hành hoạt động tố tụng theo quy định của Bộ luật này*” (Khoản 1 Điều 67);...

3. Việc xác định cụ thể người bị buộc tội là người hoặc pháp nhân thương mại còn tùy thuộc vào tư cách tham gia tố tụng cụ thể của họ trong vụ án. Theo đó, người bị bắt không thể là pháp nhân thương mại vì biện pháp ngăn chặn không áp dụng đối với pháp nhân thương mại (Bộ luật TTHS năm 2015 chỉ quy định biện pháp cưỡng chế đối với pháp nhân thương mại mà không quy định áp dụng biện pháp ngăn chặn). Cũng tương tự, người bị tạm giữ, theo quy định tại khoản 1 Điều 59 Bộ luật TTHS năm 2015, là người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, bị bắt theo quyết định truy nã hoặc người phạm tội tự thú, đầu thú và đối với họ đã có quyết định tạm giữ. Cho nên người bị tạm giữ cũng không thể là pháp nhân thương mại vì không áp dụng biện pháp ngăn chặn đối với pháp nhân thương mại. Còn bị can có thể là người hoặc pháp nhân thương mại (Xem khoản 1 Điều 60 Bộ luật TTHS năm 2015), bị cáo cũng có thể là người hoặc pháp nhân thương mại (Xem khoản 1 Điều 61 Bộ luật TTHS năm 2015); bởi lẽ, bị can và bị cáo có thể bị áp dụng hoặc không bị áp dụng biện pháp ngăn chặn.

tội như vậy là chưa đầy đủ; theo đó, cần bổ sung thêm cả người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp cũng là người bị buộc tội. Bởi lẽ:

Thứ nhất, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, dù với tối đa là 12 giờ⁴, nhưng theo các trường hợp giữ người trong trường hợp khẩn cấp được quy định tại khoản 1 Điều 110 Bộ luật TTHS năm 2015⁵, thì người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp là người đã thực hiện hành vi có dấu hiệu tội phạm hoặc đã thực hiện hành vi phạm tội được Bộ luật hình sự quy định.

Thứ hai, Điều 58 Bộ luật TTHS năm 2015 có quy định quyền và nghĩa vụ pháp lý của người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp và người bị bắt⁶ là như nhau. Trong đó, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp có quyền “Trình bày lời khai, trình bày ý kiến, không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội”⁷; quyền “Tự bào chữa, nhờ người bào chữa”⁸. Qua nghiên cứu cho thấy, đây đều là những quyền rất cơ bản của người bị buộc tội⁹. Hơn nữa, theo khoản 1 Điều 72 Bộ luật TTHS năm 2015: “Người bào chữa là người được người bị buộc tội nhờ bào chữa hoặc cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ định và được cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng tiếp nhận việc đăng ký bào chữa”. Rõ ràng,

người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp không phải là người bị buộc tội thì quy định về quyền “Tự bào chữa, nhờ người bào chữa” mâu thuẫn với quy định về người bào chữa nêu trên.

Do đó, tác giả cho rằng, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp cũng là người bị buộc tội. Tóm lại với sự phân tích nêu trên, có thể hiểu khái niệm người bị buộc tội như sau: *Người bị buộc tội là người hoặc pháp nhân thương mại mà cơ quan, người có thẩm quyền, bằng quyết định tố tụng, xác lập tư cách của họ là người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo theo quy định của pháp luật tố tụng hình sự khi có căn cứ cho rằng họ đã thực hiện hành vi có dấu hiệu tội phạm, hoặc đã thực hiện hành vi phạm tội.*

2. Quyền và nghĩa vụ pháp lý của người bị buộc tội

2.1. Những hạn chế, bắt cập

Với cách tiếp cận và quan niệm về người bị buộc tội nêu trên thì quyền và nghĩa vụ pháp lý của người bị buộc tội được thể hiện thông qua quyền và nghĩa vụ pháp lý của người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo. Qua nghiên cứu các quyền và nghĩa vụ này cho thấy một số hạn chế, bắt cập như sau:

4. Xem khoản 4, Điều 110 Bộ luật TTHS năm 2015

5. “Khi thuộc một trong các trường hợp khẩn cấp sau đây thì được giữ người:

- a) Có đủ căn cứ để xác định người đó đang chuẩn bị thực hiện tội phạm rất nghiêm trọng hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng;
- b) Người cùng thực hiện tội phạm hoặc bị hại hoặc người có mặt tại nơi xảy ra tội phạm chính mắt nhìn thấy và xác nhận đúng là người đã thực hiện tội phạm mà xét thấy cần ngăn chặn ngay việc người đó trốn;
- c) Có dấu vết của tội phạm ở người hoặc tại chỗ ở hoặc nơi làm việc hoặc trên phương tiện của người bị nghi thực hiện tội phạm và xét thấy cần ngăn chặn ngay việc người đó trốn hoặc tiêu hủy chứng cứ”.

6. Người bị bắt là người bị buộc tội.

7. Xem điểm d khoản 1 Điều 58 Bộ luật TTHS năm 2015.

8. Xem điểm g khoản 1 Điều 58 Bộ luật TTHS năm 2015.

9. Những người bị buộc tội (người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo) đều có các quyền này. Qua nghiên cứu các quy định khác của Bộ luật TTHS năm 2015, ngoài người bị buộc tội thì chỉ có người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp mới có những quyền này.

Thứ nhất, về quyền được thông báo, giải thích về quyền và nghĩa vụ.

Đây là quyền được quy định chung đối với tất cả người bị buộc tội bao gồm quyền của người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo. Về thời điểm thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ đối với từng loại người bị buộc tội được quy định như sau:

- Đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, khoản 3 Điều 110 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định: *“Việc thi hành lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp phải theo đúng quy định tại khoản 2 Điều 113 của Bộ luật này”* và theo khoản 2, Điều 113 Bộ luật TTHS năm 2015 thì: *“Người thi hành lệnh, quyết định phải đọc lệnh, quyết định; giải thích lệnh, quyết định, quyền và nghĩa vụ của người bị bắt và phải lập biên bản về việc bắt; giao lệnh, quyết định cho người bị bắt”*. Từ các quy định trên có thể thấy, Bộ luật TTHS năm 2015 mới chỉ quy định về việc giải thích quyền và nghĩa vụ của người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp¹⁰ mà không quy định việc thông báo quyền và nghĩa vụ của họ.

- Đối với người bị tạm giữ, họ được thông báo, giải thích về quyền và nghĩa vụ khi cơ quan, người có thẩm quyền thi hành quyết định tạm giữ¹¹.

- Đối với bị can, khoản 5, Điều 179 Bộ luật TTHS năm 2015¹² chỉ quy định về

thời điểm giải thích quyền và nghĩa vụ đối với họ là khi cơ quan, người có thẩm quyền giao cho họ quyết định khởi tố bị can, quyết định phê chuẩn quyết định khởi tố bị can mà không quy định về việc thông báo quyền và nghĩa vụ cho bị can.

- Đối với người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang và người bị bắt theo quyết định truy nã thì pháp luật TTHS lại không quy định trực tiếp về thời điểm thông báo, giải thích về quyền và nghĩa vụ của họ. Chẳng hạn, đối với người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, Khoản 1 Điều 114 Bộ luật TTHS năm 2015¹³ chỉ quy định Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải lấy lời khai ngay và sau đó phải ra quyết định tạm giữ hoặc trả tự do cho người bị bắt mà không đề cập đến việc thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ của người bị bắt. Tương tự đối với người bị bắt theo quyết định truy nã, khoản 2 Điều 114 Bộ luật TTHS năm 2015¹⁴ cũng chỉ quy định sau khi lấy lời khai người bị bắt, Cơ quan điều tra phải thông báo ngay cho Cơ quan đã ra quyết định truy nã đến nhận người bị bắt mà không đề cập đến việc thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ của người bị bắt.

- Đối với bị cáo, pháp luật TTHS hiện hành không quy định bị cáo được thông báo, giải thích về quyền và nghĩa vụ của họ khi

10. Thời điểm giải thích quyền và nghĩa vụ là khi cơ quan, người có thẩm quyền thi hành lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp.

11. Khoản 3 Điều 117 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định: *“Người thi hành quyết định tạm giữ phải thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ của người bị tạm giữ quy định tại Điều 59 của Bộ luật này”*.

12. *“Sau khi nhận được quyết định phê chuẩn quyết định khởi tố bị can hoặc quyết định khởi tố bị can của Viện kiểm sát, Cơ quan điều tra phải giao ngay quyết định khởi tố bị can, quyết định phê chuẩn quyết định khởi tố bị can và giải thích quyền, nghĩa vụ cho bị can”*.

13. *“Sau khi giữ người trong trường hợp khẩn cấp, bắt người hoặc nhận người bị giữ, bị bắt, Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải lấy lời khai ngay và trong thời hạn 12 giờ phải ra quyết định tạm giữ hoặc trả tự do cho người bị bắt”*.

14. *“Sau khi lấy lời khai người bị bắt theo quyết định truy nã thì Cơ quan điều tra nhận người bị bắt phải thông báo ngay cho Cơ quan đã ra quyết định truy nã đến nhận người bị bắt...”*.

được giao quyết định đưa vụ án ra xét xử¹⁵, mà họ chỉ được biết quyền này ở phần thủ tục khai mạc phiên tòa¹⁶. Quy định này dẫn đến tình trạng bị cáo không hiểu rõ được quyền và nghĩa vụ của mình trước khi mở phiên tòa; đến khi khai mạc phiên tòa mới hiểu và đưa ra các yêu cầu thì nhiều trường hợp không được xem xét giải quyết.

Thứ hai, về quyền tự bào chữa, nhờ người bào chữa.

Theo quy định của Bộ luật TTHS năm 2015, tất cả người bị buộc tội đều có quyền tự bào chữa, nhờ người bào chữa¹⁷. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 76 Bộ luật TTHS năm 2015 có quy định về việc chỉ định người bào chữa:

“Trong các trường hợp sau đây nếu người bị buộc tội, người đại diện hoặc người thân thích của họ không mời người bào chữa thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải chỉ định người bào chữa cho họ:

a) Bị can, bị cáo về tội mà Bộ luật hình sự quy định mức cao nhất của khung hình phạt là 20 năm tù, tù chung thân, tử hình;

b) Người bị buộc tội có nhược điểm về thể chất mà không thể tự bào chữa; người có nhược điểm về tâm thần hoặc là người dưới 18 tuổi”.

Với quy định này có thể thấy, ngoài quyền tự bào chữa, nhờ người bào chữa thì người bị buộc tội còn có quyền được cơ quan

có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ định người bào chữa cho họ trong những trường hợp luật định.

Thứ ba, về quyền khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng của người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ.

Theo điểm h khoản 1 Điều 58 Bộ luật TTHS năm 2015 thì người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang và người bị bắt theo quyết định truy nã có quyền: *“Khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng trong việc giữ người, bắt người”*. Tuy nhiên, theo khoản 2 Điều 110 Bộ luật TTHS năm 2015, những người có thẩm quyền ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp, ngoài những người có thẩm quyền tiến hành tố tụng còn có cả người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời sân bay, bến cảng. Ngoài ra đối với việc bắt người phạm tội quả tang và bắt người đang bị truy nã, có rất nhiều chủ thể tham gia vào việc bắt người như: Người bắt giữ¹⁸; cơ quan Công an, Viện kiểm sát, Ủy ban nhân dân nơi gần nhất¹⁹; Cơ quan điều tra nhận người bị bắt... Như vậy, nếu quy định người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang và người bị bắt theo quyết định truy nã chỉ có quyền khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng

15. Khoản 1 Điều 286 Bộ luật TTHS năm 2015 chỉ quy định: *“Quyết định đưa vụ án ra xét xử được giao cho bị cáo hoặc người đại diện của họ; gửi cho người bào chữa, bị hại, đương sự chậm nhất là 10 ngày trước khi mở phiên tòa...”* mà không đề cập đến việc thông báo, giải thích về quyền và nghĩa vụ của bị cáo.

16. Khoản 3 Điều 301 Bộ luật TTHS năm 2015 quy định: *“Chủ tọa phiên tòa kiểm tra lại sự có mặt của những người có mặt tại phiên tòa theo giấy triệu tập của Tòa án và kiểm tra lý lịch, phổ biến quyền và nghĩa vụ của họ”*.

17. Xem các điểm g khoản 1, Điều 58; điểm d khoản 2 Điều 59; điểm h khoản 2 Điều 60; điểm g khoản 2 Điều 61 Bộ luật TTHS năm 2015.

18. Theo khoản 1 Điều 111 và khoản 1 Điều 112 Bộ luật TTHS năm 2015 thì bất kỳ ai cũng có quyền bắt người phạm tội quả tang và người đang bị truy nã.

19. Theo khoản 1 các điều 111, 112 Bộ luật TTHS năm 2015, các cơ quan này phải lập biên bản tiếp nhận và giải ngay người bị bắt hoặc báo ngay cho Cơ quan điều tra có thẩm quyền.

của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng trong việc bắt người là chưa đầy đủ.

Tương tự như vậy, việc quy định người bị tạm giữ có quyền “*Khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng về việc tạm giữ*”²⁰ là chưa đầy đủ bởi lẽ theo quy định tại khoản 2, Điều 117 Bộ luật TTHS năm 2015²¹ thì những người có thẩm quyền ra quyết định tạm giữ, ngoài những người có thẩm quyền tiến hành tố tụng còn có cả người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời sân bay, bến cảng.

Thứ tư, về quyền đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

Theo các quy định về người bị buộc tội trong Bộ luật TTHS năm 2015 (từ Điều 58 đến Điều 61), bị can, bị cáo đều có quyền đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng²², còn người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt và người bị tạm giữ không có quyền này. Tuy nhiên, theo Điều 50 Bộ luật TTHS năm 2015 thì người bị tạm giữ cũng có quyền đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng²³. Như vậy, có thể thấy sự thiếu thống nhất trong quy định của pháp luật TTHS về vấn đề này.

2.2. Một số kiến nghị

Trên cơ sở những hạn chế, bất cập nêu trên, tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung một số vấn đề sau:

Thứ nhất, đối với quyền được thông báo, giải thích về quyền và nghĩa vụ.

Đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, cần bổ sung việc thông báo quyền và nghĩa vụ của họ. Theo đó, tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung khoản 2 Điều 113 Bộ luật TTHS năm 2015 như sau:

*“Người thi hành lệnh, quyết định phải đọc lệnh, quyết định; giải thích lệnh, quyết định, thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ của người bị bắt và phải lập biên bản về việc bắt; giao lệnh, quyết định cho người bị bắt”*²⁴.

Tương tự như vậy, đối với bị can, cũng cần bổ sung việc thông báo quyền và nghĩa vụ của họ; theo đó cần sửa đổi, bổ sung khoản 5 Điều 179 Bộ luật TTHS năm 2015 như sau:

“Sau khi nhận được quyết định phê chuẩn quyết định khởi tố bị can hoặc quyết định khởi tố bị can của Viện kiểm sát, Cơ quan điều tra phải giao ngay quyết định khởi tố bị can, quyết định phê chuẩn quyết định khởi tố bị can và thông báo, giải thích quyền, nghĩa vụ cho bị can”.

Đối với người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang và người bị bắt theo quyết định truy nã, cần bổ sung việc thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ của họ. Theo đó, tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung các khoản 1, 2 Điều 114 Bộ luật TTHS năm 2015 như sau:

“1. Sau khi giữ người trong trường hợp khẩn cấp, bắt người hoặc nhận người bị giữ, bị bắt, Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải lấy lời khai ngay và trong thời hạn 12 giờ phải ra quyết định tạm giữ hoặc trả tự do

20. Xem điểm g khoản 2 Điều 59 Bộ luật TTHS năm 2015.

21. “Những người có thẩm quyền ra lệnh giữ người quy định tại khoản 2 Điều 110 của Bộ luật này có quyền ra quyết định tạm giữ...”.

22. Xem điểm g khoản 2 Điều 60; điểm d khoản 2 Điều 61 Bộ luật TTHS năm 2015.

23. “Điều 50. Người có thẩm quyền đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng
1. Kiểm sát viên.

2. Người bị tạm giữ, bị can, bị cáo, bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự và người đại diện của họ.

3. Người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự”.

24. Việc sửa đổi, bổ sung này đồng thời cũng đảm bảo quyền được thông báo, giải thích về quyền và nghĩa vụ của người bị bắt là bị can, bị cáo.

cho người bị bắt. Đối với người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, sau khi bắt hoặc nhận người bị bắt, trước khi lấy lời khai, Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ của họ theo quy định tại Điều 58 của Bộ luật này.

2. Sau khi thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ của người bị bắt theo quyết định truy nã và lấy lời khai của họ thì Cơ quan điều tra nhận người bị bắt phải thông báo ngay cho Cơ quan đã ra quyết định truy nã đến nhận người bị bắt...²⁵.

Đối với bị cáo, để bảo đảm cho bị cáo biết và hiểu rõ về các quyền và nghĩa vụ của mình cần quy định việc thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ của bị cáo khi giao quyết định đưa vụ án ra xét xử cho bị cáo. Nói cách khác, khoản 1 Điều 286 Bộ luật TTHS năm 2015 cần được sửa đổi, bổ sung như sau:

“Quyết định đưa vụ án ra xét xử được giao cho bị cáo hoặc người đại diện của họ; gửi cho người bào chữa, bị hại, đương sự chậm nhất là 10 ngày trước khi mở phiên tòa. Khi giao quyết định đưa vụ án ra xét xử cho bị cáo phải thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ của bị cáo theo quy định tại Điều 61 của Bộ luật này...”

Thứ hai, đối với quyền tự bào chữa, nhờ người bào chữa.

Để đảm bảo tính thống nhất, cần bổ sung quyền được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ định người bào chữa cho người bị buộc tội trong những trường hợp luật định trong quy định về quyền của họ. Theo đó, điểm g khoản 1 Điều 58; điểm d khoản 2 Điều 59; điểm h khoản 2 Điều 60; điểm g khoản 2 Điều 61 Bộ luật TTHS năm

2015 cần được sửa đổi, bổ sung như sau:

“Tự bào chữa, nhờ người bào chữa hoặc được cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng chỉ định người bào chữa cho họ trong những trường hợp do Bộ luật này quy định”.

Thứ ba, đối với quyền khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng của người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ.

Như đã phân tích, để đảm bảo tính đầy đủ, cần bổ sung quy định quyền của người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ trong việc khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền nói chung trong việc giữ người, bắt người, tạm giữ. Theo đó, tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung điểm h khoản 1 Điều 58 Bộ luật TTHS năm 2015 như sau:

“Khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền trong việc giữ người, bắt người”.

Tương tự, cần sửa đổi, bổ sung điểm g khoản 2 Điều 59 Bộ luật TTHS năm 2015 như sau:

“Khiếu nại quyết định, hành vi tố tụng của cơ quan, người có thẩm quyền về việc tạm giữ”.

Thứ tư, đối với quyền đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

Để đảm bảo sự thống nhất với quy định tại Điều 50 Bộ luật TTHS năm 2015 về quyền đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng của người bị tạm giữ, cần bổ sung quyền *“đề nghị thay đổi người có thẩm quyền tiến hành tố tụng”* đối với người bị tạm giữ trong khoản 2 Điều 59 Bộ luật TTHS năm 2015 ■

25. Có một số ý kiến cho rằng cần phải hiểu việc thông báo, giải thích về quyền và nghĩa vụ đối với người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang và người bị bắt theo quyết định truy nã được thực hiện khi lấy lời khai đối với họ. Tuy nhiên, Bộ luật TTHS năm 2015 không quy định về trình tự, thủ tục lấy lời khai đối với người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang và người bị bắt theo quyết định truy nã nên không có cơ sở pháp lý để khẳng định nhận định trên.

CHẾ ĐỊNH BẢO LĨNH TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

Nguyễn Thị Thu Hằng *

*ThS. Khoa Luật Hình sự, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tổ tụng hình sự, biện pháp ngăn chặn, bảo lãnh

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 26/08/2020
Biên tập : 16/09/2020
Duyệt bài : 19/09/2020

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày, phân tích các vấn đề pháp lý quan trọng về chế định bảo lãnh trong tố tụng hình sự, bao gồm: (i) Căn cứ áp dụng biện pháp bảo lãnh; (ii) Nghĩa vụ cam đoan của bị can, bị cáo và điều kiện nhận bảo lãnh của cá nhân, cơ quan, tổ chức; (iii) Trách nhiệm pháp lý của các chủ thể; (iv) Thẩm quyền áp dụng biện pháp bảo lãnh; (v) Thủ tục áp dụng bảo lãnh và các trường hợp huỷ bỏ áp dụng bảo lãnh. Thông qua đó, tác giả đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định của pháp luật tố tụng hình sự về chế định bảo lãnh.

Article Information:

Keywords: Criminal procedure, preventive measures, bail.

Article History:

Received : 26 Aug. 2020
Edited : 16 Sep. 2020
Approved : 19 Sep. 2020

Abstract:

Under this article, the author provides introduction and analysis of important legal issues on bail in criminal procedure, including: (i) bail conditions; (ii) obligations of suspects, defendants to make a guarantee and conditions for individuals, organizations undertaking bail as well (iii) liability of entities; (iv) competence to apply bail; (v) procedure for bail application and events of cancellation of bail. Base on that, the paper gives some suggestions to improve regulations of the criminal procedure law on bail.

1. Khái quát về chế định bảo lãnh trong tố tụng hình sự

Trên thế giới, chế định bảo lãnh đã xuất hiện từ thời trung cổ tại Anh và được quy định chính thức trong nhiều đạo luật từ thời kỳ này như Đạo luật Westminster năm 1275; Đạo luật Habeas Corpus năm 1677¹. Trên cơ sở sự mô phỏng pháp luật của Anh, Hoa Kỳ bắt đầu có sự ghi nhận về hoạt động bảo lãnh

thông qua một đạo luật tư pháp năm 1789; theo đó, quyền được tại ngoại được bảo đảm trong tất cả các trường hợp bị cáo không có quan hệ tình dục bị bắt vì các tội liên bang². Đến thời điểm hiện tại, bảo lãnh trở thành một chế định phổ biến trong pháp luật tố tụng hình sự (TTHS) ở nhiều quốc gia. Về cơ bản, các quốc gia trên thế giới áp dụng hai xu hướng cơ bản về bảo lãnh sau đây:

1. Professional Bail Agents of the United States, *About Bail - History of Bail*, <https://www.pbua.com/page/14>, truy cập ngày 14/5/2020.

2. Donald B. Verrilli, Jr., *The Eighth Amendment and the Right to Bail: Historical Perspectives*, Columbia Law Review, Vol. 82, No. 2 (Mar., 1982), pp. 338, https://www.jstor.org/stable/1122277?read-now=1&seq=11#page_scan_tab_contents, truy cập ngày 10/5/2020.

Thứ nhất, người được bảo lãnh hoặc người nhận bảo lãnh phải nộp một số tiền bảo đảm nhất định hoặc chứng khoán có giá trị để bảo đảm sự có mặt của người được bảo lãnh khi có yêu cầu. Đây là xu hướng phổ biến ở hầu hết các quốc gia trên thế giới³.

Thứ hai, ngoài việc nộp tiền, người nhận bảo lãnh có thể dùng uy tín cá nhân để bảo đảm tại ngoại cho người được bảo lãnh⁴.

Pháp luật TTHS Việt Nam ghi nhận cả hai hình thức bảo lãnh tại ngoại: bằng tiền và bằng uy tín cá nhân/tổ chức. Tuy nhiên, thuật ngữ “đặt tiền để bảo đảm” được sử dụng cho trường hợp bị can, bị cáo hoặc người thân thích của họ nộp tiền để tại ngoại. Bảo lãnh trong pháp luật Việt Nam chỉ được hiểu là việc dùng uy tín cá nhân/tổ chức để bảo đảm tại ngoại cho người được bảo lãnh.

Chế định bảo lãnh trong TTHS Việt Nam được định hình rõ rệt từ Bộ luật TTHS năm 1988, ngày càng hoàn thiện trong Bộ luật TTHS năm 2003 và hiện nay là Bộ luật TTHS năm 2015. Cùng với biện pháp đặt tiền để bảo đảm, bảo lãnh cũng là biện pháp ngăn chặn trong TTHS áp dụng thay thế biện pháp tạm giam. Những quy định của pháp luật TTHS hiện hành về bảo lãnh và đặt tiền đã cơ bản đáp ứng được tinh thần của Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020; theo đó, một trong những nhiệm vụ được đặt ra là:

“hạn chế việc áp dụng biện pháp tạm giam đối với một số loại tội phạm”. Tuy nhiên, trên thực tế, vì nhiều lý do khác nhau, bảo lãnh vẫn là biện pháp ngăn chặn ít được các cơ quan tiến hành tố tụng (THTT) lựa chọn áp dụng. Một trong những nguyên nhân của thực trạng này là do các hạn chế, vướng mắc của quy định bảo lãnh trong TTHS.

2. Căn cứ áp dụng biện pháp bảo lãnh

Xuất phát từ nguyên tắc tôn trọng và bảo vệ quyền con người, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân được quy định tại Điều 8 Bộ luật TTHS, các biện pháp ngăn chặn được áp dụng, huỷ bỏ và thay đổi dựa trên hai tiêu chí cơ bản được áp dụng để đánh giá: (i) tính hợp pháp và/hoặc (ii) sự cần thiết.

Khi bị can, bị cáo đang bị tạm giam⁵, căn cứ vào tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi và nhân thân của bị can, bị cáo, cơ quan THTT có thể quyết định áp dụng biện pháp bảo lãnh thay thế cho biện pháp tạm giam⁶. Như vậy, việc thay thế tạm giam bằng bảo lãnh phụ thuộc vào ý chí chủ quan của cơ quan THTT qua việc đánh giá sự cần thiết của việc áp dụng biện pháp tạm giam trong từng trường hợp cụ thể. Đối với trường hợp bị can, bị cáo là người dưới 18 tuổi, sau khi quyết định tạm giam mà có đủ căn cứ áp dụng biện pháp bảo lãnh hoặc đặt tiền để bảo đảm, cơ quan THTT cần thay thế ngay biện pháp tạm giam bằng biện pháp bảo lãnh hoặc đặt tiền để bảo đảm⁷.

3. Điều 93 Bộ luật TTHS Nhật Bản, <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=3364&vm=02&re=02>, truy cập ngày 17/5/2020. Điều 102 Bộ luật TTHS Liên bang Nga, https://www.imolin.org/doc/amliid/Russian_Federation_Criminal_Code.pdf, truy cập ngày 17/5/2020. Điều 116a, Điều 124 Bộ luật TTHS Cộng hòa Liên bang Đức, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/, truy cập ngày 18/5/2020.

4. Điều 66 Bộ luật TTHS Trung Quốc, http://www.gov.cn/flfg/2012-03/17/content_2094354.htm, truy cập ngày 20/5/2020.

5. Theo Mục 20 Công văn số 5024/VKSTC-V14 ngày 19/11/2018 về việc giải đáp vướng mắc liên quan đến quy định của Bộ luật TTHS và nghiệp vụ THQCT, kiểm sát việc giải quyết VAHS trong ngành KSND, *chỉ áp dụng biện pháp bảo lãnh, đặt tiền để bảo đảm đối với bị can, bị cáo đang bị tạm giam*.

6. Khoản 1 Điều 121 Bộ luật TTHS năm 2015.

7. Khoản 1 Điều 12 Thông tư liên tịch số 06/2018/TTLT-VKSNDTC-TANDTC-BCA-BTP-BLĐT BXH ngày 21/12/2018 về phối hợp thực hiện một số quy định của Bộ luật TTHS về thủ tục tố tụng đối với người dưới 18 tuổi.

Trên thực tế, do chưa có văn bản hướng dẫn của cơ quan có thẩm quyền về tiêu chí áp dụng biện pháp bảo lãnh, tạm giam vẫn là lựa chọn an toàn của cơ quan THTT. Thậm chí có những bị can, bị cáo thuộc loại tội phạm ít nghiêm trọng, có nhân thân tốt, phạm tội lần đầu có yêu cầu bảo lãnh nhưng vẫn không được cơ quan THTT chấp thuận. Ngược lại, có trường hợp cơ quan THTT “mạnh dạn” áp dụng bảo lãnh cho bị can phạm tội đặc biệt nghiêm trọng. Ví dụ, trong vụ án MobiFone mua 95% cổ phần của AVG, bị can Phạm Thị Phương Anh - cựu Phó Tổng giám đốc MobiFone bị khởi tố về tội vi phạm quy định về quản lý và sử dụng vốn đầu tư công gây hậu quả nghiêm trọng quy định tại khoản 3 Điều 220 Bộ luật hình sự năm 2015 có mức cao nhất của khung hình phạt lên đến 20 năm - thuộc loại tội phạm đặc biệt nghiêm trọng đã được thay đổi biện pháp ngăn chặn sang bảo lãnh sau hơn 9 tháng bị tạm giam⁸. Trong trường hợp này, bảo lãnh tuy không trái với quy định về căn cứ áp dụng bảo lãnh, nhưng lại thiếu công bằng với những trường hợp có tính chất, mức độ nguy hiểm ít hơn nhiều, nhân thân tốt nhưng lại không được chấp thuận.

Để khắc phục bất cập nêu trên, tác giả cho rằng, Tòa án nhân dân Tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn căn cứ áp dụng biện pháp bảo lãnh theo hướng sau:

- Ưu tiên áp dụng biện pháp bảo lãnh thay thế cho biện pháp tạm giam đối với bị can, bị cáo thoả mãn các điều kiện như: (i) bị can, bị cáo phạm tội ít nghiêm trọng; tội nghiêm trọng hoặc tội rất nghiêm trọng do vô ý; (ii) bị can, bị cáo phạm tội lần đầu, có nhân thân tốt, có nơi cư trú rõ ràng, thành khẩn khai báo... Các trường hợp còn lại, căn cứ vào tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi và

nhân thân của bị can, bị cáo, cơ quan THTT vẫn có thể quyết định áp dụng biện pháp bảo lãnh thay thế cho biện pháp tạm giam;

- Không áp dụng biện pháp bảo lãnh thay thế cho biện pháp tạm giam như: bị can, bị cáo có nhân thân xấu; phạm tội đặc biệt nghiêm trọng do cố ý; đối tượng là chủ mưu, cầm đầu; bị bắt theo quyết định truy nã; phạm tội thuộc trường hợp tái phạm, tái phạm nguy hiểm...

3. Nghĩa vụ cam đoan của bị can, bị cáo và điều kiện nhận bảo lãnh của cá nhân, cơ quan, tổ chức

Thứ nhất, nghĩa vụ cam đoan của bị can, bị cáo.

Bộ luật TTHS năm 2003 chỉ đặt ra nghĩa vụ cam đoan đối với cá nhân, tổ chức nhận bảo lãnh mà thiếu các quy định về nghĩa vụ cam đoan của bị can, bị cáo được bảo lãnh. Rõ ràng, đây là một thiếu sót rất lớn vì để được áp dụng bảo lãnh, bị can, bị cáo cũng cần có những cam đoan cụ thể về việc tuân thủ các quy định của pháp luật làm cơ sở để đánh giá việc chấp hành và áp dụng lại biện pháp tạm giam khi bị can, bị cáo có những hành vi vi phạm nghĩa vụ cam đoan, gây ảnh hưởng tới hoạt động tố tụng trong thời gian được bảo lãnh. Khắc phục hạn chế này, khoản 3 Điều 121 Bộ luật TTHS năm 2015 đã quy định cụ thể về nghĩa vụ cam đoan của bị can, bị cáo. Theo đó, bị can, bị cáo được bảo lãnh phải làm giấy cam đoan thực hiện các nghĩa vụ: có mặt theo giấy triệu tập, trừ trường hợp vì lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan; không bỏ trốn hoặc tiếp tục phạm tội; không mua chuộc, cưỡng ép, xúi giục người khác khai báo gian dối, cung cấp tài liệu sai sự thật; không tiêu hủy, giả mạo chứng cứ, tài liệu, đồ vật của vụ án,

8. Thái Sơn, *Mở rộng điều tra vụ AVG: Khởi tố thêm 5 lãnh đạo MobiFone*, <https://thanhnien.vn/thoi-su/mo-rong-dieu-tra-vu-avg-khoi-to-them-5-lanh-dao-mobifone-1118949.html>, truy cập ngày 20/3/2020. Kim Anh, *Vụ MobiFone mua AVG: Truy tố 2 nguyên Bộ trưởng và 12 đồng phạm*, <http://cand.com.vn/Ban-tin-113/Vu-MobiFone-mua-AVG-Truy-to-2-nguyen-Bo-truong-va-12-dong-pham-566245/>, truy cập ngày 20/3/2020.

tẩu tán tài sản liên quan đến vụ án; không đe dọa, khống chế, trả thù người làm chứng, bị hại, người tố giác tội phạm và người thân thích của những người này.

Thứ hai, điều kiện nhận bảo lãnh của cá nhân, cơ quan, tổ chức.

Pháp luật TTHS hiện hành ghi nhận bảo lãnh được thực hiện dưới hai hình thức: cơ quan, tổ chức bảo lãnh và cá nhân bảo lãnh⁹. Bộ luật TTHS năm 2015 đã quy định chặt chẽ và chi tiết điều kiện nhận bảo lãnh của cá nhân. Cụ thể, cá nhân nhận bảo lãnh phải đáp ứng đầy đủ các điều kiện sau: (i) Cá nhân là người đủ 18 tuổi trở lên, nhân thân tốt, nghiêm chỉnh chấp hành pháp luật, thu nhập ổn định và có điều kiện quản lý người được bảo lãnh; (ii) Bị can, bị cáo được bảo lãnh là người thân thích của họ; (iii) Có ít nhất hai người cùng nhận bảo lãnh và (iv) Làm giấy cam đoan không để bị can, bị cáo vi phạm các nghĩa vụ quy định tại khoản 3 Điều 121 Bộ luật TTHS năm 2015 có xác nhận của chính quyền xã, phường, thị trấn nơi người đó cư trú hoặc cơ quan, tổ chức nơi người đó làm việc, học tập.

Tuy nhiên, Bộ luật TTHS năm 2015 vẫn chưa quy định về điều kiện nhận bảo lãnh của cơ quan, tổ chức. Vì vậy, tác giả cho rằng, văn bản hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao cần quy định cụ thể điều kiện nhận bảo lãnh của cơ quan, tổ chức. Theo đó, cơ quan, tổ chức không được nhận bảo lãnh cho bị can, bị cáo là người của cơ quan, tổ chức mình trong các trường hợp: cơ quan nhà nước đang áp dụng thủ tục giải thể theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền; doanh nghiệp đang rơi vào tình trạng mất khả năng thanh toán hoặc đang bị áp dụng thủ tục giải thể; doanh nghiệp nước ngoài không có chi nhánh, văn phòng đại diện tại Việt Nam...

9. Khoản 2 Điều 121 Bộ luật TTHS năm 2015.

10. Nghị định có sự nhầm lẫn khi sử dụng thuật ngữ; cần lưu ý rằng bảo lãnh và bảo lĩnh là hai chế định hoàn

Việc quy định cụ thể về điều kiện nhận bảo lĩnh của cơ quan, tổ chức như trên là rất cần thiết để đảm bảo việc thực hiện các nghĩa vụ khi nhận bảo lĩnh, đồng thời tránh tình trạng lúng túng khi áp dụng trên thực tế.

4. Trách nhiệm pháp lý của bị can, bị cáo và chủ thể nhận bảo lãnh

Hiện nay, để được cơ quan có thẩm quyền áp dụng biện pháp bảo lãnh, bị can, bị cáo và chủ thể nhận bảo lãnh đều phải làm giấy cam đoan theo quy định của pháp luật TTHS, đi kèm với đó là các trách nhiệm pháp lý khi vi phạm nghĩa vụ đã cam đoan. Bị can, bị cáo được bảo lãnh phải làm giấy cam đoan thực hiện các nghĩa vụ như có mặt theo giấy triệu tập, không bỏ trốn hoặc tiếp tục phạm tội, tiêu huỷ chứng cứ... Trường hợp bị can, bị cáo vi phạm các nghĩa vụ đã cam đoan thì đương nhiên bị tạm giam. Chủ thể nhận bảo lãnh cũng phải làm giấy cam đoan có xác nhận của người đứng đầu (đối với cơ quan, tổ chức); xác nhận của chính quyền xã, phường, thị trấn nơi cư trú hoặc cơ quan tổ chức nơi làm việc, học tập (đối với cá nhân) với nội dung không để bị can, bị cáo vi phạm các nghĩa vụ đã cam đoan. Cơ quan, tổ chức, cá nhân nhận bảo lãnh để bị can, bị cáo vi phạm nghĩa vụ đã cam đoan thì tùy tính chất, mức độ vi phạm mà bị phạt tiền theo quy định của pháp luật. Nghị định số 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng cháy và chữa cháy; phòng, chống bạo lực gia đình đã quy định mức phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 2.000.000 đồng đối với hành vi “vi phạm các quy định về việc chấp hành biện pháp ngăn chặn: bắt, tạm giữ, tạm giam, bảo lãnh¹⁰, cấm đi khỏi nơi cư trú, đặt tiền hoặc tài sản có giá trị để bảo đảm hoặc có các hành vi vi phạm các biện pháp ngăn chặn

khác theo quy định của pháp luật”¹¹. Tác giả cho rằng, so với tính chất và mức độ vi phạm, mức phạt tiền này là quá thấp, chưa đủ sức để “răn đe”, phòng ngừa vi phạm có thể xảy ra. Ở một số nước trên thế giới, chế tài xử phạt trong trường hợp người nhận bảo lãnh không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình có tính nghiêm khắc hơn rất nhiều¹², thậm chí có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự¹³. Nhằm mục đích phòng ngừa vi phạm nghĩa vụ bảo lãnh, tác giả cho rằng, cần sửa đổi quy định của Nghị định số 167/2013/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi vi phạm các quy định về chấp hành biện pháp ngăn chặn nói chung và biện pháp bảo lãnh nói riêng theo hướng: tăng mức xử phạt tiền lên gấp nhiều lần để ràng buộc trách nhiệm của chủ thể nhận bảo lãnh, nâng cao ý thức chấp hành pháp luật, đồng thời đảm bảo mức phạt tiền có sự tương xứng với mức độ vi phạm và hậu quả nghiêm trọng có thể xảy ra (người được bảo lãnh bỏ trốn, tiếp tục phạm tội...).

5. Thẩm quyền áp dụng biện pháp bảo lãnh; trình tự, thủ tục áp dụng bảo lãnh và các trường hợp hủy bỏ áp dụng bảo lãnh

Thứ nhất, thẩm quyền áp dụng biện pháp bảo lãnh.

Theo quy định hiện hành, những người có thẩm quyền áp dụng biện pháp bảo lãnh bao gồm: Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra các cấp; Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân và Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự các cấp; Chánh án, Phó Chánh án Tòa án nhân dân và Chánh án, Phó Chánh án Tòa án quân sự các cấp; Thẩm phán chủ tọa phiên tòa; Hội đồng xét xử¹⁴. Tuy nhiên, có ý kiến cho rằng, Chánh án, Phó Chánh án không có thẩm quyền áp dụng biện pháp bảo lãnh¹⁵. Bởi lẽ, quy định về nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể khi tiến hành giải quyết vụ án hình sự của Chánh án, Phó Chánh án liên quan đến thẩm quyền áp dụng biện pháp ngăn chặn, Điều 44 Bộ luật TTHS năm 2015 chỉ đề cập đến thẩm quyền áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp tạm giam, mà không đề cập đến thẩm quyền áp dụng biện pháp bảo lãnh cũng như các biện pháp ngăn chặn khác. Thêm vào đó, quy định về thẩm quyền áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn trong giai đoạn chuẩn bị xét xử sơ thẩm¹⁶ và xét xử phúc thẩm¹⁷ đều trao thẩm quyền áp dụng, thay đổi, hủy bỏ biện pháp ngăn chặn nói chung và biện pháp bảo lãnh

toàn khác nhau.

11. Điều a khoản 3 Điều 14 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP.

12. Tham khảo: Khoản 4 Điều 103 Bộ luật TTHS Nga quy định: Trong trường hợp người nhận bảo lãnh không thực hiện nghĩa vụ của mình thì họ có thể bị phạt một khoản tiền đến 100 lần mức thu nhập tối thiểu. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ru/ru065en.pdf>, truy cập ngày 07/4/2020.

13. Tham khảo: Điều 70 Bộ luật TTHS Trung Quốc quy định: Trường hợp không thực hiện đúng nghĩa vụ bảo lãnh của mình, thì người bảo lãnh sẽ bị phạt và nếu hành vi cấu thành tội phạm có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật, <https://www.chinalawtranslate.com/en/criminal-procedure-law-2018/>, truy cập ngày 12/4/2020.

14. Khoản 4 Điều 121 Bộ luật TTHS năm 2015.

15. Nguyễn Thành Giang, *Chánh án có quyền áp dụng biện pháp bảo lãnh, đặt tiền... không?*, <https://kiemsat.vn/chanh-an-co-quyen-ap-dung-bien-phap-bao-linh-dat-tien-khong-50394.html>, truy cập ngày 22/5/2020. Trần Văn Hùng, *Thẩm quyền áp dụng biện pháp ngăn chặn trong tố tụng hình sự và một số lưu ý khi áp dụng*, <https://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=2348>, truy cập ngày 22/5/2020.

16. Khoản 1 Điều 278 Bộ luật TTHS năm 2015.

17. Khoản 1 Điều 347 Bộ luật TTHS năm 2015.

nói riêng sau khi thụ lý vụ án cho Thẩm phán chủ tọa phiên tòa. Riêng đối với biện pháp tạm giam, thẩm quyền thuộc về Chánh án, Phó Chánh án tòa án.

Theo tác giả, Điều 44 Bộ luật TTHS năm 2015 đã quy định theo hướng mở, ngoài liệt kê các nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể, tại điểm e điều này còn quy định Chánh án, Phó Chánh án tòa án có thể “tiến hành hoạt động tố tụng khác theo quy định của Bộ luật TTHS”. Theo quy định hiện hành, từ thời điểm thụ lý vụ án, Chánh án tòa án có thời hạn 03 ngày để phân công thẩm phán chủ tọa phiên tòa giải quyết vụ án¹⁸. Như vậy, mặc dù các quy định cụ thể trong giai đoạn xét xử đã trao quyền quyết định áp dụng biện pháp bảo lãnh cho thẩm phán chủ tọa phiên tòa. Tuy nhiên, trong thời hạn này, vì chưa có thẩm phán chủ tọa phiên tòa nên quyền áp dụng biện pháp bảo lãnh thuộc về Chánh án, Phó Chánh án tòa án. Trong trường hợp Chánh án, Phó Chánh án tòa án cũng là thẩm phán chủ tọa phiên tòa, thì đương nhiên có quyền áp dụng biện pháp bảo lãnh theo các quy định của pháp luật TTHS.

Thứ hai, về trình tự, thủ tục áp dụng biện pháp bảo lãnh.

Pháp luật hiện hành chưa quy định cụ thể về trình tự, thủ tục áp dụng biện pháp bảo lãnh nên trong nhiều trường hợp, giấy cam đoan của bị can, bị cáo và của chủ thể nhận bảo lãnh có thể được xem là đề nghị được bảo lãnh; cũng có trường hợp, đề nghị bảo lãnh được thể hiện dưới dạng đơn xin bảo lãnh. Điều này vô hình trung làm thiếu đi sự thống nhất, gây lúng túng khi áp dụng, thi hành trên thực tế.

Thứ ba, các trường hợp huỷ bỏ áp dụng biện pháp bảo lãnh.

Theo quy định của pháp luật TTHS hiện hành, việc áp dụng biện pháp bảo lãnh bị huỷ bỏ khi: (i) Bị can, bị cáo vi phạm nghĩa vụ đã cam đoan tại khoản 3 Điều 121 Bộ luật TTHS năm 2015; (ii) Hết thời hạn áp dụng biện pháp bảo lãnh. Trong thời hạn 10 ngày trước khi hết thời hạn áp dụng biện pháp ngăn chặn bảo lãnh, cơ quan đã đề nghị áp dụng biện pháp ngăn chặn này phải thông báo cho Viện kiểm sát để quyết định hủy bỏ hoặc thay thế biện pháp ngăn chặn khác¹⁹; (iii) Vụ án rơi vào các trường hợp huỷ bỏ biện pháp ngăn chặn do pháp luật quy định²⁰.

Trên thực tế, ngoài những trường hợp trên, có thể xảy ra rất nhiều trường hợp không thể tiếp tục áp dụng biện pháp bảo lãnh nhưng lại chưa có hướng dẫn cụ thể về cách thức xử lý gây khó khăn và lúng túng cho các cơ quan tiến hành tố tụng như: phát hiện bị can, bị cáo phạm tội khác trước khi áp dụng biện pháp bảo lãnh; chủ thể nhận bảo lãnh từ chối tiếp tục bảo lãnh trước khi hết thời hạn bảo lãnh; cá nhân nhận bảo lãnh bị truy cứu trách nhiệm hình sự; cá nhân nhận bảo lãnh chết; cơ quan, tổ chức nhận bảo lãnh bị giải thể, phá sản... Đây là những trường hợp không thể tiếp tục thực hiện bảo lãnh do những nguyên nhân xuất phát từ chính bản thân bị can, bị cáo hoặc từ phía cơ quan, tổ chức, cá nhân nhận bảo lãnh nhưng lại chưa có cơ sở pháp lý để huỷ bỏ việc áp dụng biện pháp bảo lãnh.

Để đảm bảo áp dụng thống nhất biện pháp bảo lãnh trên thực tế, khắc phục những bất cập phát sinh, tác giả cho rằng, Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể về trình tự, thủ tục áp dụng biện pháp bảo lãnh; về các trường hợp biện pháp bảo lãnh bị huỷ bỏ ■

18. Khoản 2 Điều 276 BLTTHS năm 2015.

19. Khoản 2 Điều 125 BLTTHS năm 2015.

20. Điều 125 BLTTHS năm 2015.

ĐỊNH MỨC VIỆC THI HÀNH ÁN DÂN SỰ ĐỐI VỚI CHẤP HÀNH VIÊN

Nguyễn Văn Nghĩa *

Hoàng Thị Thanh Hoa**

* TS. Tổng cục Thi hành án dân sự, Bộ Tư pháp.

** ThS. Chấp hành viên, Cơ quan Thi hành án dân sự Tp. Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Chấp hành viên, thi hành án dân sự, việc thi hành án dân sự, định mức việc thi hành án dân sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 16/12/2020
Biên tập : 06/01/2021
Duyệt bài : 08/01/2021

Article Information:

Keywords: Executor; civil judgment enforcement, civil judgment enforcement case; civil judgment enforcement norm.

Article History:

Received : 16 Dec. 2020
Edited : 06 Jan. 2021
Approved : 08 Jan. 2021

1. Khái niệm định mức việc thi hành án dân sự đối với chấp hành viên

Thi hành án dân sự (THADS) là hoạt động nhằm đảm bảo các bản án, quyết định về dân sự của Tòa án và các quyết định khác được thi hành theo đúng quy định của pháp luật. Thực hiện nhiệm vụ quan trọng này, không ai khác ngoài lực lượng nòng cốt, chủ lực là chấp hành viên (Điều 17, Điều 21 và Điều 25 Luật sửa đổi, bổ sung điều của Luật THADS năm 2014) và sự tham gia một phần từ lực lượng thừa phát lại thông qua chủ trương xã hội hóa một số công

Tóm tắt:

Trong hoạt động thi hành án dân sự, chấp hành viên có vai trò đặc biệt quan trọng, mang tính quyết định đến hiệu quả của công tác thi hành án. Việc hoàn thiện định mức việc thi hành án dân sự đối với chấp hành viên còn là một trong những cơ sở để các cơ quan quản lý nhà nước phân bổ chỉ tiêu, nhiệm vụ thi hành án dân sự hàng năm phù hợp với yêu cầu của thực tiễn; mức độ hoàn thành chỉ tiêu thi hành án dân sự cũng là một trong những tiêu chí đánh giá mức độ hoàn thành nhiệm vụ và xếp loại công chức hàng năm đối với chấp hành viên. Do đó, hoàn thiện các quy định của pháp luật về định mức phân công công việc phù hợp, khoa học cho chấp hành viên sẽ đảm bảo việc phân công công việc hợp lý, tăng tính chủ động của chấp hành viên trong công việc, từ đó góp phần nâng cao hiệu quả công tác thi hành án dân sự.

Abstract:

In civil judgment enforcement activities, the executors play a particularly important role, decisive to effective judgment execution. Improvements of the civil judgment enforcement norms for executors is also one of the grounds for the state agencies to allocate annual civil judgment enforcement quotas and tasks in accordance with requirements of practice; The fulfillment of civil judgment enforcement quotas is also one of the criteria for assessment of task completion and annual ranking for the executors. Therefore, the improvements of the law provisions on appropriate work assignment norms for executors is to ensure the reasonable assignment of tasks, increase the activeness of the executors, thereby contributing to improving the efficiency of civil judgment enforcement.

việc có liên quan đến công tác THADS¹. Với vị trí trung tâm của hoạt động THADS², chấp hành viên có vai trò quyết định đối với hiệu quả thi hành án; do đó, việc xác định hợp lý định mức công việc đối với chấp hành viên là một vấn đề cần thiết.

Theo quy định của khoản 9 Điều 3 Luật THADS năm 2008 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2014 (Luật THADS), cách xác định số lượng “việc thi hành án” dựa trên số lượng “quyết định thi hành án”. Quyết định thi hành án (chủ động hoặc theo yêu cầu) là

1. Nghị quyết số 24/2008/QH12 ngày 14/11/2008 của Quốc hội về việc thi hành Luật THADS.

2. Xem thêm: ThS. Đinh Duy Bằng, Một số vấn đề về quyền hạn của chấp hành viên, <http://tcdepl.moj.gov.vn/qr/tintuc/Pages/thi-hanh-phap-luat.aspx?ItemID=341>, truy cập ngày 17/10/2018.

một văn bản do Thủ trưởng cơ quan THADS có thẩm quyền ký ban hành để thi hành một hoặc nhiều khoản trong các bản án, quyết định được thi hành theo thủ tục THADS. Quyết định của Thủ trưởng cơ quan THADS là căn cứ pháp lý đầu tiên trong hồ sơ thi hành án chủ động hoặc hồ sơ thi hành án theo yêu cầu³ (đều là bút lục số 01) và là căn cứ để chấp hành viên lập hồ sơ, ban hành các quyết định về THADS để tổ chức thi hành (Điều 36 Luật THADS, Điều 6, 7, 8 Nghị định số 33/2020/NĐ-CP).

Dưới góc độ ngữ pháp tiếng Việt, “việc THADS” là một từ ghép của từ “việc” và từ “THADS”. “Việc” theo từ điển tiếng Việt có nghĩa là *cái phải làm, nói về mặt công sức bỏ ra; hoặc cái làm hàng ngày theo nghề và được trả công; hoặc đây là một từ có tác dụng danh hóa một hoạt động, một sự việc xảy ra (cùng với từ, hoặc tổ hợp từ hay cấu trúc chủ ngữ - vị ngữ đứng sau làm thành một tổ hợp có chức năng)*⁴. “THADS” là hoạt động đảm bảo thực hiện đầy đủ, kịp thời bản án, quyết định về dân sự có hiệu lực thi hành theo trình tự, thủ tục pháp luật quy định⁵. Từ đó, có thể hiểu, việc THADS là các loại việc được Nhà nước trao cho chấp hành viên, thừa phát lại thực hiện nhằm đảm bảo thi hành đầy đủ, kịp thời bản án, quyết định về dân sự có hiệu lực thi hành theo trình tự, thủ tục pháp luật quy định. Theo Từ điển tiếng Việt, “*định mức*” được hiểu là mức quy định về lao động, thời gian, vật liệu, v.v... để hoàn thành một công việc hay sản phẩm⁶.

Từ phân tích nêu trên, theo chúng tôi có thể hiểu, “*Định mức việc THADS*” đối với

chấp hành viên là mức quy định số lượng việc THADS mà mỗi chấp hành viên phải thi hành trong một đơn vị thời gian nhất định theo trình tự, thủ tục được pháp luật quy định.

2. Thực trạng định mức việc THADS đối với chấp hành viên

Một là, số lượng chấp hành viên chưa tương thích với số lượng việc thi hành án dân sự phải thi hành.

Theo số liệu thống kê của Tổng cục THADS, trong 03 năm (từ 2018 đến năm 2020) tổng số việc và tiền phải thi hành của các cơ quan THADS đều tăng cao, cụ thể: năm 2018, tổng số việc phải thi hành của các cơ quan THADS trong cả nước là 914.083 việc, tương ứng với số tiền phải thi hành là 178.628 tỷ đồng⁷; năm 2019, tổng số việc phải thi hành là 959.508 việc tương ứng với số tiền là 273.748 tỷ đồng⁸; năm 2020, tổng số phải thi hành là 885.833 việc tương ứng với số tiền trên 293.869 tỷ đồng.

Có thể thấy, số lượng việc và tiền phải thi hành án ngày càng tăng cao về số lượng và giá trị, tính chất các vụ việc phải thi hành án ngày càng phức tạp⁹, trong khi đó số lượng chấp hành viên chưa đáp ứng được yêu cầu của việc THADS.

Theo số liệu thống kê của Tổng Cục THADS Bộ Tư pháp, số lượng chấp hành viên THADS trong 03 năm gần đây như sau: năm 2018, có 4.112 chấp hành viên, gồm 17 chấp hành viên cao cấp, 1.173 chấp hành viên trung cấp, 2.922 chấp hành viên sơ cấp; năm 2019, có 4.138 chấp hành viên¹⁰ (tăng 26 chấp hành viên

3. Điều 30 Thông tư số 01/2016/TT-BTP ngày 01/02/2016 của Bộ Tư pháp hướng dẫn thực hiện một số thủ tục về quản lý hành chính và biểu mẫu nghiệp vụ trong THADS.

4. Hoàng Phê, *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, năm 2003, tr. 1115.

5. Bùi Đức Tiên, Luận án tiến sỹ: *Thực hiện pháp luật về cưỡng chế THADS ở Việt Nam*, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, năm 2018, tr. 31-32.

6. Hoàng Phê, *Trung tâm Từ điển học*, Nxb. Đà Nẵng, năm 1997; tr. 325.

7. Tổng số phải thi hành bằng tổng số thụ lý trừ đi số vụ việc ủy thác thi hành án.

8. Báo cáo số 234/BC-TKDLCN ngày 12/10/2020 của Trung tâm thống kê, Quản lý dữ liệu và Ứng dụng công nghệ thông tin, Tổng cục THADS về kết quả THADS 12 tháng năm 2020 (tháng 9 năm 2020).

9. Báo cáo số 157/BC-TCTHADS ngày 27/6/2019 của Tổng cục THADS tổng kết các nội dung, nhiệm vụ liên quan đến công tác cải cách tư pháp từ năm 2015 đến nay; mục tiêu, nhiệm vụ giai đoạn 2021-2030, tr. 21-22.

10. Vụ Tổ chức cán bộ, Tổng cục THADS, Báo cáo số 698/BC-TCCB ngày 10/10/2019 về công tác tổ chức cán bộ của hệ thống THADS từ ngày 01/10/2018 đến ngày 30/9/2019.

so với năm 2018), trong đó có 29 chấp hành viên cao cấp (chiếm khoảng 0,7%), 1.460 chấp hành viên trung cấp (chiếm khoảng 35,3%), 2.649 chấp hành viên sơ cấp (chiếm khoảng 64%); năm 2020, có 4.099 chấp hành viên¹¹ (giảm 39 chấp hành viên so với năm 2019), trong đó có 34 chấp hành viên cao cấp (chiếm 0,8%), 1382 chấp hành viên trung cấp (chiếm 33,7%) và 2683 chấp hành viên sơ cấp (chiếm 65,5%).

Tỷ lệ bình quân số việc THADS phải thi hành trên mỗi chấp hành viên cụ thể như sau: năm 2018 là 222 việc, tương ứng với số tiền 43 tỷ đồng/ chấp hành viên/năm; năm 2019 là 232 việc, tương ứng với số tiền 66 tỷ đồng/ chấp hành viên/năm; năm 2020 là 216 việc, tương ứng với 72 tỷ đồng/ chấp hành viên /năm. Nếu tính tỷ lệ bình quân số việc THADS mỗi chấp hành viên thụ lý mỗi năm trong 03 năm qua (từ năm 2018 đến hết năm 2020) là 223 việc (tương ứng với số tiền là 60 tỷ đồng/ chấp hành viên/năm).

Thực trạng nêu trên đã đặt ngành THADS đứng trước sức ép rất lớn về tình trạng quá tải trong công việc, đặc biệt là đối với chấp hành viên ở những tỉnh, thành phố có lượng việc THADS lớn. Do đó, nghiên cứu để đưa ra định mức công việc phù hợp làm căn cứ phân công công việc cho chấp hành viên một cách khoa học để tổ chức thi hành có hiệu quả bản án, quyết định đang là yêu cầu cấp bách đặt ra đối với các cơ quan quản lý nhà nước trong lĩnh vực THADS trước yêu cầu cải cách tư pháp, cải cách hành chính, xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa.

Hai là, số lượng biên chế phân bổ ngày càng giảm.

Theo thống kê của Tổng cục THADS, năm 2018, số lượng biên chế được phân bổ cho toàn hệ thống THADS là 9.488 biên chế¹² (trong đó, Tổng cục THADS 175 biên chế; các cơ quan THADS địa phương 9.313 biên chế), giảm 169 biên chế so với năm 2017; năm 2019, số lượng biên chế được phân bổ cho toàn

hệ thống THADS là 9.288 biên chế¹³ (trong đó, Tổng cục THADS 175 biên chế; các cơ quan THADS địa phương 9.113 biên chế), giảm 200 biên chế so với năm 2018; năm 2020, số lượng biên chế được phân bổ cho toàn hệ thống THADS là 9.088 biên chế¹⁴ (trong đó, Tổng cục THADS 172 biên chế; các cơ quan THADS địa phương 8.916 biên chế), giảm 201 biên chế so với năm 2019.

Tình trạng một số cơ quan THADS thiếu biên chế để bố trí công việc theo đề án vị trí việc làm dẫn đến nhiều cơ quan THADS đang chịu áp lực rất lớn do số lượng việc THADS phải thi hành tăng lên nhanh chóng (cả về số việc cũ năm trước chuyển sang và số việc THADS thụ lý mới) với tính chất ngày càng phức tạp hơn và giá trị thi hành lớn, đặc biệt lớn. Trong khi đó, thực hiện Nghị quyết số 39-NQ/TW ngày 17/4/2015 của Bộ Chính trị về tinh giản biên chế và cơ cấu lại đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức; Nghị quyết số 18-NQ/TW ngày 25/10/2017 của Hội nghị lần thứ sáu Ban Chấp hành Trung ương Khóa XII một số vấn đề về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả, yêu cầu hệ thống THADS từ năm 2016 đến năm 2021 phải cắt giảm 10% biên chế so với năm 2015. Năm 2015, toàn hệ thống THADS được giao 9.957 biên chế, đến năm 2020, được giao 9.088 biên chế, đã giảm 869 biên chế so với năm 2015. Riêng trong 03 năm từ năm 2018 đến năm 2020, trung bình mỗi năm số biên chế phân bổ cho cả hệ thống THADS giảm 190 biên chế.

Việc tinh giản biên chế nói chung cũng ảnh hưởng đến số lượng công việc của chấp hành viên. Theo quy định tại Thông tư số 03/2017/TT-BTP, chấp hành viên được các thư ký giúp việc trong thực hiện các trình tự, thủ tục trong công tác THADS, thi hành án hành chính (THAHC). Trên thực tế, nhiều chấp hành viên không có thư ký giúp việc, chấp hành viên vừa

11. Vụ Tổ chức cán bộ, Tổng cục THADS, Báo cáo số 945/TCCB ngày 12/10/2020 về công tác tổ chức cán bộ của hệ thống THADS từ ngày 01/10/2019 đến ngày 30/9/2020.

12. Theo Quyết định số 521/QĐ-BTP ngày 30/3/2018 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp.

13. Theo Quyết định số 2473/QĐ-BTP ngày 01/10/2018 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp.

14. Theo Quyết định số 2724/QĐ-BTP ngày 05/11/2019 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp.

làm nhiệm vụ giải quyết án, vừa làm thêm nhiều công việc hành chính khác như làm các loại báo cáo, hoàn thiện giấy tờ, sổ sách,... dẫn đến quá tải trong công việc, ảnh hưởng đến hiệu quả tổ chức thi hành án.

Ba là, cơ cấu tỷ lệ giữa các ngạch chấp hành viên còn chênh lệch khá lớn.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 17 Luật THADS, chấp hành viên là người được Nhà nước giao nhiệm vụ thi hành các bản án, quyết định theo quy định. Chấp hành viên có ba ngạch là chấp hành viên sơ cấp, chấp hành viên trung cấp và chấp hành viên cao cấp. Tiêu chuẩn, năng lực và kinh nghiệm công tác ứng với mỗi ngạch chấp hành viên khác nhau là khác nhau. Theo quy định của Điều 3 và Điều 5 Thông tư số 03/2017/TT-BTP ngày 05/4/2017 của Bộ Tư pháp quy định chức danh, mã số ngạch và tiêu chuẩn nghiệp vụ các ngạch công chức chuyên ngành THADS, chấp hành viên cao cấp là công chức có chuyên môn nghiệp vụ THADS, THAHC cao nhất, trực tiếp tổ chức thi hành, đơn đốc thi hành những vụ việc THADS, THAHC đặc biệt phức tạp, có liên quan đến các ngành, các cấp, các địa phương hoặc có yếu tố nước ngoài thuộc thẩm quyền của Cục THADS; chấp hành viên trung cấp, là công chức chuyên môn nghiệp vụ THADS, THAHC, trực tiếp tổ chức thi hành, đơn đốc thi hành các vụ việc THADS, THAHC phức tạp, số tiền, tài sản phải thi hành lớn; việc thi hành án liên quan đến nhiều địa phương thuộc thẩm quyền của Cục THADS, Chi cục THADS; chấp hành viên sơ cấp, là công chức chuyên môn nghiệp vụ THADS, THAHC, có trách nhiệm trực tiếp tổ chức THADS, đơn đốc THAHC đối với những vụ việc đơn giản, lượng tiền, tài sản phải thi hành án có giá trị không lớn thuộc thẩm quyền thi hành của Cục THADS, Chi cục THADS.

Quy định trên đã thể hiện mối quan hệ giữa các ngạch chấp hành viên với tính chất của việc THADS. Ví dụ, chấp hành viên cao cấp được giao thi hành việc THADS đặc biệt phức tạp, trên phạm vi địa bàn hành chính rộng lớn, việc THADS có yếu tố nước ngoài; chấp hành viên trung cấp được giao thi hành việc THADS phức tạp, giá trị phải thi hành lớn; chấp hành

viên sơ cấp được giao thi hành việc THADS đơn giản, giá trị phải thi hành không lớn. Tuy nhiên, cho đến nay chưa có văn bản nào chính thức giải thích khái niệm việc THADS đặc biệt phức tạp, phức tạp, hoặc đơn giản, có giá trị thi hành lớn hoặc không lớn. Hơn nữa, trong quá trình tổ chức thi hành án, tính chất khó thi hành hoặc dễ thi hành đối với mỗi việc THADS lại có thể chuyển hóa lẫn nhau, tùy thuộc vào yếu tố khách quan, thái độ hợp tác hoặc chống đối của đương sự. Trên thực tế, những việc THADS phức tạp, giá trị phải thi hành lớn thường tập trung ở những thành phố lớn, như thành phố Hồ Chí Minh, Hà Nội, Hải Phòng, Đà Nẵng,... nhưng những địa bàn này lại chưa có đủ số lượng ngạch chấp hành viên cao cấp tương ứng với số lượng việc THADS khó khăn, phức tạp. Nhiều Cục THADS vẫn chưa có người đủ điều kiện, tiêu chuẩn để thi tuyển, bổ nhiệm vào ngạch chấp hành viên cao cấp. Mặc dù các tỉnh, thành phố lớn thường có số lượng chấp hành viên đông đảo hơn, nhưng cũng không đủ số lượng chấp hành viên để phân công công việc THADS tương ứng với yêu cầu từng ngạch chấp hành viên, đặc biệt là ngạch chấp hành viên cao cấp.

Ngoài ra, với số lượng biên chế và định biên của số lượng chấp hành viên hiện có cũng rất khó để Thủ trưởng các cơ quan THADS phân công công việc theo đúng tiêu chí các ngạch chấp hành viên ứng với tính chất của việc THADS. Các cơ quan THADS cũng không có đủ thông tin để dự báo được trong năm công tác, quý hoặc tháng công tác sẽ có bao nhiêu các loại việc THADS khác nhau phát sinh. Số lượng việc THADS, đặc biệt là việc THADS theo yêu cầu lại còn tùy thuộc vào thời điểm yêu cầu của đương sự mới có căn cứ để ra quyết định thi hành án. Do vậy, để bảo đảm tính ổn định trong hoạt động THADS và kịp thời tổ chức thi hành bản án, quyết định theo đúng trình tự, thủ tục thời gian theo quy định của pháp luật THADS, Thủ trưởng các cơ quan THADS địa phương thường lựa chọn cách phân công công việc cho chấp hành viên theo địa bàn hành chính hơn là theo tính chất của việc THADS, trừ trường hợp việc THADS thực sự rõ ràng là lớn, khó khăn, phức tạp và

đơn vị có đủ số lượng ngạch chấp hành viên cao cấp hoặc trung cấp để phân công tổ chức thi hành những loại việc THADS này.

Hiện nay, thực tế việc phân công công việc THADS cho chấp hành viên ở các Chi cục THADS chủ yếu phân theo địa bàn hành chính, dựa vào tổng số chấp hành viên của đơn vị và tổng số xã, phường, thị trấn hoặc binh quân số lượng bản án, quyết định trên từng đơn vị hành chính cấp xã để phân công phụ trách địa bàn cho chấp hành viên. Tuy nhiên, tiêu chí dựa vào tính chất phức tạp, khó khăn hoặc đơn giản của mỗi bản án, quyết định hoặc mỗi loại việc THADS để phân công cho phù hợp với từng ngạch chấp hành viên là vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu, tổng kết, đánh giá. Mục đích của việc ban hành tiêu chí để phân công công việc nhằm vừa bảo đảm tính công bằng trong sử dụng lao động, vừa bảo đảm nâng cao hiệu quả hoạt động THADS.

3. Kiến nghị hoàn thiện quy định về định mức công việc đối với chấp hành viên

Một là, nghiên cứu quy định “mức trần” công việc đối với mỗi chấp hành viên. Trong quá trình tổ chức thi hành án, pháp luật quy định rất nhiều trình tự, thủ tục yêu cầu chấp hành viên phải thực hiện nhưng vẫn chưa có kết quả đánh giá một cách chính xác, khoa học và cụ thể về khoảng thời gian cần thiết để chấp hành viên thực hiện hiệu quả mỗi trình tự, thủ tục thi hành án. Ngoài ra, khả năng mỗi ngạch chấp hành viên khác nhau (chấp hành viên cao cấp, chấp hành viên trung cấp, chấp hành viên sơ cấp) trung bình mỗi năm thi hành được bao nhiêu việc THADS (việc THADS đơn giản, phức tạp, trọng điểm, điển hình...) cũng khác nhau nên cần có sự khảo sát, đánh giá. Khi chưa có các kết quả, đánh giá nêu trên rất khó để quy định “mức trần” cho chấp hành viên một năm phải thực thi bao nhiêu vụ việc thi hành án, qua đó giao chỉ tiêu nhiệm vụ THADS, biên chế cũng như đánh giá mức độ hoàn thành nhiệm vụ và năng lực của chấp hành viên. Mặc dù chưa có

quy định mức trần nhưng về nguyên tắc, trách nhiệm, quyền lợi, mức lương, phụ cấp của các ngạch chấp hành viên như nhau là ngang nhau, các yêu cầu từ các quy phạm pháp luật phải thực hiện cũng như nhau¹⁵. Như vậy, chấp hành viên thi hành 100 việc/năm cũng cơ bản giống như chấp hành viên thi hành cao hơn rất nhiều lần, ví dụ 500, 700, 1000... việc/năm. Số lượng công việc nhiều chắc chắn phải chịu rủi ro nhiều, thời gian thì có hạn không thể kéo dài; trình tự, thủ tục, trách nhiệm pháp lý đã được luật hóa. Mặc dù những sai sót trong quá trình tổ chức thi hành án có thể đó là lỗi vô ý, lỗi do khách quan (ví dụ, số lượng, áp lực công việc nhiều dẫn đến không thể thực hiện được các thủ tục thi hành án đúng thời gian luật định...)¹⁶. Vậy, cơ chế nào để bảo vệ chấp hành viên khi những rủi ro, những vi phạm đó là do quá tải công việc? Đây cũng chính là một “khoảng trống” trong việc bảo vệ chấp hành viên, bảo vệ tính công bằng, tính hợp lý cũng như đánh giá đúng năng lực, hiệu quả công tác và bảo vệ uy tín, danh dự, nhân phẩm cho chấp hành viên.

Do đó, cần có sự tổng hợp, nghiên cứu một cách có hệ thống theo quy định về vị trí việc làm của chấp hành viên, qua đó đánh giá được đúng những công việc mà chấp hành viên phải thực hiện, thời gian và công sức bỏ ra cho mỗi việc THADS. Tăng cường ứng dụng tiến bộ khoa học, kỹ thuật, đặc biệt là những ưu điểm, tiên bộ của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 vào các quy trình, thủ tục THADS, cải cách, đổi mới, tinh gọn quy trình, thủ tục THADS. Từ đó, định lượng được tổng số việc THADS mà mỗi chấp hành viên có thể thực hiện được và hoàn thành tốt trong một năm công tác. Trường hợp phải thực hiện nhiều hơn số lượng bình quân thì có cơ chế, chính sách khuyến khích, động viên tăng lương, phụ cấp trách nhiệm hoặc cơ chế giảm thiểu trách nhiệm, rủi ro cho người thực hiện và trường hợp bằng hoặc ít hơn con số trung bình thì phải yêu cầu trách nhiệm cao hơn,...

15. Đặng Đình Quyền, Luận án tiến sĩ luật học: “Hiệu quả áp dụng pháp luật trong thi hành án dân sự ở Việt Nam”, Học viện Chính trị-Hành chính Quốc gia Hồ Chí Minh, năm 2012, tr. 154-156.

16. ThS. Đinh Duy Bằng và ThS. Hoàng Thị Thanh Hoa, Phát huy vai trò chủ động của chấp hành viên, góc nhìn từ quyền hạn, https://thads.moj.gov.vn/noidung/tintuc/Lists/NghienCuuTraoDoi/View_Detail.aspx?ItemID=908, ngày đăng: 23/10/2018.

Hai là, đổi mới, sắp xếp lại cơ cấu tổ chức của hệ thống THADS. Hệ thống tổ chức bộ máy cơ quan THADS cần được đổi mới, sắp xếp lại theo hướng: sáp nhập những đơn vị có số lượng việc thi hành án nhỏ, ít để giảm sự chồng chéo của tổ chức bộ máy; ngược lại, cần tăng biên chế nhằm bổ sung đủ cơ cấu vị trí việc làm, bổ sung cho những đơn vị bị cắt giảm nhiều biên chế trong 5 năm qua, đặc biệt là cho những đơn vị có việc THADS tăng cả về số lượng công việc, tính chất phức tạp và giá trị thi hành lớn. Hiện nay, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 101/2020/NĐ-CP ngày 28/8/2020 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 123/2016/NĐ-CP ngày 01/9/2016 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ. Do đó, cần có văn bản thay thế, sửa đổi, bổ sung Quyết định số 61/2014/QĐ-TTg ngày 30/10/2014 của Thủ tướng Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Tổng cục THADS trực thuộc Bộ Tư pháp cho phù hợp với yêu cầu tổ chức, sắp xếp lại cơ cấu tổ chức bộ máy của Tổng cục thuộc Bộ theo quy định mới của Nghị định số 101/2020/NĐ-CP.

Ba là, khảo sát thực tiễn tổng số thời gian thực hiện mỗi quy trình thi hành án. Rà soát lại tổng thể thời gian cần thiết để thực hiện quy trình THADS hiệu quả, từ đó điều chỉnh số việc THADS mỗi chấp hành viên phải thi hành hàng năm, hàng tháng để bảo đảm tính khả thi. Trước mắt, cần tiếp tục hoàn thiện các quy định pháp luật về quyền, quyền hạn, trách nhiệm của chấp hành viên để đảm bảo việc áp dụng pháp luật thiết thực, hiệu quả; tách bạch rõ ràng về mặt quy định liên quan đến quyền hạn của chấp hành viên và điều luật quy định về nhiệm vụ, trách nhiệm của chấp hành viên¹⁷. Theo đó, quy định xác lập “quyền” đối với chấp hành viên thì chấp hành viên có quyền thực hiện trong mức độ, hạn định mà quy phạm pháp luật cho phép; quy định giao “nhiệm vụ, trách nhiệm” cho chấp hành viên thì buộc chấp hành viên phải tuân theo, thực hiện theo đúng trình tự, thủ tục và trong khoảng thời gian quy định, nếu không thực hiện, thực hiện không

đúng, không đủ, không kịp thời thì phải chịu trách nhiệm trước pháp luật tùy thuộc vào ý thức trách nhiệm, mức độ lỗi, hậu quả và các nguyên nhân (chủ quan, khách quan).

Bốn là, xây dựng chế độ, chính sách làm thêm giờ, ngoài giờ linh hoạt đối với chấp hành viên, đặc biệt là ở những đơn vị có số lượng việc THADS lớn khi cần phải tăng thời gian để giải quyết án ở những đơn vị trọng điểm, nhiều việc thi hành án phải thi hành.

Năm là, đổi mới công tác tổ chức cán bộ trong việc nâng cao hiệu quả sử dụng nguồn nhân lực. Cần chú trọng giải pháp về công tác tổ chức cán bộ như ưu tiên tăng biên chế cho hệ thống THADS, tăng tỷ lệ chấp hành viên trong tổng số biên chế và điều chỉnh hợp lý tương quan tỷ lệ giữa các ngạch chấp hành viên, theo hướng cần tăng số lượng và tỷ lệ ngạch chấp hành viên cao cấp, bảo đảm mỗi Cục THADS có ít nhất từ 01 đến 02 chấp hành viên trở lên phù hợp với tính chất, yêu cầu nhiệm vụ thi hành án; tăng cường công tác biệt phái, luân chuyển, điều động... một cách hợp lý và phù hợp để chấp hành viên có nhiều cơ hội học hỏi kinh nghiệm, vững vàng hơn về chuyên môn nghiệp vụ; xây dựng chính sách đãi ngộ hợp lý về nơi ở, phụ cấp, nâng lương, nâng ngạch, quy hoạch, ưu tiên trong công tác bổ nhiệm đối với những chấp hành viên được luân chuyển, biệt phái.

Sáu là, tăng cường công tác đào tạo, bồi dưỡng đội ngũ chấp hành viên. Không thể phủ nhận rằng hiệu quả công tác THADS phụ thuộc cơ bản vào năng lực, chất lượng đội ngũ chấp hành viên, trong khi đó chất lượng đội ngũ chấp hành viên lại phụ thuộc phần nhiều vào công tác đào tạo, bồi dưỡng, tập huấn chuyên môn, nghiệp vụ THADS. Do đó, tăng cường công tác bồi dưỡng, đào tạo cho đội ngũ chấp hành viên và cán bộ THADS để nâng cao năng lực, trình độ chuyên môn, giảm thiểu sai sót trong thực hiện nhiệm vụ là yêu cầu nhiệm vụ thường xuyên, liên tục, đặc biệt trong bối cảnh hệ thống pháp luật vẫn còn hạn chế, mâu thuẫn, bất cập và thường xuyên được sửa đổi, bổ sung ■

17. Xem thêm: ThS. Đinh Duy Bằng và ThS. Hoàng Thị Thanh Hoa, Phát huy vai trò chủ động của chấp hành viên, góc nhìn từ quyền hạn; tldd.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ CHUYỂN NHƯỢNG DỰ ÁN BẤT ĐỘNG SẢN

Võ Trung Tín*

Trương Văn Quyền**

* TS. Trường Đại học Luật TP.Hồ Chí Minh.

** Luật sư, NCS, Trương Gia InvestConsult.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bất động sản, kinh doanh bất động sản, nhà ở thương mại, chuyển nhượng dự án.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 07/01/2021

Biên tập : 18/01/2021

Duyệt bài : 20/01/2021

Tóm tắt:

Trải qua hơn 5 năm thực hiện Luật Kinh doanh bất động sản (BDS)¹, thị trường BDS đã có những khởi sắc và biến chuyển đáng kể, đặc biệt là hoạt động chuyển nhượng dự án BDS diễn ra mạnh mẽ. Các dự án bị “trùm mền” được chuyển giao lại cho các chủ đầu tư có năng lực tiếp tục thực hiện bằng hoạt động chuyển nhượng dự án, đảm bảo sự phục hồi và phát triển của thị trường BDS Việt Nam giai đoạn 2015-2020. Tuy nhiên, pháp luật về chuyển nhượng dự án BDS vẫn còn bộc lộ nhiều bất cập, tạo nên rào cản cho hoạt động này, đồng thời chưa cân bằng được lợi ích của các bên. Với vai trò là một nội dung chính của Luật Kinh doanh BDS và chi phối, tác động trực tiếp đến hoạt động chuyển nhượng dự án BDS, các quy định của Luật Kinh doanh BDS và pháp luật có liên quan về chuyển nhượng dự án BDS cần được tiếp tục đánh giá và hoàn thiện hơn trong bối cảnh mới, tạo nên một khung pháp lý hoàn chỉnh, mang lại hiệu quả và đóng góp vào sự phục hồi, phát triển của thị trường, của nền kinh tế.

Article Information:

Keywords: Real estate, real estate trading, commercial housing, project transfer.

Article History:

Received : 07 Jan. 2021

Edited : 18 Jan. 2021

Approved : 20 Jan. 2021

Abstract:

After more than 5 years of enforcement, the Law on Real Estate Business, the real estate market has prospered and changed significantly, especially the strong transfer of real estate projects. Projects known as "blanket covered" are transferred to qualified investors for further implementation by project transfer activities, ensuring the recovery and development of Vietnam's real estate market in the period of 2015- 2020. However, the provisions on real estate project transfer still reveals shortcomings as barriers for this activity, and not balancing the interests of the parties. As key provisions of the Law on Real Estate Business and governing and directly affecting the transfer of real estate projects, the provisions of the Law on Real Estate Business and related laws on the transfer of real estate projects. need to be further evaluated and improved in the new context, creating a complete legal framework, bringing efficiency and contributing to the recovery and development of the market and the economy.

1. Khái quát các quy định chuyển nhượng dự án bất động sản

Cùng với sự phát triển của thị trường và nền kinh tế, hoạt động chuyển nhượng dự án bất động sản (BDS) là một hoạt động tất yếu và khách quan, việc các chủ đầu tư không có khả năng tiếp tục thực hiện dự án tiến hành chuyển nhượng cho những chủ đầu tư mới có năng lực triển khai hoàn thành dự án làm thúc đẩy và tạo động lực mới cho sự phát triển của thị trường. Thời gian qua, sau đợt suy thoái của thị trường BDS bắt đầu từ năm 2011 thì giai đoạn từ năm 2015-2020 là giai đoạn phục hồi, phát triển của thị trường. Giai đoạn này ghi nhận hoạt động chuyển nhượng dự án diễn ra sôi nổi và đạt hiệu quả cao, nhiều dự án bị “trùm mền” nhiều năm đã được hồi sinh, hoàn thành đưa vào sử dụng. Điều này thể hiện sự tất yếu của chu kỳ kinh tế thị trường và sự đóng góp tích cực của pháp luật về kinh doanh BDS điều chỉnh hoạt động chuyển nhượng dự án, điển hình là việc Luật Kinh doanh BDS năm 2014 có hiệu lực với nhiều nội dung tiến bộ, mở rộng hơn Luật Kinh doanh BDS năm 2006.

Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, BDS bao gồm đất đai, nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai, tài sản khác gắn liền với đất đai, nhà, công trình xây dựng và tài sản khác theo quy định của pháp luật².

Luật Kinh doanh BDS năm 2014 định nghĩa việc kinh doanh BDS là việc đầu tư vốn để thực hiện hoạt động xây dựng, mua, nhận chuyển nhượng để bán, chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua BDS; thực hiện dịch vụ môi giới BDS; dịch vụ sàn giao dịch BDS; dịch vụ tư vấn BDS hoặc quản lý BDS nhằm mục đích sinh lợi³. Trong phạm vi bài viết này, tác giả chỉ phân tích hoạt

động chuyển nhượng dự án BDS là các dự án đầu tư kinh doanh xây dựng nhà ở thương mại để bán. Theo đó, dự án đầu tư xây dựng nhà ở là tổng hợp các đề xuất có liên quan đến việc sử dụng vốn để xây dựng mới nhà ở, các công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội phục vụ nhu cầu ở hoặc để cải tạo, sửa chữa nhà ở trên một địa điểm nhất định⁴ và chuyển nhượng dự án BDS là việc các bên thực hiện hoạt động chuyển nhượng dự án đầu tư xây dựng nhà ở thương mại theo quy định của Luật Kinh doanh BDS, Luật Nhà ở và pháp luật có liên quan.

Theo quy định của Điều 48 Luật Kinh doanh BDS năm 2014, chủ đầu tư dự án BDS được quyền chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án cho chủ đầu tư khác để tiếp tục đầu tư kinh doanh nhưng phải đảm bảo các nguyên tắc sau: (a) Không làm thay đổi mục tiêu của dự án; (b) Không làm thay đổi nội dung của dự án; (c) Bảo đảm quyền lợi của khách hàng và các bên có liên quan; (d) Việc chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án BDS phải được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định việc đầu tư đồng ý bằng văn bản. Chủ đầu tư nhận chuyển nhượng được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất hoặc được đăng ký biến động vào giấy chứng nhận đã cấp cho chủ đầu tư chuyển nhượng theo quy định của pháp luật về đất đai.

Điều kiện của chủ thể thực hiện việc chuyển nhượng và điều kiện của dự án BDS chuyển nhượng được Luật Kinh doanh BDS năm 2014 quy định khá rõ ràng. Theo đó, chủ đầu tư chuyển nhượng dự án phải đảm bảo đã có giấy chứng nhận về quyền sử dụng đất đối với toàn bộ hoặc phần dự án chuyển nhượng⁵; chủ đầu tư nhận chuyển nhượng dự

1. Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, có hiệu lực kể từ ngày 01/07/2015.

2. Khoản 1 Điều 107 Bộ luật Dân sự năm 2015.

3. Khoản 1 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

4. Khoản 8 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014.

5. Khoản 2 Điều 49 Luật Kinh doanh bất động sản 2014.

án phải là doanh nghiệp kinh doanh BĐS, có đủ năng lực tài chính và cam kết tiếp tục việc triển khai đầu tư xây dựng, kinh doanh theo đúng quy định của pháp luật, bảo đảm tiến độ, nội dung dự án⁶. Điều kiện về giấy chứng nhận quyền sử dụng đất của dự án không yêu cầu cụ thể là đã thực hiện việc chuyển mục đích sử dụng đất để đảm bảo thực hiện đúng mục tiêu của dự án hay chưa. Đối với bên nhận chuyển nhượng phải đáp ứng các yêu cầu bắt buộc khi trở thành chủ đầu tư của một dự án BĐS để tiếp tục triển khai dự án⁷. Về điều kiện của dự án đưa vào chuyển nhượng phải đáp ứng các điều kiện được Luật Kinh doanh BĐS quy định như quy hoạch, hoàn thành việc bồi thường, giải phóng mặt bằng và xây dựng kết cấu hạ tầng, không có tranh chấp hay đảm bảo thi hành án, không bị thu hồi hay xử phạt vi phạm hành chính.

Điều 52 Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 liệt kê một số quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động chuyển nhượng dự án BĐS, chủ yếu xoay quanh các quyền và nghĩa vụ khi thực hiện việc chuyển giao và tiếp nhận dự án, chuyển giao quyền và nghĩa vụ từ chủ đầu tư cũ sang cho chủ đầu tư mới khi tiếp tục triển khai dự án, phối hợp để làm thủ tục chuyển quyền sử dụng đất cho bên nhận chuyển nhượng theo quy định của pháp luật về đất đai, bên chuyển nhượng phải có

nghĩa vụ thông báo kịp thời, đầy đủ, công khai và giải quyết thỏa đáng quyền và lợi ích khách hàng và các bên liên quan tới dự án, phần dự án chuyển nhượng⁸. Ngoài những quyền và nghĩa vụ được luật định, các bên có thể thỏa thuận thêm các điều khoản trong hợp đồng chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ dự án BĐS theo sự tự nguyện và tự do ý chí của các bên không vi phạm điều cấm của pháp luật. Đồng thời, các bên phải thực hiện các nghĩa vụ tài chính với Nhà nước và theo quy định.

Một trong những nội dung đáng lưu ý về quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động chuyển nhượng dự án BĐS là chỉ quy định về quyền và nghĩa vụ của bên chuyển nhượng và bên nhận chuyển nhượng dự án, trong khi đó quyền và nghĩa vụ của khách hàng và bên liên quan đến một phần hoặc toàn bộ dự án chuyển nhượng chỉ được đề cập đến như một nguyên tắc cần được bảo đảm trong hoạt động chuyển nhượng dự án, và là một phần nghĩa vụ của bên chuyển nhượng⁹. Trong khi đó, những chủ thể này có quyền lợi liên quan trực tiếp đến dự án, phần dự án chuyển nhượng và quyền, nghĩa vụ của những chủ thể này bị ảnh hưởng trực tiếp bởi hoạt động chuyển nhượng dự án. Tuy nhiên, việc đảm bảo quyền và lợi ích cho các chủ thể này vẫn chưa được pháp luật đề cập một

6. Khoản 3 Điều 49 Luật Kinh doanh bất động sản 2014.

7. Về mặt chủ thể: Doanh nghiệp nhận chuyển nhượng phải có đăng ký ngành nghề kinh doanh bất động sản, đáp ứng yêu cầu về vốn pháp định theo quy định của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 và văn bản hướng dẫn. Về năng lực tài chính: chủ đầu tư cần đáp ứng điều kiện về năng lực tài chính để bảo đảm việc sử dụng đất theo tiến độ của dự án, cụ thể: Có vốn thuộc sở hữu của mình để thực hiện dự án không thấp hơn 20% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất dưới 20 héc ta; không thấp hơn 15% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất từ 20 héc ta trở lên và có khả năng huy động vốn để thực hiện dự án từ các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài và các tổ chức, cá nhân khác theo quy định của Luật đất đai năm 2013 và văn bản hướng dẫn thi hành.

8. Điều 52 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của các bên trong chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản.

9. Điều b khoản 1 Điều 52 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định: “b) Chuyển giao hồ sơ liên quan cho bên nhận chuyển nhượng; thông báo kịp thời, đầy đủ, công khai và giải quyết thỏa đáng quyền, lợi ích hợp pháp của khách hàng và các bên liên quan tới dự án, phần dự án chuyển nhượng”; Và điều c khoản 1 Điều 48 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định: “c) Bảo đảm quyền lợi của khách hàng và các bên có liên quan”.

cách cụ thể, chưa có cơ chế rõ ràng.

Về hợp đồng chuyển nhượng dự án BĐS, Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 và Nghị định số 76/2015/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 đã đưa ra các nội dung cơ bản, yêu cầu bắt buộc của hợp đồng chuyển nhượng dự án BĐS. Như vậy, dựa trên tính đặc thù của hoạt động này, pháp luật quy định cụ thể một số nội dung các bên bắt buộc phải đưa vào hợp đồng và được lập thành một hợp đồng mẫu trong kinh doanh BĐS để các bên tham khảo áp dụng¹⁰. Cụ thể, Điều 53 Luật Kinh doanh BĐS đã quy định cụ thể các nội dung cơ bản của một hợp đồng chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án BĐS¹¹. Về mặt nguyên tắc, hợp đồng là sự tự do ý chí thỏa thuận giữa các bên không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội¹² và hợp đồng được tạo ra bởi sự ưng thuận giữa hai hoặc nhiều bên ký kết hợp đồng, tức hai điều kiện cần để tạo ra hợp đồng là chủ thể ký kết hợp đồng và chủ đích của sự ưng thuận¹³; do đó, hợp đồng chuyển nhượng dự án BĐS cũng là sự tự do thỏa thuận giữa các bên trong hoạt động chuyển nhượng dự án. Tuy nhiên, cần phải tuân thủ một số nội dung cơ bản do luật định. Từ đó, pháp luật về kinh doanh BĐS cũng đã nêu rõ việc đưa ra hợp đồng mẫu trong hoạt động chuyển nhượng dự án là để các bên tham khảo trong quá trình thương thảo, ký kết hợp đồng, các bên có thể thỏa thuận để sửa đổi, bổ sung các điều, khoản

trong hợp đồng mẫu nhưng hợp đồng do các bên ký kết phải bảo đảm có đầy đủ các nội dung chính đã được quy định tại Điều 18, Điều 47 và Điều 53 Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 và nội dung cụ thể trong hợp đồng do các bên thỏa thuận nhưng không được trái với quy định của pháp luật¹⁴.

Về thẩm quyền cho phép chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ dự án BĐS, Điều 50 Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 quy định Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương quyết định cho phép chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án BĐS đối với các dự án do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định việc đầu tư; Thủ tướng Chính phủ quyết định cho phép chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án BĐS đối với dự án do Thủ tướng Chính phủ quyết định việc đầu tư. Trình tự, thủ tục, nội dung thẩm định và thành phần hồ sơ chuyển nhượng dự án BĐS được quy định tại Điều 51 Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 và Nghị định số 76/2015/NĐ-CP ngày 10/9/2015 của Chính phủ về quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh BĐS năm 2014, Quyết định số 832/QĐ-BXD ngày 29/8/2016 của Bộ trưởng Bộ Xây dựng về việc “*Công bố thủ tục hành chính được thay thế và thủ tục hành chính bị hủy bỏ hoặc bãi bỏ trong lĩnh vực kinh doanh BĐS thuộc phạm vi chức năng quản lý nhà nước của Bộ Xây dựng*”¹⁵.

Có thể thấy rằng, Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 có những tiến bộ và cởi mở hơn so với Luật Kinh doanh BĐS năm 2006. Luật

10. Khoản 5 Điều 6 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP.

11. Các nội dung cơ bản của hợp đồng được quy định cụ thể tại Điều 53 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

12. Trần Kiên, Nguyễn Khắc Thu, “*Khái niệm hợp đồng và những nguyên tắc cơ bản của hệ thống pháp luật hợp đồng Việt Nam*”, <http://lapphap.vn/Pages/tintuc/tinchitiet.aspx?tintucid=210246>, truy cập ngày 22/12/2020.

13. Vũ Văn Mẫu, *Việt Nam Dân luật lược khảo - Quyển II: Nghĩa vụ và khế ước*, Bộ Quốc gia Giáo dục xuất bản, Sài Gòn, 1963, tr. 56–57.

14. Điều 7 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP và điểm 1, mục II Công văn số 1436/BXD-QLN ngày 30/06/2015 của Bộ Xây dựng về việc Thực hiện Luật Nhà ở số 65/2014/QH13 và Luật Kinh doanh bất động sản số 66/2014/QH13.

15. Điều 12, Điều 13, Điều 14 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP.

đã xây dựng được hệ thống quy định tương đối chi tiết, toàn diện về nguyên tắc, điều kiện, quy trình chuyển nhượng, quyền và nghĩa vụ của các bên trong hoạt động chuyển nhượng dự án BĐS, mở rộng phạm vi cho phép chủ đầu tư được chuyển nhượng một phần dự án thay vì chỉ được chuyển nhượng toàn bộ dự án như trước đây¹⁶. Những tiến bộ của pháp luật đã góp phần coi trối cho thị trường BĐS, đem lại những tác động tích cực đến thị trường, đẩy mạnh hoạt động chuyển nhượng dự án để các chủ đầu tư có năng lực tiếp tục triển khai hoàn thành dự án, cung cấp nguồn vốn cho các chủ đầu tư đang gặp khó khăn tài chính có thể khắc phục hoạt động kinh doanh, ngoài ra cũng giúp khách hàng có thể sở hữu được những sản phẩm BĐS như mong muốn, đóng góp đáng kể vào ngân sách nhà nước.

2. Những bất cập trong quy định về chuyển nhượng dự án bất động sản

2.1. Sự không thống nhất giữa Luật Kinh doanh bất động sản và các luật có liên quan

Thực tế hiện nay rất hiếm doanh nghiệp có toàn bộ diện tích đất ở hợp pháp để được chỉ định làm chủ đầu tư dự án đầu tư kinh doanh nhà ở thương mại¹⁷ theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014. Do đó, hầu hết các dự án đầu tư kinh doanh nhà ở thương mại đều phải thực hiện việc quyết định chủ trương đầu tư do cơ quan đăng ký đầu tư cấp tỉnh chủ trì thẩm định và áp dụng theo Luật Đầu tư năm 2014. Đến khi đủ điều kiện để được chuyển nhượng dự án, chủ đầu tư nếu vì lý do nào đó mà không thể tiếp tục thực hiện dự án thì tiến hành hoạt động chuyển nhượng dự án theo Luật Kinh doanh BĐS năm 2014. Như vậy, theo quy trình hiện nay, khi thực hiện thủ tục chuyển nhượng dự án BĐS là nhà ở thương mại đã được

quyết định chủ trương đầu tư theo Luật Đầu tư năm 2014, các bên thực hiện việc chuyển nhượng dự án theo Luật Kinh doanh BĐS năm 2014, và sau khi hoàn thành việc chuyển nhượng dự án thì phải tiếp tục thực hiện việc điều chỉnh quyết định chủ trương đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư do có sự thay đổi thông tin của nhà đầu tư thực hiện dự án. Cụ thể, theo khoản 4 Điều 40 Luật Đầu tư năm 2014 quy định đối với các dự án thuộc diện phải quyết định chủ trương đầu tư, khi thay đổi nhà đầu tư hoặc thay đổi điều kiện đối với nhà đầu tư (nếu có), cơ quan đăng ký đầu tư thực hiện thủ tục quyết định chủ trương đầu tư trước khi điều chỉnh giấy chứng nhận đăng ký đầu tư. Điều này dẫn đến sự lúng túng, kéo dài thời gian thực hiện thủ tục hành chính trong áp dụng pháp luật của cả cơ quan thẩm quyền và doanh nghiệp trong suốt thời gian qua. Tức là dự án đã thực hiện hoàn thành việc chuyển nhượng, thay đổi chủ đầu tư thực hiện dự án lại phải tiếp tục thực hiện việc điều chỉnh quyết định chủ trương đầu tư, mặc dù về bản chất cũng chỉ là sự thay đổi về chủ đầu tư thực hiện dự án.

Có thể nhận thấy rằng, về mặt bản chất, việc doanh nghiệp bỏ vốn đầu tư để đầu tư dự án BĐS là nhà ở thương mại nhằm mục đích thu lợi nhuận là một hoạt động đầu tư đơn thuần theo pháp luật đầu tư và chịu sự chi phối của Luật Đầu tư. Tuy nhiên, do hoạt động đầu tư này mang tính chất một hoạt động đặc thù, có liên quan đến kinh doanh quyền sử dụng đất, thị trường BĐS và kế hoạch phát triển nhà ở do đó cũng chịu sự điều chỉnh của Luật Kinh doanh BĐS và Luật Nhà ở. Do đó, nếu cùng một hoạt động, một sự kiện pháp lý nhưng chịu sự điều chỉnh của nhiều luật chuyên ngành dễ xảy ra tình trạng thiếu nhất quán trong các văn bản pháp luật.

16. Đỗ Xuân Trọng, “Chuyển nhượng dự án đầu tư kinh doanh bất động sản những bất cập từ Luật Kinh doanh bất động sản 2014”, <http://tapchicongthuong.vn/bai-viet/chuyen-nhuong-du-an-dau-tu-kinh-doanh-bat-dong-san-nhung-bat-cap-tu-luat-kinh-doanh-bat-dong-san-2014-64929.htm>, truy cập ngày 22/12/2020.

17. Điểm c khoản 2 Điều 22 Luật Nhà ở năm 2014.

Điều này dẫn đến sự chồng chéo, trùng lặp trong quá trình áp dụng pháp luật, gây khó khăn cho hoạt động của doanh nghiệp.

Bên cạnh đó, giữa các văn bản pháp luật hiện hành còn có sự thiếu thống nhất trong sử dụng thuật ngữ “nhà đầu tư” hay “chủ đầu tư”. Luật Đầu tư năm 2014 sử dụng nhất quán thuật ngữ “nhà đầu tư” để chỉ tổ chức, cá nhân thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh, gồm nhà đầu tư trong nước, nhà đầu tư nước ngoài và tổ chức kinh tế có vốn đầu tư nước ngoài¹⁸ Trong khi đó, Luật Kinh doanh BĐS, Luật Nhà ở lại sử dụng khái niệm “chủ đầu tư” để chỉ doanh nghiệp thực hiện việc bỏ vốn để đầu tư kinh doanh dự án BĐS, cụ thể, khoản 1 Điều 48 Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 quy định: “*Chủ đầu tư dự án BĐS được chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án cho chủ đầu tư khác để tiếp tục đầu tư kinh doanh*”; khoản 3 Điều 49 Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 quy định: “*Chủ đầu tư nhận chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án BĐS phải là doanh nghiệp kinh doanh BĐS, ...*”; Điều 21 Luật Nhà ở năm 2014 quy định các điều kiện để làm chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở thương mại; Điều 22 Luật Nhà ở năm 2014 quy định về lựa chọn chủ đầu tư dự án.

Khoản 9 Điều 3 Luật Xây dựng năm 2014 đưa ra định nghĩa: “*Chủ đầu tư xây dựng (sau đây gọi là chủ đầu tư) là cơ quan, tổ chức, cá nhân sở hữu vốn, vay vốn hoặc được giao trực tiếp quản lý, sử dụng vốn để thực hiện hoạt động đầu tư xây dựng*”.

Như vậy, việc sử dụng không thống nhất giữa thuật ngữ “nhà đầu tư” trong Luật Đầu tư và “chủ đầu tư” trong Luật Kinh doanh

BDS có thể gây nhầm lẫn, áp dụng thiếu thống nhất trong thực hiện pháp luật.

2.2. *Bất cập về chuyển nhượng một phần dự án và chuyển nhượng toàn bộ dự án bất động sản*

Như đã đề cập trên đây, Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 cho phép nhà đầu tư chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án đầu tư cho nhà đầu tư khác khi đáp ứng các điều kiện được pháp luật quy định.

Tuy nhiên, pháp luật vẫn chưa quy định như thế nào được xem là một phần dự án được phép chuyển nhượng trong tổng thể của một dự án, hay đưa ra các tiêu chí để xác định một phần của dự án được phép đủ điều kiện chuyển nhượng.

Trên thực tế, một số dự án đã được chủ đầu tư tiến hành tách nhỏ để chuyển nhượng một phần dự án nhằm thực hiện mục tiêu kinh doanh của mình, cụ thể chủ đầu tư có thể chuyển nhượng phần dự án kinh doanh thương mại dịch vụ trước trong tổng thể dự án nhằm thu hồi vốn để tiếp tục phát triển phần dự án còn lại. Điều này dẫn đến khả năng dự án sẽ bị tách thành nhiều phần và chuyển nhượng cho nhiều chủ đầu tư khác nhau làm phân mảnh dự án, gây ảnh hưởng đến quy hoạch chung của tổng thể dự án lúc ban đầu.

2.3. *Vấn đề bảo vệ bên thứ ba trong hoạt động chuyển nhượng dự án đầu tư kinh doanh bất động sản chưa được đảm bảo*

Trong hoạt động đầu tư kinh doanh BĐS là dự án nhà ở thương mại hình thành trong tương lai, sau khi đủ điều kiện luật định¹⁹, chủ đầu tư sẽ thực hiện hoạt động huy động vốn từ khách hàng, ngân hàng, các tổ chức tài chính để có nguồn tài chính thực hiện dự án²⁰, ngoài ra, chủ đầu tư còn

18. Khoản 13 Điều 3 Luật Đầu tư năm 2014.

19. Điều 55 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định cụ thể về điều kiện của bất động sản hình thành trong tương lai được đưa vào kinh doanh.

20. Vốn để thực hiện cho việc phát triển nhà ở thương mại được Điều 69 Luật Nhà ở 2014 quy định gồm: “*Vốn thuộc sở hữu của chủ đầu tư; Vốn huy động; Tiền mua, tiền thuê mua, tiền thuê, nhà ở trả trước theo hợp đồng mua bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai; Vốn vay từ tổ chức tín dụng, tổ chức tài chính đang hoạt động tại Việt Nam*”.

thực hiện ký kết hợp đồng với các nhà thầu, nhà cung cấp vật tư xây dựng, các hợp đồng tư vấn thiết kế, hợp đồng bảo lãnh của ngân hàng thương mại²¹. Do đó, trong quá trình này, chủ đầu tư dự án sẽ xác lập nhiều mối quan hệ hợp đồng song vụ với các bên, trong đó có thể nêu điển hình là khách hàng, ngân hàng và nhà thầu.

Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 cũng đã nêu những nguyên tắc để bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của những chủ thể này khi thực hiện việc chuyển nhượng. Theo Điều 48 Luật Kinh doanh BĐS năm 2014, một trong những nguyên tắc mà chủ đầu tư dự án BĐS phải đảm bảo khi thực hiện hoạt động chuyển nhượng dự án cho chủ đầu tư khác là phải bảo đảm quyền lợi của khách hàng và các bên có liên quan²². Và một trong những nghĩa vụ pháp luật bắt buộc của chủ đầu tư chuyển nhượng dự án BĐS là thông báo kịp thời, đầy đủ, công khai và giải quyết thỏa đáng quyền, lợi ích hợp pháp của khách hàng và các bên liên quan tới dự án, phân dự án chuyển nhượng²³. Điều này được thể hiện trong quy định về mật thủ tục trong hoạt động chuyển nhượng dự án, cụ thể là trước khi làm thủ tục bàn giao, chủ đầu tư chuyển nhượng phải thông báo bằng văn bản cho tất cả khách hàng (nếu có) và thông báo trên phương tiện thông tin đại chúng trước 15 ngày (ít nhất 03 số liên tiếp của một tờ báo phát hành tại địa phương hoặc một đài truyền hình địa phương hoặc Trung ương và trang thông tin điện tử của cơ quan đầu mối (nếu có) về việc chuyển nhượng dự án hoặc phân dự án, quyền lợi của khách hàng và các bên có liên quan. Trường hợp khách hàng hoặc các bên có liên quan có ý kiến về quyền lợi của

mình liên quan đến dự án hoặc một phần dự án chuyển nhượng thì chủ đầu tư chuyển nhượng có trách nhiệm giải quyết theo quy định của pháp luật trước khi ký hợp đồng chuyển nhượng²⁴. Tức là việc thông báo và giải quyết các quyền lợi của khách hàng và các bên liên quan đến dự án được thực hiện sau khi có quyết định chấp thuận về việc chuyển nhượng dự án của cơ quan thẩm quyền và chỉ mang tính chất là một thủ tục hình thức trong hoạt động chuyển nhượng dự án mà không có cơ chế kiểm định hay giám sát.

Theo quy định tại Điều 370 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015, việc chuyển giao nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ cho người thế nghĩa vụ được xác lập nếu được bên có quyền đồng ý, và trường hợp nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ có biện pháp bảo đảm được chuyển giao thì biện pháp bảo đảm đó chấm dứt, trừ trường hợp có thỏa thuận khác²⁵. BLDS năm 2015 cũng quy định về nguyên tắc thực hiện hợp đồng song vụ khi các bên đã thỏa thuận thời hạn thực hiện nghĩa vụ thì mỗi bên phải thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn; không được hoãn thực hiện với lý do bên kia chưa thực hiện nghĩa vụ đối với mình, trừ trường hợp quy định tại Điều 411 và Điều 413 BLDS năm 2015²⁶.

Tuy nhiên, nếu đối chiếu trên thực tiễn việc áp dụng các quy định của pháp luật về bảo vệ khách hàng và bên có liên quan đến hoạt động chuyển nhượng dự án thì các nguyên tắc và quy định này không hề đạt hiệu quả như mong đợi mà chỉ mang tính chất là hợp thức hóa thủ tục hành chính. Tại Bản án Dân sự Phúc thẩm số 818/2019/DS-PT ngày 18/09/2019 về “*Tranh chấp hợp đồng góp*

21. Khoản 1 Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

22. Điểm c khoản 2 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

23. Điểm b khoản 1 Điều 52 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

24. Khoản 4 Điều 12 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP.

25. Điều 371 Bộ luật Dân sự năm 2015.

26. Khoản 1 Điều 410 Bộ luật Dân sự năm 2015.

vốn mua bán căn hộ” của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh giữa nguyên đơn: Bà Hoàng Thị Phương H; bị đơn: Công ty Cổ phần Địa ốc và Đầu tư P; người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan: Công ty Cổ phần Xây dựng và Kinh doanh V và Công ty trách nhiệm hữu hạn Sản xuất và Kinh doanh B, có nội dung: “Ngày 03/8/2009 bà H có ký với Công ty trách nhiệm hữu hạn Sản xuất và Kinh doanh B 06 hợp đồng góp vốn mua bán căn hộ tại dự án chung cư Phú L. Trong quá trình thực hiện hợp đồng, được biết ngày 16/6/2010 Công ty B đã chuyển nhượng dự án trên cho Công ty Cổ phần Xây dựng và Kinh doanh V. Ngày 19/02/2016 Công ty V chuyển nhượng toàn bộ dự án trên cho Công ty Cổ phần Địa ốc và Đầu tư P theo Quyết định số 648/QĐ-UBND của Ủy ban nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh. Quá trình Công ty P thi công dự án trên bà đã nhiều lần làm việc, yêu cầu Công ty P giải quyết quyền lợi cho bà về các hợp đồng góp vốn mua bán căn hộ tại dự án chung cư Phú L nhưng đến nay Công ty P không giải quyết mà vẫn rao bán các căn hộ”. Tại phần trình bày của mình, Bà H cho rằng toàn bộ quá trình bàn giao dự án chung cư Phú L không có một văn bản nào ghi nhận về việc bàn giao nghĩa vụ hợp đồng giữa bà H và Công ty B cho bên nhận chuyển nhượng là Công ty V và trong quá trình làm thủ tục chuyển nhượng chung cư Phú L từ Công ty B sang Công ty V bà H cũng không được biết. Theo lập luận và phán quyết của Tòa án, do việc giao kết hợp đồng giữa bà H và Công ty B để mua bán căn hộ hình thành trong tương lai của dự án chung cư Phú L chưa đảm bảo các điều kiện theo pháp luật, do ký hợp đồng mua bán khi chưa có biên bản nghiệm thu hoàn thành xong phần móng của dự án, quá trình chuyển nhượng dự án đã đảm bảo các thủ tục luật định, đồng thời nhận định “Việc kế thừa

quyền và nghĩa vụ của chủ đầu tư chỉ đối với những hợp đồng hợp pháp có hiệu lực pháp luật khi chuyển nhượng Dự án. Tuy nhiên, như đã nhận định thì 06 Hợp đồng vô hiệu ngay từ thời điểm giao kết hợp đồng (ngày 03/8/2009) nên Công ty P không có trách nhiệm kế thừa quyền và nghĩa vụ đối với 06 Hợp đồng khi chuyển nhượng Dự án”²⁷. Qua đó, tuyên xử bác toàn bộ yêu cầu khởi kiện của bà Hoàng Thị Phương H về việc buộc Công ty Cổ phần Địa ốc và Đầu tư P có trách nhiệm hoàn trả số tiền đã mua căn hộ của 06 Hợp đồng góp vốn mua bán căn hộ ngày 03/8/2009. Như vậy, phán quyết của Tòa án chưa xem xét đến việc bên chuyển nhượng đã đảm bảo quyền của khách hàng liên quan đến dự án khi thực hiện việc chuyển nhượng dự án.

Qua Bản án nêu trên, thực tế để có nguồn vốn thực hiện dự án, các chủ đầu tư đều tìm cách huy động vốn ngay cả khi dự án chưa đủ điều kiện mở bán theo luật định thông qua các hợp đồng nhận nợ, hợp đồng giữ chỗ, đặt cọc quyền mua, hợp đồng mua bán trái phiếu... với mục đích huy động vốn để có nguồn tiền thực hiện dự án. Song nếu sau đó không thể tiếp tục thực hiện và tiến hành chuyển nhượng dự án cho chủ đầu tư khác thì chỉ cần đảm bảo trình tự, thủ tục theo luật định đã có thể chuyển giao dự án và trốn tránh được các nghĩa vụ của mình. Trên thực tế, nghĩa vụ của chủ đầu tư chuyển nhượng dự án là thông báo kịp thời, đầy đủ, công khai và giải quyết thỏa đáng quyền, lợi ích hợp pháp của khách hàng và các bên liên quan tới dự án, phần dự án chuyển nhượng²⁸ chỉ mang tính chất thủ tục, hầu hết không có khách hàng nào nhận được thông báo lấy ý kiến về việc chuyển nhượng dự án hay biết về việc chuyển nhượng dự án trong quá trình thực hiện và chỉ thực sự biết khi việc chuyển nhượng dự án đã hoàn tất.

27. Tham khảo thêm Bản án Dân sự Phúc thẩm số 818/2019/DS-PT ngày 18/09/2019 về “Tranh chấp hợp đồng góp vốn mua bán căn hộ” của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh.

28. Điểm b khoản 1 Điều 52 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

Nghiên cứu pháp luật thế giới cho thấy, vấn đề bảo vệ quyền lợi của khách hàng và các bên có liên quan trong hoạt động chuyển nhượng dự án là cần thiết và bắt buộc phải thực hiện thì nhà đầu tư mới được chuyển nhượng dự án. Tại Ấn Độ, khoản 1 Điều 15 Luật BĐS 2016 về nghĩa vụ của chủ đầu tư khi chuyển nhượng dự án BĐS cho bên thứ ba quy định: “Nhà đầu tư không được chuyển giao quyền và nghĩa vụ của mình đối với dự án BĐS cho bên thứ ba mà không có sự đồng ý bằng văn bản từ 2/3 số người mua nhà dự án (ngoại trừ chủ đầu tư) và văn bản chấp thuận của cơ quan quản lý BĐS”²⁹. Theo pháp luật của Hoa Kỳ tại Bộ quy tắc liên bang - Mục 24 - Tiểu mục B - Chương IV - Phần 401 - Điều 401.480 “Bán/Chuyển nhượng dự án” (quy định ngày 22/3/2000, sửa đổi ngày 26/11/2007) thì “Chủ dự án phải tiến hành (các) cuộc họp với những người có nhà tại dự án để phổ biến thông tin. Bên mua phải cung cấp thông báo về buổi họp và kết quả buổi họp đến từng hộ gia đình trong dự án... Một đại diện của bên mua phải tham dự các buổi họp để trình bày kế hoạch mua lại, những thay đổi của dự án và trả lời câu hỏi về kế hoạch. Tại buổi họp, người dân sẽ bỏ phiếu quyết định việc mua lại dự án, những người không tham dự và bỏ phiếu tại cuộc họp có thể được lấy ý kiến trong những cuộc họp tiếp theo hoặc sau cuộc họp. Bên mua sẽ gửi tài liệu bao gồm các lá phiếu, các kiến nghị chứng minh sự đồng thuận của 51% cư dân đến Bộ Gia cư và Phát triển đô thị Hoa Kỳ với tính chất là một thành phần của hồ sơ”³⁰. Như vậy, pháp luật của một số nước trên thế giới đều xây dựng cơ chế rõ ràng để đảm bảo được quyền lợi của khách hàng và

bên có liên quan đến dự án trong hoạt động chuyển nhượng dự án BĐS.

2.4. Bất cập giữa hình thức mua bán sáp nhập để sở hữu vốn công ty qua đó sở hữu dự án và chuyển nhượng dự án bất động sản

Thực tế hiện nay, các chủ đầu tư khi không đủ tiềm lực để thực hiện dự án hoặc muốn chuyển nhượng dự án để thu lợi nhuận, chuyển hướng đầu tư kinh doanh khác khi dự án chưa đủ điều kiện chuyển nhượng hoặc việc chuyển nhượng dự án gặp phải khó khăn, vướng mắc về mặt thủ tục thường chọn hình thức chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp (chuyển nhượng vốn) cho bên nhận chuyển nhượng, bên nhận chuyển nhượng sẽ sở hữu toàn bộ cổ phần/phần vốn góp của các cổ đông/thành viên của công ty, qua đó trở thành chủ sở hữu mới của công ty và gián tiếp sở hữu dự án mà không thực hiện thủ tục chuyển nhượng dự án BĐS theo Luật Kinh doanh BĐS, rút ngắn được thời gian thực hiện. Lúc này, các quy định của Luật Kinh doanh BĐS về hoạt động chuyển nhượng dự án BĐS không còn giá trị chi phối hay áp dụng. Trong làn sóng M&A (mua bán và sáp nhập) diễn ra ngày càng sôi động và mạnh mẽ như hiện nay, các doanh nghiệp có tiềm lực tài chính và các nhà đầu tư nước ngoài thường nhắm đến các doanh nghiệp tại Việt Nam đang nắm giữ các quỹ đất, nắm quyền đầu tư kinh doanh khai thác các khu đất có tiềm năng phát triển thành các dự án BĐS nhà ở thương mại để thực hiện các thương vụ thu tóm, chủ yếu diễn ra bằng hoạt động mua lại cổ phần, phần vốn góp.

Theo báo cáo của các tổ chức thống kê về kinh tế hiện nay, mặc dù hoạt động

29. “Luật Bất động sản Ấn Độ năm 2016”, <http://www.aaptaxlaw.com/real-estate-act-2016/section-15-real-estate-act-2016-obligations-of-promoter-in-case-of-transfer-of-a-real-estate-project-to-a-third-party-section-15-the-real-estate-regulation-and-development-act-2016.html>, truy cập ngày 22/12/2020.

30. “Bộ Quy tắc liên bang Hoa Kỳ”, <http://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?SID&node=pt24.2.401&rgn=div5>, truy cập ngày 22/12/2020.

BDS tăng trưởng chậm trong Quý I năm 2020, nhưng các công ty tên tuổi quốc tế đã có mặt tại Việt Nam vẫn rất kiên trì với chiến lược đầu tư bằng cách tiếp tục tìm mua tài sản hoặc hợp tác với doanh nghiệp nội địa có uy tín³¹. Theo Diễn đàn M&A Việt Nam 2019, ước tính 7 tháng năm 2019, giá trị những thương vụ M&A ước đạt gần 5,43 tỷ USD. Hai lĩnh vực sôi động nhất trên thị trường M&A Việt Nam và hàng tiêu dùng và BĐS. Trong báo cáo mới nhất về các hoạt động M&A nửa đầu năm 2019, JLL cho biết, thị trường BĐS Việt Nam 2019 bắt đầu với thương vụ M&A của tập đoàn Keppel Land tại dự án Đồng Nai Waterfront. Theo đó, tập đoàn Keppel Land sẽ bán lại 70% cổ phần tại dự án Đồng Nai Waterfront City cho tập đoàn Nam Long với tổng số tiền là 2,313 tỷ VNĐ³². Như vậy, hiện nay, việc mua bán sáp nhập doanh nghiệp nhằm sở hữu dự án BĐS đang diễn ra rất lớn và chiếm tỷ trọng lớn trong nền kinh tế.

3. Một số đề xuất

Để khắc phục những hạn chế, bất cập nêu trên trong quy định của Luật Kinh doanh BĐS về chuyển nhượng dự án BĐS, tác giả đề xuất một số kiến nghị sau đây:

Thứ nhất, sửa đổi các văn bản luật có liên quan đến kinh doanh BĐS theo hướng sử dụng thống nhất thuật ngữ “chủ đầu tư” hoặc “nhà đầu tư”.

Thứ hai, sửa đổi Luật Kinh doanh BĐS năm 2014 theo hướng bổ sung quy định tiêu chí của một phần dự án được chuyển nhượng. Việc quy định cụ thể các tiêu chí để xác định thế nào là một phần dự án được phép chuyển nhượng, thế nào là một phần dự án không thể tách rời trong tổng thể dự án nhằm đảm bảo được các nội dung về

mục tiêu khi quyết định cho phát triển toàn bộ dự án, đảm bảo được quyền lợi cho chủ đầu tư nhận chuyển nhượng một phần dự án và đảm bảo sự phát triển của kinh tế - xã hội, định hướng quy hoạch, nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật.

Thứ ba, cần cụ thể hóa các quy định về bảo vệ khách hàng và bên có liên quan đến dự án trong hoạt động chuyển nhượng dự án BĐS nhằm đảm bảo cân bằng lợi ích của các bên trong hoạt động này, tránh vì mục tiêu đẩy mạnh, thông thoáng hoạt động chuyển nhượng dự án mà bỏ qua việc bảo đảm quyền lợi của bên yếu thế và đi ngược lại quy tắc công bằng, bình đẳng của pháp luật. Trong nền kinh tế hội nhập và ứng dụng các công nghệ hiện đại, việc đồng thuận và lấy ý kiến của khách hàng và bên liên quan có khả năng thực hiện được gần như dễ dàng và vẫn đảm bảo được quy trình chuyển nhượng dự án, cần đưa nội dung này thành một tiêu chí thẩm định trước thời điểm ban hành quyết định chấp thuận cho chuyển nhượng dự án.

Thứ tư, việc mua bán sáp nhập công ty nhằm sở hữu dự án có thể làm cho các quy định của pháp luật kinh doanh BĐS về hoạt động chuyển nhượng dự án không còn được thực thi trên thực tế, các chủ đầu tư có thể phân bổ các dự án cho các công ty con nắm giữ, qua đó chuyển nhượng vốn nhằm mục đích chính là chuyển nhượng dự án. Do đó, cần thiết lập cơ chế pháp lý nhằm kiểm soát các giao dịch chuyển nhượng vốn cho mục đích chuyển nhượng dự án để tránh bị thất thu ngân sách nhà nước, xác định các điều kiện pháp lý cụ thể cho một doanh nghiệp sở hữu các dự án BĐS khi thực hiện chuyển nhượng vốn doanh nghiệp cần phải đáp ứng ■

31. Nam Phong, “Làn sóng ngầm M&A bất động sản đang diễn ra”, <https://cafef.vn/lan-song-ngam-ma-bat-dong-san-dang-dien-ra-2020052016214815.chn>, truy cập ngày 22/12/2020.

32. Hà Linh, “Sôi động làn sóng M&A bất động sản”, <https://nhipcaudautu.vn/bat-dong-san/soi-dong-lan-song-ma-bat-dong-san-3329904/>, truy cập ngày 22/12/2020.

ÁN LỆ, ỨNG DỤNG ỨNG DỤNG ỨNG DỤNG TRÊN THẾ GIỚI VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Minh Tuấn*

Lê Minh Thúy**

*PGS.TS. Giảng viên cao cấp, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội

**ThS. Giảng viên Khoa Lý luận chính trị - Luật, Đại học Hồng Đức

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Án lệ, ứng dụng án lệ, vụ việc tương tự, giải thích pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/12/2020

Biên tập : 14/12/2020

Duyệt bài : 16/12/2020

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, các tác giả trình bày, phân tích về án lệ, thực tiễn áp dụng án lệ ở các nước Anh, Mỹ, Pháp, Đức và rút ra một số gợi mở nhằm nâng cao chất lượng áp dụng án lệ ở Việt Nam hiện nay.

Article Information:

Keywords: Case law, case law application, similar case law, law interpretation

Article History:

Received : 02 Dec. 2020

Edited : 14 Dec. 2020

Approved : 16 Dec. 2020

Abstract:

In the scope of this article, the authors provide introduction and analysis of the case law, the practice of applying case law in the UK, the US, France, and Germany and also give out suggestions for further improvements of the quality of case law application in Vietnam.

1. Án lệ, ứng dụng án lệ ở một số nước trên thế giới hiện nay

- Án lệ ở Anh

Xét về lịch sử, học thuyết “*Stare Decisis*”¹ ra đời gắn với công lao của Hoàng đế Henry II (1154-1189). Ông đã cử các thẩm phán từ Tòa án Hoàng gia tại Westminster đi giải quyết các tranh chấp ở địa phương. Sau mỗi vụ xét xử, các thẩm phán quay trở về Westminster và cùng nhau

thảo luận về những vụ án mà họ đã xét xử. Các phán quyết này được hệ thống hóa, sau này, các thẩm phán bị ràng buộc bởi những phán quyết có liên quan của các thẩm phán khác trong quá khứ. Từ đó hình thành nên nguyên tắc hai vụ việc với các tình tiết chính tương tự như nhau sẽ được xét xử như nhau².

Án lệ do tòa án tạo ra trong quá trình xét xử, nên án lệ có mối liên hệ mật thiết với thẩm phán. Án lệ được tạo ra trong

1. Stare decisis là một học thuyết (the doctrine), một nguyên tắc pháp lý (legal principle) Tiếng la tinh có nghĩa là thẩm phán bị ràng buộc bởi những phán quyết đã có trước đó (to stand in the-things-that-have-been-decided).

2. Douglas E. Edlin, Common law theory, Cambridge University Press, 2007, p. 3.

những tình huống bất thường và phải mang tính mới, tức là quy tắc được xác lập trong án lệ chưa tồn tại trước đó. Ngoài ra án lệ còn có tính lặp lại, tính bắt buộc khi trở thành khuôn mẫu để giải quyết các vụ việc tương tự³.

Ở Anh, án lệ được phát triển trên cơ sở so sánh với tiền lệ (Analogy in case law) là việc so sánh với phán quyết đã được áp dụng trước đó. So sánh với tiền lệ không chỉ bao hàm việc so sánh sự giống nhau, mà còn cả việc chỉ ra sự khác nhau. Thẩm phán sẽ tìm ra những tiêu chí khẳng định sự khác biệt giữa vụ việc đã được giải quyết trước đó với vụ việc hiện tại. Trên cơ sở đó, thẩm phán có thể từ chối áp dụng quy tắc pháp lý của vụ việc trước đó với vụ việc hiện tại.

Ở Anh có hai cách tiếp cận khác nhau về án lệ, đó là tiếp cận theo chiều dọc và tiếp cận theo chiều ngang⁴. Tiếp cận án lệ theo chiều dọc (vertical precedent) có nghĩa là các tòa án cấp dưới phải tuân thủ các phán quyết của tòa án cấp trên trong việc ra phán quyết của mình;⁵ tiếp cận án lệ theo chiều ngang (horizontal precedent) có nghĩa là tòa án phải tuân theo những phán quyết trước đó của mình⁶.

Trong hệ thống pháp luật Common Law, án lệ là nguồn luật quan trọng nhất. Tuy nhiên, việc áp dụng nguồn án lệ cần dựa trên hai yếu tố: Phân tích bối cảnh của án lệ so với vụ việc cần giải quyết và việc tìm kiếm lý do để quyết định. Khi áp dụng

án lệ, thẩm phán cần căn cứ vào “căn cứ của phán quyết” (holding/*Ratio decidendi*), tức là bộ phận gồm những nhận định quan trọng để đi đến kết luận, chứ không phải là phần bình luận của thẩm phán (*Obiter dictum*).

Hiện nay ở Anh, án lệ theo truyền thống vẫn là nguồn luật chủ yếu, tồn tại bên cạnh luật thành văn và các nguồn luật khác. Về pháp lý (de jure), luật thành văn được ưu tiên áp dụng khi có sự mâu thuẫn giữa án lệ và luật thành văn, nhưng xét trên phương diện thực tế (de facto), các thẩm phán luôn tìm cách để áp dụng án lệ. Bên cạnh đó, nếu so sánh với chính lịch sử của nước Anh, nghĩa vụ tuân theo án lệ hiện nay cũng mềm dẻo, linh hoạt hơn nhiều, nhằm đạt được mục tiêu quan trọng nhất là bảo vệ công lý. Theo Tuyên bố ngày 26/7/1966, Thượng nghị viện khẳng định việc từ chối tuân theo án lệ có thể được tiến hành nếu “*việc tuân theo các án lệ một cách cứng nhắc có thể duy trì những bất công trong một vụ việc cụ thể và có thể cản trở sự phát triển thích đáng của pháp luật*”⁷.

- Án lệ ở Mỹ

Mỹ là một quốc gia liên bang, có Hiến pháp thành văn; do vậy, hệ thống pháp luật, hệ thống tòa án cũng có nhiều điểm khác biệt với nước Anh. Vai trò của học thuyết Stare Decisis ở Anh khắt khe hơn ở Mỹ. Ở Mỹ, kết quả xét xử một vụ việc có thể dựa trên chính sách chung nhiều hơn là dựa vào

3. Thomas Lundmark, *Charting the Divide Between Common and Civil Law*, Oxford University Press, 2012, p. 181.
 4. Paul Brand, Joshua Getzler, *Judges and Judging in the History of the Common Law and Civil Law*, Cambridge University Press, 2012, p.151.
 5. Kmiec Keenan, *The Origin and Current Meanings of “Judicial Activism”*, *California Law Review* (2004).
 6. Douglas E. Edlin, *Common law theory*, Cambridge University Press, 2007, p.73-74.
 7. Nguyễn Văn Tiếng Anh: “Their Lordships nevertheless recognise that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this house as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so”.

án lệ. Triết lý xét xử của tòa án thay đổi theo quan điểm cá nhân của người thẩm phán về vấn đề đang giải quyết và ở thời điểm giải quyết vụ việc⁸.

Trong vụ *Vasquez kiện Hillery* (*Vasquez vs. Hillery*) năm 1986⁹, Tòa án tối cao đã đưa ra quan điểm của mình về *Stare Decisis* như sau: “*Stare Decisis tạo ra sự chính trực của chính quyền hợp hiến của chúng ta, cả trên phương diện hình thức và phương diện thực chất*”¹⁰. Án lệ giúp cho tòa án rất nhiều; bởi lẽ, các tòa án khi phải giải quyết các vụ việc sau sẽ không phải mất nhiều thời gian đi tìm kiếm những cơ sở pháp lý liên quan đến vụ việc tương tự. Không những thế, các án lệ cũng giúp cho các bên có thể tìm được cách thức giải quyết tranh chấp ngoài tòa án trên cơ sở thương lượng với nhau, giảm gánh nặng xét xử lên tòa án¹¹.

Trong vụ *Tổ chức bảo vệ công dân Hoa Kỳ (một tổ chức phi lợi nhuận) kiện Ủy ban bầu cử liên bang (FEC)*¹², Tòa án tối cao liên bang đã nhận định rằng mục đích lớn nhất của án lệ là phục vụ lý tưởng hiến pháp - pháp quyền. Trong trường hợp bất thường khi việc trung thành với bất kỳ tiền lệ cụ thể nào mà gây thiệt hại nhiều hơn thúc đẩy cho lý tưởng hiến pháp thì chúng ta phải sẵn sàng bãi bỏ hoặc không áp dụng án lệ đó. Tòa án tối cao liên bang giải thích: Khi

nhận thấy rằng, án lệ có vấn đề sai sót hoặc không còn phù hợp với thực tế, tòa án sẽ dừng việc tuân theo án lệ¹³. Qua thời gian, có thể thấy rằng các phán quyết liên quan đến Hiến pháp so với phán quyết của tòa án trong những lĩnh vực khác ít tuân theo các án lệ nhất.

Nếu như ở Anh xuất hiện “Equity Law”, thì ở Mỹ xuất hiện chủ nghĩa hiện thực (Realism) để giải quyết những trường hợp mà Common Law không đưa ra được phương án giải quyết thuyết phục cho những vấn đề pháp lý mới phát sinh. Năm 1881, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), người từng giữ vị trí Chánh án Tòa án tối cao Hoa Kỳ, đã nói rằng đời sống của luật không phải là logic, mà là kinh nghiệm¹⁴ và các nguyên tắc chung không quyết định các vụ việc cụ thể¹⁵. Holmes cho rằng sự thay đổi thông luật là một quá trình khám phá, phát hiện (discovery), hơn là sự sáng tạo (creation). Thẩm phán không làm luật, mà chỉ tuyên bố cái gì là luật¹⁶. Oliver Wendell Holmes cho rằng trong việc tranh biện trước Tòa thì điều quan trọng không phải là logic mà “cái gì ảnh hưởng đến thế giới quan của thẩm phán”,¹⁷ là “những gì Tòa án có thể sẽ thực thi trên thực tế” (courts are likely to do in fact)¹⁸. Holmes cho rằng luật không lơ lửng trên bầu trời, mà nó phải được xác

8. Nguyễn Quốc Hoàn (Chủ biên), Giáo trình Luật so sánh, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2015, tr. 298.

9. *Vasquez v. Hillery*, 474 U.S. 254 (1986).

10. *Vasquez vs. Hillery*, 474 U.S. 254 (1986), at 266.

11. Trong vụ việc *Hilton v. South Carolina Public. Railway Commission*, 502 U.S. 197, at 202 (1991): Tuân theo án lệ thúc đẩy sự bền vững, tính có thể tiên liệu và tôn trọng thẩm quyền xét xử của Tòa án. (Nguyên văn: “Adherence to precedent promotes stability, predictability, and respect for judicial authority.”)

12. *Citizens United v. FEC*, 558 U.S. 310 (2010).

13. Xem: *Citizens United v. FEC*, 558 U.S.310 (2010), at 378.

14. Holmes, O.W. (1881), *The Common Law*, Boston, p.1.

15. *Lochner vs. New York*, 1905, 198 U.S. 45.

16. R.W.M Dias (1985), *Jurisprudence*, p.151.

17. Holmes, O.W. (1897), *The Path of the law*, *Havard Law Review*, 10, 457-478.

18. Holmes, O.W. (1897), *The Path of the law*, *Havard Law Review*, 10, 461.

định bằng cách quy chiếu tới những gì mà các toà án thật sự nói rằng nó là như thế¹⁹.

Theo chủ nghĩa hiện thực, luật phản ánh các yếu tố lịch sử, xã hội, văn hoá, chính trị, kinh tế, tâm lý và đặc biệt là hành vi của cá nhân người thẩm phán. Chính điều này dẫn đến việc các thẩm phán khác nhau với mục đích, nền tảng kiến thức khác nhau, nhân sinh quan khác nhau sẽ quyết định các vụ việc một cách khác nhau và sự khác nhau đó không có nghĩa rằng thẩm phán này là đúng, còn thẩm phán kia thì sai.

Roscoe Pound (1870-1964), tác giả của cuốn “Xã hội học pháp luật” xuất bản năm 1912, cho rằng, “luật có tính hiện thực của nó, tức là luật đi từ đời sống và quay trở lại phục vụ đời sống”²⁰. Trong việc giải quyết các tình huống thực tế, các phương pháp chủ yếu của chủ nghĩa hiện thực này có tính thực tế và mở, cụ thể đó là những đòi hỏi như 1) phải luôn xem xét mục tiêu của luật có phù hợp với đời sống xã hội [nền tảng chính trị, kinh tế, xã hội] hay không? Có phù hợp với lợi ích của các bên liên quan hay không? và 3) có hướng tới công bằng, bình đẳng hay không? Khi xem xét một vụ việc pháp lý cụ thể phát sinh trên thực tế, thẩm phán sẽ xem xét dưới nhiều góc độ khác nhau, trong đó có chính sách xét xử của toà án, lợi ích của các bên liên quan, lợi ích xã hội, lợi ích kinh tế, đạo đức xã hội v.v... Sau khi xem xét một cách toàn diện những hướng tiếp cận này, thẩm phán sẽ cân nhắc đưa ra phán quyết. Phán quyết này có giá trị như một quy tắc pháp lý mới (a new rule), tạo ra tiền lệ tốt cho xã hội.

Ví dụ, năm 1896, Toà án tối cao Hoa Kỳ, trong phán quyết *Plessy vs. Ferguson*,²¹

nêu chùng nào các điều kiện, cơ sở vật chất dành cho người da đen và người da trắng như nhau thì điều đó là bình đẳng, không có sự phân biệt đối xử. Phán quyết này thiết lập nguyên tắc “chia tách nhưng bình đẳng” (Seperate but Equal), ý muốn nói khi có sự chia tách giữa người da màu và da trắng nhưng nếu đảm bảo mọi điều kiện cơ sở vật chất như nhau thì vẫn là bình đẳng. Vào cuối những năm 1950, Hiệp hội vì sự tiến bộ của người da màu đã đấu tranh cho quyền bình đẳng của những người da màu khi theo đuổi, ủng hộ vụ kiện nổi tiếng *Oliver Brown vs. Hội đồng giáo dục Topeka, Kansas*²². Vào năm 1951, phán quyết này trở thành phán quyết làm thay đổi nguyên tắc chia tách nhưng bình đẳng. Khi con gái của Oliver Brown bị từ chối đăng ký vào trường tiểu học của Topeka, nơi chỉ gồm có những học sinh da trắng. Oliver Brown đã khởi kiện Hội đồng giáo dục Topeka vì đã có sự phân biệt đối xử. Brown đã phân tích việc chia tách thành các trường dành cho trẻ em da đen và các trường dành cho trẻ em da màu là không bình đẳng, và sự chia tách này vi phạm Tu chính thứ 14 trong Hiến pháp Hoa Kỳ, trong đó nêu rõ không một tiểu bang nào có thể từ chối đối với bất kỳ người nào sự bảo vệ bình đẳng của luật pháp trong các phán quyết của Toà án. Trong phán quyết ngày 17/5/1954, thẩm phán Warren đã tuyên bố trong lĩnh vực giáo dục thì nguyên tắc “chia tách nhưng bình đẳng” không có cơ sở để áp dụng. Các nguyên đơn trong trường hợp này đã bị tước đoạt quyền được bảo vệ bình đẳng theo Tu chính thứ 14 Hiến pháp Hoa Kỳ²³. Từ đây, chúng ta có thể nhận thấy, phán quyết của

19. Raymond Wacks, Triết học pháp luật (Phạm Kiều Tùng dịch), Nxb. Tri Thức, Hà Nội, 2006, tr. 170.

20. Pound, R. (1909), Liberty of contract, The Yale Law Journal, 18, 454-487.

21. Plessy vs. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896).

22. Brown vs. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).

23. Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954), at 495.

Toà án chịu sự tác động, ảnh hưởng lớn từ phía xã hội. Trong nhiều trường hợp, phán quyết đó có thể làm thay đổi cả những nhận thức đã cũ, đã lỗi thời, không còn phù hợp với bối cảnh xã hội hiện tại.

- Án lệ ở Pháp

Điều 5 Bộ luật Dân sự Pháp 1804²⁴ quy định: “*Cấm thẩm phán ban hành các quy định mang tính lập pháp hay lập quy có hiệu lực áp dụng chung cho các vụ việc mà mình xét xử*”²⁵. Tuy nhiên, Điều 4 của Bộ luật này quy định thẩm phán có nghĩa vụ phải xét xử kê cả trong trường hợp pháp luật không quy định hoặc quy định không rõ ràng về vấn đề mà mình đang thụ lý²⁶. Để lấp lỗ hổng pháp luật và tuân theo Điều 4 này, án lệ đã trở thành một trong những nguồn của pháp luật của Pháp.

Án lệ có một vai trò rất lớn trong việc khắc phục sự khiếm khuyết của pháp luật, đặc biệt trong lĩnh vực pháp luật hành chính. Có thể nói rằng, án lệ hành chính là nguồn quy phạm chủ yếu của pháp luật hành chính của Cộng hoà Pháp²⁷. Rất nhiều chế định quan trọng trong pháp luật hành chính hiện nay của Cộng hoà Pháp có nguồn gốc từ án lệ, ví dụ như các chế định về trách nhiệm của cơ quan hành chính, chế định về hợp đồng hành chính, chế định về khai thác, quản lý công sản, chế định về khiếu kiện

hành chính... Các chế định này hiện nay vẫn đang có hiệu lực áp dụng²⁸.

Đối với lĩnh vực dân sự, trong nhiều vụ việc, các thẩm phán Pháp đã sử dụng một quy tắc đạo đức để tránh việc phải áp dụng một quy định luật quá cứng nhắc. Điều 544 Bộ luật Dân sự Pháp²⁹ định nghĩa về quyền tài sản một cách tuyệt đối: “Chủ sở hữu có quyền thụ hưởng và sử dụng vật một cách tuyệt đối nhất, miễn là không vi phạm các điều cấm của luật hoặc của các văn bản pháp quy”. Trên thực tế, nhiều chủ sở hữu đã vận dụng quy định này một cách tuyệt đối nhưng với mục tiêu xấu, ví dụ: sơn tường của mình màu đen để ngăn ánh sáng vào nhà hàng xóm; dựng ống khói giả rất to nhằm hứng hết nguồn nước không cho hàng xóm sử dụng.v.v.. Tóm lại, đây là hành vi không nhằm mang lại lợi ích nào cho mình mà chỉ nhằm thoả mãn việc chơi xấu hàng xóm.

Các hành vi này nếu căn cứ vào quy định tại Điều 544 Bộ luật Dân sự thì hoàn toàn được phép. Nhưng dưới tư duy pháp lý của thẩm phán thì việc áp dụng điều luật này một cách thuần tuý sẽ dẫn đến những hậu quả thiếu công bằng. Bởi vậy, lý thuyết về lạm quyền đã ra đời³⁰. Lý thuyết này dường như chứa đựng mâu thuẫn: một mặt

24. The Code Napoleon or The French Civil Code (literally translated from the original and official edition, published at Paris in 1804), The Lawbook Exchange, Ltd, Clark, New Jersey, 2004.

25. Nguyên văn: “The Judges are forbidden to pronounce, by way of general and legislative determination, on the causes submitted to them.”

26. Nguyên văn: “The Judges who shall refuse to determine under pretext of the silence, obscurity, or insufficiency of the law, shall be liable to be proceeded against as guilty of a refusal of justice”.

27. Thực tế, các phán quyết của Tòa hành chính Pháp được công bố công khai dưới dạng điện tử, cho nên dù không coi án lệ là nguồn chính thức, nhưng việc công bố công khai các bản án đã được thực hiện từ những năm 1984 (<http://www.legifrance.gouv.fr>). Xem thêm: Đỗ Văn Đại, Tiếp thu kinh nghiệm từ Pháp và Thụy Sĩ trong pháp điển hóa các vấn đề án lệ, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, Số 20, Tháng 10/2014, tr. 58-59.

28. Xem: Trần Đức Sơn, Hệ thống án lệ của Cộng hòa Pháp, Tạp chí Tòa án, Số 3/2006.

29. Nguyên văn: “Property is the right of enjoying and disposing of things in the most absolute manner, provided they are not used in a way prohibited by the laws or statutes”.

30. Nguyễn Hoàng Anh, Tư duy pháp lý trong hai hệ thống pháp luật lớn trên thế giới, in trong: Nguyễn

cho rằng một người có quyền nhưng mặt khác lại cũng cho rằng họ không có quyền đó. Cũng như thế, việc áp dụng lý thuyết này dẫn đến suy luận rằng thẩm phán đã căn cứ vào các quy tắc đạo đức, coi trọng quy tắc đạo đức hơn là điều luật. Trong thế kỷ XX, việc áp dụng lý thuyết lạm quyền đã trở nên rất phổ biến ở các tòa án, còn được mở rộng: căn cứ áp dụng nó không chỉ dựa trên lập luận là hành vi không mang lại lợi ích gì cho chủ sở hữu hay việc làm tổn hại đến hàng xóm, mà tòa án còn cân nhắc đến việc chủ sở hữu có đạt được mục tiêu hợp pháp với ít tổn hại cho láng giềng không; hoặc so sánh sự tương xứng giữa lợi ích của chủ sở hữu và sự bất lợi cho các đối tượng liên quan³¹.

- Án lệ ở Đức

Khoản 1 Điều 31 Luật Tòa án Hiến pháp Cộng hòa liên bang (CHLB) Đức năm 1993³² quy định: “*Các quyết định của Tòa án Hiến pháp CHLB Đức có hiệu lực bắt buộc với các cơ quan của chính quyền liên bang và các tiểu bang cũng như tất cả những tòa án và các cơ quan nhà nước khác*”.³³ Tòa án Hiến pháp CHLB Đức có vị trí rất đặc biệt. Các quyết định của Tòa án Hiến pháp liên bang có hiệu lực cao hơn luật liên bang, trừ Hiến pháp. Đây là một đặc trưng cơ bản khi

đề cập tới vai trò của án lệ trong hệ thống pháp luật nước Đức hiện nay.

Cũng giống như ở Pháp, ở Đức không có bất kỳ quy định nào trong Hiến pháp hay văn bản pháp luật cụ thể thừa nhận án lệ là nguồn pháp luật³⁴. Tuy nhiên, ở Đức có một thuật ngữ pháp lý được sử dụng phổ biến là Rechtsfortbildung, có nghĩa là sự phát triển pháp luật của tòa án.³⁵ Phán quyết của tòa án (Gerichtsscheidungen) được sử dụng trước tiên để giải thích một thuật ngữ hay quy phạm mà còn có nhiều cách hiểu khác nhau, chưa thống nhất³⁶. Bên cạnh đó, tòa án còn được trao quyền xử lý tình huống không có luật điều chỉnh (ohne eine gesetzliche Grundlage/praeter legem) hoặc phát triển một quy tắc pháp lý mới đi ngược lại lời văn của luật về mặt hình thức (gegen den Gesetzeswortlaut/contra legem) do bối cảnh thực tiễn xã hội đã thay đổi. Ngoài ra, Rechtsfortbildung còn bao gồm cả trường hợp tòa án thiết lập một nguyên tắc pháp luật mới (eine neue Rechtsregel) phù hợp với nhiệm vụ, định hướng xét xử của tòa án³⁷. Rechtsfortbildung này không mâu thuẫn với nguyên tắc quy định tại Điều 1 Hiến pháp Đức: Cơ quan tư pháp phải chịu ràng buộc bởi Hiến pháp và luật.

Minh Tuấn, Nguyễn Hoàng Anh (Đồng chủ biên), Giáo trình Tư duy pháp lý, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2020, tr. 315.

31. Nguyễn Hoàng Anh, Tư duy pháp lý trong hai hệ thống pháp luật lớn trên thế giới, in trong: Sđd, tr. 316.

32. Luật Tòa án Hiến pháp liên bang (Bundesverfassungsgerichtsgesetz), công bố ngày 11/08/1993 (BGBl. I S. 1473).

33. Nguyên văn: “Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.”

34. Beaucamp/Treder, *Methoden und Technik der Rechtsanwendung*, 3. Auflage, 2015, Rn. 266

35. Hans-Rudolf Horn: Richter versus Gesetzgeber. Entwicklungslinien richterlicher Verfassungskontrolle in unterschiedlichen Rechtssystemen. In: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. NF 55, 2007, S. 275–302.

36. Karl Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6., neu bearb. Auflage, Berlin/Heidelberg 1991, S. 367 ff.

37. Reinhold Zippelius: *Juristische Methodenlehre*, 11. Auflage 2012, §§ 11 II; 12 I c.

Ví dụ 1: *Tòa án xử lý tình huống không có luật điều chỉnh (ohne eine gesetzliche Grundlage/praefer legem).*

Bộ luật Dân sự Đức năm 1896³⁸ quy định nghĩa vụ của bất kỳ ai phải bồi thường, nếu người đó làm hỏng tài sản của người khác (khoản 1 Điều 823). Tuy nhiên, phạm vi bồi thường (từ điều 249 đến 252) lại không chứa đựng quy định cho trường hợp: Liệu một người có thể khởi kiện yêu cầu bồi thường cho vật, khi mà người đó không sử dụng vật đang bị hỏng trong thời gian sửa chữa hay không?

Tòa án Tối cao liên bang đã thiết lập một nguyên tắc: Do khả năng sử dụng của vật bị mất đi, do vậy phải bồi thường, nếu khả năng sử dụng này được dùng vào việc thương mại hóa (kommerzialisert), người chiếm hữu đã xem vật này là công cụ để giao dịch. Chẳng hạn, việc bồi thường có thể được áp dụng đối với chiếc xe ô tô trong thời gian sửa chữa, nếu người sửa chữa xe này dùng nó vào mục đích thương mại, không được sự đồng ý của chủ xe. Tuy nhiên, quy tắc này sẽ không được áp dụng đối với trường hợp sửa chữa một chiếc áo³⁹.

Ví dụ 2: *Tòa án phát triển một quy tắc pháp lý mới đi ngược lại lời văn của luật về mặt hình thức (gegen den Gesetzeswortlaut/ contra legem) do bối cảnh thực tiễn xã hội đã thay đổi.*

Khoản 1 Điều 253 Bộ luật Dân sự Đức đã loại trừ việc bồi thường thiệt hại do những thiệt hại mà không phải là thiệt hại

về tài sản (Vermögensschäden). Tòa án tối cao đã quyết định rằng chủ thể mà gây thiệt hại nặng về quyền nhân thân của người khác thì phải bồi thường, ví dụ như chủ thể khai thác một cách trái pháp luật hình ảnh, nhật ký riêng tư của người khác, không được sự đồng ý của người đó, thì phải bồi thường vật chất cho người đó⁴⁰.

Rõ ràng, trong trường hợp này, từ ngữ trong luật là: không bồi thường đối với trường hợp không phải là thiệt hại về tài sản (Vermögensschäden). Tòa án phát triển một quy tắc pháp lý mới đi ngược lại lời văn của luật về mặt hình thức (gegen den Gesetzeswortlaut/ contra legem) của luật, do bối cảnh thực tiễn xã hội đã thay đổi, cần phải bảo vệ quyền nhân thân của chủ thể bị vi phạm⁴¹.

Ví dụ 3: *Tòa án thiết lập một nguyên tắc pháp luật mới (eine neue Rechtsregel) phù hợp với nhiệm vụ, định hướng xét xử của tòa án.*

Theo phán quyết của Tòa án Hiến pháp liên bang “BverfG”, NJW, 1990, 563: Việc công quyền can thiệp vào lĩnh vực, đời sống riêng tư căn bản (innersten Bereich privater Lebensgestaltung), đồng thời hạn chế những quyền này, nếu chỉ dựa vào việc cho rằng để bảo vệ lợi ích công cộng là chưa đủ. Nói cách khác, công quyền không được áp dụng nguyên tắc tương xứng trong lĩnh vực, đời sống riêng tư căn bản⁴².

Nguyên tắc bình đẳng được Tòa án Đức xem xét như là nguyên tắc căn bản khi

38. Bộ luật Dân sự Đức (Bürgerliches Gesetzbuch), viết tắt là BGB, được Nghị viện (Reichstag) thông qua vào năm 1896 và có hiệu lực thi hành từ 1/1/1900.

39. Simon/Funk-Baker, Deutsche Rechtssprache, Ein Studien- und Arbeitsbuch mit Einführung in das deutsche Recht, 6. Aufl., C.H.Beck, 2017, S. 24.

40. BVerfGE 34, 269 (Soraya). Xem thêm: Nigel Foster, Satish Sule, German Legal System and Laws, Oxford University Press, 2008, p. 63.

41. Simon/Funk-Baker, Deutsche Rechtssprache, Ein Studien- und Arbeitsbuch mit Einführung in das deutsche Recht, 6. Aufl., C.H.Beck, 2017, S. 25.

42. BverfG, NJW, 1990, 563.

phát triển pháp luật⁴³. Khác với Common law, phát triển án lệ bằng phương pháp tư duy pháp lý Analogy (so sánh tương đồng), Tòa án Đức nói riêng và Tòa án các nước châu Âu lục địa nói chung tuân thủ nguyên tắc phân quyền, trong đó coi trọng sự bình đẳng giữa các chủ thể pháp lý. Phương pháp diễn dịch pháp lý (Subsumtion)⁴⁴ để giải quyết vấn đề phát sinh trên cơ sở luật được áp dụng phổ biến⁴⁵.

2. Một số gợi mở nhằm nâng cao chất lượng áp dụng án lệ ở Việt Nam hiện nay

Trong giai đoạn hội nhập quốc tế, xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam hiện nay, việc xây dựng, phát triển án lệ một cách đồng bộ, hệ thống, khoa học có một ý nghĩa rất quan trọng. Từ kinh nghiệm xây dựng, phát triển án lệ ở một số quốc gia trên thế giới như phân tích ở trên, chúng tôi rút ra một số gợi mở có thể tham khảo nhằm nâng cao chất lượng áp dụng án lệ ở nước ta như sau:

Thứ nhất, cần thống nhất cách hiểu về “án lệ” và “tình huống pháp lý tương tự”.

Án lệ ra đời để khắc phục tính khái quát hóa cao và tính không thể dự đoán hết các tình huống sẽ xảy ra trong tương lai của luật thành văn. Điều đó có nghĩa là án lệ được xây dựng và phát triển khi xử lý những tình huống bất thường, chưa có luật điều chỉnh hoặc có luật nhưng thiếu cụ thể, rõ ràng, cần phải giải thích, làm rõ. Chính vì vậy, tòa án cần phải được trao quyền để xử lý cả những tình huống không có luật điều chỉnh, được phát triển một quy tắc pháp lý mới đi ngược lại lời văn của luật về mặt hình thức do bối cảnh thực tiễn xã hội đã thay đổi và được

thiết lập một nguyên tắc pháp luật mới phù hợp với nhiệm vụ, định hướng xét xử của tòa với mục tiêu cao nhất của tòa án là bảo vệ công lý.

Ngoài ra, để đảm bảo tính khách quan, khoa học, việc xác định “*tình huống pháp lý tương tự*” cần được áp dụng một cách cụ thể, chặt chẽ và có sự hướng dẫn cần thiết. Để áp dụng được nguyên tắc này, thẩm phán phải xác định được đâu là “*tình tiết chính*” và thế nào là “*tương tự*”.

Thứ hai, việc xây dựng án lệ cần đảm bảo tính hệ thống, cần phát triển án lệ thành 3 loại để áp dụng, để giải thích luật và bản án mẫu.

Qua quá trình xét xử, số lượng án lệ sẽ ngày càng gia tăng, để dễ dàng cho việc tìm kiếm thì ngay từ đầu phải có sự sắp xếp và lưu trữ một cách khoa học các bản án. Có rất nhiều cách để hệ thống lại các bản án lệ lưu trữ theo thời gian xét xử, theo cấp toà, theo loại vụ việc. Án lệ cần được phát triển theo giá trị thành: Án lệ để áp dụng, án lệ để giải thích luật, và các bản án mẫu để thẩm phán có thể tham khảo.

Thứ ba, đổi mới công tác đào tạo thẩm phán để nâng cao chất lượng của án lệ.

Để có được những án lệ có giá trị thì đòi hỏi các thẩm phán phải thực sự có trình độ cao, có khả năng phân tích, đánh giá và đưa ra các phán quyết có chất lượng tốt, từ đó mới có thể xây dựng nên các án lệ có chất lượng. Để đạt được điều này, cần đổi mới công tác đào tạo, xây dựng một mô hình đào tạo thẩm phán thích hợp, bảo đảm các thẩm phán có trình độ chuyên môn, nghiệp vụ đáp ứng yêu cầu của công cuộc cải cách tư pháp ở nước ta hiện nay ■

43. Reinhold Zippelius: Rechtsphilosophie, 6. Auflage, § 18 II.

44. Phương pháp diễn dịch pháp lý (Subsumtion) hay còn gọi là phương pháp NISS gồm 4 giai đoạn: 1) tìm ra quy phạm áp dụng (Norm), 2) nghiên cứu tình huống pháp lý (Sachverhalt), 3) phân tích mối quan hệ giữa quy phạm và tình huống pháp lý (Subsumtion), 4) kết luận (Schluß). Phương pháp này cơ bản giống với phương pháp IRAC (Issue – Rule – Analysis – Conclusion) được áp dụng phổ biến ở các nước Anh, Mỹ.

45. Reinhold Zippelius: Recht und Gerechtigkeit in der offenen Gesellschaft, 2. Auflage, 1996, S. 327.

NHÀ NƯỚC BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI DO TỘI PHẠM GÂY RA: QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT MỘT SỐ NƯỚC VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Tất Thành*

TS. Khoa Luật, Đại học Văn Lang.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Bồi thường thiệt hại, Nhà nước bồi thường thiệt hại do tội phạm gây ra, người bị hại, tố tụng hình sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 16/11/2020
Biên tập : 03/12/2020
Duyệt bài : 05/12/2020

Article Information:

Keywords: Compensation, state compensation for damages caused by crimes, crime victim, criminal proceedings.

Article History:

Received : 16 Nov. 2020
Edited : 03 Dec. 2020
Approved : 05 Dec. 2020

Bồi thường thiệt hại (BTTH) do tội phạm gây ra là một vấn đề được quan tâm nhiều trong pháp luật ở nhiều nước trên thế giới hiện nay. Mỗi quốc gia có cơ chế riêng nhằm đảm bảo việc BTTH này. Nhiều biện pháp khác nhau được áp dụng nhằm đảm bảo việc BTTH do tội phạm gây ra như: thông qua đơn yêu cầu BTTH theo thủ tục hình sự và tố tụng hình sự (TTHS), tự nguyện BTTH (compensation), bồi hoàn (restitution) hay các biện pháp khác.

Đa phần, việc BTTH do tội phạm gây ra được thực hiện bởi chính người phạm tội đã gây thiệt hại. Tuy nhiên, việc BTTH do tội phạm gây ra từ phía người phạm tội không phải lúc nào cũng thực hiện được. Rất dễ hình

Tóm tắt:

Bài viết phân tích các quy định của pháp luật một số nước trên thế giới về cơ chế nhà nước bồi thường thiệt hại do tội phạm gây ra, từ đó đưa ra các gợi ý, đề xuất để xây dựng cơ chế tương tự trong pháp luật Việt Nam nhằm đảm bảo hiệu quả bồi thường thiệt hại do tội phạm gây ra.

Abstract:

This article provides analysis of the legal provisions of a number of countries on state compensation for damages caused by crimes and suggests the a similar mechanism in Vietnamese criminal procedure law should be built to ensure effective compensation for damages caused by crimes.

dung các trường hợp này như: người phạm tội không mong muốn bồi thường hay không đủ khả năng để bồi thường, người phạm tội chết hay đơn giản là không xác định được người phạm tội. Chính điều này đặt ra một thách thức đối với các cơ chế BTTH do tội phạm gây ra ngoài trường hợp người phạm tội phải BTTH cho tội phạm mà họ đã thực hiện.

Một số quốc gia trên thế giới như: Hoa Kỳ, Vương Quốc Anh, Pháp, Đức... đã thiết lập nên cơ chế cho phép người bị hại (nạn nhân) của tội phạm có thể nhận được bồi thường mà không phụ thuộc vào các yếu tố xuất phát từ phía người phạm tội. Cơ chế này chính là việc nhà nước BTTH do tội phạm gây ra cho nạn nhân.

1. Quy định của pháp luật về việc nhà nước bồi thường thiệt hại do tội phạm gây ra ở một số nước trên thế giới

1.1. Hoa Kỳ

Ở Hoa Kỳ hiện nay, hệ thống BTTH do tội phạm gây ra vận hành dựa trên Luật về nạn nhân của tội phạm năm 1984 (Victims of Crime Act of 1984, VOCA)¹. Luật này quy định, việc BTTH do tội phạm gây ra không chỉ được thực hiện bởi người bị kết tội mà còn có thể thông qua việc Nhà nước bồi thường nếu như, vì lý do khách quan, người bị kết tội không thể bồi thường. Từ quy định này, một chương trình liên bang đã được xây dựng liên quan đến BTTH. Đó là Quỹ nạn nhân của tội phạm (Crime Victims Fund, CVF)²; theo đó, cơ quan tư pháp Hoa Kỳ được giao trách nhiệm tổ chức thực hiện và kiểm soát hoạt động của Quỹ này.

Do tính chất liên bang, nên luật này đã được ghi nhận vào Phần 32, Chương 201 (từ điều 20101-20144)³ và Phần 18 (3013) Bộ Tổng luật Hoa Kỳ⁴.

Ngoài ra, các quy định về việc Nhà nước BTTH do tội phạm gây ra còn được ghi nhận tại các văn bản khác như: Phần II Luật về hình phạt hữu hiệu trong chống khủng bố năm 1996 (Antiterrorism and Effective Death penalty Act of 1996)⁵ quy định rằng, việc BTTH do tội phạm khủng bố gây ra phải

được thực hiện trong phạm vi TTHS và được lấy từ ngân sách liên bang; Đạo luật về quyền của nạn nhân của tội phạm năm 2004 (Crime Victims' Rights Act of 2004 CVRA)⁶ quy định về sự cần thiết phải đảm bảo quyền được bồi thường đầy đủ và kịp thời cho nạn nhân.

Theo đó, việc BTTH do tội phạm gây ra, bao gồm cả thiệt hại về tinh thần, trong trường hợp không xác định được người phạm tội hoặc khi người bị kết án không có khả năng bồi thường, được thực hiện từ nguồn chương trình liên bang được thiết lập trong Quỹ nạn nhân của tội phạm và các chương trình khác thuộc nhiều bang của Hoa Kỳ.

Việc ra quyết định và chi trả tiền bồi thường được thực hiện căn cứ thiệt hại gây ra bởi từng tội phạm cụ thể, các tình tiết cụ thể đã được các cơ quan bảo vệ pháp luật hoặc toà án xác định thông qua trình tự thủ tục tố tụng.

1.2. Vương quốc Anh

Tại Vương quốc Anh, việc Nhà nước BTTH do tội phạm gây ra cũng được ghi nhận trong luật hiện hành - Luật BTTH do tội phạm gây ra năm 1995 (Criminal Injuries Compensation Act 1995); theo đó:

- Người bị gây thiệt hại bởi một hoặc nhiều tội phạm nghiêm trọng có quyền yêu cầu Nhà nước bồi thường⁷;

1. P.L. 98-473, Title II, Chapter XIV, Victims of Crime Act of 1984, October 12, 1984, 98 Stat. 2170.

2. Crime Victims Fund, <https://ovc.ojp.gov/about/crime-victims-fund>. Quỹ này được hình thành từ ngân sách Liên bang Hoa Kỳ, chẳng hạn từ năm 2005-2009, mỗi một năm nhận từ ngân sách 5 000 000 đô la Mỹ. Tính đến năm 2020, số dư của Quỹ là hơn 6 tỷ đô la và bao gồm các khoản tiền ký gửi (còn được gọi là tiền biên lai) từ số tiền phạt hình sự liên bang, trái phiếu bảo lãnh bị mất, hình phạt và các đánh giá đặc biệt do Văn phòng luật sư Hoa Kỳ, Tòa án liên bang và Cục trại giam liên bang thu thập.

3. U.S. Code, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/34/subtitle-II/chapter-201>, truy cập ngày 25/10/2020.

4. U.S. Code, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/3013>, truy cập ngày 25/10/2020.

5. Antiterrorism and effective Death penalty Act of 1996, <https://www.congress.gov/104/plaws/publ132/PLAW-104publ132.pdf>, truy cập ngày 25/10/2020.

6. Crime Victims' Rights Act of 2004, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BILLS-108hr5107enr/pdf/BILLS-108hr5107enr.pdf>; Charles Doyle, Crime Victims' Rights Act: A Summary and Legal Analysis of 18 U.S.C. §3771, 2014, <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL33679.pdf>, truy cập ngày 25/10/2020.

7. Criminal Injuries Compensation Act 1995, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1995/53/section/1>, truy cập ngày 1/11/2020.

- Việc bồi thường được thực hiện đối với những thiệt hại gây ra bởi tội phạm nghiêm trọng mà dẫn tới việc bắt giữ người bị tình nghi trước khi xét xử⁸;

- Việc bồi thường cho bị hại (nạn nhân của tội phạm) được thực hiện trong các trường hợp khi thiệt hại gây ra: a) không thể được bồi thường bởi người phạm tội hoặc b) không thể bồi thường theo trình tự thủ tục tố tụng dân sự hoặc TTHS do bị đơn dân sự hoặc người bị kết án không có đủ tài chính hoặc c) theo tính chất và mức độ nguy hiểm, đe dọa đến tính mạng hoặc đến việc thực hiện các quyền không thể tách rời khác của con người;

- Bộ Nội vụ Vương quốc Anh là cơ quan quản lý nhà nước về BTTH. Giúp việc cho Bộ Nội vụ trong quản lý nhà nước về BTTH là Ủy ban về BTTH do tội phạm gây ra (The Criminal Injuries Compensation Authority) và Ủy ban kháng cáo các vấn đề về BTTH do tội phạm gây ra (Criminal Injuries Compensation Appeal Panel)⁹;

Điều 2 Luật về BTTH do tội phạm gây năm 1995 quy định khoản BTTH do tội phạm gây ra bao gồm: 1) Mức bồi thường tiêu chuẩn được xác định tùy theo bản chất của thiệt hại; 2) Khoản bồi thường bổ sung do bị mất thu nhập; 3) Trong các trường hợp khác, có thể tính đến khoản bồi thường bổ sung liên quan đến những chi phí đặc biệt; 4) trong trường hợp tổn hại sức khỏe trầm trọng – thì những khoản bồi thường bổ sung khác có thể được tính đến. Tuy nhiên, tổng số tiền bồi thường tối đa không được vượt quá 500.000 bảng Anh.

8. Theo Luật về nạn nhân của bạo lực gia đình và tội phạm năm 2004, hiệu lực của Luật về BTTH do tội phạm gây ra năm 1995 và Mô hình BTTH do tội phạm gây ra có hiệu lực đối với người bị thiệt hại bởi tội phạm mà người phạm tội đó bị bắt trước khi xét xử.

9. Criminal Injuries Compensation Authority (1995), The criminal injuries compensation scheme, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/717221/criminal-injuries-compensation-scheme-1996-eng.pdf, truy cập ngày 1/11/2020.

10. Crime victims Compensation Act as promulgated on 7 January 1985 (Federal Law Gazette I S. 1), last amended by Article 2a of the Act of 15 April 2020 (Federal Law Gazette I p. 811), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_oeg/index.html#gl_p0013, truy cập ngày 1/11/2020.

11. Xem Điều 1 Luật về bồi thường cho nạn nhân của tội phạm bạo lực năm 1985, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_oeg/englisch_oeg.html#p0013, truy cập ngày 1/11/2020.

1.3. Cộng hoà Liên bang Đức

Ở Cộng hoà Liên bang Đức, chế định nhà nước BTTH do tội phạm gây ra được điều chỉnh bởi Luật Bồi thường cho nạn nhân của tội phạm bạo lực năm 1985 (sửa đổi, bổ sung theo đạo luật ngày 15 tháng 4 năm 2020)¹⁰. Theo quy định của Luật, “bất kỳ người nào, trong phạm vi lãnh thổ có hiệu lực của Luật này hoặc trên tàu hoặc máy bay của Đức, đã bị thương tích do cố ý, bất hợp pháp tấn công bản thân hoặc bất kỳ người nào khác hoặc do sự phòng vệ hợp pháp chống lại một cuộc tấn công như vậy, sẽ được quyền, theo đơn, được bồi thường do hậu quả gây ra thiệt hại về sức khỏe và thiệt hại về kinh tế, theo quy định của Luật Bồi thường cho nạn nhân chiến tranh Liên bang”¹¹.

Quy định của pháp luật Cộng hoà Liên bang Đức về BTTH do tội phạm gây ra có một số đặc điểm sau:

- Việc bồi thường được thực hiện nếu liên quan đến tội phạm bạo lực cố ý thực hiện trong phạm vi lãnh thổ Liên bang Đức; việc BTTH được thực hiện đối với cả thiệt hại về thể chất và tinh thần;

- Người mà sức khoẻ bị gây thiệt hại thì được bồi thường và nhận được khoản tiền đủ để khôi phục sức khoẻ; loại và mức bồi thường phụ thuộc vào mức độ nghiêm trọng của thiệt hại về kinh tế và chi phí y tế;

- Cho phép việc bồi thường do mất đi kỹ năng nghề nghiệp nếu bị do tội phạm gây ra thông qua việc xác định mức độ mất đi khả năng thực hiện nghề nghiệp;

- Việc bồi thường được thực hiện đối với phần thu nhập bị mất;

- Trong trường hợp người chết vì tội phạm sẽ được Nhà nước bồi thường: a) Chi phí chôn cất, b) Chi phí liên quan đến việc mất nguồn thu nhập chính hoặc mất người cấp dưỡng – như trẻ mồ côi, người không có khả năng lao động.

- Việc bồi thường do ngân sách liên bang chi 40% và ngân sách bang chi 60% nếu như bị hại nộp đơn phù hợp;

- Trách nhiệm giải quyết đơn thuộc về cơ quan có thẩm quyền ở các bang;

- Việc khôi phục lại các nguồn lực để bồi thường được tiến hành thông qua: 1) Việc thu ngân sách liên bang và ngân sách các bang; 2) Việc truy thu đối với người bị kết án (nếu có thể); 3) Các nguồn hỗ trợ tự nguyện cũng như từ việc thực hiện các chương trình xã hội khác.

1.4. Cộng hoà Pháp

Việc bồi thường do Nhà nước tiến hành cho người bị thiệt hại do tội phạm gây ra trong pháp luật Cộng hoà Pháp được điều chỉnh bởi các luật sau:

Luật số 77-5 năm 1977 về BTTH thân thể do tội phạm gây ra, bổ sung quy định về Nhà nước BTTH cho người bị hại do tội phạm gây ra trong Bộ luật TTHS Pháp¹² (từ Điều 706-3 đến Điều 706-13). Theo Luật này, người bị hại có quyền yêu cầu Nhà nước BTTH do tội phạm gây ra trước thời điểm người phạm tội ra trước toà. Toà án, ngoài việc ra bản án kết tội, phải ra quyết định về việc BTTH. Nhà nước theo trình tự, thủ tục quy hồi sẽ truy thu từ người bị kết án khoản

chi phí BTTH do tội phạm gây ra cho bị hại.

Năm 1981, Pháp ban hành Luật số 81-82 Tăng cường an toàn và bảo vệ quyền tự do của cá nhân¹³. Chương 3 “về bảo vệ bị hại” (từ Điều 81- Điều 100) quy định về việc đảm bảo cho người bị hại khỏi các tác động của tội phạm được quy định tại Điều 706-14 và Điều 706-15 trong Bộ luật TTHS Pháp. Theo đó, người là nạn nhân của các tội như trộm cắp hoặc lừa đảo chiếm đoạt tài sản thì có thể nhận bồi thường cho các hoạt động hỗ trợ pháp lý. Cụ thể, Điều 706-14 quy định: “Người nào là nạn nhân của tội trộm cắp, lừa đảo, bội ước, cưỡng đoạt tiền, hoặc phá huỷ hoặc gây thiệt hại cho tài sản của người này, và không thể có được sự sửa chữa hoặc đền bù đầy đủ và hiệu quả các thiệt hại của người này dựa trên bất kỳ cơ sở nào, và kết quả là thấy mình ở trong tình trạng nghiêm trọng về tâm lý hoặc tài chính, có thể được hưởng bồi thường theo điều kiện được quy định tại các điều từ Điều 706-3 đến Điều 706-12, nếu thu nhập của người này là thấp hơn mức tối đa được hưởng trợ giúp pháp lý một phần theo quy định của Điều 4 Luật số 91-647 ngày 10/7/1991 điều chỉnh việc trợ giúp pháp lý¹⁴, có tính đến, nếu phù hợp các chi phí của gia đình người này.

Mức bồi thường tối đa bằng ba lần số tiền thu nhập giới hạn hàng tháng”¹⁵.

Tương tự, việc bồi thường có thể được thực hiện đối với người bị hại (nạn nhân) của các tội xâm phạm tính mạng, sức khoẻ con người. Tuy nhiên, thiệt hại của nạn nhân phải thể hiện ở việc giảm thu nhập, tăng chi phí hay mất khả năng lao động nghề nghiệp.

12. Loi n° 77-5 du 3 janvier 1977 garantissant l'indemnisation de certaines victimes de dommages corporels résultant d'une infraction, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000704552/2020-11-16/>, truy cập ngày 10/11/2020.

13. Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000516044/2020-11-16/>, truy cập ngày 10/11/2020.

14. Người ở trong tình trạng tài chính nghiêm trọng là trường hợp có thu nhập hàng tháng dưới 900 Euro. Xem thêm: Loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique, <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000537611/2020-11-16/>, truy cập ngày 10/11/2020.

15. Criminal Procedure Code of the French Republic (amended January 2020), https://www.legislationline.org/download/id/8539/file/France_CPC_am022020_fr.pdf, truy cập ngày 10/11/2020.

Từ những phân tích quy định của pháp luật TTHS một số quốc gia về nhà nước BTTH cho người bị hại do hành vi phạm tội gây ra có thể rút ra những nhận xét sau:

1) Nhà nước bồi thường cho người bị thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra được xem như là một chế định độc lập trong TTHS các nước.

2) Mặc dù ở mỗi quốc gia, nội dung của chế định này có sự khác nhau, nhưng điểm chung là pháp luật TTHS các nước đều quy định về các vấn đề sau : a) Nguyên tắc cơ bản liên quan đến việc Nhà nước BTTH cho người bị hại do tội phạm gây ra; b) Các quỹ bồi thường có nguồn gốc từ hoặc là nguồn ngân sách hoặc là các nguồn quỹ vận động, hỗ trợ từ xã hội; c) Trình tự thủ tục mà người bị hại cần tiến hành để nhận được sự bồi thường của Nhà nước đối với thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra.

3) Pháp luật TTHS các nước đều quy định mức tối đa mà bị hại có thể nhận được bồi thường từ Nhà nước cho thiệt hại do tội phạm gây ra.

2. Quy định về việc Nhà nước bồi thường thiệt hại trong pháp luật Việt Nam và kiến nghị

Theo quy định của pháp luật nước ta, trong một số trường hợp nạn nhân (người bị hại) của tội phạm có thể nhận được sự hỗ trợ¹⁶ từ Nhà nước. Tuy nhiên, phạm vi áp dụng còn hẹp, cụ thể, hiện nay, chỉ có nạn nhân của tội phạm mua bán người được Nhà nước hỗ trợ. Theo quy định của Luật Phòng, chống mua bán người năm 2012, nạn nhân được hưởng các chế độ hỗ trợ và được bảo vệ và được BTTH theo quy định của pháp luật.

Như vậy, pháp luật hiện hành của Việt Nam không quy định về việc Nhà nước BTTH do tội phạm gây ra, mà chỉ quy định việc hỗ trợ

cho nạn nhân. Ở đây, sự hỗ trợ của Nhà nước được hiểu là theo trình tự thủ tục hành chính, còn phần thiệt hại của nạn nhân do tội phạm gây ra sẽ được bồi thường theo trình tự thủ tục TTHS đối với vụ án hình sự về tội mua bán người (nếu có). Một nghiên cứu được công bố cho thấy, bị hại được bồi thường khoảng 10,5% tổng giá trị thiệt hại được định giá¹⁷. Con số này cho thấy, ở nước ta, tỷ lệ BTTH do tội phạm gây ra còn thấp, không đảm bảo đầy đủ quyền, lợi ích hợp pháp của người bị hại. Có những nguyên nhân dẫn đến tình trạng này như: Trong quá trình điều tra, Cơ quan điều tra ít quan tâm xác định vấn đề dân sự trong vụ án hình sự; khi thụ lý hồ sơ vụ án để chuẩn bị xét xử, thẩm phán được phân công chủ tọa phiên tòa chỉ tập trung nghiên cứu giải quyết vấn đề hình sự mà xem nhẹ vấn đề dân sự trong vụ án hình sự¹⁸; người phạm tội không đủ khả năng về tài chính.... Tuy nhiên, chúng tôi cho rằng, nguyên nhân chủ yếu là do quy định của pháp luật nước ta về BTTH do tội phạm gây ra còn thiếu đầy đủ và cụ thể. Việc một số nước trên thế giới xây dựng chế định nhà nước BTTH do tội phạm gây ra và vận hành một cách có hiệu quả là một gợi mở để chúng ta nghiên cứu và học hỏi. Chúng tôi cho rằng, cần bổ sung chế định nhà nước BTTH trong pháp luật Việt Nam theo hướng xác lập quyền của người bị hại được Nhà nước BTTH do tội phạm gây ra trong trường hợp người phạm tội không thể/hoặc không có thiện chí BTTH mà hành vi phạm tội của họ gây ra cho bị hại hoặc trong trường hợp bị hại chưa nhận được bồi thường thông qua các hình thức khác (chẳng hạn như bồi thường do bảo hiểm chi trả); xây dựng Quỹ BTTH cho nạn nhân từ nguồn ngân sách nhà nước và từ các nguồn xã hội hoá; quy định mức tối đa Nhà nước BTTH gây ra bởi từng loại tội phạm cụ thể ■

16. Về bản chất đây là sự hỗ trợ của Nhà nước đối với nạn nhân về tâm lý, y tế, pháp lý, một số chi phí liên quan đến nhu cầu thiết yếu, chi phí đi lại, hỗ trợ học văn hoá, học nghề hoặc hỗ trợ để vay vốn, trợ cấp khó khăn.

17. Đinh Thị Mai (2014), Quyền của người bị hại trong TTHS Việt Nam, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, tr. 213.

18. Tòa hình sự Tòa án nhân dân tối cao (2008), “Tham luận công tác xét xử các vụ án hình sự năm 2007 và một số kiến nghị”, Hội nghị triển khai công tác ngành Tòa án, Hà Nội.

VỤ VNG KIỆN TIKTOK: KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM TỪ CƠ CHẾ ‘SAFE HARBOUR’ CỦA HOA KỲ, LIÊN MINH CHÂU ÂU VÀ NEW ZEALAND

Nguyễn Lương Sỹ*

Nguyễn Thị Lan Anh**

*CN. Trường Đại học Luật, Đại học Huế.

**CN. Trường Đại học Luật, Đại học Huế.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: VNG, TikTok, nhà cung cấp dịch vụ trung gian trên Internet, quyền tác giả.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 19/12/2020

Biên tập : 07/01/2021

Duyệt bài : 09/01/2021

Article Information:

Keywords: VNG, TikTok, internet service intermediaries, copyright.

Article History:

Received : 19 Dec. 2020

Edited : 07 Jan. 2021

Approved : 09 Jan. 2021

Tóm tắt:

Vụ việc VNG Corporation khởi kiện TikTok đã đặt ra thách thức pháp lý cho hệ thống pháp luật về sở hữu trí tuệ của Việt Nam. Nhiều quốc gia đã xây dựng cơ chế miễn trách nhiệm dành cho các nhà cung cấp dịch vụ trung gian đối với hành vi xâm phạm quyền tác giả của bên thứ ba. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích cơ chế miễn trách nhiệm ở Hoa Kỳ, EU và New Zealand; đồng thời, so sánh với pháp luật Việt Nam hiện hành để đưa ra một vài nhận định cơ bản về vụ kiện giữa VNG và TikTok.

Abstract:

The lawsuit between VNG and TikTok over alleged copyright infringement has posed legal challenges on Vietnam's intellectual property law. Many countries have developed a Safe Harbour for Internet service intermediaries from third party copyright infringement. The article analyses that exemption from liability in the US, the EU and New Zealand; also, compared with Vietnam's current law to add some comments on the case VNG v TikTok.

1. Khái quát chung

1.1. Định nghĩa cơ chế Safe harbour

“Safe harbour” (*Bến an toàn*) là một cơ chế miễn trách nhiệm dành cho nhà cung cấp dịch vụ trung gian trên Internet đối với các hành vi xâm phạm quyền tác giả do bên thứ ba thực hiện. Cơ chế này lần đầu tiên ghi nhận

trong Luật Bản quyền thiên niên kỷ kỹ thuật số năm 1998 của Hoa Kỳ (*DMCA*)¹, sau đó được kế thừa ở nhiều quốc gia phát triển khác như Liên minh châu Âu (*EU*) hay Australia, New Zealand,...². Cơ chế này bảo vệ nhà cung cấp dịch vụ trung gian trên Internet (*Internet Service Intermediary – ISI*)³ khỏi

1. The Digital Millennium Copyright Act 1998.

2. A. Marsoof and I. Gupta, Shielding internet intermediaries from copyright liability-A comparative discourse on safe harbours in Singapore and India, *Journal of World Intellectual Property*, volume 22,2019, p.238.

3. Còn được gọi là Internet Service Provider – ISP.

các trách nhiệm pháp lý về quyền tác giả do người dùng thực hiện trên nền tảng dịch vụ của mình. Đồng thời, đây cũng là công cụ hữu hiệu để chủ sở hữu quyền tác giả có thể tự bảo vệ quyền lợi chính đáng thông qua các điều kiện bắt buộc dành cho ISI nếu muốn hưởng đặc quyền miễn trách nhiệm. Việc áp dụng cơ chế miễn trách nhiệm nêu trên là vô cùng cần thiết trong môi trường Internet, nơi diễn ra khối lượng thông tin khổng lồ được trao đổi gần như tức thời. Trong khi đó, ISI được xem là trung tâm luân chuyển và vận hành nội dung số, nên việc kiểm soát tính pháp lý của toàn bộ nội dung là gần như không thể và dễ dàng dẫn đến sự sụp đổ của hệ thống tự do thông tin.

1.2. Phân loại nhà cung cấp dịch vụ trung gian trên Internet

ISI là nơi cung cấp nền tảng hỗ trợ trao đổi thông tin và nội dung giữa người dùng với nhau trên Internet. Đúng với tính chất trung gian, ISI không phải là bên tạo ra thông tin, mà chỉ đóng vai trò cung cấp máy chủ, đường truyền, lưu trữ cùng các dịch vụ khác để người dùng cuối (*end user*) tạo ra nội dung số. Trong mối quan hệ liên quan đến ISI và chủ sở hữu quyền tác giả, người dùng cuối được xem là bên thứ ba trong trường hợp họ không phải là tác giả của nội dung số do mình tạo ra. Thông thường, ISI được chia thành bốn nhóm cơ bản, bao gồm: nhà cung cấp đường truyền (*access provider*), cổng thông tin và công cụ tìm kiếm (*portals and search engines*), mạng xã hội (*social media*) và cơ sở lưu trữ máy chủ (*hosting facility*)⁴.

(1) Nhà cung cấp đường dẫn là người kết nối cá nhân đến với Internet thông qua

hệ thống đường truyền như vệ tinh, tháp phát sóng, đường dây viễn thông,... (ví dụ: Viettel, VNPT, FPT Telecom). Đây là dạng ISI cơ bản nhất, được ví như “một bưu điện ảo” tiếp nhận và truyền phát thông tin điện tử giữa các cá nhân, tổ chức sử dụng dịch vụ⁵. Như vậy, nhóm dịch vụ này chỉ hỗ trợ truyền tải thông tin mà không lưu trữ trên hệ thống (hoặc chỉ lưu trữ tạm thời phục vụ việc truyền tải), không tiếp cận và đánh giá thông tin.

(2) Cổng thông tin và công cụ tìm kiếm: Cổng thông tin (*Portal*) là nơi trực tiếp đăng tải và cung cấp thông tin của một bên thứ ba đến với người dùng, thường biết đến là các trang thông tin điện tử tổng hợp (ví dụ: Yahoo News, Baomoi.com). Ngoài ra, dịch vụ thư điện tử (ví dụ: Gmail, Outlook) cũng được xem là một loại cổng thông tin⁶. Trong khi đó, công cụ tìm kiếm giúp người dùng truy xuất các thông tin ở các nguồn khác nhau dựa trên từ khóa (ví dụ: Google, Bing, Baidu).

(3) Mạng xã hội là một trang web hoặc ứng dụng cho phép người dùng tạo và chia sẻ nội dung khi tham gia vào một mạng lưới chung trên Internet (ví dụ: Facebook,, Instagram, Youtube, TikTok). Điểm chung giữa mạng xã hội và cổng thông tin, công cụ tìm kiếm đó là doanh thu của các dịch vụ này phần lớn đến từ quảng cáo chứ không thu trực tiếp từ người dùng.

(4) Cơ sở lưu trữ là nơi cung cấp dịch vụ máy chủ để tạo ra các phần mềm trên Internet phục vụ người dùng cuối⁷. Đây có thể được coi là dịch vụ “mẹ”, ví dụ như Oracle Cloud, Amazon Web Services, giúp các ISI khác đăng ký tên miền, sử dụng lưu

4. Susy Frankel and Daniel J. Gervais, *The evolution and equilibrium of copyright in the digital age*, Cambridge, United Kingdom, 2014, p.2.

5. N.A. Aziz and I. Ibrahim, Child's Right to Free Flow Information via Internet: Liability and Responsibility of the Internet Service Provider, *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, volume 38, 2012, p.162.

6. D. (Darrel) Ince, *A dictionary of the Internet*, Oxford University Press, Oxford, 4 ed., 2019.

7. <https://www.lawinsider.com/dictionary/hosting-facility>, accessed from 25/08/2020.

trữ đám mây, thiết lập website hay công thanh toán trực tuyến.

2. Quy định về cơ chế miễn trách nhiệm cho ISI ở Hoa Kỳ, New Zealand và Liên minh châu Âu

2.1. Các trường hợp được hưởng cơ chế miễn trách nhiệm

- Hoa Kỳ

Như đã đề cập ở trên, Hoa Kỳ được xem là quốc gia đầu tiên áp dụng cơ chế miễn trách nhiệm, được quy định tại Điều 512 Luật DMCA 1998 về việc hạn chế trách nhiệm liên quan đến tư liệu trực tuyến⁸. Theo quy định này, ISI có thể hưởng cơ chế miễn trách nhiệm khi thực hiện một trong các chức năng sau đây⁹: (1) Truyền tải tạm thời mạng kỹ thuật số (*transitory digital network communications*), (2) Lưu trữ hệ thống (*system caching*) trung gian và tạm thời, (3) Lưu trữ thông tin trên mạng hoặc hệ thống theo điều hướng của người dùng (*information residing on systems or networks at direction of users*), (4) Công cụ định vị thông tin (*Information location tools*). Dựa trên bốn chức năng kể trên, có thể thấy, phần lớn các ISI đều có thể được hưởng cơ chế miễn trách nhiệm đối với xâm phạm quyền tác giả của bên thứ ba. Ví dụ, nhà cung cấp dịch vụ Internet với chức năng truyền tải mạng kỹ thuật số, hoặc mạng xã hội thuộc nhóm chức năng lưu trữ thông tin theo định hướng của người dùng.

- New Zealand

Cơ chế miễn trách nhiệm dành cho ISI theo quy định của pháp luật New Zealand về cơ bản khá tương đồng với pháp luật Hoa Kỳ. Theo đó, Luật Quyền tác giả New Zealand năm 1994 khi được sửa đổi vào

năm 2008 đã định nghĩa: ISI là người cung cấp đường truyền, định tuyến, kết nối đến truyền thông kỹ thuật số, hoặc lưu trữ dữ liệu trên website và các hệ thống điện tử có thể truy xuất khác¹⁰. Các ISI phù hợp với định nghĩa nêu trên sẽ không bị xem là người xâm phạm quyền tác giả trong các trường hợp: (1) người dùng xâm phạm nội dung được bảo hộ quyền tác giả trong quá trình sử dụng dịch vụ của họ, hoặc (2) khi ISI lưu trữ trung gian các tư liệu xâm phạm quyền tác giả do người dùng tạo ra, hoặc (3) lưu trữ tạm thời trên hệ thống các tư liệu xâm phạm quyền tác giả.

Ngoài ra, New Zealand còn điều chỉnh cơ chế miễn trách nhiệm bằng Luật Truyền thông kỹ thuật số gây hại¹¹. Tuy nhiên, đạo luật này ra đời nhằm hạn chế các hành vi bắt nạt và quấy rối trực tuyến (*cyberbullying*) gây tổn hại nghiêm trọng đến tinh thần của người khác. Do đó, tác giả sẽ không đề cập đến cơ chế miễn trách nhiệm theo quy định của đạo luật này.

- Liên minh châu Âu

Trước hết, cơ chế miễn trách nhiệm ở EU được điều chỉnh trong Sắc lệnh về thương mại điện tử 2000/31/EC¹² không chỉ đối với trách nhiệm về quyền tác giả, mà còn với quyền dữ liệu (*database right*) và các hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ khác. Theo đó, một nhà cung cấp dịch vụ sẽ được hưởng đặc quyền miễn trách nhiệm đối với hành vi của bên thứ ba nếu ISI: (1) hoạt động như là một đường dẫn thuần túy (*mere conduit*), hoặc (2) lưu trữ tạm thời trên hệ thống (*caching*), hoặc (3) lưu trữ trên máy chủ (*hosting*). Trong tất cả các trường hợp kể trên, ISI không có nghĩa vụ phải giám sát thông tin hay nội dung được truyền tải trên

8. Điều 512 Luật Bản quyền thiên niên kỷ kỹ thuật số năm 1998 (Hoa Kỳ).

9. Điều 512 (a) đến (d) Luật Bản quyền Thiên niên kỷ Kỹ thuật số 1998 (Hoa Kỳ).

10. Điều 2 Luật Quyền tác giả năm 1994 (New Zealand).

11. Harmful Digital Communications Act năm 2015 (New Zealand).

12. Directive 2000/31/EC on electronic commerce.

nền tảng của mình¹³. Ngoài ra, Sắc lệnh Xã hội thông tin 2001/29/EC¹⁴ còn bảo vệ ISI trước trách nhiệm pháp lý đối với các hành vi tái sản xuất tạm thời hoặc ngẫu nhiên nội dung nhằm phục vụ mục đích kỹ thuật, không có giá trị kinh tế¹⁵. Điểm khác biệt lớn giữa các trường hợp miễn trách nhiệm ở EU, so với Hoa Kỳ đó là EU không đề cập đến việc bảo vệ cho công cụ tìm kiếm. Tuy nhiên, Tòa án Công lý Liên minh châu Âu (CJEU) sau đó đã diễn giải khái niệm ‘hosting’ - lưu trữ trên máy chủ sẽ bao gồm công cụ tìm kiếm, miễn là công cụ đó đáp ứng được các điều kiện liên quan¹⁶.

2.2. Các điều kiện để được hưởng cơ chế miễn trách nhiệm

Nhà cung cấp dịch vụ trung gian, dù thuộc một trong các trường hợp kể trên, không đương nhiên hưởng cơ chế miễn trách nhiệm đối với hành vi xâm phạm quyền tác giả của bên thứ ba. Ngược lại, pháp luật các nước còn đặt ra một số điều kiện bắt buộc liên quan đến khả năng nhận thức và mức độ tham gia của ISI đối với hành vi xâm phạm nếu ISI muốn tránh chịu trách nhiệm gián tiếp (*secondary liability*).

- Hoa Kỳ

Theo quy định của Điều 512 Luật DMCA năm 1998, trước hết, đối với tổ chức có chức năng truyền tải mạng kỹ thuật số (nhà cung cấp đường truyền Internet), ISI phải tiến hành truyền phát tư liệu số bằng tiến trình kỹ thuật hoàn toàn tự động, không sao lưu tư liệu (ngoại trừ vì lý do kỹ thuật); đồng thời ISI không có bất kỳ can thiệp nào đến

nội dung cũng như không tham gia lựa chọn người nhận tư liệu số được truyền phát¹⁷.

Đối với các trường hợp ISI thực hiện chức năng máy chủ, lưu trữ hệ thống và công cụ tìm kiếm, ngoài các điều kiện trên, ISI còn phải đảm bảo không ý thức được việc hành vi xâm phạm đang diễn ra trên nền tảng dịch vụ của mình. Mặt khác, ISI cũng phải chứng minh rằng mình không được hưởng lợi trực tiếp về mặt tài chính từ hành vi xâm phạm¹⁸. Quan trọng hơn, Luật DMCA còn yêu cầu ISI phải khẩn trương phản hồi bằng cách xóa bỏ hoặc vô hiệu hóa truy cập đến nội dung xâm phạm khi có thông báo từ chủ sở hữu quyền tác giả¹⁹. Chính quy định này đã hình thành nên cơ chế “thông báo và gỡ bỏ” (*notice-takedown*), đặt trách nhiệm phát hiện sai phạm lên chủ sở hữu quyền, chứ không phải là ISI. Tuy nhiên, hệ thống “thông báo và gỡ bỏ” không chỉ đơn thuần là việc khẩn trương xóa bỏ nội dung vi phạm. Trong vụ kiện giữa BMG Rights Management LLC và Cox Communications Inc, bị đơn Cox Communications mặc dù đã có chính sách xóa bỏ nội dung vi phạm của người dùng, nhưng vẫn không được miễn trách nhiệm do Tòa án phán quyết rằng ISI cần phải mở rộng chính sách hơn nữa đối với các hành vi lặp lại liên tục²⁰. Do vậy, để được miễn trách nhiệm, ISI cần phải xây dựng chính sách phù hợp đối với các hành vi tái phạm.

Như phân tích ở trên, nhà cung cấp dịch vụ có thể bị cáo buộc trách nhiệm nếu không đáp ứng được các điều kiện của DMCA –

13. Simon Stokes, *Digital copyright: law and practice*, Oxford, UK, 5th ed., 2019, p.62.

14. Directive 2001/29/EC on information society.

15. Directive 2001/29/EC on information society, <http://data.europa.eu/eli/dir/2001/29/oj/eng>, Art.5.1.

16. Kimberlee Weatherall, *Internet Intermediaries and Copyright – A 2018 Update*, the Australian Digital Alliance, 2018, p.17.

17. Điều 512 (a)(1) đến (5) Luật Bản quyền Thiên niên kỷ Kỹ thuật số 1998 (Hoa Kỳ).

18. Điều 512 (c)(1)(A), (B) Luật Bản quyền Thiên niên kỷ Kỹ thuật số 1998 (Hoa Kỳ).

19. Điều 512 (c)(1)(A)(C) Luật Bản quyền Thiên niên kỷ Kỹ thuật số 1998 (Hoa Kỳ).

20. Kimberlee Weatherall, *tdld*, p.13.

điều được khẳng định vững chắc hơn thông qua vụ kiện giữa A&M Records Inc và Napster Inc. Napster là một phần mềm chia sẻ âm nhạc miễn phí, cho phép người dùng chia sẻ file MP3 thông qua giao thức mạng ngang hàng peer-to-peer. Từ đó, Napster bị cáo buộc phải chịu trách nhiệm đồng phạm (*contributory liability*) và trách nhiệm thay thế (*vicarious liability*) đối với các vi phạm quyền tác giả diễn ra khi người dùng chia sẻ file nhạc²¹. Tòa án nhận định rằng, mặc dù Napster cung cấp dịch vụ miễn phí, nhưng công ty này đã phát triển phổ biến và thu được lợi nhuận lớn, bao gồm từ hành vi xâm phạm. Ngoài ra, Napster lưu trữ thông tin người dùng chia sẻ, do đó phải biết và có đủ khả năng kỹ thuật để ngăn chặn vi phạm xảy ra. Chính vì các lẽ đó, Tòa buộc Napster phải áp dụng chính sách gỡ bỏ kịp thời khi có yêu cầu từ chủ sở hữu. Sau cùng, đến năm 2002, Napster phải tuyên bố đóng cửa vì không thể quản lý và gỡ bỏ toàn bộ nội dung xâm phạm quyền tác giả diễn ra trên nền tảng chia sẻ này²².

Một vụ kiện nổi tiếng khác giữa Viacom và Youtube; trong đó, Youtube bị yêu cầu chịu trách nhiệm gián tiếp vì đã tạo điều kiện cho người dùng đăng tải và thưởng thức hàng ngàn video do Viacom sở hữu. Nguyên đơn cho rằng Youtube đã cố tình xây dựng một hệ thống trú ẩn cho các vi phạm hàng loạt²³. Tuy nhiên, khác với Napster, Tòa phúc thẩm đã phán

quyết rằng: Youtube (a) không cố tình bỏ qua hành vi xâm phạm của bên thứ ba (*no willful blindness*)²⁴ và (b) không có quyền và khả năng để kiểm soát hành vi xâm phạm phù hợp với quy định của Điều 512(c)(1) (B) Luật DMCA²⁵.

Ngày nay, một số ISI đã phát triển thêm các biện pháp bổ sung để điều chỉnh nội dung xâm phạm quyền tác giả, được gọi là biện pháp “DMCA+”²⁶. Youtube là một trong những công ty đi đầu về việc áp dụng DMCA+, cung cấp nhiều giải pháp hữu hiệu cho chủ sở hữu quyền tác giả khi phát hiện ra nội dung vi phạm. Theo đó, mọi video được đăng tải trên Youtube đều được quét trên cơ sở dữ liệu do các chủ sở hữu cung cấp cho Youtube. Trong trường hợp phát hiện vi phạm, chủ sở hữu có quyền lựa chọn các giải pháp khác nhau như: cho phép đăng tải, chia sẻ lợi nhuận, hoặc xóa bỏ²⁷.

- New Zealand

New Zealand cũng yêu cầu ISI phải tuân thủ một bộ quy chuẩn nếu muốn hưởng đặc quyền miễn trách nhiệm, gồm các nguyên tắc cơ bản như sau:

(1) ISI phải không biết, hoặc không có lý do để tin rằng hành vi xâm phạm đang diễn ra, và phải tiến hành xóa bỏ hoặc chặn truy cập ngay khi biết đến hành vi xâm phạm²⁸.

(2) Đối với trường hợp lưu trữ caching, ISI không được có bất kỳ điều chỉnh hay can thiệp nào đối với nội dung, đồng thời tuân

21. Simon Stokes, tlđd, p.185.

22. B. Klein and others, *Understanding Copyright: Intellectual Property in the Digital Age*, SAGE, London, 2020, p.51.

23. M. Peguera, Secondary liability for copyright infringement in the web 2.0 environment: Some reflections on Viacom v. Youtube, *Journal of International Commercial Law and Technology*, volume 6, 2011, p.21.

24. Viacom International, Inc. et al v. Youtube, Inc. et al, https://www.docketalarm.com/cases/New_York_Southern_District_Court/1--07-cv-02103/Viacom_International_Inc._et_al_v._Youtube_Inc._et_al/452/, p.10, accessed from 25/08/2020.

25. Viacom International, Inc. et al v. Youtube, Inc. et al, tlđd, p.21.

26. K. Weatherall, tlđd, p.5.

27. <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en>, accessed from 25/08/2020.

28. Điều 92C Luật Quyền tác giả 1994 (New Zealand).

thủ mọi điều kiện do chủ sở hữu quyền đặt ra cũng như thông lệ chung của lĩnh vực dịch vụ đó. Hơn nữa, ISI phải xóa bỏ nội dung xâm phạm ngay khi họ biết được nội dung gốc đã bị xóa bỏ, hoặc theo yêu cầu của Tòa án²⁹.

Ngoài ra, New Zealand còn rất tích cực trong việc siết chặt quản lý đối với hình thức chia sẻ dữ liệu ngang hàng thông qua việc xây dựng một hệ thống phản hồi phân cấp. Theo quy định của Điều 92B và Điều 122A đến 122U Luật Quyền tác giả, ISI cung cấp dịch vụ chia sẻ dữ liệu ngang hàng phải có hệ thống cho phép người dùng thông báo về các hành vi nghi ngờ. Sau ba cấp thông báo, lần lượt là phát hiện (*detection*), cảnh báo (*warning*) và thực thi (*enforcement*), chủ sở hữu có quyền yêu cầu Tòa Bản quyền (*Copyright Tribunal*) phạt tiền hoặc khóa vĩnh viễn tài khoản vi phạm³⁰.

- Liên minh châu Âu

Các điều kiện đặt ra cho ISI để được miễn trách nhiệm quy định từ Điều 12 đến Điều 15 Sắc lệnh về thương mại điện tử 2000/31/EC về cơ bản tương đồng với quy định của Hoa Kỳ và New Zealand³¹. Trong quá trình thực thi, cơ chế miễn trách nhiệm ở châu Âu đã được giải thích và hoàn thiện thêm thông qua một số vụ kiện tiêu biểu. Đầu tiên phải kể đến đó là vụ việc liên quan đến The Pirate Bay – trang chia sẻ dữ liệu bằng giao thức mạng ngang hàng lớn nhất thế giới³². Năm 2017, Tòa CJEU giải thích lại quyền truyền đạt đến công chúng theo quy định của Sắc lệnh Xã hội thông

tin 2001/29/EC và xác định The Pirate Bay đã tự mình góp phần thực hiện việc truyền đạt tác phẩm đến công chúng (thông qua vai trò tích cực trong cung cấp dịch vụ cho bên thứ ba)³³. Do đó, nền tảng này không được hưởng miễn trừ trách nhiệm.

Một vụ kiện khác, tuy không liên quan đến quyền tác giả, nhưng cũng làm rõ mức độ tham gia của ISI vào hành vi xâm phạm như thế nào thì phù hợp với cơ chế miễn trách nhiệm. Đó là vụ kiện giữa L’Oreal và eBay, khi mà công ty mỹ phẩm L’Oreal cáo buộc sàn thương mại điện tử eBay đã tạo điều kiện cho việc mua bán hàng giả và hàng nhái nhãn hiệu L’Oreal³⁴. Với chính sách hỗ trợ người bán trong việc tối ưu hóa hiển thị sản phẩm, hoặc thậm chí hỗ trợ quảng cáo, eBay đã bị Tòa CJEU ra phán quyết loại trừ khỏi cơ chế miễn trách nhiệm³⁵. Như vậy, nếu ISI có vai trò tích cực tới việc xảy ra hành vi xâm phạm quyền tác giả, cơ chế miễn trách nhiệm sẽ không thể áp dụng trong trường hợp đó.

3. Vụ VNG kiện TikTok ở Việt Nam

Như đã biết, tập đoàn công nghệ hàng đầu Việt Nam VNG Corporation đã khởi kiện TikTok – nền tảng trung gian cho phép người dùng chia sẻ video ngắn. VNG cáo buộc TikTok đã để người dùng đăng tải trái phép nhiều bản âm thanh thuộc sở hữu của Zing Mp3 – trang web nghe nhạc trực tuyến thuộc VNG. Vụ kiện đặt ra bài toán pháp lý mới mẻ và phức tạp cho Tòa án Việt Nam, có khả năng ghi nhận một án lệ về tranh

29. Điều 92E Luật Quyền tác giả 1994 (New Zealand).

30. Điều 92B, Điều 122A tới Điều 122U Luật Quyền tác giả 1994 (New Zealand).

31. Art.12 to15 Directive 2000/31/EC on Electronic Commerce, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj>.

32. Simon Stokes, tldd, p.192.

33. E. Rosati, *The CJEU Pirate Bay Judgment and Its Impact on the Liability of Online Platforms*, Rochester, New York, 2017.

34. L’Oréal SA and Others v eBay International AG and Others, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62009CJ0324>, para.34.

35. L’Oréal SA and Others v eBay International AG and Others, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62009CJ0324>, para.116.

chấp quyền sở hữu trí tuệ trên nền tảng trung gian Internet. Hiện nay, thông tin do các bên đưa ra còn rất sơ sài, nên khó có thể sử dụng làm căn cứ để bình luận. Tuy nhiên, trên cơ sở các chuẩn mực chung về cơ chế miễn trách nhiệm cho ISI ở Hoa Kỳ, EU và New Zealand, một số vấn đề mang tính then chốt trong vụ kiện nêu trên cần phải được giải quyết tại Tòa án như sau:

Thứ nhất, cần xác định mối quan hệ giữa VNG và chủ sở hữu quyền tác giả. Trước hết, sản phẩm Zing MP3 của VNG được biết đến là một nền tảng mạng xã hội, cho phép người dùng nghe, đăng tải hoặc tải về các sản phẩm âm nhạc. Do không phải là nhà sản xuất âm nhạc, nên nhiều khả năng VNG không phải là chủ sở hữu quyền tác giả đối với hầu hết các tác phẩm tranh chấp với TikTok. Ngược lại, VNG có được quyền khai thác thương mại đối với tác phẩm thông qua hợp đồng với chủ sở hữu quyền tác giả thực sự. Như vậy, hợp đồng giữa VNG và các chủ sở hữu quyền tác giả là đối tượng quan trọng đầu tiên cần được xét đến trong vụ kiện này. VNG chỉ có quyền khởi kiện TikTok nếu như hợp đồng cho phép VNG độc quyền phân phối, truyền đạt bản sao tác phẩm đến với công chúng trên Internet. Trong trường hợp này, thậm chí những chủ sở hữu quyền tác giả có thỏa thuận với TikTok (theo thông tin từ phía TikTok đưa ra) cũng đứng trước nguy cơ bị khởi kiện do vi phạm hợp đồng với VNG.

Thứ hai, cần xác định TikTok có được hưởng lợi về tài chính từ các tác phẩm tranh chấp hay không? Trên thực tế, câu trả lời cho vấn đề này không quá phức tạp. Mặc dù cung cấp dịch vụ miễn phí, nhưng những nền tảng như TikTok có nguồn thu khổng lồ từ quảng cáo. Nói cách khác, TikTok hưởng lợi gián tiếp từ nội dung người dùng đăng tải, trong đó có các tác phẩm tranh chấp

với VNG. Tuy nhiên, việc VNG xác định mức bồi thường sẽ một phần phụ thuộc vào lợi nhuận chính xác mà TikTok thu được. Trong khi đó, khoản lợi nhuận trung gian này rất khó để xác định khi TikTok không muốn tiết lộ.

Thứ ba, VNG và TikTok đã có những hành động gì để giải quyết tranh chấp trước khi nộp đơn lên Tòa án. Đây chính là cơ chế “thông báo và gỡ bỏ”, một trong các điều kiện để hưởng miễn trừ trách nhiệm dành cho ISI như đã đề cập ở phần trước. Theo thông tin, VNG đã gửi thư khuyến cáo số 29/2019/ZA-CV ngày 07/06/2019 yêu cầu TikTok rà soát và loại bỏ toàn bộ các đoạn âm thanh do Zing sở hữu. Tuy nhiên, phía TikTok chưa phản hồi về hành động mà mình đã thực hiện sau khi nhận được thông báo từ VNG³⁶.

Kể cả nếu giải quyết được tất cả các điều kiện nêu trên, vụ kiện VNG và TikTok vẫn gặp nhiều rào cản khi căn cứ vào pháp luật Việt Nam, do Việt Nam chưa xây dựng cơ chế miễn trách nhiệm thực thụ dành cho ISI. Luật Công nghệ Thông tin năm 2006 phân loại ISI theo bốn nhóm chức năng: truyền đưa thông tin số, lưu trữ tạm thời thông tin số, cho thuê chỗ lưu trữ thông tin số, và công cụ tìm kiếm thông tin số. Với cách phân loại khá tương đồng với hệ thống phân loại mà Hoa Kỳ đang áp dụng, Việt Nam đã bước đầu tiếp cận cơ chế miễn trách nhiệm đối với các ISI. Theo đó, ISI không phải chịu trách nhiệm về nội dung thông tin của tổ chức, cá nhân khác khi truyền đưa hay lưu trữ tạm thời thông tin số, trừ trường hợp ISI có hành vi can thiệp, chẳng hạn: tự truyền đưa thông tin, sửa đổi nội dung, lựa chọn người nhận, thu thập bất hợp pháp³⁷. Đối với ISI cho thuê chỗ lưu trữ thông tin, Luật đặt ra nghĩa vụ ngăn chặn, loại bỏ thông tin trái pháp luật khi tự mình phát hiện hoặc do cơ quan nhà

36. <https://www.thesaigontimes.vn/307460/tiktok-bi-doanh-nghiep-viet-nam-kien-doi-boi-thuong-221-ti-dong.html>, truy cập ngày 27/08/2020.

37. Điều 16 và Điều 17 Luật Công nghệ Thông tin năm 2006 (Việt Nam).

nước có thẩm quyền yêu cầu³⁸. Có thể thấy, nền tảng miễn trách nhiệm đối với ISI được đặt ra ở Luật Công nghệ Thông tin năm 2006 phù hợp với các quốc gia tiên tiến. Tuy nhiên, cho đến nay, Việt Nam vẫn chưa ban hành quy trình xử lý cụ thể để ISI tuân thủ như cơ chế “*Thông báo và gỡ bỏ*” của Hoa Kỳ. Một khó khăn nữa là phạm vi điều chỉnh của Luật Công nghệ thông tin quá rộng mà quyền sở hữu trí tuệ chỉ là một bộ phận nhỏ. Điều này dẫn đến khó có thể áp dụng một quy trình thống nhất chung cho tất cả các đối tượng, đặc biệt là nhóm đối tượng đặc thù như quyền sở hữu trí tuệ.

Bên cạnh đó, khoản 5 Điều 5 Thông tư liên tịch số 07/2012/TTLT-BTTTT-BVHTTDL quy định về trách nhiệm của ISI trong việc bảo hộ quyền tác giả và quyền liên quan trên môi trường mạng Internet và mạng viễn thông trong các trường hợp sau:

a) Là nguồn khởi đầu đăng tải, truyền đưa hoặc cung cấp nội dung thông tin số qua mạng viễn thông và Internet mà không được phép của chủ thể quyền;

b) Sửa chữa, cắt xén, sao chép nội dung thông tin số dưới bất kỳ hình thức nào mà không được phép của chủ thể quyền;

c) Cố tình huỷ bỏ hoặc làm vô hiệu hoá các biện pháp kỹ thuật do chủ thể quyền thực hiện để bảo vệ quyền tác giả, quyền liên quan;

d) Hoạt động như nguồn phân phối thứ cấp các nội dung thông tin số do vi phạm quyền tác giả, quyền liên quan mà có.

Nội dung quy định trên cho thấy, thay vì đặt ra điều kiện buộc ISI phải tuân thủ nếu không muốn chịu trách nhiệm gián tiếp, Thông tư lại quy định các trường hợp ISI phải chịu trách nhiệm trực tiếp. Điều này

vừa bỏ ngỏ khả năng chịu trách nhiệm gián tiếp của ISI, đồng thời lại quá khắt khe, đi ngược lại cơ chế miễn trách nhiệm được nhiều quốc gia áp dụng³⁹. Ngoài ra, điểm d quy định trách nhiệm cho ISI nếu hoạt động như nguồn phân phối thứ cấp nội dung vi phạm quyền tác giả. Hiện chưa rõ pháp luật Việt Nam định nghĩa như thế nào là một “nguồn phân phối thứ cấp”, có bao gồm các nền tảng trung gian như TikTok hay không?

Một quy định quan trọng khác của Thông tư kể trên là yêu cầu ISI phải gỡ bỏ và xoá nội dung thông tin số vi phạm quyền tác giả, quyền liên quan khi nhận được yêu cầu bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền⁴⁰. Như vậy, thư khuyến cáo số 29/2019/ZA-CV chưa đáp ứng được điều kiện để buộc TikTok phải gỡ bỏ nội dung chiếu theo Thông tư này. Dĩ nhiên, thông báo của VNG vẫn có giá trị khi tranh tụng trước Tòa theo thông lệ chung và pháp luật Việt Nam về sở hữu trí tuệ.

Từ các phân tích kể trên, nguyên đơn VNG, bị đơn TikTok và cả pháp luật quyền tác giả Việt Nam sẽ đứng trước nhiều thách thức để đi đến phán quyết cuối cùng. Mặc dù vụ kiện sẽ không chỉ xoay quanh quyền tác giả, mà còn liên quan đến nhiều khía cạnh rộng hơn của pháp luật dân sự, đặc biệt là trách nhiệm bồi thường ngoài hợp đồng. Tuy nhiên, tình huống này cũng đã bộc lộ ra lỗ hổng của hệ thống pháp luật về sở hữu trí tuệ trong việc điều chỉnh các nhà cung cấp dịch vụ trung gian, vốn là trung tâm của toàn bộ mạng lưới Internet hiện nay. Từ đó, Việt Nam cần có những thay đổi, hoàn thiện trên cơ sở kinh nghiệm của các nước tiên tiến trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ để hội nhập trong kỷ nguyên Internet vạn vật ■

38. Điều 18 Luật Công nghệ Thông tin năm 2006 (Việt Nam).

39. <https://www.agllaw.com.vn/nhung-thach-thuc-trong-viec-bao-ho-quyen-tac-gia-trong-moi-truong-internet/>, truy cập ngày 27/08/2020.

40. Thông tư liên tịch số 07/2012/TTLT-BTTTT-BVHTTDL quy định trách nhiệm của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ trung gian trong việc bảo hộ quyền tác giả và quyền liên quan trên môi trường mạng Internet và mạng viễn thông, Điều 5.3.

QUẢN LÝ, SỬ DỤNG TÀI SẢN CÔNG Ở CẤP CHÍNH QUYỀN ĐỊA PHƯƠNG TRONG CHẾ ĐỘ SỞ HỮU TOÀN DÂN Ở VIỆT NAM

Trần Thị Quang Hồng*

**TS. Trưởng ban NCPL Dân sự-kinh tế,
Viện Khoa học pháp lý- Bộ Tư pháp*

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Tài sản công, chính quyền địa phương, sở hữu toàn dân, trách nhiệm chính trị.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 12/01/2021
Biên tập : 24/01/2021
Duyệt bài : 26/01/2021

Article Information:

Keywords: Public asset, local authority, entire people's ownership, accountability

Article History:

Received : 12 Jan. 2021
Edited : 24 Jan. 2021
Approved : 26 Jan. 2021

Tóm tắt:

Tài sản thuộc sở hữu toàn dân chiếm một tỷ trọng lớn trong tổng tài sản quốc gia ở Việt Nam. Vì vậy, thực thi hiệu quả chế độ sở hữu toàn dân ở Việt Nam là yêu cầu cốt lõi để bảo vệ và phát huy giá trị của các nguồn lực của quốc gia, đảm bảo phúc lợi xã hội cơ bản cho người dân, đảm bảo hạ tầng cho hoạt động kinh tế và từ đó, thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung trình bày, phân tích vấn đề pháp lý về quản lý và sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương nhằm góp phần hoàn thiện chế độ pháp lý về sở hữu toàn dân nói chung ở Việt Nam.

Abstract:

In Vietnam, the assets under the entire people's ownership account for the most part of the country's assets. Exercising the entire people's ownership effectively, therefore, is an essential requirement to preserve and promote the value of the national resources, ensure basic social welfare, provide the infrastructure for economic activities and accelerate the socio-economic development. This paper focuses on the legal issues of public asset management at the local authorities with the aim of providing certain suggestions to improve the legal regime for the entire people's ownership in Vietnam.

1. Tài sản công ở cấp chính quyền địa phương và ý nghĩa của việc quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương trong chế độ sở hữu toàn dân ở Việt Nam

1.1. Tài sản công ở cấp chính quyền địa phương

Tài sản công được giao cho các cấp chính quyền địa phương trực tiếp quản lý, sử dụng bao gồm tài sản được sử dụng với tư cách là nguồn lực phục vụ cho việc thực hiện nhiệm vụ do Nhà nước giao và

các tài sản công khác mà chính quyền địa phương có trách nhiệm quản lý để bảo vệ và đưa vào khai thác nhằm phát huy giá trị, phục vụ cho sự phát triển kinh tế - xã hội. Điều này cũng có nghĩa là, việc thực hiện quyền quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương chính là một phần quan trọng của việc thực thi chế độ sở hữu toàn dân.

Chính quyền địa phương được giao thực thi những nhiệm vụ quan trọng trong phát triển kinh tế, xã hội, đảm bảo an ninh, quốc phòng tại địa phương và đóng góp vào

việc thực hiện các mục tiêu phát triển chung của quốc gia. Nguồn lực cần thiết phục vụ cho việc thực hiện các nhiệm vụ này là rất lớn. Bên cạnh đó, các tài sản công khác như tài nguyên tự nhiên, di sản văn hoá, các cơ sở hạ tầng về cơ bản đều tọa lạc ở một địa phương cụ thể. Do vậy, tài sản công do chính quyền địa phương quản lý chiếm tỷ trọng lớn trong tài sản của quốc gia.

1.2. Ý nghĩa của việc phát huy vai trò của chính quyền địa phương trong quản lý, sử dụng tài sản công

Việc phát huy vai trò của chính quyền địa phương trong quản lý, sử dụng tài sản công thuộc sở hữu toàn dân có ý nghĩa quan trọng trong việc làm rõ hơn tính thực chất của chế độ sở hữu toàn dân, thể hiện ở các khía cạnh sau:

Thứ nhất, phát huy vai trò của chính quyền địa phương trong quản lý, sử dụng tài sản công giúp làm rõ hơn tính pháp lý của chế độ sở hữu toàn dân.

Cho đến nay, có thể nói rằng một số khía cạnh pháp lý của sở hữu toàn dân, chẳng hạn như quyền năng của chủ sở hữu toàn dân, hay cách thức thực thi quyền của chủ sở hữu, đặc biệt đối với các đối tượng sở hữu như đất đai, tài nguyên thiên nhiên... chưa được làm rõ.

Thực tế, đã có khá nhiều tranh luận về khái niệm “sở hữu toàn dân”. Đáng chú ý là ý kiến cho rằng sở hữu toàn dân là một khái niệm chính trị¹. Ý kiến này lập luận rằng, với sở hữu toàn dân thì không xác định được người chủ sở hữu cụ thể; trong khi đó, cách tiếp cận pháp lý đòi hỏi phải xác định rõ chủ thể sở hữu để có thể minh định các quyền và nghĩa vụ của các chủ sở hữu cũng như các đối tượng liên quan trong các giao dịch liên quan đến sở hữu. Yếu tố chính gây ra những băn khoăn cho việc thực thi quyền

sở hữu toàn dân chính là sự bao trùm của khái niệm toàn dân. Sự bao trùm này khiến người ta khó có thể xác định cho chủ thể này những quyền năng cụ thể để tác động vào một hoặc một nhóm tài sản cụ thể. Khả năng đó chỉ có thể được thực hiện bởi chỉ ít là một nhóm người trong phạm trù “toàn dân” đối với một, một phần tài sản trong phạm trù “tài sản công”.

Vấn đề đặt ra khi xác định các quyền năng cụ thể của một nhóm người đối với tài sản công là cần đảm bảo với việc thực thi các quyền năng đó phù hợp với lợi ích chung của chủ sở hữu là toàn dân. Điều này đòi hỏi một sự quản lý, sử dụng có tổ chức. Tính tổ chức đó có thể khả thi thông qua vai trò của chính quyền địa phương. Có hai yếu tố chính đảm bảo sự khả thi này: *thứ nhất*, chính quyền địa phương ở vị trí tốt hơn chính quyền trung ương trong việc trực tiếp tác động đến tài sản công, do các tài sản công luôn ở trên một địa bàn cụ thể; *thứ hai*, chính quyền địa phương làm việc trực tiếp với một bộ phận dân cư (là những người dân địa phương) và điều này cũng giúp cho sự tương tác giữa họ với người dân gần gũi và thực tế hơn. Chính những yếu tố này cho phép cụ thể hoá rõ hơn quyền và trách nhiệm trong quản lý, sử dụng tài sản công, thông qua việc trao cho chính quyền địa phương những thẩm quyền cụ thể trong quản lý, sử dụng tài sản công tại địa phương, gắn với thẩm quyền đó là trách nhiệm sử dụng tài sản hợp lý, hiệu quả, đảm bảo lợi ích của người dân, phúc lợi của người dân địa phương. Cùng với sự cụ thể hoá về thẩm quyền và trách nhiệm của chính quyền địa phương là khả năng cụ thể hoá vai trò của người dân địa phương trong việc tham gia quản lý, bảo vệ tài sản công và giám sát quá trình sử dụng tài sản công ở địa phương một cách có tổ chức và trách nhiệm.

1. PGS.TS. Phạm Duy Nghĩa (2010), Cần thay đổi khái niệm sở hữu toàn dân, <http://www.tienphong.vn/Thoi-Su/512441/Can-thay-doi-khai-niem-so-huu-toan-dan.html>.

Việc quản lý sử dụng này, khi được thực hiện dựa trên các quy tắc pháp luật chung của quốc gia, sẽ đảm bảo tuân thủ lợi ích quốc gia, lợi ích của toàn dân là người chủ sở hữu chính thức về mặt pháp lý. Chế độ trách nhiệm của chính quyền địa phương cũng rõ ràng hơn do họ không chỉ chịu trách nhiệm trước chính quyền cấp trên (là chủ thể phân cấp) mà còn chịu trách nhiệm trước người dân địa phương, là đại diện của chủ sở hữu toàn dân ở địa phương.

Việc làm rõ vai trò của chính quyền địa phương trong quản lý, sử dụng tài sản công cũng góp phần làm cho chế độ sở hữu toàn dân trở nên thực chất hơn. Thông qua vai trò của chính quyền địa phương, người dân địa phương thấy được lợi ích trực tiếp của họ từ quá trình quản lý, sử dụng tài sản công (như quản lý hệ thống hạ tầng đô thị, cây xanh, chiếu sáng, công viên và các tiện ích công cộng khác, các tài nguyên tại địa phương như đất đai, rừng, khoáng sản, di tích lịch sử, di sản văn hoá). Lợi ích trực tiếp này thúc đẩy sự tích cực trong việc bảo vệ tài sản công cũng như giám sát quá trình quản lý, sử dụng tài sản công tại địa phương.

Thứ hai, việc quản lý, sử dụng tài sản của chính quyền địa phương giúp khắc phục sự tách rời chủ sở hữu với người thực thi quyền năng của chủ sở hữu trong chế độ sở hữu toàn dân.

Sự tách rời giữa chủ sở hữu với người thực thi các quyền năng của chủ sở hữu là tất yếu trong chế độ sở hữu toàn dân. Toàn dân là một tập hợp nhiều người, cũng có nghĩa là bất kỳ công dân Việt Nam nào. Tuy nhiên, như đã phân tích, một cá nhân đơn lẻ không thể tự mình yêu cầu thực thi quyền sở hữu này với tư cách chủ sở hữu thành phần của sở hữu toàn dân, bởi việc thực thi đó có thể sẽ không đúng với ý chí của các thành

viên còn lại. Chính vì vậy, tài sản thuộc sở hữu toàn dân phải do “Nhà nước đại diện và thống nhất quản lý” (Điều 53 Hiến pháp năm 2013). Tuy nhiên, ngay cả khi đã chuyển từ chủ sở hữu toàn dân mang tính trừu tượng, chung chung sang một người đại diện ít trừu tượng hơn là Nhà nước, tính trừu tượng này vẫn chưa thể được khắc phục. Nhà nước là một bộ máy và hệ thống tổ chức bao gồm nhiều thiết chế và cơ quan khác nhau, được phân thành nhiều cấp hành chính với số lượng lớn đội ngũ cán bộ, công chức... Điều này đòi hỏi người đại diện cao nhất (Nhà nước) phải tiếp tục uỷ nhiệm qua nhiều cấp để thực hiện quản lý, sử dụng tài sản công.

Sự tách rời giữa chủ sở hữu với người thực thi quyền năng của chủ sở hữu như trên là phù hợp với nguyên lý chung của pháp luật dân sự. Theo chế định vật quyền trong luật dân sự, quyền đối với vật không chỉ là những quyền dành cho chủ sở hữu mà còn bao gồm những quyền năng pháp luật công nhận cho chủ thể không phải là chủ sở hữu². Nguyên lý này được vận dụng vào việc quản lý, sử dụng tài sản thuộc sở hữu toàn dân. Khi chủ sở hữu toàn dân không thể tự mình thực thi một cách hữu hiệu các quyền của chủ sở hữu, các quyền phát sinh từ quyền sở hữu phải được phân tách và do các chủ thể khác nhau thực hiện. Người sở hữu không thực thi được quyền năng và người thực thi quyền năng không phải chủ sở hữu.

Sự tách rời chủ thể sở hữu với chủ thể thực thi quyền năng của chủ sở hữu làm phát sinh hai nguy cơ: *Thứ nhất*, chủ thể thực thi quyền năng có thể không được trao đủ quyền để thực thi có hiệu quả quyền quản lý, sử dụng nhằm phát huy giá trị cũng như bảo vệ tài sản khỏi các hành vi xâm phạm; *Thứ hai*, người thực thi quyền năng có thể hành động ngược với lợi ích của chủ sở hữu hoặc

2. Lê Thị Hoàng Thanh và nhóm nghiên cứu, *Nhận diện lý thuyết vật quyền và vấn đề áp dụng tại Việt Nam*, Bộ Tư pháp, Đề tài khoa học cấp Bộ (2018).

không làm hết sức mình trong khi thực thi việc quản lý, sử dụng tài sản. Một khi tài sản không được xác lập quyền sở hữu rõ ràng cùng với đó là sự tách rời giữa chủ thể sở hữu và chủ thể quản lý, sử dụng thì những người có quyền sử dụng một phần tài sản đó thường không tìm cách tối ưu hóa giá trị việc sử dụng, dẫn đến tài sản bị lãng phí, thất thoát hoặc sử dụng tài sản kém hiệu quả. Những nhà kinh tế gọi đây là bi kịch của chung (tragedy of the commons)³. Trong nhiều trường hợp, việc không đồng nhất về lợi ích của người quản lý và chủ sở hữu đối với cùng một đối tượng tài sản cũng tiềm ẩn nguy cơ tham nhũng.

Chú trọng đến vai trò của chính quyền địa phương trong quản lý, sử dụng tài sản công sẽ góp phần khắc phục các nguy cơ nêu trên. Không chỉ là người được Nhà nước giao trực tiếp quản lý, sử dụng tài sản công phục vụ cho hoạt động của mình và những tài sản công khác tại địa phương, chính quyền địa phương cũng là người chịu trách nhiệm trực tiếp trước người dân địa phương. Việc làm rõ thẩm quyền cũng như trách nhiệm của chính quyền địa phương trong quản lý, sử dụng tài sản công ở địa phương không chỉ giúp phát huy vai trò của chính quyền địa phương, mà còn là cơ sở để khẳng định vai trò của một bộ phận chủ thể có thể xác định được - người dân địa phương, trong giám sát việc quản lý, sử dụng tài sản công tại địa phương. Ở đây, người dân địa phương đóng vai trò như là chủ sở hữu thành phần của sở hữu chung toàn dân. Việc khẳng định vai trò của người dân địa phương với tư cách là một bộ phận của chủ sở hữu toàn dân kéo người dân lại gần hơn với tài sản thuộc sở hữu của họ, nhất

là khi họ nhận thức được rằng quá trình quản lý, sử dụng tài sản đó trực tiếp tác động đến quyền lợi của họ. Điều này cũng giúp nâng cao trách nhiệm giám sát cũng như ý thức bảo vệ tài sản công của họ. Phát huy vai trò của người dân địa phương vào quá trình này là một biện pháp quan trọng để khắc phục sự cắt khúc giữa quyền sở hữu và quản lý sử dụng cũng như khắc phục sự trừu tượng về khái niệm chủ sở hữu đối với tài sản công.

Vai trò của chính quyền địa phương trong quản lý, sử dụng tài sản công chỉ thực sự phát huy ý nghĩa khi dựa trên một hệ thống các quy tắc pháp lý phù hợp. Phần dưới đây trao đổi về một số những nội dung thiết yếu trong pháp luật về quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương.

2. Các nội dung chính của pháp luật về quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương

Các phân tích về ý nghĩa của quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương cũng cho thấy, pháp luật về vấn đề này bao hàm rất nhiều nội dung; trong đó, các quy định về vai trò của chính quyền địa phương cần có ít nhất ba nhóm nội dung sau: quy định về thẩm quyền trong quản lý, sử dụng tài sản công; quy định về chế độ trách nhiệm; quy định về cơ chế giám sát.

-Về thẩm quyền quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương: thẩm quyền quản lý, sử dụng tài sản công của chính quyền địa phương được xác lập dựa trên các phương diện (i) phân cấp hành chính, (ii) tổ chức quyền lực nhà nước và mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân và (iii) quyền năng về mặt dân sự⁴.

3. Đỗ Thiên Anh Tuấn (Chương trình Giảng dạy kinh tế Fulbright), Xây dựng thể chế kinh tế: Hãy bắt đầu từ quyền tài sản, Báo Đầu tư (điện tử), 27/10/2015, <https://baodautu.vn/xay-dung-the-che-kinh-te-hay-bat-dau-tu-quyen-tai-san-d34598.html>, truy cập ngày 5/01/2021.

4. Phương diện kinh tế, tức là việc thiết lập thẩm quyền của chính quyền địa phương trong quản lý, sử dụng tài sản công dựa trên các cân nhắc về chi phí và lợi ích cũng là một yếu tố quan trọng trong cơ chế pháp lý về quản lý, sử dụng tài sản ở cấp chính quyền địa phương. Tuy nhiên, do khuôn khổ có hạn của bài viết, phương diện này chưa được đề cập.

Khía cạnh phân cấp hành chính trong quản lý, sử dụng tài sản công thể hiện ở việc chính quyền địa phương được chính quyền trung ương chuyển giao các quyền hạn và trách nhiệm trong quản lý tài sản công. Việc phân cấp về mặt hành chính đòi hỏi việc xác định thẩm quyền về quản lý tài sản phải phù hợp với chức năng, nhiệm vụ của cơ quan được giao quản lý, sử dụng tài sản. Việc phân cấp cũng đòi hỏi thiết lập các định mức, quy trình quản lý, sử dụng tài sản rõ ràng, minh bạch để các cơ quan địa phương thực thi thẩm quyền quản lý, sử dụng tài sản của mình. Việc phân cấp giúp chính quyền trung ương tập trung vào việc hoạch định chính sách, xây dựng chiến lược, quy hoạch về quản lý tài sản, khi mà các hoạt động thực thi về cơ bản đã được chuyển giao cho chính quyền địa phương. Chính quyền trung ương chỉ ra các quyết định cụ thể đối với các tài sản có ý nghĩa quan trọng.

Đối với khía cạnh tổ chức quyền lực nhà nước và mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân, việc thực hiện quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương là kênh quan trọng để tăng cường mối quan hệ giữa chính quyền và người dân địa phương, là cơ sở để chính quyền địa phương thực hiện cam kết với người dân địa phương trong đảm bảo các dịch vụ công cơ bản (giáo dục, y tế, vệ sinh môi trường, chiếu sáng, v.v..) bảo vệ, giữ gìn tài nguyên thiên nhiên, di sản văn hoá tại địa phương. Điều này cũng đòi hỏi bản thân chính quyền địa phương phải có một không gian nhất định để có thể chủ động ra quyết định phù hợp với những điều kiện đặc thù địa phương và với các quy tắc chung về quản lý, sử dụng tài sản công.

Ở khía cạnh dân sự, thẩm quyền quản lý, sử dụng tài sản công của chính quyền

địa phương bao hàm việc mang lại cho chính quyền địa phương quyền chủ động tiến hành các giao dịch dân sự, ký kết hợp đồng phục vụ cho quá trình quản lý, sử dụng tài sản cũng như chịu trách nhiệm dân sự (trách nhiệm tài sản) khi thực hiện các hành vi này.

-Về chế độ trách nhiệm: Xuất phát từ đặc thù về thẩm quyền như đã nêu ở trên, trách nhiệm của chính quyền địa phương trong quản lý, sử dụng tài sản công bao gồm cả trách nhiệm hành chính, trách nhiệm chính trị và trách nhiệm dân sự. Trách nhiệm hành chính phát sinh từ yêu cầu tuân thủ các quy định về nhiệm vụ, thẩm quyền quản lý, sử dụng tài sản; yêu cầu tuân thủ các quy trình và định mức áp dụng đối với việc quản lý, sử dụng tài sản công và yêu cầu tuân thủ các nguyên tắc, mục tiêu của việc quản lý tài sản. Việc không tuân thủ các quy tắc này sẽ dẫn đến việc chủ thể quản lý phải chịu các hình thức kỷ luật hoặc có thể bị truy tố về mặt hình sự. Ngoài trách nhiệm hành chính, chính quyền địa phương cũng phải chịu trách nhiệm về mặt dân sự. Đây là trách nhiệm đối với các đối tác khi ký kết, thực thi các hợp đồng phát sinh từ quá trình quản lý, sử dụng tài sản và trách nhiệm ngoài hợp đồng đối với những thiệt hại gây ra trong quá trình thực thi quyền quản lý, sử dụng tài sản.

Bên cạnh các trách nhiệm pháp lý hành chính và dân sự, chính quyền địa phương cũng phải chịu trách nhiệm chính trị, được hiểu là “*chế độ trách nhiệm đòi hỏi các quan chức (chính trị) phải có được sự tín nhiệm của nhân dân hoặc của những người đại diện cho nhân dân*”.⁵ Xem xét mức độ tín nhiệm của người dân đối với hoạt động quản lý, sử dụng tài sản

5. TS. Nguyễn Sỹ Dũng, Vận hành chế độ trách nhiệm chính trị, Báo Nhân dân (26/10/2018), xem tại <https://www.nhandan.com.vn/hangthang/item/38049802-van-hanh-che-do-trach-nhiem-chinh-tri.html>.

của chính quyền địa phương là một trong những yếu tố quan trọng để có thể thúc đẩy hơn hiệu quả quản lý, sử dụng tài sản công của chính quyền địa phương. Trách nhiệm chính trị đòi hỏi chính quyền địa phương phải giải trình trước người dân địa phương trong việc đảm bảo quản lý, sử dụng tài sản công tại địa phương đúng mục đích, hiệu quả và mang lại lợi ích chung cho người dân. Pháp luật cần có những cơ chế cần thiết để đảm bảo thực hiện chế độ trách nhiệm này.

- **Cơ chế giám sát:** Do thẩm quyền và trách nhiệm trong quản lý, sử dụng tài sản công của chính quyền địa phương không chỉ được thiết lập trên phương diện hành chính mà cả phương diện chính trị và dân sự, việc giám sát không chỉ được thực hiện theo cơ chế hành chính, bởi cơ quan cấp trên với cấp dưới (từ trên xuống) mà còn cần được thực hiện bởi người dân đối với cơ quan quản lý ở địa phương (từ dưới lên). Do vậy, bên cạnh các quy định về thanh tra, kiểm tra, pháp luật cần thiết lập cơ chế giám sát cộng đồng đối với quá trình quản lý, sử dụng các tài sản công tại địa phương thông qua việc trao quyền và tạo động lực. Quá trình quản lý, sử dụng tài sản công ở địa phương phải được minh bạch hoá, người dân địa phương phải được hưởng lợi từ quá trình này, được tham gia vào quá trình ra các quyết định quan trọng có ảnh hưởng đến lợi ích của họ. Để giám sát có hiệu quả, người dân cũng cần được yêu cầu cơ quan nhà nước cung cấp thông tin về tài sản công, về quá trình quản lý, sử dụng các tài sản này và đưa ra những ý kiến của mình.

3. Pháp luật về quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương

Pháp luật về quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương ở Việt Nam đã trải qua một quá trình hoàn thiện cùng với quá trình hoàn thiện pháp luật về

quản lý tài sản công nói chung. Từ năm 1998, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 14/1998/NĐ-CP ngày 06/3/1998 về quản lý tài sản nhà nước, sau đó là Luật Quản lý, sử dụng tài sản nhà nước năm 2008 và gần đây là Luật Quản lý, sử dụng tài sản công năm 2017. Các văn bản này cho thấy, pháp luật về quản lý và sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương ở Việt Nam chủ yếu được nhìn nhận ở góc độ pháp luật hành chính, trong đó chủ yếu là tài chính công. Theo đó, tài sản do cấp nào quản lý thì cấp đó quyết định việc đầu tư, mua sắm, sử dụng: Bộ Tài chính thực hiện quản lý nhà nước đối với tài sản công tại khu vực hành chính sự nghiệp, tài sản của các dự án sử dụng vốn nhà nước...; việc quản lý nhà nước đối với tài nguyên, đất đai, tài sản hạ tầng do các Bộ chuyên ngành thực hiện; việc định giá đất do các cơ quan chức năng của địa phương xác định và UBND cấp tỉnh quyết định...

Cách phân định thẩm quyền như trên cho thấy sự chi phối của phương diện phân cấp hành chính, trong khi yếu tố chính trị hay dân sự chưa được chú trọng một cách thích đáng. Sự chi phối của phương diện hành chính cũng thể hiện trong các quy định về chế độ trách nhiệm và cơ chế giám sát đối với quản lý, sử dụng tài sản ở cấp chính quyền địa phương. Các quy định về chế độ trách nhiệm chủ yếu mang tính hành chính, trách nhiệm về dân sự và chính trị thiếu rõ nét. Khi thực thi quyền quản lý và sử dụng tài sản, chính quyền địa phương chủ yếu chịu trách nhiệm trước cấp trên. Trách nhiệm dân sự mặc dù đã được quy định nhưng chưa rõ ràng và chưa có cơ chế đảm bảo thực hiện. Thông thường, việc thực hiện các trách nhiệm dân sự, nếu có phát sinh, cũng thuộc quyền quyết định của cơ quan cấp trên và trong trường hợp cơ quan cấp trên chấp thuận, việc thực hiện trách nhiệm sẽ được đảm bảo. Ngược lại, nếu cơ

quan cấp trên không chấp nhận, trách nhiệm dân sự sẽ khó được thực hiện. Đặc biệt, việc quản lý, sử dụng tài sản của chính quyền địa phương cũng ít được gắn với trách nhiệm chính trị. Điều này gia tăng sự lệ thuộc của chính quyền địa phương vào chính quyền trung ương ngay cả trong các quyết định cụ thể về quản lý, sử dụng tài sản, trong khi chính quyền trung ương không phải lúc nào cũng nắm bắt được thực tiễn địa phương.

Việc giám sát đối với quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương hiện nay chủ yếu được thực hiện bằng cơ chế hành chính, thông qua thanh tra và kiểm tra hành chính. Vai trò giám sát của nhân dân chủ yếu được thực hiện bởi cơ chế đại diện, thông qua Hội đồng nhân dân, chưa hình thành cơ chế giám sát cộng đồng. Hơn nữa, do thiếu cơ sở là trách nhiệm giải trình của chính quyền địa phương trước người dân nên việc giám sát khó có thể đạt hiệu quả.

Như vậy, ở Việt Nam hiện nay, pháp luật về quản lý và sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương chủ yếu dựa vào cơ chế hành chính. Mặc dù áp dụng cơ chế hành chính là cần thiết. Tuy nhiên, việc chỉ chú trọng vào yêu cầu tuân thủ, chưa chú ý đến phát huy vai trò chủ động của chính quyền địa phương cũng như chưa chú ý phát huy vai trò của người dân địa phương với tư cách là thành phần của sở hữu toàn dân và là người trực tiếp tương tác với các tài sản công tại địa phương có thể coi là điểm thiếu sót trong cơ chế về quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương hiện nay.

Những bất cập nêu trên phần nào lý giải cho những vấn đề nổi cộm phát sinh trong thực tiễn quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương, được

phản ánh khá nhiều trên các phương tiện thông tin đại chúng, bao gồm tình trạng tham nhũng, đặc biệt là việc tham nhũng liên quan đến quản lý, sử dụng đất đai; tình trạng khai thác tài nguyên tràn lan, trong đó có nạn phá rừng; tình trạng lãng phí trong quản lý tài sản công... Đáng chú ý, những vụ việc được phát hiện chủ yếu thông qua hoạt động thanh tra, kiểm tra của cơ quan cấp trên, ít có trường hợp là kết quả của việc người dân lên tiếng. Do vậy, thời điểm phát hiện thường khá muộn và hậu quả khó khắc phục⁶. Những vấn đề này có thể được giảm thiểu nếu những bất cập về mặt pháp lý như trên được khắc phục, bởi khi đó trách nhiệm của chính quyền trước người dân địa phương rõ ràng hơn và người dân có cơ chế đầy đủ hơn để hưởng lợi cũng như tham gia một cách hữu hiệu vào quá trình quản lý và sử dụng tài sản công tại địa phương.

4. Hoàn thiện pháp luật về quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương ở Việt Nam

Những phân tích ở trên chỉ ra rằng, việc hoàn thiện pháp luật về quản lý và sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương ở Việt Nam cần đi từ cách tiếp cận. Theo đó, pháp luật về quản lý, sử dụng tài sản công cần mở rộng cách tiếp cận ở cả góc độ dân sự (chú ý đến các cơ chế đảm bảo thực thi quyền dân sự của chủ sở hữu và các cơ chế về trách nhiệm dân sự) và chính trị (chú ý đến mối quan hệ giữa người dân địa phương và chính quyền địa phương trong quản lý, sử dụng tài sản công) bên cạnh các quy tắc mang tính hành chính. Trên cơ sở cách tiếp cận đa diện này, các quy định về thẩm quyền, chế độ trách nhiệm và cơ chế giám sát có thể được hoàn thiện theo hướng sau:

6. Viện Khoa học pháp lý, Báo cáo Đề tài cấp Bộ: *Quản lý và sử dụng tài sản của chính quyền địa phương hiện nay ở Việt Nam: Những vấn đề pháp lý đặt ra*, Bộ Tư pháp (2020).

- Về mặt thẩm quyền

Việc hoàn thiện pháp luật về thẩm quyền quản lý và sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương phải được thực hiện trên cơ sở phân định quyền và trách nhiệm của các chủ thể liên quan trong quản lý, sử dụng tài sản công của chính quyền địa phương, bao gồm chính quyền trung ương, chính quyền địa phương các cấp, toàn dân với tư cách chủ sở hữu và cộng đồng dân cư địa phương với tư cách là thành viên sở hữu. Trong đó, **chính quyền trung ương** tập trung vào vai trò hoạch định chính sách, nguyên tắc quản lý, sử dụng tài sản và thiết lập các định mức quản lý, sử dụng tài sản. **Chính quyền địa phương cấp trung gian** đảm bảo sự thống nhất về quản lý tài sản trong phạm vi địa phương và đảm bảo phù hợp với chính sách tài sản chung của quốc gia và ra quyết định về quản lý, sử dụng đối với các tài sản công có giá trị ở cấp mình quản lý. **Chính quyền cấp cơ sở** có vai trò quản lý, bảo vệ, theo dõi tình trạng tài sản và những biến động của tài sản, đồng thời ra quyết định về việc quản lý, sử dụng các tài sản thuộc thẩm quyền ở cấp cơ sở theo hướng phát huy giá trị, phù hợp với chính sách và lợi ích chung của quốc gia và lợi ích của người dân địa phương.

Nhân dân với tư cách là người chủ sở hữu thực sự về mặt pháp lý được thụ hưởng các lợi ích do việc quản lý, sử dụng tài sản công mang lại trong điều kiện cho phép, được giám sát, phản biện và nêu ý kiến về quản lý, sử dụng các tài sản công nói chung và được tham gia vào quá trình ra quyết định đối với việc quản lý, sử dụng các tài sản có ý nghĩa quốc gia.

Người dân địa phương với tư cách là thành viên của chủ sở hữu và là những người trực tiếp tương tác với các tài sản công tại địa phương không chỉ được tạo điều kiện tối

đa để thụ hưởng các tài sản này và gắn các lợi ích này với việc được trao quyền trong việc giám sát, phản biện, bày tỏ ý kiến cũng như tham gia vào quá trình ra quyết định đối với việc quản lý, sử dụng tài sản thuộc địa phương quản lý.

Để đảm bảo các quy định về thẩm quyền được xây dựng một cách phù hợp, cần phân định rõ các loại hình tài sản, bao gồm tài sản được giao cho chính quyền địa phương với tư cách là điều kiện đảm bảo để thực thi nhiệm vụ (trụ sở, phương tiện làm việc, ngân sách hành chính) và tài sản với tư cách là nguồn lực để đầu tư cho các nhiệm vụ kinh tế, chính trị, văn hoá, xã hội tại địa phương (xây dựng các công trình hạ tầng đô thị, nông thôn, nguồn lực thực hiện chính sách xã hội) và các tài sản là tài nguyên thiên nhiên, di sản văn hoá tại địa phương (bao gồm cả các tài sản chưa được giao quản lý, tài sản mới được phát hiện, tìm thấy).

- Về chế độ trách nhiệm

Các quy định về chế độ trách nhiệm cần bao hàm cả các trách nhiệm về mặt dân sự và chính trị bên cạnh trách nhiệm hành chính. Do sự đa diện của vấn đề quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương, việc kết hợp các chế độ trách nhiệm là cần thiết để đảm bảo hiệu lực và hiệu quả đối với hoạt động này.

- Về cơ chế giám sát

Đồng bộ với các quy định về thẩm quyền và chế độ trách nhiệm, các quy định về cơ chế giám sát trong quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương cần đảm bảo phát huy được vai trò của giám sát của người dân thông qua cơ chế giám sát của cộng đồng. Cần có cơ chế phù hợp để đảm bảo người dân có thể thực thi hiệu quả quyền giám sát việc quản lý, sử dụng tài sản công ở cấp chính quyền địa phương ■

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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

Chúc Mừng Năm Mới
Xuân Tân Sửu
2021



SỐ 03+04 (427+428)

THÁNG 2/2021

