

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



- ▶ Vai trò và trách nhiệm của quyền hành pháp trong quy trình lập pháp
- ▶ Nâng cao vai trò của Quốc hội trong quy trình ngân sách
- ▶ Đề xuất sửa đổi Bộ luật Dân sự năm 2005 về hợp đồng

Số 12 (292)

Kỳ 2 - Tháng 06/2015

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

Mục lục 6/2015

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Vai trò và trách nhiệm của quyền hành pháp trong quy trình lập pháp

GS, TS. Trần Ngọc Đường

- 7** Nâng cao vai trò của Quốc hội trong quy trình ngân sách

ThS. Lương Thị Thu Hương

- 14** Kiểm soát và hạn chế quyền lực nhà nước thời Lê Thánh Tông - những giá trị hiện đại

TS. Phạm Thị Duyên Thảo

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 24** Đề xuất sửa đổi Bộ luật Dân sự năm 2005 về hợp đồng

Thân Văn Tài

- 31** Hoàn thiện Bộ luật Tố tụng dân sự để thực hiện quy định: "quyền bảo vệ lợi ích hợp pháp của đương sự được bảo đảm"

ThS. Nguyễn Thị Thúy Hằng

- 37** Hướng hoàn thiện Bộ luật Hình sự về chế định tổ chức tội phạm

ThS. Đàm Quang Ngọc

- 44** Kiến nghị về vấn đề tạm giam trong Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003

ThS. Phan Thanh Tùng

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

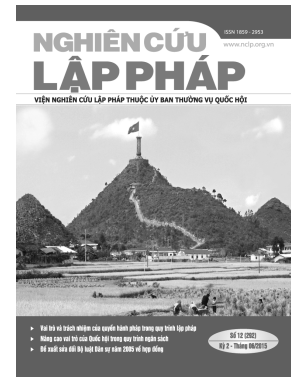
- 48** Xử lý vi phạm quyền tác giả trên internet bằng biện pháp hành chính ở Việt Nam

TS. Nguyễn Thị Hồng Nhung

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 57** Ba vấn đề về vi phạm nghĩa vụ hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2005: kinh nghiệm nhìn từ Nhật Bản

TS. Nguyễn Quốc Vinh



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

PGS. TS. ĐÌNH XUÂN THẢO (CHỦ TỊCH)
GS, TSKH. ĐÀO TRỌNG THI
GS, TS. PHAN TRUNG LÝ
TS. NGUYỄN SĨ DŨNG
GS, TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG
TS. NGÔ ĐỨC MẠNH
TS. DƯƠNG NGỌC NGƯU
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. TRẦN ĐÌNH NHẢ
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. PHẠM VĂN HÙNG

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 043.2121202

TÀI KHOẢN:

0011000467735
TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP
NGÂN HÀNG TM CỔ PHẦN
NGOẠI THƯƠNG VIỆT NAM

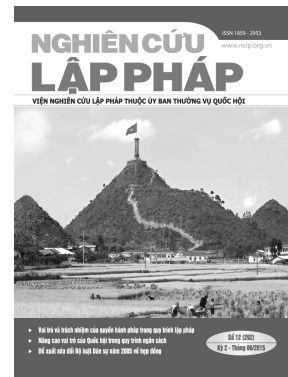
IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Cột cờ Lũng Cú - Hà Giang
Ảnh: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 6/2015

STATE AND LAW

- 3** The role and responsibilities of the executive power in the legislative process

Prof, Dr. Tran Ngoc Duong

- 7** Enhancing the role of the National Assembly in the budget process

LLM. Luong Thi Thu Huong

- 14** Control and limitation of state power in Le Thanh Tong era – the modern values

Dr. Pham Thi Duyen Thao

DISCUSSION OF BILLS

- 24** Proposals to amend the provisions of the Civil Code in 2005 on contract

Than Van Tai

- 31** To improve the Civil Procedure Code in order to implement provisions: "the right to protect the legitimate interests of the involved parties is secured"

LLM. Nguyen Thi Thuy Hang

- 37** Orientation to improve the provisions of the Penal Code on organized crime

LLM. Dam Quang Ngoc

- 44** Recommendations on the issues relating to temporary detention in the Criminal Procedure Code in 2003

LLM. Phan Thanh Tung

LEGAL PRACTICE

- 48** Handling of copyright infringement on the internet by administrative measures in Vietnam

Dr. Nguyen Thi Hong Nhung

FOREIGN EXPERIENCE

- 57** Three issues relating to breach of contractual obligations in the Civil Code in 2005: experience from Japan

Dr. Nguyen Quoc Vinh

EDITORIAL:

Prof, Dr. DINH XUAN THAO (Chairman)
Prof, Dr. DAO TRONG THI
Prof, Dr. PHAN TRUNG LY
Dr. NGUYEN SI DUNG
Prof, Dr. TRAN NGOC DUONG
Dr. NGO DUC MANH
Dr. DUONG NGOC NGUU
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. TRAN DINH NHA
Prof, Dr. HOANG VAN TU
Dr. PHAM VAN HUNG

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 043.2121204/043.2121206
FAX: 043.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

N^o 438/GP-BTTTT DATE 29-10-2013
MINISTRY OF INFORMATION
AND COMMUNICATION

DISTRIBUTION:

HA NOI: 043.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

VAI TRÒ VÀ TRÁCH NHIỆM CỦA QUYỀN HÀNH PHÁP TRONG QUY TRÌNH LẬP PHÁP

TRẦN NGỌC ĐƯỜNG*

1. Sự phát triển nhận thức về bản chất và vai trò của quyền hành pháp trong cơ cấu quyền lực nhà nước

Quyền hành pháp ra đời trong thời kỳ cách mạng tư sản, gắn liền với học thuyết phân quyền nhằm chống lại quyền lực nhà nước tập trung vào tay một người là nhà vua và bảo vệ quyền con người. Vì vậy, theo Montesquieu, quyền hành pháp là: “quyền thi hành những điều hợp với quốc tế công pháp”¹. Hay nói cách khác, quyền hành pháp theo thuyết phân quyền là quyền cai trị theo luật hay quyền thi hành theo luật (của lập pháp). Đây là một quyền có tính thụ động mang tính chấp hành trong mối quan hệ với quyền lập pháp. Tức là, quyền hành pháp chỉ là quyền chấp hành quyền lập pháp bằng quyền tổ chức và thực hiện trên thực tế các đạo luật của quyền lập pháp. Theo đó, quyền hành pháp dường như không có ảnh hưởng hay tác động gì đáng kể đến quyền lập pháp. Bởi, trong thời kỳ đầu của cách mạng tư sản, Nghị viện của các nhà nước tư sản ra đời nhằm hạn chế quyền lực của vua, thời kỳ đầu được tăng cường quyền lực đến mức ở Anh đã xuất hiện câu ngạn ngữ: “Nghị viện có quyền được làm tất cả, chỉ trừ việc biến đàn ông thành đàn bà”. Thời kỳ này có thể nói là

thời kỳ hoàng kim của quyền lập pháp. Ở các nước giai cấp tư sản chưa đủ mạnh để đập tan ngay bộ máy nhà nước phong kiến, đưa nhà vua lên dàn thiêu như cách mạng tư sản Pháp, thì quyền hành pháp được giao cho nhà vua, với quan niệm nhà vua phải chấp hành quyền lập pháp, phụ thuộc vào ý chí của nghị viện được nhân dân trực tiếp bầu ra. Nghị viện thực hiện quyền lực nhà nước là thực hiện quyền lực của nhân dân. Vì thế, quyền hành pháp lúc đầu rất yếu ớt trong mối quan hệ với quyền lập pháp. Nó chỉ có nghĩa vụ chấp hành, đồng nhất quyền hành pháp với quyền chấp hành. Như vậy, quyền hành pháp theo học thuyết phân quyền chỉ là quyền cai trị theo luật. Theo Montesquieu, “quyền hành pháp chỉ tham gia quyền lập pháp bằng chức năng ngăn cản, mà không được chen vào bản cải công việc và cũng không có quyền kiến nghị đối với quyền lập pháp”².

Lịch sử tồn tại và phát triển của bộ máy quyền lực nhà nước của các nước tư sản sau đó lại không đi theo chiều hướng nói trên. Ngược với thời kỳ hoàng kim ban đầu, Nghị viện dần dần bị quyền hành pháp thao túng, chế độ đại nghị rơi vào tình trạng khủng hoảng. Nghị viện trở thành “những cái máy

* GS,TS. Nguyễn Phú Chủ nhiệm Văn phòng Quốc hội

1 Montesquieu: Bàn về tinh thần pháp luật, Nxb. Lý luận Chính trị, Hà Nội, 2004, tr. 105.

2 Montesquieu: sđd, tr. 118.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

nói” “là nơi bàn cãi suông”³ như Lê - nin đã nhận xét. Theo xu hướng đó, ngày nay quyền hành pháp trở thành quyền lực trung tâm trong cơ cấu quyền lực nhà nước của các nhà nước dân chủ và pháp quyền. Thực tiễn của các nhà nước chỉ ra rằng, quyền hành pháp càng chủ động, càng năng động, sáng tạo, không thụ động, ỷ lại, chờ đợi trong mối quan hệ với quyền lập pháp là một trong những nhân tố quan trọng để đất nước giàu mạnh. Vì thế, quyền hành pháp được mở rộng so với trước đây rất nhiều, không còn nguyên nghĩa với quan niệm quyền hành pháp lúc ban đầu. Ngày nay, quyền hành pháp được quan niệm khá phổ biến trong các nhà nước dân chủ và pháp quyền theo các nội dung sau:

Một là, quyền hành pháp không chỉ bó hẹp trong việc chấp hành luật mà còn là quyền chủ động khởi xướng, hoạch định chính sách quốc gia. Tức là quyền chủ động đề ra các hướng đi, hướng phát triển của đất nước. Thông qua quyền quản lý hàng ngày, hàng giờ của mình, hơn ai hết, Chính phủ là người hiểu rõ nhất đất nước có nhu cầu gì? Để phát triển đất nước cần những chính sách gì? Do vậy, đề xướng, hoạch định chính sách là thiên chức của Chính phủ. Trong việc đề xuất, hoạch định chính sách cho quốc gia, Chính phủ phải là người chủ động phát hiện ra nhu cầu và tìm ra giải pháp để giải quyết nhu cầu đó một cách nhanh nhạy, kịp thời, đúng đắn và thông minh nhất. Từ đó, Chính phủ phải tổ chức soạn thảo chính sách quốc gia hoặc dưới dạng các đạo luật để đưa trình cho Nghị viện nếu như chính sách đó có tính ổn định lâu dài, liên quan đến quyền và nghĩa vụ cơ bản của con người, của công dân; hoặc là những chính sách quốc gia xuất phát từ thẩm quyền của mình thì tự mình soạn thảo, thông qua và tổ chức thực hiện. Do đó, có thể xem quyền chủ động trình các dự án luật trước Quốc hội là một nội dung quan trọng nhất của quyền hành pháp, là đầu vào của

quyền lập pháp. Thông qua quyền này, Chính phủ chủ động đề xuất, hoạch định và xây dựng chính sách quốc gia. Không phải ngẫu nhiên mà ngày nay người ta gọi “Chính phủ là *Phủ ra chính sách*”.

Hai là, quyền hành pháp không chỉ là quyền hành chính nhà nước, tức là quyền cai trị hay quản lý nhà nước theo pháp luật, hay là quyền đưa pháp luật vào cuộc sống một cách thụ động mà còn là quyền điều hành các chính sách. Đây là quyền chủ động trong tổ chức nhân sự và đảm bảo nguồn lực tốt nhất để thực hiện chính sách quốc gia, quyền chủ động điều khiển một cách nhanh nhạy, thông minh, sáng tạo, kịp thời, hiệu quả các chính sách quốc gia.

Để thực hiện quyền điều khiển, thường Chính phủ sử dụng quyền lập quy của mình tức là quyền ban hành những văn bản quy phạm pháp luật có giá trị pháp lý dưới luật và quyền ban hành những quyết định hành chính cá biệt. Bằng quyền điều hành chính sách mà trong mối quan hệ với quyền lập pháp, Chính phủ có vai trò là đầu ra của quyền lập pháp. Bằng quyền điều khiển chính sách thông qua quyền lập quy và quyền ra các quyết định hành chính cá biệt mà quyền lập pháp trở thành hiện thực trong đời sống xã hội. Như vậy, quyền hành pháp vừa là nguồn sinh ra luật, vừa là người tổ chức thi hành luật, đưa luật vào cuộc sống một cách chủ động và hiệu quả nhất.

Tóm lại, quyền hành pháp trong thời đại ngày nay là quyền hoạch định và điều hành chính sách quốc gia. Các quan niệm vốn đã tồn tại từ trước đến nay như quyền hành pháp là quyền thi hành pháp luật, đồng nhất quyền hành pháp với quyền hành chính nhà nước, là quyền cai trị hay quản trị quốc gia hay là quyền chấp hành của quyền lập pháp không phản ánh đầy đủ bản chất và vai trò của quyền hành pháp trong cơ cấu tổ chức quyền lực nhà nước của Nhà nước dân chủ và pháp quyền trong thời đại ngày nay.

3 V.I. Lênin Toàn tập, T.33, Nxb. Tiến bộ Matxcova, 1976, tr. 57.

2. Quan niệm về bản chất và vai trò của quyền hành pháp như trên có nhiều ý nghĩa về nhận thức và thực tiễn tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước, đặc biệt là trong hoạt động lập pháp

Trước hết trong mối quan hệ với quyền lập pháp, Chính phủ phải đảm bảo đầu vào có chất lượng cho Quốc hội và có quyền bảo vệ các chính sách quốc gia trong các dự án Luật, dự án Pháp lệnh đưa trình Quốc hội, UBTVQH. Bởi, Hiến pháp năm 2013 đã có một bước tiến mới trong việc phân công quyền lực nhà nước. Lần đầu tiên trong Hiến pháp nước ta chỉ ra: “Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp...” (Điều 69); “Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thực hiện quyền hành pháp...” (Điều 94) và “Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp” (Điều 102). Theo đó, cần phải lưu ý rằng, Quốc hội thực hiện quyền lập pháp không có nghĩa Quốc hội phải soạn thảo các dự án luật, phải làm từ a đến z trong quy trình lập pháp. Quốc hội chỉ làm nhiệm vụ chủ yếu trong quy trình lập pháp là thẩm tra các dự án luật để đảm bảo luật phù hợp với ý nguyện của nhân dân và thực tiễn của đất nước để có tính khả thi và bám sát biểu quyết thông qua luật. Có thể nói, quyền được bám sát biểu quyết thông qua luật là quyền lập pháp. Chính phủ thực hiện quyền hành pháp, như đã nói ở trên, là hơn bất kỳ ai và khác hẳn với quyền lập pháp và quyền tư pháp; Chính phủ là người đề xướng những chính sách, hoạch định chính sách quốc gia, soạn thảo các dự án chính sách quốc gia, có loại tự mình quyết định, có loại phải đưa trình Quốc hội xem xét, thông qua dưới dạng các đạo luật. Như vậy, soạn thảo các dự án luật là thực hiện quyền hành pháp. Hiện nay, gần 95% dự án luật, pháp lệnh do Chính phủ đưa trình. Những dự án không do Chính phủ soạn thảo thì trách nhiệm thẩm định của Chính phủ cũng là công đoạn cực kỳ quan trọng. Bởi nội dung các dự án luật này cũng là chính sách quốc gia, mà đã là chính sách quốc gia thì thiên chức của Chính phủ là phải tổ chức thực hiện và chịu trách nhiệm về hiệu quả của việc thực hiện

các chính sách đó. Bất kỳ một Chính phủ của nhà nước dân chủ và pháp quyền nào trên thế giới đều phải đảm đương quyền này. Như vậy, chất lượng của một dự án luật đưa trình Quốc hội, dù do Chính phủ soạn thảo hay một lượng ít các cơ quan, tổ chức khác soạn thảo thì trách nhiệm trước hết thuộc Chính phủ. Để khắc phục tình trạng mà nhiều người cho rằng Quốc hội ủy quyền lập pháp tràn lan cho Chính phủ, cho các bộ trưởng, thậm chí cho cả chính quyền địa phương (như Luật Thủ đô), theo chúng tôi, Quốc hội cũng có lỗi một phần nhưng trong điều kiện Hiến pháp đã phân công rõ ràng cho ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp thì lỗi trước hết và chủ yếu thuộc về cơ quan có thẩm quyền soạn thảo và đưa trình Quốc hội của Chính phủ. Chính phủ khi được Hiến pháp quy định là cơ quan thực hiện quyền hành pháp thì nhiệm vụ hàng đầu của Chính phủ là soạn thảo các dự án luật đưa trình Quốc hội. Nội dung các dự án luật đó là các chính sách quốc gia. Các chính sách quốc gia phải được thể chế dưới dạng các quy phạm pháp luật (QPPL) và khi các chính sách được thể hiện dưới dạng các QPPL, để đưa nó vào cuộc sống thì các quy phạm đó phải được điều chỉnh trực tiếp không phải thông qua việc tiếp tục thể chế hóa quy phạm này một lần nữa mới thực hiện được. Bởi việc tiếp tục thể chế hóa quy phạm này có thể sẽ có sự tùy tiện, vượt qua ngoài quy định gốc. Vì vậy, để khắc phục “sự ủy quyền này”, theo chúng tôi, Dự án Luật Ban hành các văn bản QPPL mà Quốc hội và các cơ quan có thẩm quyền đang tiến hành soạn thảo, sửa đổi, bổ sung phải có các quy định sau:

Cơ quan, tổ chức được giao soạn thảo dự án luật, pháp lệnh phải thể chế các chính sách quốc gia thành các QPPL điều chỉnh trực tiếp các quan hệ xã hội. Về nguyên tắc, các điều của Dự thảo luật không được quy định: “giao cho Chính phủ hoặc Bộ cụ thể hóa để thi hành”. Cơ quan thẩm định của Chính phủ có quyền không tiến hành thẩm định, và Chính phủ không cho ý kiến về những dự án luật có các quy định ủy quyền cho các cơ quan khác cụ thể hóa. Quy định này nhằm nâng cao trách nhiệm của cơ quan được Hiến pháp

giao cho thực hiện quyền hành pháp và tất nhiên là nâng cao được chất lượng của luật do không có tình trạng “ủy quyền” lập pháp trong các đạo luật.

Đối với các cơ quan của Quốc hội có thẩm quyền thẩm tra, cần chú trọng thẩm tra và chỉ ra những điều luật chung chung, có khả năng cụ thể hóa mới thi hành được và Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) khi cho ý kiến đối với các dự án luật này, yêu cầu cần các cơ quan soạn thảo phải bổ sung, sửa đổi để các điều luật điều chỉnh được trực tiếp các quan hệ xã hội. Nếu không sửa đổi được, UBTVQH có quyền không đưa vào chương trình nghị sự trình ra kỳ họp của Quốc hội. Phải tăng cường trách nhiệm, kỷ luật nghiêm minh trong soạn thảo, thẩm tra, cho ý kiến thì mới xóa bỏ được tình trạng ủy quyền tràn lan như nhiều người nhận xét. Như vậy, sau khi Quốc hội thông qua luật, Chính phủ và các Bộ chỉ có nhiệm vụ hướng dẫn thi hành luật chứ không được cụ thể hóa, chi tiết hóa luật để thi hành. Theo đó, hướng dẫn thi hành luật chỉ còn là việc tổ chức thực hiện để đưa luật vào cuộc sống sao cho kịp thời, sâu rộng bằng hình thức tuyên truyền, phổ biến và xử lý.

Ngoài các chính sách quốc gia thể chế trong các dự án luật, với tư cách là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, Chính phủ còn có quyền ban hành các chính sách quốc gia dưới hình thức là Nghị định không đầu, tức là thực hiện quyền lập quy. Các nghị định không đầu này xuất phát từ thẩm quyền quản lý nhà nước của mình. Những nghị định không đầu này không cần thiết phải có sự đồng ý của UBTVQH như quy định của Luật Ban hành các văn bản QPPL hiện hành. Bởi xuất phát từ vị trí và vai trò của mình, Chính phủ có quyền ban hành các văn bản QPPL thuộc thẩm quyền của mình. Có như vậy, Chính phủ mới kịp thời, nhanh nhạy, chủ động trong việc đưa ra những chính sách quốc gia thuộc thẩm quyền của mình để điều hành và quản lý đất nước. Vấn đề đặt ra là những vấn đề gì thuộc thẩm quyền ban hành nghị định không đầu của Chính phủ. Theo chúng tôi, phải sử dụng phương pháp loại trừ bởi với vị trí là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thực hiện quyền hành pháp thì

nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ rất rộng, không thể liệt kê được một cách đầy đủ. Ngoài nhiệm vụ lập pháp của Quốc hội, được ban hành dưới dạng các đạo luật và ủy quyền cho UBTVQH ban hành pháp lệnh và ngoài việc thực hiện quyền tư pháp của tòa án nhân dân, Chính phủ có quyền ban hành nghị định để quản lý và điều hành đất nước một cách kịp thời. Như vậy, theo chúng tôi, nghị định của Chính phủ không còn là văn bản QPPL dùng để cụ thể hóa và chi tiết hóa luật hoặc pháp lệnh mà là văn bản QPPL để “thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình, kiểm tra việc thi hành các văn bản đó và xử lý các văn bản trái pháp luật theo quy định của luật” như Điều 100 Hiến pháp năm 2013 đã quy định và khoản 2 Điều 96 Hiến pháp năm 2013 về nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ: “Đề xuất, xây dựng chính sách trình Quốc hội, UBTVQH quyết định hoặc quyết định theo thẩm quyền”.

Trong mối quan hệ với quyền tư pháp: Tuy Tòa án nhân dân, theo Hiến pháp năm 2013, là cơ quan xét xử thực hiện quyền tư pháp, độc lập với lập pháp và hành pháp, nhưng với tư cách là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thực hiện quyền hành pháp, Chính phủ phải chủ động và có trách nhiệm trong việc đề xuất, khởi xướng và thẩm định các chính sách quốc gia trong lĩnh vực tư pháp, không được khoán trắng, ý lại vào Tòa án nhân dân tối cao. Bởi các chính sách trong Dự án Luật về tổ chức và hoạt động tư pháp là những chính sách hình sự và dân sự bảo đảm cho quyền hành pháp tổ chức và thực thi chính sách quốc gia thể hiện trong các đạo luật đi vào cuộc sống, trở thành hiện thực. Hơn nữa, là cơ quan đứng đầu nền hành chính quốc gia, Chính phủ không những có trách nhiệm đảm bảo nguồn lực cho việc thực hiện quyền tư pháp mà còn phải tiến hành kiểm tra, thanh tra việc tổ chức và thực hiện quyền hành chính nhà nước trong các cơ quan tòa án và viện kiểm sát, bảo đảm cho toàn bộ nền hành chính nhà nước chấp hành nghiêm chỉnh pháp luật không những trong bản thân tổ chức và hoạt động của quyền hành pháp mà cả trong tư pháp và lập pháp ■

NÂNG CAO VAI TRÒ CỦA QUỐC HỘI TRONG QUY TRÌNH NGÂN SÁCH

LƯƠNG THỊ THU HƯƠNG*

Ngân sách nhà nước (NSNN) được hình thành từ nhiều nguồn khác nhau, trong đó quan trọng nhất phải kể đến các khoản thu từ thuế. Đối với những khoản thu ảnh hưởng đến người dân như thuế, cần giám sát và tăng tính minh bạch của quy trình ngân sách. Trong phân bổ quyền lực chính trị và kiểm soát quy trình ngân sách, Quốc hội đóng vai trò cực kỳ quan trọng.

Mục tiêu của ngân sách là nhằm thực hiện các chức năng của Nhà nước, vai trò nguyên thủy của nó là tài trợ cho các hoạt động như vận hành bộ máy, cung cấp tài chính để bảo đảm an ninh quốc phòng ... Tuy nhiên, chức năng của Nhà nước ngày nay đã và đang thay đổi nhanh. Toàn cầu hóa với những liên minh kinh tế mạnh mẽ khiến cho cách thức quản trị và sử dụng NSNN theo cách truyền thống đang thay đổi. Vì vậy, hình thức giám sát của Quốc hội, các phương tiện giám sát, quyết định NSNN của Quốc hội cũng cần được đánh giá, nhìn nhận lại. Bài viết góp một số ý kiến thảo luận xung quanh vấn đề này.

1. Quyền lực của Quốc hội trong quyết định ngân sách nhà nước

Từ lịch sử hình thành nghị viện cho thấy, quyền lực của Quốc hội gắn liền với quyền quyết định NSNN. Khi nhà vua Anh phải ký với giới quý tộc bản Đại hiến chương (Magna Carta: 1215), theo đó “nhà vua phải tham khảo ý kiến giới quý tộc khi tăng thuế”. Bản cam kết đó có thể được xem như tiền

thân của pháp luật về hiến pháp của thế giới, cơ chế đại diện cho giới quý tộc thời đó có thể xem như tiền thân của các thể chế đại diện sau này. Sau nhiều biến cố, chế độ quân chủ chuyên chế ở Anh suy yếu dần qua cuộc nội chiến 1689. Trong bối cảnh ấy, mô hình nghị viện kiểm soát quyền lực chính trị, trong đó đặc biệt là kiểm soát ngân sách đã ra đời ở Anh¹.

* **ThS. Giảng viên Khoa Kinh tế và Luật, Đại học Mở TP. Hồ Chí Minh.**

¹ Acemoglu và Robinson, *Vì sao các quốc gia thất bại*, Nxb. Trẻ, TPHCM., 2013.

Theo đó, bắt nguồn từ hành vi đòi hỏi về quyền được tham vấn của giai cấp quý tộc khi nhà vua muốn thu bất cứ một loại thuế nào, giới quý tộc Anh đã thiết lập nền móng hình thành nhà nước tư sản đầu tiên của nhân loại với thiết chế nghị viện. Cơ quan này ban hành Hiến pháp, làm luật, quyết định tối cao về NSNN... Hiện nay, nghị viện vẫn duy trì quyền lực này nhưng mạnh hay yếu lại không giống nhau ở mỗi các quốc gia.

Tại Việt Nam, khi cách mạng tháng Tám thành công, Quốc hội đầu tiên được quy định trong Hiến pháp năm 1946 là “cơ quan có quyền cao nhất của nước Việt Nam dân chủ cộng hòa”. Liên quan đến tài chính quốc gia, Quốc hội được quyền “biểu quyết ngân sách”. Hiến pháp năm 1959 quy định Quốc hội có quyền: quyết định kế hoạch kinh tế nhà nước; xét duyệt và phê chuẩn dự toán và quyết toán NSNN; ấn định các thứ thuế”. Việc giám sát của Quốc hội đã bắt đầu được ghi nhận nhưng chỉ bàn đến giám sát việc thực thi Hiến pháp. So với Hiến pháp năm 1946, sức ảnh hưởng đến NSNN của Quốc hội tại Hiến pháp năm 1959 vẫn chỉ dừng lại trong phạm vi quyền “biểu quyết ngân sách”.

Trong Hiến pháp năm 1980, quyền quyết định ngân sách được quy định tương tự Hiến pháp năm 1959, riêng quyền giám sát của cơ quan này được quy định rõ hơn. Quốc hội không chỉ giám sát việc thực thi Hiến pháp mà phạm vi của quyền này được mở rộng hơn đó là “giám sát tối cao hoạt động của Nhà nước”. Theo tinh thần này, lần đầu tiên quyền giám sát NSNN được quy định cho Quốc hội. Tại Hiến pháp năm 1992, ngoài những thẩm quyền liên quan đến NSNN được kế thừa từ Hiến pháp năm 1980, một điểm đáng lưu ý là việc ghi nhận thêm quyền phân bổ NSNN cho Quốc hội. Hiến pháp năm 2013 ghi nhận quyền cho Quốc hội đối với NSNN được thể hiện rõ tại Điều 70 gồm: quyền quyết định chính sách cơ bản về tài chính, quyết định phân chia các khoản thu và nhiệm vụ chi giữa ngân sách trung ương và

ngân sách địa phương; quyết định dự toán NSNN và phân bổ ngân sách trung ương, phê chuẩn quyết toán NSNN.

Như vậy, sức ảnh hưởng của Quốc hội đối với quỹ tài chính quốc gia được thể hiện dưới hai phương diện: một là quyền quyết định, hai là quyền giám sát tối cao về ngân sách.

Quyền quyết định ngân sách là quyền biểu quyết của Quốc hội về dự toán, phân bổ và quyết toán ngân sách. Nếu Quốc hội không thông qua các nội dung này thì toàn bộ hoạt động của bộ máy nhà nước sẽ bị ảnh hưởng nghiêm trọng; Chính phủ sẽ phải tạm ngưng mọi hoạt động thu, chi liên quan đến NSNN.

Quyền giám sát tối cao của Quốc hội về ngân sách hiện được ghi nhận theo tinh thần của Điều 69 Hiến pháp năm 2013, “Quốc hội thực hiện quyền lập hiến, quyền lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước và giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước”.

Để thực hiện quyền quyết định, hiện nay Quốc hội dựa trên các công cụ và phương tiện gồm quyền biểu quyết tại các kỳ họp hàng năm, hoạt động của Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH), hoạt động của Ủy ban Tài chính và Ngân sách, Kiểm toán Nhà nước. Quyền giám sát theo quy định tại Điều 7 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội được thực hiện thông qua các hành vi xem xét các báo cáo; chất vấn và trả lời chất vấn, thành lập các đoàn kiểm tra về các vấn đề liên quan tới chính sách tài chính; tiền tệ quốc gia; phân chia các khoản thu và nhiệm vụ chi giữa ngân sách trung ương với ngân sách địa phương; mức giới hạn an toàn nợ quốc gia, nợ công, nợ Chính phủ; dự toán NSNN và phân bổ ngân sách trung ương; quyết toán NSNN.

2. Ý nghĩa của quyền quyết định ngân sách của Quốc hội

Trao quyền quyết định và giám sát tối cao về NSNN cho Nghị viện/Quốc hội, tức là chấm dứt một thời kỳ quản trị ngân sách tùy

tiện của giai cấp thống trị chuyên chế. Nếu nhánh hành pháp xuất hiện rất sớm trong lịch sử quyền lực nhà nước, thì nhánh lập pháp chỉ ra đời khi có nhu cầu khách quan về phân chia quyền lực của bộ máy nhà nước. Việc can thiệp vào hoạt động NSNN của Nghị viện/Quốc hội loại bỏ được sự mập mờ trong việc quản lý và sử dụng quỹ tiền tệ quốc gia, vì ngân sách được quản trị bởi nhà nước chuyên chế không có sự tách bạch giữa ngân sách quốc gia với ngân sách của hoàng gia, hoàng tộc. Việc quản trị quỹ tiền tệ này mang nặng dấu ấn của người đứng đầu, vì vậy, việc đóng thuế của dân chúng có thể xảy đến ở bất cứ thời điểm nào mà không có sự thỏa thuận hay thông tin nào từ phía nhà nước.

Ở Việt Nam, ghi nhận quyền “biểu quyết NSNN” cho Quốc hội thể hiện tầm quan trọng của ngân sách trong việc thiết kế và xây dựng hệ thống các cơ quan nhà nước. Nó cũng thể hiện rằng, quyền quyết định các vấn đề trọng yếu của quốc gia thuộc về nhân dân Việt Nam vì Quốc hội là cơ quan thay mặt cho toàn thể nhân dân.

Ngoài ra, việc quyết định và giám sát tối cao về ngân sách của Quốc hội là bảo đảm sự cân bằng và hài hòa trong tổ chức và hoạt động của các nhánh quyền lực trong bộ máy nhà nước. Lập pháp làm luật, hành pháp thực thi luật và tư pháp giải quyết tranh chấp tạo nên sự bình đẳng nhưng kiềm chế sự lạm quyền của từng nhánh quyền lực. Và nếu Quốc hội không duy trì được quyền biểu quyết và giám sát tối cao về ngân sách, thì sẽ không còn sự cân bằng về quyền lực và dân chúng sẽ là lực lượng chịu nhiều rủi ro bởi bộ máy chính quyền về bản chất sẽ quay trở lại với chế độ chuyên chế.

Ý nghĩa tiếp theo của việc trao quyền quyết định và giám sát tối cao về ngân sách cho Quốc hội tức là người dân gián tiếp được biết các đóng góp ngân sách của mình chảy về đâu và được dùng với mục đích nào. Bên cạnh việc được giám sát, người đóng thuế thông qua các đại biểu dân cử có quyền

quyết định lựa chọn các chính sách tài chính phù hợp.

NSNN là một quỹ tài chính khổng lồ, được hình thành từ các nguồn như thuế, phí, lệ phí và các nguồn thu khác, được sử dụng để tài trợ cho các chức năng và hoạt động của Nhà nước, được phân chia quyền quyết định, giám sát và quản lý cụ thể. Quyền quyết định và giám sát tối cao được trao cho Quốc hội, biểu hiện bằng các hành vi biểu quyết của Quốc hội đối với dự toán, phân bổ và quyết quyết toán ngân sách.

3. Quyền quyết định và giám sát tối cao ngân sách nhà nước của Quốc hội trong chu trình ngân sách

Chu trình ngân sách hiện được ghi nhận gồm ba giai đoạn: lập dự toán, chấp hành và quyết toán. Ở từng bước của quy trình ngân sách, quyền quyết định và giám sát của Quốc hội không giống nhau. Những đặc quyền này của Quốc hội được thực hiện bằng hình thức biểu quyết tại cuộc họp, hỗ trợ của Ủy ban Tài chính và Ngân sách, Kiểm toán Nhà nước

Giai đoạn lập dự toán NSNN: là giai đoạn lên phương án sử dụng và quản lý ngân sách cho tương lai. Thế nên, ở Việt Nam, bắt đầu từ cuối tháng 5 đầu tháng 6 các cấp và các đơn vị ngân sách chuẩn bị cho công tác lập dự toán ngân sách năm sau. Việc lên kế hoạch sử dụng ngân sách cho năm sau là một hoạt động quan trọng của các chủ thể quản lý và sử dụng ngân sách. Bởi nếu dự báo bám sát được tình hình kinh tế, xã hội thì ngân sách sẽ được điều hành nhịp nhàng, ổn định trong giai đoạn chấp hành và quyết toán.

Theo quy định của Luật NSNN năm 2002, giai đoạn lập dự toán được chia thành các bước là hướng dẫn, lập và phân bổ ngân sách. Trong ba bước này, hướng dẫn và lập dự toán là các hoạt động được thực hiện bởi sự chỉ đạo từ Chính phủ dưới sự tư vấn và thực thi của Bộ Tài chính.

Bắt đầu từ việc sau khi nhận được văn

bản hướng dẫn lập dự toán của cơ quan tài chính, các đơn vị sử dụng NSNN tiến hành lập dự toán ngân sách cho cấp mình. Quy trình lập dự toán về mặt lý thuyết được thực hiện lần lượt từ cấp xã đến huyện, sau đó chuyển bản dự toán này lên sở tài chính để cơ quan này lập dự toán cho ngân sách tỉnh. Khi bản dự toán được chuyển về trung ương, Bộ Tài chính là cơ quan tiến hành lập NSNN theo quy định tại khoản 3 Điều 21 Luật Ngân sách năm 2002.

Ở địa phương, điều kiện chuyển bản dự toán lên cơ quan cấp trên phải được sự đồng ý của cơ quan quyền lực cùng cấp. Trường hợp bản dự toán chưa được thông qua, cơ quan tài chính phải tiến hành chỉnh sửa, bổ sung theo yêu cầu của cơ quan quyền lực. Tương tự, ở trung ương, theo quy định tại khoản 4 Điều 45 Luật NSNN năm 2002 thì trong trường hợp dự toán ngân sách chưa được Quốc hội quyết định, Chính phủ lập lại dự toán ngân sách trình Quốc hội vào thời gian do Quốc hội quy định. Đây là sự ghi nhận thể hiện quyền lực tuyệt đối của Quốc hội khi quyết định ngân sách quốc gia. Nó có nghĩa rằng, nếu không được sự đồng ý của Quốc hội, Chính phủ sẽ không được thực hiện bất cứ một khoản thu, chi nào liên quan đến NSNN. Nó còn thể hiện, nếu không thông qua được dự toán ngân sách, các hoạt động của Chính phủ sẽ bị khủng hoảng, bộ máy nhà nước sẽ bị rối loạn.

Hiện nay, dường như Quốc hội nước ta chưa thực sự sử dụng triệt để và hiệu quả quyền này trong thực tế. Ngân sách bội chi vượt xa chỉ tiêu của Quốc hội², nợ công không còn trong ngưỡng an toàn³... nhưng Quốc hội chưa từng bác bỏ hay không thông qua dự toán, phân bổ, quyết toán ngân sách do Chính phủ trình. Vì sao việc thảo luận

ngân sách diễn ra tại các kỳ họp Quốc hội trở thành một thủ tục quen thuộc và mang tính hình thức? Theo chúng tôi, hiện thực này có thể bắt nguồn từ nhiều lý do khác nhau, nhưng phải kể đến những nguyên nhân chủ yếu sau đây:

Thứ nhất, cơ quan chuyên môn của Quốc hội không đủ chuyên môn để hỗ trợ.

Hiện nay, việc tham vấn, thẩm định cho Quốc hội về ngân sách gồm có UBTVQH, Ủy ban Tài chính và Ngân sách, Kiểm toán Nhà nước. Trong đó, UBTVQH liên quan đến giai đoạn lập dự toán được quy định tại Điều 16 Luật NSNN năm 2002. Cơ quan này có nhiệm vụ, quyền hạn: “1. Ban hành văn bản pháp luật về lĩnh vực tài chính - ngân sách được Quốc hội giao; 2. Cho ý kiến về các dự án luật, các báo cáo và các dự án khác về lĩnh vực tài chính - ngân sách do Chính phủ trình Quốc hội; 3. Căn cứ vào nghị quyết của Quốc hội về dự toán NSNN và phân bổ ngân sách trung ương năm đầu của thời kỳ ổn định ngân sách, quyết định tỷ lệ phần trăm (%) phân chia giữa ngân sách trung ương và ngân sách từng địa phương đối với các khoản thu quy định tại khoản 2 Điều 30 của Luật này; 4. Ban hành Quy chế lập, thẩm tra, trình Quốc hội quyết định dự toán NSNN, phương án phân bổ ngân sách trung ương và phê chuẩn quyết toán NSNN; 5. Giám sát việc thi hành pháp luật về ngân sách, chính sách tài chính, nghị quyết của Quốc hội, UBTVQH về lĩnh vực tài chính - ngân sách; đình chỉ việc thi hành các văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ về lĩnh vực tài chính - ngân sách trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội và trình Quốc hội quyết định việc hủy bỏ các văn bản đó; hủy bỏ các văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ về lĩnh vực tài chính - ngân sách trái với pháp

2 <http://vneconomy.vn/thoi-su/boi-chi-ngan-sach-vuot-xa-chi-tieu-quoc-hoi-quyet-dinh-2015>

3 <http://songmoi.vn/kinh-te-tien/no-cong-cua-nguoi-viet-tiep-tuc-tang-trong-nam-2013>

lệnh, nghị quyết của UBTVQH; bãi bỏ các nghị quyết của HĐND cấp tỉnh về lĩnh vực tài chính - ngân sách trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh và nghị quyết của UBTVQH”.

Sự hỗ trợ thứ hai của Quốc hội là Kiểm toán Nhà nước. Luật NSNN hiện hành quy định về hoạt động của cơ quan này tại Chương VI - Quyết toán NSNN. Ở giai đoạn lập dự toán, chủ yếu được quy định tại khoản 4, 5, 6 Điều 15 Luật Kiểm toán Nhà nước gồm các hoạt động như trình ý kiến, tham gia xem xét, thẩm tra báo cáo với Ủy ban Tài chính và Ngân sách của Quốc hội đối với các vấn đề về ngân sách thuộc thẩm quyền quyết định của Quốc hội. Vai trò của Kiểm toán Nhà nước chủ yếu mang tính chất tham khảo cho Quốc hội trước khi biểu quyết ngân sách.

Cuối cùng và cũng là sự trợ giúp quan trọng nhất của Ủy ban Tài chính và Ngân sách. Đây là cơ quan chuyên môn của Quốc hội. Theo quy định tại Điều 17 Luật NSNN năm 2002, cơ quan này có chức năng thẩm tra theo yêu cầu của Quốc hội, UBTVQH hoặc chủ trì thẩm tra dự toán NSNN, phương án phân bổ ngân sách trung ương, các báo cáo về thực hiện NSNN và quyết toán NSNN do Chính phủ trình Quốc hội; đồng thời, giám sát việc tuân theo pháp luật về NSNN của các cấp các đơn vị sử dụng NSNN. Hiện Ủy ban Tài chính và Ngân sách có 35 thành viên, trong đó có một Chủ nhiệm và bốn Phó Chủ nhiệm cùng ba ủy viên hoạt động chuyên trách ở trung ương, ở địa phương có 6 ủy viên chuyên trách, 21 ủy viên còn lại hoạt động kiêm nhiệm. Tuy nhiên, trong số các thành viên của Ủy ban Tài chính và Ngân sách, nhiều thành viên lại có chuyên môn chính về địa chất công trình, nông nghiệp, sử học, luật...⁴ trong khi tài chính và

ngân sách là lĩnh vực có tính đặc thù chuyên môn nên các hoạt động liên quan đều phải tuân thủ các công thức, biểu mẫu, chế độ do Bộ Tài chính thiết kế. Và ở thời nào cũng xuất hiện một nhu cầu của cơ quan quản lý nhà nước cao nhất về ngân sách là các kỹ thuật kế toán luôn được thiết kế để “chỉ có các chuyên gia mới nhận ra nhau”⁵.

Với Quốc hội khóa XIII, trong gần 500 đại biểu dân cử không phải thành viên nào cũng có thể đọc được dự toán ngân sách, họ cần một sự hỗ trợ về chuyên môn để có thể hiểu được ảnh hưởng chính sách xã hội của các khoản thu chi ngân sách, đọc ra được lợi ích từ những con số, các đại biểu cần biết các con số ấy nói gì để cân nhắc trước khi biểu quyết thông qua. Bởi vì, đó là trách nhiệm ủy trị của người dân gửi gắm thông qua các lá phiếu.

Như vậy, thực tế nghị trường hiện nay, việc biểu quyết ngân sách của Quốc hội là hoạt động vẫn ít nhiều còn mang tính hình thức. Các đại biểu Quốc hội chưa được cung cấp đầy đủ các phương tiện để thực hiện quyền biểu quyết của mình một cách có hiệu quả.

Nguyên nhân thứ hai, khiến việc biểu quyết thông qua NSNN chỉ mang tính hình thức và thủ tục đó là tính công khai bị hạn chế.

Hệ thống các cấp và các đơn vị sử dụng NSNN có gần 5 tháng để lập dự toán, Theo hướng dẫn của Nghị định số 60/CP/2003 của Chính phủ, bắt đầu từ cuối tháng 5 chậm nhất là ngày 10 tháng 6, Bộ Tài chính ban hành thông tư hướng dẫn lập dự toán và theo khoản 1 Điều 45 Luật NSNN năm 2002, đến trước ngày 15 tháng 11, Quốc hội sẽ quyết định dự toán ngân sách năm sau. Như vậy, Chính phủ có khoảng 150 ngày để thực hiện.

4 <http://quochoi.vn/uybantaichinhngansach/gioithieu/Pages/cac-thanh-vien.aspx?ItemID=565>.

5 Lê Đình Chân, *Tài chính công*, Đại học Sài Gòn, 1974.

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Tuy nhiên, thường chỉ đến “chậm nhất là trước 10 ngày khai mạc kỳ họp Quốc hội cuối năm” các đại biểu Quốc hội mới nhận được bản dự thảo này để nghiên cứu.

Ngoài ra, tính công khai của bản dự toán còn bị ràng buộc và hạn chế một cách có chủ ý. Như đã trình bày, quá trình lập dự toán ngân sách là bước đầu tiên và quan trọng nhất vì ở giai đoạn này nếu Chính phủ ở trung ương, UBND ở địa phương lập dự toán không đúng pháp luật, không hiệu quả, không phù hợp với tình hình thực tế của ngân sách... thì sẽ phải lập lại theo yêu cầu của cơ quan quyền lực. Vậy làm thế nào để biết bản dự toán của từng địa phương được lên kế hoạch phù hợp và được sử dụng đúng đắn trong tương lai? Làm sao để biết Chính phủ đang điều hành ngân sách có hiệu quả? Khi mà thực tế bản dự toán đến tay các đại biểu còn được quy định là thông tin cần được bảo mật⁶.

Cần khẳng định rằng, giai đoạn lập dự toán có vai trò quyết định về tính hiệu quả và sự đúng đắn trong quá trình chấp hành và quyết toán NSNN. Nó cũng là giai đoạn duy trì và bảo đảm quyền lực thực tế cho Quốc hội. Nếu Quốc hội không bảo đảm và duy trì được sức mạnh này, Quốc hội khó có thể bảo đảm được vị trí của mình trong bộ máy nhà nước, cũng như bảo đảm cân bằng quyền lực giữa các nhánh lập pháp, hành pháp và tư pháp. Đây cũng có thể được coi là một nguy cơ và rủi ro nhà nước.

Giai đoạn chấp hành ngân sách: Theo quy định tại Điều 14 Luật NSNN năm 2002, ngày 1 tháng 1 năm dương lịch là thời điểm của một năm ngân sách mới. Trong giai đoạn này, Quốc hội thực hiện chức năng của mình thông qua hai hoạt động nổi bật là quyết định điều chỉnh bản dự toán và kiểm tra, giám sát tối cao đối với NSNN.

Về vấn đề điều chỉnh ngân sách, bản dự toán NSNN, khi đã được Quốc hội thông qua sẽ trở thành một văn bản pháp lý bắt buộc đối với các đơn vị sử dụng NSNN, và nếu chỉ dừng lại ở quy định này thì quyền lực của Quốc hội đối với ngân sách nước là tuyệt đối. Tuy nhiên, pháp luật ngân sách hiện hành ghi nhận về việc có thể “điều chỉnh bản dự toán NSNN”, có nghĩa là, theo quy định tại khoản 4 Điều 59 Luật NSNN năm 2002 “trường hợp số thu, chi có biến động lớn so với dự toán đã được quyết định, cần phải điều chỉnh tổng thể thì Chính phủ trình Quốc hội, UBND trình HĐND cùng cấp quyết định điều chỉnh dự toán ngân sách”. Như vậy, trong một số trường hợp, Chính phủ và UBND có thể đề nghị Quốc hội và HĐND điều chỉnh lại bản dự toán đã được thông qua mà vào thời điểm đề nghị điều chỉnh là Chính phủ đang trong giai đoạn chấp hành ngân sách. Đây là một quy định tạo sự linh hoạt, dễ dàng cho Chính phủ trong quá trình điều hành ngân sách quốc gia nhưng đồng thời nó cũng làm giảm tính hiệu lực của bản dự toán và gây khó khăn cho Quốc hội khi kiểm soát và giám sát việc tuân theo pháp luật của Chính phủ đối với bản dự toán NSNN.

Với vấn đề giám sát NSNN, Hiến pháp năm 2013 ghi nhận “Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Quốc hội có quyền lập hiến, quyền lập pháp, quyết định các vấn đề quan trọng nhất của đất nước và giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước” (Điều 69). Hoạt động giám sát tối cao được cụ thể hóa tại Điều 7 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội bao gồm: thứ nhất là việc xem xét các báo cáo của các chủ thể như Chủ tịch nước, UBND, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ

6 ĐBQH Trần Du Lịch, phát biểu tại Tọa đàm góp ý dự án Luật NSNN (sửa đổi) tháng 5/2015 tại Đại học Mở TPHCM.

... về các vấn đề cần xem xét. Thứ hai, thông qua hoạt động của kỳ họp Quốc hội dưới hình thức chất vấn và trả lời chất vấn. Thứ ba, là thành lập Ủy ban lâm thời để điều tra và xem xét các báo cáo kết quả điều tra của các Ủy ban.

Giai đoạn quyết toán: là hoạt động đánh giá việc thực hiện dự toán ngân sách trong năm ngân sách, chu trình và phương thức của giai đoạn này tương tự như giai đoạn lập dự toán và ý nghĩa của hoạt động quyết toán NSNN là cung cấp thông tin để kiểm tra, đánh giá ngân sách. Bên cạnh đó, việc xem xét trách nhiệm pháp lý của các đơn vị sử dụng NSNN và đáp ứng yêu cầu công khai tài chính cũng là mục đích của hoạt động quyết toán NSNN.

Quyền hạn và vai trò của Quốc hội trong giai đoạn quyết toán NSNN được quy định khá rõ tại Điều 67 Luật NSNN năm 2002. Cũng với vai trò biểu quyết quyết toán, Quốc hội có quyền quyết định cuối cùng đối với bản quyết toán NSNN mà Chính phủ trình. Trong giai đoạn này, theo tinh thần của Luật NSNN năm 2002, việc thẩm định bản quyết toán cho Quốc hội được thực hiện bởi Ủy ban Tài chính và Ngân sách, bên cạnh đó, Kiểm toán Nhà nước cũng tham gia kiểm toán nếu được Quốc hội yêu cầu.

4. Một số đề xuất tăng cường quyền quyết định, giám sát ngân sách của Quốc hội

Để quyền quyết định ngân sách của Quốc hội có hiệu quả, xin đề xuất một số giải pháp sau đây:

Thứ nhất, đối với các cơ quan giúp việc chuyên môn cho Quốc hội, cụ thể là Ủy ban Tài chính và Ngân sách, cần phải cơ cấu tổ chức lại theo hướng có thêm số lượng các ủy viên chuyên trách ở trung ương và địa phương. Đặc biệt, các thành viên phải là các chuyên gia, hoặc có điều kiện tham vấn chuyên gia tài chính và kế toán. Các chuyên gia này sẽ thẩm định cùng với Kiểm toán Nhà nước mục đích làm rõ các phần thu, chi

trong bản dự toán do Chính phủ trình cho Quốc hội. Các kết luận mang tính tham vấn của Ủy ban Tài chính và Ngân sách phải trở thành các ý kiến có tính ảnh hưởng tới hành động biểu quyết ngân sách của các đại biểu khác trong Quốc hội.

Thứ hai, Kiểm toán Nhà nước nên được quy định quyền hạn và nghĩa vụ về NSNN tại Chương II Luật NSNN. Cụ thể, cơ quan này phải có nghĩa vụ thẩm định dự toán ngân sách địa phương được thực hiện bởi kiểm toán khu vực và thẩm định NSNN thực hiện bởi kiểm toán nhà nước ở trung ương. Với cơ cấu tổ chức và nguồn nhân lực như hiện nay, Kiểm toán Nhà nước có khả năng song song lập dự toán NSNN nếu pháp luật quy định. Khi trình bản dự toán cho Bộ Tài chính, các địa phương phải đồng thời gửi bản này cho Kiểm toán Nhà nước. Quốc hội sẽ có một cơ quan là trợ thủ đắc lực để thực hiện chất vấn Chính phủ về dự toán NSNN.

Thứ ba, việc công khai dự thảo dự toán ngân sách là một đòi hỏi khách quan. Hiện nay, chỉ sau khi dự toán đã được thông qua, phân bổ đã được biểu quyết thì ngân sách mới được công khai. Công khai này chỉ mang ý nghĩa giám sát, sẽ không còn ý nghĩa xây dựng nếu mọi quyết định đã được an bài.

Đoàn đại biểu Quốc hội ở các địa phương nên đề xuất thành lập các ban tư vấn mà thành viên là các chuyên gia và nhà nghiên cứu về lĩnh vực này, được hỗ trợ kinh phí và trợ giúp lâu dài để tư vấn cho các đại biểu về ngân sách hàng năm.

Ngoài ra, đối với giai đoạn lập dự toán, đây là giai đoạn quan trọng nhất vì các đơn vị ngân sách có quyền đàm phán với cấp trên về dự toán cho cấp mình. Vì vậy, ở giai đoạn này, bản dự thảo được Chính phủ trình cho Quốc hội nên được phổ biến trên các phương tiện truyền thông để người đóng thuế có thể đóng góp ý kiến. Việc này sẽ giúp Quốc hội có thêm được một nguồn hỗ trợ về giám sát NSNN.

(Xem tiếp trang 30)

KIỂM SOÁT VÀ HẠN CHẾ QUYỀN LỰC NHÀ NƯỚC THỜI LÊ THÁNH TÔNG - NHỮNG GIÁ TRỊ HIỆN ĐẠI

PHẠM THỊ DUYÊN THẢO*

Trong lịch sử chế độ phong kiến Việt Nam, thời Lê Thánh Tông trị vì (1442-1497) được đánh giá là thời kỳ phát triển rực rỡ. Với mục đích tập quyền mạnh, Lê Thánh Tông đã có những cải cách tương ứng trên nhiều phương diện. Tuy nhiên, trong bối cảnh đó, việc kiểm soát, hạn chế sự lạm quyền vẫn được thể hiện rõ nét, đặc biệt qua hai lĩnh vực tổ chức, hoạt động của bộ máy nhà nước và áp dụng pháp luật. Kiểm soát, hạn chế quyền lực vừa được chủ động sử dụng như một phương tiện, vừa được đặt ra như một mục đích trong tổ chức và vận hành quyền lực nhà nước thời Lê Thánh Tông.

1. Kiểm soát, hạn chế quyền lực trong tổ chức, hoạt động của bộ máy nhà nước

Xây dựng cơ chế người đứng đầu nhà nước trực tiếp điều hành, kiểm soát tối cao quyền lực nhà nước, hạn chế các khâu trung gian

Ý thức được sự lạm quyền rất dễ xảy ra ở những vị trí “đứng dưới một người và đứng trên trăm người”, Lê Thánh Tông đã bãi bỏ các chức Tể tướng, Đại hành khiển, Tam tư - vốn là các chức quan có nhiều quyền hành trong triều đình phong kiến (Tể tướng thường được giao điều hành toàn bộ quan lại triều đình, Đại hành khiển đứng đầu quan

văn, ba chức Tam tư là những quan lại cao cấp trong bộ máy nhà nước). Bên cạnh đó, ý thức được sự thao túng quyền lực còn dễ xảy ra ở các đại thần thuộc hàng “khai quốc”, Lê Thánh Tông cũng chỉ giao cho các vị này chức vụ mang tính hình thức, chủ yếu cho hưởng phẩm cao bổng hậu mà không được đảm nhiệm các trọng trách trong bộ máy nhà nước.

Lê Thánh Tông còn trực tiếp điều tiết công việc của các cơ quan nhà nước ở trung ương như các văn phòng, cơ quan chuyên môn, lục Bộ, lục Khoa, lục Tự, Ngự sử đài mà không phải thông qua các chức quan như Tả, Hữu tướng quốc thời đầu Lê Sơ.

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

Chuyên môn hoá các lĩnh vực, các cơ quan trong quá trình tổ chức và thực thi quyền lực nhà nước

Lục Bộ, tính đến thời Lê Thánh Tông đã rất phát triển, với các chức năng chuyên biệt và hệ thống các cơ quan thừa hành trong từng bộ. Đứng đầu mỗi bộ là một quan thượng thư với hai chức phó là tả, hữu thị lang. Mỗi bộ đều có Tư vụ sánh với chức năng văn phòng điều hành chung và các Thanh lại ty điều hành từng lĩnh vực công việc chuyên môn thuộc bộ. Việc giám sát các công việc chuyên môn trong từng bộ cũng được tăng cường. Các bộ phải kiểm tra từng lĩnh vực công việc quan trọng mà bộ mình phụ trách, đồng thời giám sát chéo các lĩnh vực khác theo thẩm quyền.

Đông các viện và Trung thư gián là hai cơ quan chuyên môn được đặc biệt chú trọng. Đông các viện có chức năng sửa chữa văn bản do Hàn lâm viện soạn thảo, Trung thư gián đảm trách việc sao chép các dự thảo văn bản trên thành văn bản dự thảo chính thức để trình lên nhà vua phê chuẩn. Hàn lâm viện cũng được bổ sung các vị trí chuyên môn như Thị độc phụ trách đọc sách, Thị giảng phụ trách việc giải thích, bình luận các văn bản, Thị thư giữ việc vào sổ các văn thư. Hoạt động của ba cơ quan có chức năng văn phòng này của nhà vua đã tạo nên một quy trình soạn thảo văn bản chặt chẽ, vừa phối hợp, vừa kiểm soát nhau nhằm đảm bảo chất lượng và tiến độ ban hành văn bản của nhà vua và triều đình.

Ngự sử đài, cơ quan có chức năng giữ phong hóa pháp độ, giám sát hệ thống quan lại cũng có sự phát triển vượt bậc so với thời nhà Trần. Ngự sử đài gồm: Đô, Phó đô ngự sử, Tư vụ tỉnh, Kinh lịch ty, Án ngục ty, Chiếu ma sở và 6 Ty ngự sử trực thuộc đóng ở các đạo. Trong đó, các bộ phận đều có các chức năng chuyên biệt, như Tư vụ tỉnh nắm các việc văn phòng tổng hợp; Kinh lịch ty phụ trách đăng lục các án; Án ngục ty phụ

trách về hình ngục; Chiếu ma sở phụ trách việc văn án, sổ sách.

Các cơ quan chuyên môn được bổ sung như: Thông chính ty chuyên việc chuyển đạt công văn của nhà vua và chuyển đơn từ của dân lên triều đình; Tư thiên giám chuyên việc làm lịch, dự báo thời tiết; Sở đồn điền mới được thành lập để quản lý đồn điền, Sở tằm tang để quản lý việc trồng dâu, nuôi tằm, Sở thực thái phụ trách trồng rau màu, Sở điền mục chuyên trông coi việc chăn nuôi súc vật.

Việc phân tán quyền lực nhà nước được thực hiện toàn diện ở cả trung ương và địa phương. Ở địa phương, cải cách mạnh mẽ nhất phải kể đến việc Lê Thánh Tông không chỉ cho chia cả nước thành nhiều đạo nhỏ (13 đạo thừa tuyên thay cho 5 đạo thời đầu Lê Sơ) nhằm để quyền lực của một cấp hành chính không quá lớn, hạn chế các thế lực phong kiến và nạn cát cứ, mà còn mạnh dạn thay việc quản lý đạo vốn chỉ bởi một cá nhân (Đại hành khiển) bằng sự quản lý của một hệ thống các cơ quan - tam ty là Thừa ty, Đô ty và Hiến ty. Thừa ty phụ trách hành chính, tài chính, dân sự; Đô ty trông coi việc quân, phụ trách các vấn đề về quân sự, và Hiến ty có chức năng xét xử và giám sát các ty trên cũng như giám sát các công việc trong đạo để tâu lên triều đình.

Xây dựng một cơ chế giám sát, kiểm soát, ràng buộc quyền lực hữu hiệu giữa bản thân các cơ quan nhà nước với nhau

Ở trung ương, Lê Thánh Tông cho thành lập lục Tụ và duy trì, hoàn thiện lục Khoa. Lục Khoa được đổi tên cho phù hợp với từng bộ, từng lĩnh vực mà lục Khoa giám sát, bao gồm: Lại khoa, Hộ khoa, Lễ khoa, Binh khoa, Hình khoa, Công khoa. Chức năng giám sát của lục Khoa đối với lục Bộ được xác định cụ thể: “Phát tiền, thu tiền là chức việc của Bộ Hộ mà giúp việc vào việc đó phải có khoa Hộ, bộ Lại tuyển dùng không đúng nhân tài thì khoa Lại được quyền bác đổi, bộ Lễ để nghi chế mất trật tự thì khoa Lễ

được quyền đàn hặc, khoa Hình được bàn về việc xử đoán của bộ Hình trái hay phải, khoa Công được kiểm về việc làm của bộ Công chăm hay lười”¹. Các Khoa hoạt động độc lập, không bị chi phối bởi Thượng thư các bộ. Nếu các Bộ có sai phạm trong hoạt động, người đứng đầu các Khoa được phép báo cáo trực tiếp lên nhà vua.

Lục Tự chịu sự điều chỉnh trực tiếp của nhà vua, không thuộc lục Bộ, phụ trách những việc mà lục Bộ không quản lý hết. Lục Tự gồm Đại lý tự - xem xét lại những án nặng đã xử rồi chuyển kết quả điều tra sang Bộ Hình để xin ý kiến quyết định của vua; Thái thường tự phụ trách nghi lễ, thờ cúng; Hồng lô tự phụ trách nghi lễ tiếp khách của vua, xướng danh các tân khoa; Thường bảo tự lo việc đóng ấn vào các quyển thi của thí sinh ở các kỳ thi hội... Như vậy, qua lục Tự, Lê Thánh Tông có thể nắm và kiểm soát trực tiếp những công việc của hai Bộ vào diện quan trọng nhất nhì trong lục Bộ là Bộ Lễ và Bộ Hình.

Ở địa phương, cơ chế kiểm soát quyền lực cũng được tăng cường. Lần đầu tiên, các Ty ngự sử do Ngự sử đài thành lập, được đặt ở các đạo, làm chức năng giám sát đạo. Có 6 Ty ngự sử, đứng đầu là Giám sát ngự sử, mỗi ty giám sát từ 2 - 3 đạo trên cả nước. Như vậy, mặc dù đóng trên địa bàn các đạo, nhưng Ty ngự sử lại hoạt động độc lập, trực thuộc và báo cáo trực tiếp hoạt động giám sát các đạo lên Ngự sử đài ở trung ương.

Ở cấp xã, Lê Thánh Tông thực hiện nhiều cải cách quan trọng nhằm kiểm soát, tăng cường hiệu quả hoạt động, tính chịu trách nhiệm của chính quyền cấp thấp nhất nhưng đặc biệt trọng yếu này. Trước tiên, là việc phân định lại các xã với các mức đại xã

(từ 500 hộ), trung xã (từ 300 hộ) và tiểu xã (từ 100 hộ). Đại xã nào có số hộ đến 600 thì cho tách ra, lập thành một tiểu xã. Các làng xã đều phải tuân thủ pháp luật của nhà nước, hạn chế việc sử dụng hương ước, lệ làng. Hương ước, lệ làng do triều đình kiểm duyệt, và có quy định cụ thể đối với việc lưu giữ, sử dụng, xây dựng mới nhằm mục đích hạn chế xu hướng tự trị của làng xã. Đặc biệt, Lê Thánh Tông đã thực hiện chế độ bầu xã trưởng, đặt tiêu chuẩn xã trưởng phải có trình độ, tư cách đạo đức “con nhà hiền lành tử tế, biết chữ, có hạnh kiểm”, thải loại xã trưởng không có năng lực hoặc già yếu, quy định anh em họ hàng không được cùng làm xã trưởng “để cho chức xã trưởng chọn đúng người, mà trong xã không có cái tệ cùng phe”²...

2. Kiểm soát, hạn chế quyền lực nhà nước trong hoạt động áp dụng pháp luật

Đề cao trách nhiệm cá nhân và đạo đức công vụ của người áp dụng pháp luật

Trách nhiệm cá nhân được đề cập toàn diện. Ở góc độ nghĩa vụ tích cực, có thể thấy qua từng lĩnh vực áp dụng pháp luật, trách nhiệm của các chủ thể tương ứng đều được chỉ rõ, với mục đích kiểm soát và phát huy cao nhất hiệu quả áp dụng pháp luật được giao. Ví như, khi định chức trưởng của chức đề hình, Lê Thánh Tông quy định: “Từ Thượng thư Hình bộ trở xuống cho đến Đại lý tự và các ngục quan, người nào làm không đúng phép, tha buộc tội cho người, phải nên tâu hặc. Người có tội bị oan uổng cũng nên xét lại cho rõ oan. Vệ cấm y xét kiện và Điện tiền xét án, có sự gì oan khuất thảm hại, phải nên tâu lên, ngày ngày phải thân đến xét hỏi.”³ Hoặc “Xử lý việc kiện tụng, luận tội, xử trí việc công không thể hồ nghi, do dự,

1 Một số văn bản điển chế và pháp luật Việt Nam, Nxb. Khoa học xã hội - Viện Nghiên cứu Hán Nôm, Hà Nội, 2006, tr. 120.

2 Thiên Nam dư hạ tập, Quyển thứ nhất (người dịch Trần Kim Anh, người hiệu đính Nguyễn Văn Lăng) in trong sách Viện Nhà nước và pháp luật, Một số văn bản pháp luật Việt Nam, thế kỷ XV-XVIII, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1994, tr.241-242.

3 Đại Việt sử ký toàn thư, Nxb. Văn học, Hà Nội, 2009, tr. 663.

dùng dăng không quyết định. Những việc công vụ thì phải làm bằng được khi đã có quyết định”⁴... Đặc biệt hơn, một dạng như trách nhiệm chính trị cũng đã sớm được vua Lê Thánh Tông đề cập đến: “Nếu các xứ có trộm cướp nhóm họp thì các quan thừa tuyên phủ châu huyện và các xã thôn trưởng đều phải trị tội theo luật”⁵...

Ở góc độ trách nhiệm pháp lý, có thể thấy được sự thể hiện cơ bản qua kỹ thuật lập pháp thời Lê Thánh Tông. Các điều luật thường gắn chế tài cụ thể để dự liệu xử lý đối với những vi phạm có thể xảy ra từ phía các cá nhân công quyền. Chế tài thường mang tính cố định, vi phạm nào thì có chế tài ấy, các mức tăng giảm cũng được quy định kèm theo cụ thể. Đơn cử, tại Điều 680, bộ Quốc triều hình luật quy định: “Đàn bà phạm tội tử hình trở xuống, nếu đang mang thai thì phải đợi sau khi sinh đẻ 100 ngày mới đem hành hình. Nếu chưa sinh mà đem hành hình thì ngục quan bị biếm hai tư, ngục lại bị tội đồ làm bản cục đình”, hay tại Điều 349 quy định: “Trong hạt có nơi nào mà bị nạn lụt, hạn mưa đá, sâu keo, châu chấu phá hoại lúa má, quan chủ ty đáng phải tâu mà không tâu hay là tâu sai sự thật thì xử tội trượng hay phạt. Quan kiểm tra không xét đúng sự thật thì biếm ba tư và bãi chức...”. Với cách thức thiết kế điều luật độc đáo như vậy, chắc chắn sẽ làm tăng ý thức của các chủ thể có thẩm quyền, góp phần bảo vệ quyền lợi của người dân, hạn chế lạm quyền.

Đảm bảo thẩm quyền, thời hạn và trình tự áp dụng pháp luật

Áp dụng pháp luật trong tố tụng được chú trọng đặc biệt dưới thời Lê Thánh Tông. Quy trình, thủ tục tố tụng có thể tìm thấy rõ nét nhất qua các chương Bộ vong, Đoán

ngục của bộ Quốc triều hình luật, bộ Lê triều hội điển, bộ Quốc triều khám tụng điều lệ và các sắc, chỉ, dụ đơn hành của nhà vua. Về cơ bản, thẩm quyền xét xử được chia làm ba cấp: cấp địa phương, cấp lộ, cấp phủ. Cấp địa phương gồm cấp xã, huyện, trong đó cấp xã chủ yếu thực hiện nhiệm vụ hoà giải hoặc phân xử những vụ tranh chấp nhỏ trong làng; cấp huyện xét xử lại những vụ từ xã đưa lên. Ở cấp lộ, phủ thì quan lộ xét xử những vụ nhỏ theo thẩm quyền và xử lại những vụ ở cấp huyện, quan phủ xử những vụ trung bình. Cấp triều đình xét xử những vụ lớn, đặc biệt hoặc xử lại những vụ việc của cấp lộ, phủ giải quyết chưa hợp lý. “Nếu xã quan xử đoán không hợp lẽ thì kêu đến quan huyện; quan huyện xử đoán không hợp lẽ thì kêu đến quan lộ, quan lộ xử đoán không hợp lẽ thì (mới) đến kinh tâu bày”⁶.

Pháp luật tố tụng cũng có quy định từ chống ép cung, thu thập chứng cứ, khám nghiệm hiện trường, xét xử công khai đến các quy định tạo điều kiện cho người yêu cầu phúc kiện nhằm hạn chế tối đa sự lạm quyền và những oan trái có thể đem đến cho người dân. Đặc biệt, là vấn đề đảm bảo thời hạn giải quyết vụ việc: “chiều cho các nha môn trong ngoài khám xét việc kiện, hễ người bị chỉ tên làm chứng tá bắt đến xét hỏi, thì quan xét phải xét kỹ rõ ràng. Việc kiện nhỏ hạn trong năm ngày, việc lớn hạn trong mười ngày, phải lấy giấy dung khai cho xong hết, không được bỏ trễ quá kỳ hạn”⁷; “Việc trộm cướp thì xét trong ba tháng, việc huỷ báng (gièm pha, chê bai, nói xấu) trong bốn tháng, việc diên thổ trong ba tháng, hộ hôn, trái luật lật vật, đánh chửi nhau, việc tạp tụng thì hai tháng”⁸. Khi quan lại vi phạm về thời hạn xét xử, phải chịu trách nhiệm nghiêm khắc: “qua

4 Một số văn bản điển chế và pháp luật Việt Nam, sđd, tr. 354-359.

5 Đại Việt sử ký toàn thư, sđd, chỉ dụ ban hành ngày 28/5/1475, tr. 675.

6 Điều 672 Quốc triều hình luật, Nxb. Pháp lý, Hà Nội, 1991.

7 Đại Việt sử ký toàn thư, Nxb. Văn học, Hà Nội, 2009, tr. 710.

8 Điều 67 Quốc triều hình luật, sđd.

kỳ hạn đến một tháng thì xử tội biếm, quá ba tháng thì xử tội bãi chức; quá năm tháng thì xử tội đồ”⁹.

Về trình tự xét xử phải theo nguyên tắc: trước hết “các quan xét án phải theo tờ cáo trạng mà xét hỏi”, quy định này không áp dụng đối với những việc phản nghịch. Thứ đến, phải tuân thủ nguyên tắc khách quan, quyết định theo đa số trên cơ sở thảo luận kỹ càng: “Ngày xử án, các quan xử án đều phải hội nhau để xét hỏi kỹ càng cho rõ phải trái, cốt để mọi người đều yên lòng. Nếu có điều chưa rõ phải thẩm xét lại, không được cố chấp ý riêng mình, bắt mọi người phải theo, bày ra lý này lý khác để có người mắc oan”¹⁰. Khi luận tội và quyết định các mức trách nhiệm pháp lý, phải tuân thủ những quy định nghiêm ngặt về mặt thể thức để đảm bảo tính khách quan và hợp pháp của bản án: “Các quan xử án, trong các bản án, chỗ luận tội phải dẫn đủ chính văn và cách thức của luật lệnh; làm trái thì xử phạt. Tự ý mình xét xử, thì bị biếm một tư. Nếu có thêm bớt thì xử theo tội thêm bớt tội người”¹¹, hoặc “... tra xét rõ ràng minh bạch, lập bản án. Nếu như có điều gì chưa rõ ràng thì phải thẩm vấn thêm. Cốt sao cho khỏi bị oan uổng”¹².

Đề cao tính chính đáng và hợp pháp của quyết định áp dụng pháp luật

Một trong những nguyên tắc cơ bản của hoạt động xét xử thời Lê Thánh Tông là nguyên tắc “vô luật bất hình”. Tức là khi xét xử, các quan xử án chỉ được truy cứu trách nhiệm hình sự khi có tội danh đã được pháp luật ghi nhận cụ thể cho hành vi phạm tội tương ứng, còn nếu hành vi chưa được quy định, chưa có tên trong pháp luật hình sự thì

không được xử lý hình sự, không phải chịu trách nhiệm hình sự. Đây cũng chính là tiền đề cho một nguyên tắc áp dụng pháp luật hình sự hiện đại ngày nay: “chỉ người nào phạm một tội đã được Bộ luật Hình sự quy định mới phải chịu trách nhiệm hình sự”¹³. Bên cạnh đó, việc truy cứu trách nhiệm pháp lý phải căn cứ vào các yếu tố cấu thành của vi phạm pháp luật tương ứng. Trong đó, yếu tố mặt chủ quan, chủ thể được lưu tâm đặc biệt, từ việc xem xét nhân thân chủ thể vi phạm cho đến xác định tính chất lỗi của hành vi. Tuy không ghi nhận trực tiếp nhưng qua các quy định của pháp luật thời Lê Thánh Tông, có thể thấy, khi xác định trách nhiệm, việc xem xét lỗi đã trở thành một nguyên tắc bắt buộc đối với các chủ thể áp dụng pháp luật, nhằm đảm bảo tính khách quan của quyết định áp dụng: *giống nhau, nhưng phải phân biệt sự phạm tội* vì “tha người làm lỡ không kể tội nặng, bắt tội người cố ý không kể tội nhẹ” và “những người phạm tội, tuy tên gọi tội không làm lỡ hay cố ý, phải xem xét tội nặng nhẹ mà thêm bớt”¹⁴.

Trong quá trình tố tụng, việc áp dụng pháp luật tương tự, xét xử theo lương tâm cũng đã được ghi nhận: “Khi định tội mà không có điều luật như đáng giảm tội thì dù tội nặng cũng có thể cho là tội nhẹ (như cho phạm tội vì làm lỡ, nếu đáng thêm tội thì dù tội nhẹ cũng có thể cho là tội nặng) như cố ý”¹⁵. Quy định cho thấy, pháp luật thời kỳ này đã chú trọng đến lương tâm bên cạnh kỹ năng xét xử của các quan án. Họ đã có những “khoảng không” hợp pháp để đảm bảo được tính khách quan của vụ việc, bảo vệ được

9 Điều 671 Quốc triều hình luật, Sđd.

10 Điều 720 Quốc triều hình luật, Sđd.

11 Điều 638 Quốc triều hình luật, Sđd.

12 Một số văn bản và điển chế, Sđd, tr. 370.

13 Điều 2 Bộ luật Hình sự (sửa đổi, bổ sung năm 2009), Nxb. Lao động, Hà Nội, 2013, tr.40.

14 Điều 47 Quốc triều hình luật, Sđd.

15 Điều 41 Quốc triều hình luật, Sđd.

công lý, công bằng. Đồng thời khoảng không đó cũng chính là sự ràng buộc đối với bản thân mỗi thẩm phán, để họ không thể lạm dụng quyền lực, không thể tùy tiện giải quyết vụ việc trong khi pháp luật còn có khoảng trống chưa kịp bổ sung, hoàn thiện.

Song song với việc hạn chế quyền lực của người áp dụng pháp luật, tính chính đáng của quyết định áp dụng pháp luật còn được thể hiện ở sự linh hoạt hóa nguyên tắc không áp dụng hiệu lực hồi tố của văn bản: “Khi phạm tội chưa già cả tàn tật, đến khi già cả tàn tật việc mới phát giác thì xử theo luật già cả tàn tật, khi ở nơi bị đày, mà già cả tàn tật thì cũng thế. Khi còn bé nhỏ phạm tội đến khi lớn mới phát giác thì xử tội theo luật khi còn nhỏ”¹⁶. Cách thức áp dụng pháp luật theo xu hướng có lợi cho người dân vi phạm, nhất là khi họ ở vào vị trí của nhóm người yếu thế trong xã hội đã là một trong những đảm bảo quan trọng của việc hạn chế quyền lực nhà nước thời Lê Thánh Tông.

Không chỉ đảm bảo tính chính đáng về mặt nội dung, hình thức của các quyết định áp dụng pháp luật cũng đặc biệt được chú trọng. Có thể thấy rõ điều này qua các quy định về cách thức ghi bản án: Bản án phải có “luận đoán về sự trái phải để các bên đều hiểu biết, không được lược chia trái phải, úp mở trong luận án, để bịt đường phúc kêu của người kiện, trái thế lấy tội biếm phạt mà luận”¹⁷; về công bố bản án: “luận bản xong, phải treo niêm yết về luận tích để cho hai bên sao chép lấy, không được bàn ngậm. Nếu quan khám xét tụng tình viết dôi năm tháng tới 2-3 tháng về việc đã luận đoán, hoặc khi đã luận đoán, bên nào là phải qua thời gian sau, lại ngậm chuyển là trái để lấp đường

phúc thẩm thì cho bên muốn phúc thẩm kêu để phản luận”¹⁸.

Có cơ chế hạn chế quyền lực của chính nhà vua - chủ thể tối cao của hoạt động áp dụng pháp luật

Vua là người có quyền ra phán quyết cao nhất, hoặc phán quyết cuối cùng. Đối với các vụ việc quan trọng, phúc tạp vua đều có thể quyết định hoặc cho ý kiến. Vua cũng có toàn quyền trong việc đại xá, đặc xá đối với tù nhân mà nhiều khi không phụ thuộc vào sự cố gắng của đối tượng được đặc xá, đại xá, mà phụ thuộc vào các lý do chủ quan hoặc khách quan như nhân dịp vua lên ngôi, mừng thọ, hoặc khi thiên tai, giặc giã. Tuy nhiên, bản thân nhà vua vẫn phải chịu một cơ chế kiểm soát quyền lực từ pháp luật và các thiết chế hữu quan như Hàn lâm viện, Bí thư giám, Chính sự viện, Nội mật viện. Các cơ quan này có chức năng cùng vua bàn bạc những việc trọng đại của đất nước, hoặc tư vấn, can gián vua để vua có được những quyết định hợp lý, hạn chế cao nhất những rủi ro có thể xảy ra trong quá trình điều hành đất nước. Quyền lực của vua còn bị hạn chế ở quy định một số vụ do vua xét xử, nếu không điển hình, không có khả năng trở thành khuôn mẫu cho các vụ việc tương tự về sau thì không được phép sử dụng như những tiền lệ: “những chế sắc (của vua) luận tội gì, chỉ là xét xử nhất thời chứ không phải là sắc lệnh vĩnh viễn thì không được viện dẫn sắc lệnh ấy mà xử đoán việc sau: nếu ai viện ra xét xử, không đúng thì khép vào tội cố ý làm sai luật”¹⁹. Quy định này đã thể hiện rõ tinh thần thượng tôn pháp luật trong quá trình xét xử, mang lại một giá trị cao cả trong bảo vệ quyền con người, hạn chế quyền lực nhà nước ở giai đoạn này.

16 Điều 17 Quốc triều hình luật, Sdd.

17 Quốc triều khám tụng điều lệ, Sdd, tr. 303.

18 Quốc triều khám tụng điều lệ, Sdd, tr. 303-304.

19 Điều 685 Quốc triều hình luật, Sdd.

3. Tại sao lại có việc kiểm soát, hạn chế quyền lực nhà nước trong một nhà nước quân chủ?

Dù không thật trùng khớp với các quan điểm hiện đại, nhưng tư tưởng hạn chế, kiểm soát quyền lực nhà nước thời Lê Thánh Tông đã thể hiện được những yếu tố căn cốt và nhân bản nhất, mà giá trị không chỉ phát huy trong bối cảnh bấy giờ. Những yếu tố này cần có một sự lý giải nhất định, đặc biệt khi các biểu hiện của việc hạn chế, kiểm soát quyền lực nhà nước lại được định hình trong một môi trường chính thể quân chủ điển hình. Xin bước đầu đề cập đến các nguyên nhân sau:

Sự chi phối mạnh mẽ của lý thuyết Nho giáo - cơ sở tư tưởng chính thống thời Lê Thánh Tông

Nếu như ở các triều đại trước, Phật giáo được xem là quốc giáo, là chất keo cho sự cố kết toàn dân, góp phần bảo vệ độc lập chủ quyền, thì ở thời Lê Thánh Tông, Nho giáo mới là cơ sở tư tưởng chính thống. Nho giáo đã được Lê Thánh Tông nhận thức và dày công xây dựng thành một tư tưởng chủ đạo trong xã hội, trong khi Phật giáo chỉ đơn thuần được xem như một tôn giáo. Ông đã tìm thấy trong Nho giáo lý thuyết trị quốc, tổ chức và vận hành quyền lực nhà nước, khuôn mẫu cho quản lý, sử dụng quan lại, vị thế, quyền và nghĩa của người đứng đầu nhà nước, về bổn phận trước nhân dân, về các cách ứng xử trong xã hội... Theo Nho giáo, trong vũ trụ, “nhân” - con người là quý nhất, nhân là yêu người. Yêu người là yêu cả nhân loại và yêu từng con người cụ thể, không ích kỷ. Trong chính trị, muốn thực hiện đạo nhân, phải coi nhân là gốc của mọi công việc. Muốn xây dựng và phát triển một nhà nước, các nhà cầm quyền phải lấy yếu tố con người làm căn bản. Đó cũng chính là mô

hình nhà nước nhân bản mà Nho giáo hướng đến. Trong nhà nước nhân bản, thì phẩm chất, vị thế của người cầm quyền có tính quyết định. Người cầm quyền phải có đức, tài, trí, phải biết sửa mình, phải dưỡng dân, làm cho xã hội ổn định. Tư tưởng dưỡng dân của Nho giáo được đánh giá là một “cam kết” của giới cầm quyền trong việc sử dụng hữu ích khối tài sản quốc gia mà nhân dân đã mang lại cho nhà nước, “tạo ra một mối ràng buộc của nhà cầm quyền vào lợi ích của nhân dân” và “ở một khía cạnh nào đó, có ý nghĩa hạn chế sự lạm quyền của các nhà cầm quyền”²⁰. Từ xuất phát điểm cốt lõi đó, tư tưởng kiểm soát quyền lực nhà nước đã được Lê Thánh Tông hiện thực hóa hài hòa vì mục tiêu quan trọng nhất - “dân vi bản” của Nho giáo.

Bên cạnh “dân vi bản” thì “pháp tiên vương” cũng là một tư tưởng Nho giáo quan trọng đã chi phối chính sách cai trị của Lê Thánh Tông. Theo tư tưởng này, chính sách, pháp luật của các triều đại trước là kim chỉ nam cho triều đại sau: “Dân trị, hay loạn là ở đó. Hãy theo những việc đã làm của ông cha”²¹. Trước vua Lê Thánh Tông, các vị vua Hậu Lê, từ Lê Thái Tổ đến Lê Nhân Tông, ngay cả Lê Nghi Dân, tư tưởng kiểm soát, hạn chế quyền lực đã được thể hiện ở nhiều phương diện. Từ việc đề cao vai trò của pháp luật trong quản lý, vận hành bộ máy nhà nước, chuyên môn hóa các cơ quan, đến xây dựng riêng một bộ máy giám sát, thì mục đích đều là hướng đến: “Quan to, quan nhỏ đều ràng buộc với nhau, chức trọng chức khinh đều kiểm chế lẫn nhau. Uy quyền không bị lợi dụng, thế nước vậy là khó lay...”. Đó là cơ sở, sự ràng buộc và cũng là bài học để Lê Thánh Tông xây dựng một cơ chế kiểm soát, hạn chế quyền lực trong triều đại của ông.

20 *Giáo trình Lịch sử học thuyết chính trị, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 59 - 88.*

21 *Kinh Thư, Nxb. Văn hóa Thông tin, Hà Nội, 2004, tr.360.*

Áp lực trong việc thực hiện các chức năng xã hội của nhà nước do vị trí địa lý, điều kiện tự nhiên lãnh thổ quốc gia mang lại

Là một quốc gia ven biển, địa hình dốc, nhiều sông ngòi, lại nằm liền kề với một nước lớn luôn có tham vọng bành trướng, nên việc đắp đê trị thủy và chống giặc ngoại xâm là những chức năng thường xuyên, quan trọng của nhà nước Việt Nam. Muốn thực hiện được các chức năng xã hội này, phải tập hợp được sức mạnh của đông đảo quần chúng nhân dân. Nhà nước phải trở thành một chủ thể thay mặt xã hội, đại diện cho toàn thể xã hội để giải quyết các vấn đề trọng đại đó trên cơ sở sự ủng hộ, đồng lòng của nhân dân. Vậy nên, không chỉ riêng thời Lê Thánh Tông, việc đảm bảo sự đồng thuận, đảm bảo niềm tin trước nhân dân đã trở thành một mục tiêu của nhà nước. Nhân dân trở thành chủ thể để đánh giá về hiệu quả hoạt động của nhà nước. Việc hiện thực hóa các chức năng xã hội trở thành một áp lực của nhân dân lên nhà nước. Nhà nước - do đó, không thể không tính đến một trong những cách thức để tăng cường hiệu quả hoạt động, đó chính là kiểm soát và hạn chế sự lạm dụng quyền lực của chính mình.

Mong muốn tác động đến truyền thống cổ kết làng xã Việt Nam

Làng xã Việt Nam là những đơn vị tự cư tự nhiên được hình thành trong quá trình phát triển của công xã thị tộc huyết thống. Sự cổ kết làng xã đã trở thành truyền thống do đặc thù sản xuất nông nghiệp lúa nước và yêu cầu khách quan của lịch sử dựng nước và giữ nước Việt Nam. Truyền thống cổ kết làng xã là một trong những nhân tố làm nên sức mạnh dân tộc, giúp chúng ta từng bước chống lại âm mưu đồng hóa của chính quyền

phong kiến phương Bắc, xây dựng nền độc lập. Tuy nhiên, ở phương diện quản lý nhà nước, thì sự cổ kết làng xã lại là một trong những khó khăn, rào cản đối với việc thực hiện quyền lực nhà nước và rộng hơn là phát triển xã hội. Chính quyền Lê Thánh Tông qua việc kiểm soát, hạn chế quyền lực nhà nước, đặc biệt ở cấp xã chính là đã nhận thức và muốn thay đổi thực tế này. Kiểm soát, hạn chế sự lạm quyền để nâng cao hiệu quả hoạt động của bộ máy nhà nước, đồng thời biến làng xã thành những hạt nhân, mắt xích quan trọng trong hệ thống quyền lực là một trong những chiến lược lớn của Lê Thánh Tông.

Tự bản thân tài năng và phẩm hạnh con người Lê Thánh Tông

Sẽ là thiếu toàn diện khi không đề cập đến nhân tố con người Lê Thánh Tông. Có nhiều tư liệu kể lại rằng, ông được sinh ra tại một ngôi chùa bên ngoài cung cấm, sống giữa chốn nhân gian từ nhỏ cho đến khi được mẹ vua Nhân Tông cho đón về nuôi dạy. Do đó, ông đã có ít nhiều điều kiện trực tiếp chứng kiến và gần gũi với đời sống nhân dân. Lịch sử đã ghi nhận ông “tư trời rạng rỡ, thần sắc anh dị, tuấn tú, sáng suốt, chững chạc, thực là bậc thông minh đáng làm vua, bậc trí dũng đủ giữ nước”²². Ông còn là một nhà thơ xuất chúng, một nhà văn hóa lớn, và cũng là vị vua luôn tha thiết với vấn đề chủ quyền dân tộc. Hơn cả, ở ông là trách nhiệm, sự thấu hiểu sâu sắc tình cảnh của nhân dân. Do đó, có thể nói, tư tưởng “dân vi bản” trong ông mang tính chủ động, tư tưởng này được gây dựng từ phẩm hạnh con người Lê Thánh Tông. Và có lẽ, hơn ai hết, sau loạn Nghi Dân, Lê Thánh Tông cũng là người hiểu rõ nhất độ nguy hiểm của sự tha hóa của quyền lực, thấy được việc kiểm soát quyền lực nhà nước, hạn chế lạm quyền trong triều đại của ông là một yêu cầu cấp thiết.

22 Đại Việt sử ký toàn thư, Sđd, tr.610.

4. Những giá trị hiện đại

Dù cách thức kiểm soát, hạn chế quyền lực chưa thật hoàn bị, nhưng có thể thấy, tư tưởng về quyền lực nhà nước phải thường xuyên bị giám sát ở tất cả các cấp, lĩnh vực trong quá trình tổ chức và hoạt động của nhà nước là một trong những tư tưởng có giá trị hiện đại nhất thời Lê Thánh Tông. Các nội dung thuộc tổ chức bộ máy nhà nước và áp dụng pháp luật phân tích trên đây đều ít nhiều thể hiện tư tưởng này.

Trước hết, là giá trị mang lại từ cách thức, mức độ giám sát nhà nước với cấp chính quyền địa phương cao nhất (đạo) và thấp nhất (xã) ở thời Lê Thánh Tông. Ở cấp đạo, chính quyền trung ương đã thiết lập một cơ quan giám sát - Ty ngự sử - do Ngự sử đài quản lý về đóng tại địa bàn đạo. Vị trí của Ty ngự sử ngang với các Ty của đạo, vận hành cùng quá trình vận hành của các ty, trực tiếp giám sát hoạt động của các ty và của cả đạo, nhưng độc lập với đạo ở tất cả các khâu, sau đó báo cáo trực tiếp kết quả giám sát lên cơ quan chủ quản trung ương, thậm chí trực tiếp lên nhà vua. Dễ nhận thấy ưu điểm đặc biệt của mô hình này là vừa đảm bảo được tính trực tiếp, vừa đảm bảo tính độc lập - những tiêu chí căn bản của hoạt động giám sát. Thiết chế giám sát độc đáo này là một trong những gợi ý không nhỏ cho chúng ta hôm nay, khi mà nâng cao chất lượng hoạt động giám sát quyền lực nhà nước đang trở thành một yêu cầu cấp bách trong đời sống pháp lý Việt Nam. Còn ở cấp xã, giám sát được đặt ra ở nhiều khâu, từ việc bầu xã trưởng đến các hoạt động cụ thể. Người đứng đầu cấp xã phải là người có tài đức, đáp ứng các yêu cầu của nhà nước, do nhân dân xã sở tại trực tiếp bầu nên, đồng thời phải được sự chuẩn y của chính quyền cấp trên. Ngoài ra, trong quá trình hoạt động, bộ máy chính quyền cấp xã

còn phải chịu quy trình khảo hạch khắt khe theo định kỳ của nhà nước. So với cơ chế hiện nay, cách bầu ra người đứng đầu cấp đơn vị hành chính địa phương có mức độ gần dân nhất này mang nhiều điểm tiến bộ, đặc biệt đã phát huy được cao nhất tinh thần dân chủ, phản ánh đúng quy luật vận động và phát triển của xã hội: nhân dân phải là chủ thể trực tiếp lựa chọn ra người để mình ủy thác quyền lực, sẽ thay mình gánh vác các trọng trách chung, đảm bảo lợi ích chung của địa phương.

Thứ đến, là giá trị từ việc đề cao trách nhiệm của các chủ thể công quyền, gắn trách nhiệm công vụ với trách nhiệm pháp lý cá nhân. Hiếm thấy trong hệ thống pháp luật thực định nào, vấn đề trách nhiệm công vụ, trách nhiệm pháp lý cá nhân lại được đề cập mạnh mẽ như thời Lê Thánh Tông. Hầu hết trong những văn bản pháp luật quan trọng như bộ Quốc triều hình luật, bộ Quốc triều khám tụng điều lệ, các quy định liên quan đến trách nhiệm công vụ đều dự liệu kèm theo trách nhiệm pháp lý cá nhân của công chức thừa hành nếu vi phạm, thậm chí còn được nhấn mạnh như bộ phận chính của quy phạm pháp luật. Vấn đề trách nhiệm pháp lý liên đới cũng được chú trọng. Nếu so sánh sẽ thấy rằng, hiện nay ở nước ta, trách nhiệm đối với người áp dụng pháp luật thường được đặt ra chung chung, thiếu định lượng, như “Nghĩa vụ của cán bộ, công chức đối với Đảng, Nhà nước và nhân dân: Trung thành với Đảng Cộng sản Việt Nam, Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, bảo vệ danh dự Tổ quốc và lợi ích quốc gia; tôn trọng nhân dân, tận tụy phục vụ nhân dân...”²³ hay “...vi phạm...thì phải chịu trách nhiệm trước pháp luật”. Đây là một điểm đáng để cho những nhà lập pháp hiện đại phải suy ngẫm.

Và cũng không thể không tính đến các

23 Điều 8 Luật Cán bộ, công chức, Nxb. Lao động xã hội, Hà Nội, tr.9.

tư tưởng khá gần gũi với minh bạch và liêm chính tư pháp thời Lê Thánh Tông. Có thể thấy, trong bộ Quốc triều khám tụng điều lệ thời Lê, hàng loạt quy định thể hiện yêu cầu nghiêm ngặt, kịp thời về các thủ tục tố tụng; yêu cầu bảo vệ quyền lợi của bị can, bị cáo, những người liên quan ở hầu hết các giai đoạn tố tụng từ nộp đơn, khám nghiệm hiện trường, tạm giữ, tạm giam, kê biên tài sản... Bên cạnh đó, ở cả 31 lệ của Bộ luật, luôn hiện diện quy định về trách nhiệm, đạo đức công vụ của các chủ thể tiến hành tố tụng liên quan. Những quy định này đã thể hiện tư tưởng vượt trước của các nhà lập pháp thời Lê trong việc nhận thức các nhóm nguy cơ, đó là: nguy cơ phải chịu rủi ro, oan ức của nhóm người yếu thế gồm bị cáo, bị can, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan, với nguy cơ lạm quyền, lộng quyền từ phía chủ thể tiến hành tố tụng - đại diện cho uy quyền và sức mạnh cưỡng chế của nhà nước luôn có thể xảy ra trong quá trình tố tụng.

Bên cạnh đó, yêu cầu thể hiện “luận đoán sai trái để các bên đều biết”²⁴ trong bản án chính là yêu cầu về phần lý lẽ - phần chứa đựng lập luận, phân tích, giải thích pháp luật cần thiết của thẩm phán, hội đồng xét xử trong bản án - đã chứng tỏ một tiến bộ vượt bậc về tố tụng trong đời sống pháp lý thời kỳ này. Bản án với các nội dung bắt buộc: phần luận cứ, phần lý lẽ, lập luận và phần phán quyết đã được các nhà lập pháp và áp dụng pháp luật thời Lê Thánh Tông thực hiện cách đây vài thế kỷ qua là điều hiếm thấy. Đặc biệt hơn, cơ chế xét xử theo lương tâm, sự tự quyết theo trái tim, theo công lý của người



xét xử đã được đề cập và được đảm bảo như một trong những nguyên tắc của quá trình tố tụng. Đây là điều mà cho đến hiện nay, không phải mọi nền tư pháp hiện đại đều có thể đạt được.

Phải đặt các tư tưởng tiên bộ thể hiện tính minh bạch và liêm chính tư pháp (cách nay gần chục thế kỷ) thời Lê Thánh Tông trong bối cảnh ra đời và vận hành Hiến pháp năm 2013, bản Hiến pháp được đánh giá là bước đột phá trong việc chính thức hiện định cơ chế bảo vệ quyền của nhóm người yếu thế trong tố tụng (người bị bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án), đồng thời hiện định trách nhiệm pháp lý với những người vi phạm pháp luật trong việc bắt, tạm giữ, tạm giam, khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án gây thiệt hại cho người khác (Điều 31 Hiến pháp năm 2013), mới thấy hết giá trị hiện đại của nó trong việc hạn chế, kiểm soát quyền lực nhà nước. Những tư tưởng kiểm soát, hạn chế quyền lực nhà nước này thực sự là kinh nghiệm, nền tảng tư tưởng cho công cuộc cải cách tư pháp và xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN hiện nay ở Việt Nam ■

24 Quốc triều khám tụng điều lệ, Sđd, tr. 303.

ĐỀ XUẤT SỬA ĐỔI BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2005 VỀ HỢP ĐỒNG

THÂN VĂN TÀI*

Bài viết phân tích, đánh giá ba vấn đề trong các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005 (BLDS 2005) về: việc quy định chủ thể có năng lực hành vi dân sự là một trong các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng; việc xác định năng lực hành vi dân sự của chủ thể; và quan hệ giữa “vi phạm về hình thức của hợp đồng” là hiệu lực của hợp đồng. Từ đó đề xuất hướng xây dựng và hoàn thiện Dự thảo BLDS (sửa đổi).

1. Một số hạn chế của Bộ luật Dân sự năm 2005 về hợp đồng

Thứ nhất, sự thiếu vắng năng lực pháp luật trong việc xác định điều kiện có hiệu lực của hợp đồng

Điều 122 của BLDS 2005 quy định điều kiện về năng lực chủ thể tham gia giao dịch dân sự phải là người “có năng lực hành vi dân sự”¹. Và, Điều 17 Bộ luật này quy định “năng lực hành vi dân sự của cá nhân là khả năng của cá nhân bằng hành vi của mình xác lập, thực hiện quyền, nghĩa vụ dân sự”. Như vậy, có thể thấy, năng lực hành vi dân sự của cá nhân chính là khả năng trên thực tế của chủ thể có thể thực hiện được các quyền và nghĩa vụ pháp lý nhất định. Khả năng này thuộc yếu tố chủ quan, tự thân bên trong của chủ thể, chưa bao hàm việc pháp luật có cho

phép thực hiện các quyền và bắt buộc thực hiện các nghĩa vụ đó hay không. Năng lực này được phản ánh qua hai yếu tố: i) khả năng nhận thức và ii) khả năng điều khiển hành vi (của một người nào đó). Như vậy, chủ thể phải có đủ khả năng để nhận thức về hành vi của mình, hành vi đó mang lại lợi ích gì cho mình, cho người khác và xã hội, có gây nguy hiểm cho xã hội hay không... và có khả năng điều khiển hành vi của mình theo nhận thức đó hay không. Trong thực tế, có thể vì một lý do nào đó, tuy nhận thức được nhưng cá nhân lại không thể thực hiện được hành vi, hoặc không thể điều khiển được hành vi của mình đúng với ý định đó.

Tuy nhiên, Điều 122 BLDS 2005 quy định về điều kiện có hiệu lực của hợp đồng dân sự bao gồm: a) Người tham gia giao dịch

* Trường Đại học Luật - Đại học Huế.

¹ Xem thêm điểm a khoản 1 Điều 122 BLDS.

có năng lực hành vi dân sự; b) Mục đích và nội dung của giao dịch không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội; c) Người tham gia giao dịch hoàn toàn tự nguyện²; d) Hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch trong trường hợp pháp luật có quy định.

Như vậy, có thể thấy, có những đối tượng có năng lực hành vi dân sự đầy đủ và các điều kiện khác quy định tại Điều 122 BLDS 2005 như mục đích và nội dung của giao dịch không vi phạm điều cấm của pháp luật, không trái đạo đức xã hội và người tham gia giao dịch hoàn toàn tự nguyện³ thì hợp đồng đó có hiệu lực không?

Chẳng hạn, Ông A là người Việt Nam định cư ở nước ngoài, nay về nước nhận chuyển nhượng 500 mét vuông đất ở của bà B. Ông A không thuộc đối tượng được sở hữu nhà ở⁴ tại Việt Nam, cũng không thuộc đối tượng sử dụng đất thông qua các hình thức đầu tư thực hiện các dự án tại Việt Nam. Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất bảo đảm các điều kiện quy định tại điểm b, c khoản 1 và khoản 2 Điều 122. Vậy, hợp đồng trên có hiệu lực không?

Nhìn từ Điều 122 của BLDS năm 2005, có thể kết luận là hợp đồng đó vẫn có hiệu lực pháp luật. Bởi vì, Điều 127 BLDS năm 2005 quy định: *Giao dịch dân sự không có một trong các điều kiện được quy định tại Điều 122 của Bộ luật này thì vô hiệu*. Do vậy, ở đây không thể cho rằng hợp đồng trên vô hiệu được bởi như đã phân tích, nó có đủ các điều kiện của một giao dịch dân sự có hiệu lực. Ông A hoàn toàn có năng lực hành vi dân sự theo đúng nội dung biểu hiện của nó được quy định trong BLDS 2005: đủ độ

tuổi, có khả năng nhận thức hành vi và có khả năng điều khiển hành vi của mình.

Tuy nhiên, nếu hiểu theo cách đó thì các quy định của Luật Đất đai, Luật Nhà ở về quyền và nghĩa vụ của người nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài không khác gì so với cá nhân trong nước và vì thế, chúng chẳng khác gì là không hiện diện trong hệ thống pháp luật. Do đó, để Luật Đất đai, Luật Nhà ở “hoàn thành nhiệm vụ”, trong thực tiễn vận dụng, người ta quan niệm hợp đồng này là vô hiệu do ông A không phải là đối tượng có quyền sở hữu nhà ở cũng như không thực hiện các dự án đầu tư theo Luật Đất đai, Luật Nhà ở. Quan niệm này cũng có lý khi cho rằng việc không cho phép người Việt Nam định cư ở nước ngoài cũng như người nước ngoài nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất là đúng với tinh thần của Luật Đất đai trong việc bảo đảm trật tự công cộng.

Có thể thấy, việc hạn chế quyền của cá nhân được thể hiện rõ nét nhất trong quan hệ về đất đai. Tuy nhiên, việc không có quyền sở hữu nhà ở cũng như không có quyền sử dụng đất ở Việt Nam là nội dung của năng lực pháp luật dân sự của cá nhân, không thể cho đó là năng lực hành vi được. Điều 15 của BLDS năm 2005 quy định năng lực pháp luật dân sự gồm: i) Quyền nhân thân không gắn với tài sản và quyền nhân thân gắn với tài sản; ii) Quyền sở hữu, quyền thừa kế và các quyền khác đối với tài sản; iii) Quyền tham gia quan hệ dân sự và có nghĩa vụ phát sinh từ quan hệ đó. Như vậy, ông A có quyền nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất, sở hữu nhà ở ở Việt Nam hay không thuộc nội dung thứ iii) của năng lực pháp luật.

2 Trong Mục 7 Chương XVII Phần thứ Ba của BLDS 2005 không có điều luật quy định riêng về điều kiện chủ thể của hợp đồng. Khoản 1 Điều 410 BLDS quy định: “Các quy định về giao dịch dân sự vô hiệu từ Điều 127 đến Điều 138 của Bộ luật này cũng được áp dụng đối với hợp đồng vô hiệu”. Do đó Điều 122 quy định điều kiện chủ thể chung của giao dịch dân sự được áp dụng.

3 Xem thêm điểm b và c khoản 1 Điều 122 BLDS 2005.

4 Ở đây muốn nói đến sở hữu nhà ở gắn liền với quyền sử dụng đất.

Có thể thấy, cách xác định các điều kiện có hiệu lực của giao dịch dân sự nói chung và của hợp đồng nói riêng theo quy định tại Điều 122 BLDS năm 2005 là không hợp lý, đang có sự nhầm lẫn, đánh đồng khái niệm với năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự. Do đó, việc xác định các giao dịch dân sự vô hiệu sẽ gặp các vướng mắc, bất cập trong thực tế.

Thứ hai, bỏ bỏ cách thức xác định năng lực hành vi dân sự của chủ thể tham gia hợp đồng

Năng lực hành vi dân sự là một điều kiện quan trọng để chủ thể tham gia vào các hợp đồng. Việc pháp luật yêu cầu chủ thể có năng lực hành vi dân sự khi giao kết hợp đồng là hoàn toàn hợp lý. Bởi vì, chỉ khi cá nhân có khả năng nhận thức về việc giao kết hợp đồng thì bản chất của hợp đồng dân sự mới được bảo đảm. Mục đích của quy định này là làm sao cho ý chí được thể hiện vào hợp đồng là ý chí đích thực của chủ thể, không cho phép các yếu tố nào đó làm sai lệch ý chí đó, và sự thỏa thuận của các bên không bị ngừng lại do được giao kết bởi những người không điều khiển được hành vi của mình. Do vậy, BLDS đã quy định năng lực hành vi dân sự là một trong những điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, giao dịch⁵.

Với mức độ quan trọng như vậy nhưng hiện nay, BLDS quy định chưa rõ ràng về việc nhận diện, xác định năng lực hành vi dân sự của cá nhân để làm cơ sở xác định hiệu lực pháp lý của hợp đồng, giao dịch.

Điều 19 BLDS quy định: “Người thành niên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp quy định tại Điều 22 và Điều 23 của Bộ luật này”.

Theo đó, Điều 22 và Điều 23 quy định: “Khi một người do bị bệnh tâm thần hoặc mắc bệnh khác mà không thể nhận thức, làm

chủ được hành vi của mình thì theo yêu cầu của người có quyền, lợi ích liên quan, Tòa án ra quyết định tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự trên cơ sở kết luận của tổ chức giám định” (khoản 1 Điều 22).

Người nghiện ma túy, nghiện các chất kích thích khác dẫn đến phá tán tài sản của gia đình thì theo yêu cầu của người có quyền, lợi ích liên quan, cơ quan, tổ chức hữu quan, Tòa án có thể ra quyết định tuyên bố là người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự (khoản Điều 23).

Như vậy, có thể kết luận, việc xác định năng lực hành vi của cá nhân theo quy định trên là sự xác định trên nguyên tắc suy đoán. Cá nhân đủ 18 tuổi là có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ khi đã bị Tòa án cấp có thẩm quyền ra quyết định tuyên bố người đó là mất năng lực hành vi dân sự hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự. Trong thực tế, có trường hợp cá nhân mắc các bệnh tâm thần nhưng chưa có quyết định của Tòa án về việc tuyên bố họ mất hoặc hạn chế năng lực hành vi, khi xác lập các hợp đồng thì có vô hiệu hay không? Nếu theo nguyên tắc suy đoán thì không vô hiệu. Tuy nhiên, cách hiểu đó xét về khía cạnh logic lại mâu thuẫn với nội dung của năng lực hành vi dân sự. Điều 19 BLDS khẳng định, năng lực hành vi dân sự bao gồm khả năng nhận thức và điều khiển hành vi của mình. Trong trường hợp này, cá nhân không hề có khả năng nhận thức và điều khiển hành vi của mình.

Có thể thấy, khiếm khuyết của BLDS nằm ở hai điểm: Thứ nhất, không rạch ròi giữa sự kiện pháp lý mang tính hình thức (Tòa án tuyên bố) với năng lực nhận thức thực tế của chủ thể, lấy sự kiện pháp lý làm cơ sở để chấm dứt hoặc hạn chế năng lực hành vi của chủ thể. Thứ hai, quy định về các trường hợp hợp đồng vô hiệu đã không bao gồm trường hợp cá nhân bị bệnh tâm thần

⁵ Xem thêm Điều 122 BLDS 2005.

làm mất khả năng nhận thức và điều khiển hành vi của mình xác lập.

Trong thực tế xét xử, khi có yêu cầu, Tòa án đã xác minh tuyên bố người đó mất năng lực hành vi dân sự và Tòa án có cơ sở xác định người đó mất năng lực hành vi dân sự trước khi giao kết hợp đồng thì hợp đồng đó sẽ vô hiệu. Nếu thời điểm mất năng lực hành vi dân sự sau thời điểm giao kết hợp đồng thì hợp đồng vẫn có hiệu lực pháp lý⁶. Ở đây, cách thức giải quyết của Tòa án cần phải xem xét ở hai khía cạnh cụ thể: Một là, tính hợp lý. Có thể thấy, việc xác định hợp đồng này vô hiệu là hoàn toàn hợp lý vì đã xác định được vào thời điểm giao kết hợp đồng, chủ thể đã mất khả năng nhận thức và điều khiển hành vi của mình, do đó, sự ưng thuận đó của chủ thể đã không được thể hiện một cách đích thực. Ở khía cạnh khác, việc Tòa án xác định một người nào đó mất năng lực hành vi dân sự từ một thời điểm trước thời điểm tuyên bố một khoảng thời gian khá lâu như vậy có xung đột với tinh thần của nguyên tắc suy đoán như trên đã nêu hay không? Bởi vì “Người thành niên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp quy định tại Điều 22 và Điều 23 của Bộ luật này” có nghĩa là một người mất năng lực hành vi dân sự chỉ khi có quyết định của Tòa án và chỉ kể từ thời điểm có quyết định của Tòa án. Việc Tòa án xác định một cá nhân mất năng lực hành vi dân sự trước thời điểm tuyên bố xuất phát từ cơ sở nào? Theo chúng tôi, rất khó để tìm ra được cơ sở pháp lý phù hợp biện minh cho điều này.

Cùng quan điểm với Tòa án về hướng giải quyết, nhưng chúng tôi cũng cho rằng, điều đó đã cho thấy khiếm khuyết của Điều 19, BLDS năm 2005 vì chưa tạo ra cơ sở pháp lý minh thị để Tòa án (và buộc Tòa án) phải được (phải) xác định người đó mất năng

lực hành vi dân sự đúng như trong thực tế nhằm bảo vệ sự trong sáng cho ưng thuận giữa các bên.

Thứ ba, mập mờ trong việc quy định về mối quan hệ giữa vi phạm hình thức hợp đồng và hợp đồng vô hiệu

Điều 401 BLDS 2005 quy định: “hợp đồng dân sự có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, khi pháp luật không quy định loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định.

Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo các quy định đó”⁷. Chẳng hạn, hợp đồng mua bán nhà ở, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất, hợp đồng thế chấp tàu bay tàu biển thì theo quy định của Luật Nhà ở năm 2005, Luật Đất đai năm 2013,... thì các bên phải công chứng và đăng ký.

Tuy nhiên, đoạn 2 khoản 2 Điều này quy định: “Hợp đồng không bị vô hiệu trong trường hợp có vi phạm về hình thức, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”. Ở đây, vi phạm về mặt hình thức là gì? Theo chúng tôi, khi chưa có những quy định cụ thể của BLDS năm 2005 về khái niệm này thì cách hiểu phổ biến nhất hiện nay đó là vi phạm các quy định của pháp luật về hình thức của hợp đồng. Nói cụ thể hơn là hình thức của hợp đồng không đúng với yêu cầu của pháp luật. Chẳng hạn, hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất không lập thành văn bản hoặc lập thành văn bản mà không công chứng hoặc chứng thực... Như vậy, về nguyên tắc chung, quy định tại đoạn 2 khoản 2 Điều 401, có sự vi phạm về hình thức của hợp đồng không làm cho hợp đồng vô hiệu. Có một ngoại lệ, đó là “trường hợp pháp luật

6 PGS, TS. Đỗ Văn Đại, Bàn về hợp đồng vô hiệu do được giao kết bởi người mất năng lực hành vi dân sự qua một vụ án, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4/2007: http://www.hcmulaw.edu.vn/hcmulaw/index.php?option=com_content&view=article&catid=110:ctc20074&id=324:bvvhv&Itemid=110.

7 Điều 401, BLDS 2005.

có quy định khác”. Như vậy, nếu pháp luật có quy định khác thì *sự vi phạm về hình thức của hợp đồng sẽ làm hợp đồng vô hiệu*.

Tuy nhiên, hiểu như thế nào về trường hợp pháp luật có quy định khác là điều quan trọng trong việc xác định hiệu lực của những hợp đồng. Trả lời câu hỏi này hiện có hai quan điểm:

Quan điểm thứ nhất, quy định khác ở đây là Điều 134 BLDS 2005⁸. Có nghĩa là nếu các bên thuộc trường hợp quy định tại Điều 134 “không tuân thủ đúng hình thức của hợp đồng trong một thời gian nhất định” thì hợp đồng vô hiệu. Điều 134 chính là ngoại lệ của khoản 2 Điều 401 của BLDS năm 2005. Nói khác đi, nếu không coi Điều 134 là một ngoại lệ của khoản 2 Điều 401, thì tức là Điều 122 và khoản 2 Điều 401 sẽ mâu thuẫn với nhau⁹.

Quan điểm thứ hai cho rằng, Điều 134 BLDS năm 2005 không thể coi là trường hợp ngoại lệ của khoản 2 Điều 401. Theo quan điểm này, nếu áp dụng Điều 134 như một ngoại lệ của khoản 2 Điều 401 BLDS thì *bên không tham gia hoàn tất hình thức bắt buộc lại được yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu và khi đó, Tòa án buộc phải tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Như vậy, vô hình trung pháp luật đã “tiếp tay” cho bên vi phạm và tạo ra sự bất an toàn pháp lý cho hợp đồng (hợp đồng vẫn bị vô hiệu mặc dù các bên đã thống nhất với nhau về nội dung của hợp đồng)*¹⁰.

Việc tồn tại nhiều quan điểm về một quy định trong BLDS 2005 đã cho thấy sự mập mờ, thiếu minh thị của quy định này, đặt ra yêu cầu cần phải nghiên cứu sửa đổi trong thời gian sắp tới. Ở đây, theo chúng tôi, quan

điểm thứ hai hợp lý hơn, sát với nội dung biểu đạt của đoạn 2 khoản 2 Điều 401 hơn so với quan điểm thứ nhất, bởi vì:

- Cách hiểu này hoàn toàn không mâu thuẫn với tinh thần của Điều 122 BLDS năm 2005. Khi pháp luật chuyên ngành quy định “nếu không tuân thủ về mặt hình thức thì hợp đồng vô hiệu” thì Tòa án áp dụng điều kiện về mặt hình thức quy định tại Điều 122 của BLDS năm 2005 để tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Còn nếu không có quy định khác quy định như vậy thì hợp đồng đó vẫn được coi là phù hợp với Điều 122. Bởi lẽ như đã nêu trên, BLDS năm 2005 đang toát lên một tinh thần chung rằng “hợp đồng không bị vô hiệu do vi phạm về mặt hình thức”.

- BLDS 2005 khi quy định các bên “phải lập thành văn bản, công chứng, chứng thực” là để tạo ra giá trị chứng cứ cho sự thỏa thuận, không thể xem đó là căn cứ xác định hợp đồng vô hiệu.

Tuy nhiên, trong thực tiễn áp dụng, Tòa án có vẻ đang giải quyết theo hướng quan điểm thứ nhất. Điều này theo chúng tôi cần phải xem xét lại, bởi vì nó cho thấy tác động tiêu cực của quy định này là hoàn toàn không hề nhỏ ở khía cạnh an toàn pháp lý cho một bên nào đó trong hợp đồng ngay cả khi tính thiện chí của họ rất cao khi tham gia vào hợp đồng. Theo Nghị quyết số 01/2003/NQ-HĐTP ngày 16/4/2001 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn giải quyết một số loại tranh chấp dân sự, hôn nhân và gia đình quy định đối với hợp đồng mua bán nhà ở, khi hợp đồng mua bán nhà mà các bên không tuân thủ về mặt hình thức của hợp đồng thì “khi có tranh chấp và theo yêu cầu của một hoặc các bên Tòa án ra

8 Điều 134 quy định: “Trong trường hợp pháp luật quy định hình thức giao dịch dân sự là điều kiện có hiệu lực của giao dịch mà các bên không tuân theo thì theo yêu cầu của một hoặc các bên, toà án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác quyết định buộc các bên thực hiện quy định về hình thức của giao dịch trong một thời hạn; quá thời hạn đó mà không thực hiện thì giao dịch vô hiệu”.

9 Tường Duy Lượng, Bàn về điều kiện hình thức của giao dịch theo quy định của BLDS 2005, Tạp chí Nghề luật, số 5/2007.

10 PGS, TS Đỗ Văn Đại, Hình thức bắt buộc của hợp đồng trong pháp luật dân sự Việt Nam: Những bất cập và hướng hoàn thiện, Tạp chí Luật học, số 2/2013, tr. 8.

quyết định buộc một hoặc các bên phải đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong thời hạn một tháng, kể từ ngày Tòa án ra quyết định thực hiện các thủ tục để hoàn thiện về hình thức của hợp đồng. Nếu có một bên đương sự vắng mặt thì thời hạn này tính từ ngày bên đương sự vắng mặt nhận được quyết định của Tòa án”¹¹. Tuy nhiên, Nghị quyết này ban hành từ năm 2003, tức là lúc triển khai thi hành BLDS 1995, khi đó, nguyên tắc “hợp đồng dân sự không bị vô hiệu do vi phạm hình thức” chưa được quy định¹². Như vậy, nếu vẫn giải quyết vấn đề như tinh thần của Nghị quyết thì phải chăng đoạn 2 khoản 2 Điều 401 của BLDS 2005 không có nghĩa?

2. Một số ý kiến hoàn thiện các quy định liên quan đến hợp đồng

Từ sự phân tích trên cho thấy, một số quy định của pháp luật về hợp đồng đang tồn tại những bất cập, hạn chế nhất định. Việc không quy định về năng lực pháp luật với tính cách là một trong các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng đã làm cho BLDS năm 2005 rơi vào tình trạng “tiền hậu bất nhất” và giữa Điều 15 và Điều 122, gây ra những vướng mắc trong thực tiễn áp dụng. Bên cạnh đó, quy định tại Điều 19 của Luật đã bộc lộ hạn chế trong việc không cho phép xác định thời điểm mất năng lực hành vi dân sự trước thời điểm Tòa án tuyên bố, trong khi đó, nhu cầu này thực tiễn đang đòi hỏi. BLDS năm 2005 cũng thiếu minh thị trong việc trả lời câu hỏi có hay không một hợp đồng vi phạm các quy định về mặt hình thức làm cho hợp đồng vô hiệu? Do đó, theo

chúng tôi, trong lần sửa đổi sắp tới, BLDS cần hoàn thiện theo hướng sau đây:

Một là, bổ sung thêm “năng lực pháp luật dân sự” khi quy định về điều kiện có hiệu lực của một hợp đồng.

Hai là, sửa đổi Điều 19 BLDS năm 2005 “Người thành niên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp quy định tại Điều 22 và Điều 23 của Bộ luật này” theo hướng cụ thể hơn để tạo cơ sở cho việc Tòa án có thể xác định một cá nhân là người mất năng lực hành vi ở một thời điểm quá khứ. Như thế mới có cơ sở xác định các hợp đồng do người bị bệnh tâm thần hoặc các bệnh khác làm mất khả năng nhận thức và điều khiển hành vi của mình xác lập sẽ vô hiệu. Điều 19 nên sửa lại là: “Người thành niên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp *Tòa án nhân dân tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự* quy định tại Điều 22 và Điều 23 của Bộ luật này.

Thời điểm mất năng lực hành vi dân sự được xác định theo quyết định của Tòa án nhân dân”.

Ba là, quy định cụ thể hơn đối với mối quan hệ giữa trường hợp hợp đồng vi phạm hình thức và sự vô hiệu của hợp đồng để tránh sự vận dụng đánh đồng. Trong đó, nên quy định theo hướng ghi nhận hình thức của hợp đồng để tạo ra giá trị chứng cứ chứ không quy định nó là một trong những căn cứ có hiệu lực của hợp đồng. Vì về bản chất, các bên đã đạt được sự ưng thuận ngay cả khi nó bị vi phạm về mặt hình thức. Các bên muốn tạo sự an toàn pháp lý cho mình khi tham gia các hợp đồng thì các bên phải lựa

11 Xem thêm điểm a tiểu mục 2.1 mục 2 tiết I Nghị quyết số 01/2003 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao

12 Điều 400 BLDS 1995 chỉ quy định về hình thức hợp đồng dân sự như sau:

“1- Hợp đồng dân sự có thể được giao kết bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, khi pháp luật không quy định đối với loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định.

Khi các bên thoả thuận giao kết hợp đồng bằng hình thức nhất định, thì hợp đồng được coi là đã giao kết khi đã tuân theo hình thức đó.

2- Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản, phải được chứng nhận của Công chứng nhà nước, chứng thực, đăng ký hoặc xin phép, thì phải tuân theo các quy định này”.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

chọn hình thức giao kết có giá trị pháp lý cao nhất¹³. Về khía cạnh thực tiễn, các giao dịch về quyền sử dụng đất, nhà ở vi phạm các quy định về mặt hình thức là khá phổ biến. Do đó, nếu tuyên bố các giao dịch đó là vô hiệu thì tạo ra những gánh nặng đáng kể trong việc quản lý nhà nước về đất đai, nhà ở và thậm chí có những người sử dụng đất sẽ không bao giờ có đủ điều kiện về mặt hình thức để được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Do đó, theo chúng tôi, nên bỏ cụm từ “trừ trường hợp pháp luật có quy định khác” tại đoạn 2 khoản 2 Điều 401 BLDS năm 2005. Điều luật được sửa thành:

“1. Hợp đồng có thể được giao kết bằng

lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể, khi pháp luật không quy định loại hợp đồng đó phải được giao kết bằng một hình thức nhất định.

2. Trong trường hợp pháp luật có quy định hợp đồng phải được thể hiện bằng văn bản có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký hoặc xin phép thì phải tuân theo các quy định đó.

Hợp đồng không bị vô hiệu trong trường hợp có vi phạm về hình thức”.

Ngoài ra, khoản 2 Điều 122 BLDS năm 2005 nên sửa lại là: “2. Hình thức giao dịch là điều kiện có hiệu lực của giao dịch trong trường hợp pháp luật có quy định trừ trường hợp giao dịch đó là hợp đồng theo quy định của Bộ luật này” ■

13 Bùi Ngọc Cường, Một số vấn đề hoàn thiện pháp luật về hợp đồng ở Việt Nam, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5/2005; PGS, TS. Đỗ Văn Đại, Bàn về hợp đồng vô hiệu do được giao kết bởi người mất năng lực hành vi dân sự qua một vụ án, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4/2007, Hình thức bắt buộc của hợp đồng trong pháp luật dân sự Việt Nam: Những bất cập và hướng hoàn thiện, Tạp chí Luật học, số 2/2013; Phạm Hoàng Giang, Ảnh hưởng của điều kiện hình thức hợp đồng đến hiệu lực hợp đồng, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3/2007; Nguyễn Ngọc Khánh, Hợp đồng: Thuật ngữ và khái niệm, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8/2006.

NÂNG CAO VAI TRÒ ...

(Tiếp theo trang 13)

Đối với giai đoạn chấp hành, Luật NSNN năm 2002 quy định việc điều chỉnh NSNN tại khoản 1 Điều 49 và khoản 4 Điều 59 còn chưa thực sự rõ ràng. Ngay cả trong Nghị định số 60/2003 của Chính phủ hướng dẫn thi hành Luật NSNN năm 2002 cũng không giải thích rõ về khái niệm “biến động lớn” về ngân sách là biến động như thế nào. Luật ngân sách là những quy định về các vấn đề liên quan đến kế toán tài chính của Nhà nước, vì vậy tránh dùng các khái niệm định tính để giải quyết vấn đề định lượng. Hơn thế nữa, việc cho phép điều chỉnh bản dự toán NSNN của Chính phủ và UBND các tỉnh sẽ

làm suy giảm quyền lực của Quốc hội về NSNN. Về vấn đề này, chúng tôi xin được đề xuất: chỉ cho phép điều chỉnh ngân sách trong những trường hợp cụ thể với tỷ lệ số học nhất định và phải định nghĩa rõ ràng thế nào là “có biến động lớn về ngân sách” trong phần giải thích từ ngữ của Luật NSNN (sửa đổi).

Đối với quyết toán NSNN, nên quy định rõ trong luật về quyền tham gia của Kiểm toán Nhà nước trong giai đoạn thẩm định là bắt buộc. Hiện nay, theo ghi nhận tại Điều 66 Luật NSNN năm 2002, Kiểm toán Nhà nước chỉ tham gia khi có yêu cầu của Quốc hội, UBNDTVQH, Chính phủ ■

HOÀN THIỆN BỘ LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ ĐỂ THỰC HIỆN QUY ĐỊNH: “QUYỀN BẢO VỆ LỢI ÍCH HỢP PHÁP CỦA ĐƯƠNG SỰ ĐƯỢC BẢO ĐẢM”

NGUYỄN THỊ THÚY HẰNG*

Nếu như vấn đề bảo đảm quyền bào chữa của bị can, bị cáo đã được Hiến pháp năm 1959 ghi nhận thì vấn đề bảo đảm quyền bảo vệ của đương sự mới lần đầu được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013. Quy định này được xem là nguyên tắc định hướng cơ bản, xuyên suốt quá trình giải quyết vụ việc dân sự. Bài viết đề xuất một số kiến nghị, giải pháp góp phần bảo đảm thực hiện có hiệu quả quy định quyền bảo vệ lợi ích hợp pháp của đương sự.

1. Khái niệm bảo đảm quyền bảo vệ của đương sự

Trước đó, Điều 9 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2004 (Bộ luật TTDS) quy định *bảo đảm quyền bảo vệ của đương sự*. Bảo đảm quyền bảo vệ của đương sự cũng là bảo đảm quyền con người trong tố tụng dân sự.

Thực hiện tốt quyền bảo vệ của đương sự là cơ sở để bảo đảm thực hiện có hiệu quả nguyên tắc tranh tụng tại phiên tòa, góp phần giải quyết vụ án chính xác, khách quan. Đặc biệt, hoạt động tố tụng dân sự thường phức tạp, rất nhạy cảm với khả năng xâm phạm quyền tố tụng nói chung, trong đó có quyền bảo vệ của đương sự. Vì vậy, pháp luật chỉ ghi nhận thôi thì chưa đủ, mà cần phải thiết lập các cơ chế, các biện pháp bảo đảm thực hiện hữu hiệu và bảo vệ chúng trong trường hợp bị xâm phạm. Nếu không thì quy định này chỉ tồn tại trong văn bản luật và việc ghi

nhận chỉ giải quyết về mặt hình thức.

Theo Từ điển tiếng Việt thì “bảo đảm” nghĩa là “làm cho chắc chắn thực hiện được, giữ gìn được hoặc có đầy đủ những gì cần thiết¹. “Quyền” là một thuật ngữ pháp lý dùng để chỉ những điều mà pháp luật công nhận đối với cá nhân, tổ chức, để theo đó, cá nhân, tổ chức được đòi hỏi, được làm mà không ai được ngăn cản, hạn chế². Như vậy, bảo đảm quyền bảo vệ của đương sự nghĩa là tổng hợp các biện pháp, cơ chế hỗ trợ làm cho các đương sự có đủ những điều kiện cần thiết, chắc chắn để thực hiện được trên thực tế quyền tự bảo vệ hoặc nhờ người khác bảo vệ mình trước pháp luật.

Trên một mức độ khái quát hơn, Hiến pháp năm 2013 lần đầu tiên khẳng định: “Quyền bảo vệ lợi ích hợp pháp của đương sự được bảo đảm”³.

* **ThS, GV. Trường Đại học Luật - Đại học Huế.**

1 Nguyễn Kim Thân (2003), Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng.

2 Nguyễn Kim Thân (2003), Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng.

3 Khoản 7 Điều 103, Hiến pháp năm 2013,

2. Thực tiễn thực hiện bảo đảm quyền bảo vệ của đương sự

2.1. Thực tiễn thực hiện bảo đảm quyền tự bảo vệ của đương sự

Nếu đương sự không có điều kiện để mời luật sư, cũng không thuộc các đối tượng được hưởng trợ giúp pháp lý theo Luật Trợ giúp pháp lý và cũng không nhờ người khác bảo vệ quyền lợi cho mình thì họ có thể tự bảo vệ quyền lợi của mình.

Quyền tự bảo vệ của đương sự được pháp luật ghi nhận và tôn trọng. Nhưng trên thực tế, việc đương sự tự bảo vệ quyền lợi cho mình thường không đạt hiệu quả cao. Những vụ án đương sự tự mình bào chữa, trình tự thủ tục xét hỏi và tranh luận rất mờ nhạt, mang tính chất hình thức, chiếu lệ⁴. Điều này xuất phát từ nhiều nguyên nhân, một phần do đương sự thường không có kinh nghiệm, phương pháp trong việc phát biểu quan điểm của mình về đánh giá, khai thác chứng cứ. Vì vậy, trong quá trình tranh luận, đương sự nhắc lại các vấn đề đã được trình bày ở phần xét hỏi, tạo ra sự tranh luận dài dòng, không đúng mục đích. Do đó, thường bị chủ tọa phiên tòa cắt những ý kiến không liên quan đến vụ án. Những lúc như thế, đương sự rất lúng túng, ảnh hưởng đến chất lượng tranh luận. Mặt khác, không phải đương sự nào cũng am hiểu tường tận các quy định về luật nội dung và luật hình thức để vận dụng linh hoạt, nhằm phát huy được quyền tự bảo vệ trong quá trình tố tụng.

Tuy nhiên, nguyên nhân chủ yếu làm hạn chế khả năng tự bảo vệ của đương sự vẫn là do các quy định của pháp luật. Một số quy định về thủ tục tố tụng chưa thực sự phù hợp nên không tạo được sự chủ động cho đương

sự khi thực hiện quyền tự bảo vệ. Đặc biệt là các thủ tục diễn ra tại phiên tòa xét xử sơ thẩm và phúc thẩm. Xét xử là một giai đoạn tố tụng quan trọng, mang tính quyết định, ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của đương sự, bởi phán quyết của hội đồng xét xử đều căn cứ vào giai đoạn tố tụng này. Nhưng các thủ tục tại phiên tòa dân sự chưa được sắp xếp hợp lý, chưa trao quyền chủ động cho đương sự⁵.

Đặc trưng của tranh chấp dân sự là vi phạm quyền và nghĩa vụ giữa các bên chứ không vi phạm pháp luật. Vì vậy, các bên tranh chấp bình đẳng về quyền và nghĩa vụ, nhưng các thủ tục tại phiên tòa dân sự vẫn được tổ chức như một phiên tòa hình sự. Có một số trường hợp, “hội đồng xét xử thực hiện việc hỏi còn nặng nề, mang tính chất mệnh lệnh như xét hỏi tại phiên tòa hình sự, nhiều khi lại tỏ thái độ lộng quyền, thiếu tôn trọng các bên đương sự, đưa ra các câu hỏi đã hàm ý mớm câu trả lời”⁶. Toàn bộ diễn biến tại phiên tòa và vai trò chủ động vẫn thuộc về hội đồng xét xử, nên đã tạo cho đương sự cảm giác phụ thuộc vào cơ quan bảo vệ pháp luật, dẫn đến việc đương sự ngại tự mình trình bày quan điểm mà đợi sự xét hỏi từ phía hội đồng xét xử. Đương sự chưa chủ động đưa ra yêu cầu và chứng minh cho yêu cầu của mình. Chất lượng của quá trình tranh luận ảnh hưởng đến việc thực hiện có hiệu quả quyền tự bảo vệ của đương sự.

Do đó, cần phải thay đổi các thủ tục và các hoạt động tố tụng trong mỗi thủ tục tại phiên tòa xét xử để phù hợp với các tranh chấp dân sự; tạo mọi điều kiện thuận lợi nhất cho đương sự khi thực hiện quyền tự bảo vệ. Đây cũng là một nội dung quan trọng trong

4 Bùi Thị Huyền, *Phiên tòa sơ thẩm dân sự. Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, tr.175.

5 Theo quy định tại Chương XIV “Phiên tòa sơ thẩm” của Bộ luật TTDS, các thủ tục tại phiên tòa sơ thẩm bao gồm: Thủ tục bắt đầu phiên tòa; Thủ tục hỏi tại phiên tòa; Thủ tục tranh luận; Thủ tục nghị án và tuyên án.

6 Nguyễn Hải An, *Thực tiễn tranh tụng trong các phiên tòa dân sự và một số vấn đề đặt ra, Kỳ yếu hội thảo: Vấn đề tranh tụng trong tố tụng dân sự, do Viện Khoa học pháp lý – Bộ Tư pháp tổ chức ngày 5/3/2004, Hà Nội, tr. 4.*

chiến lược cải cách tư pháp “đổi mới tổ chức phiên tòa xét xử, xác định rõ hơn vị trí, quyền hạn, trách nhiệm của người tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng theo hướng bảo đảm tính công khai, dân chủ, nghiêm minh, nâng cao chất lượng tranh tụng tại các phiên tòa xét xử, coi đây là khâu đột phá của hoạt động tư pháp”⁷.

2.2. Thực tiễn bảo đảm thực hiện quyền nhờ người khác bảo vệ

Có thể nói rằng, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp có vai trò quan trọng trong việc giúp cho đương sự hiểu đúng và thực hiện quyền, nghĩa vụ của mình trước pháp luật, góp phần bảo đảm, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự.

Theo quy định của Bộ luật TTDS, đương sự có thể nhờ luật sư, trợ giúp viên pháp lý theo Luật Trợ giúp pháp lý, công dân Việt Nam thỏa mãn các điều kiện luật định bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho mình⁸.

Đảm bảo quyền nhờ người khác bảo vệ cũng là cơ sở để đảm bảo giải quyết vụ án được chính xác, khách quan. Thực tế đã chứng minh rằng, nhiều trường hợp không có sự tham gia của người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự thì đương sự cũng không biết trình bày những nội dung nào và tranh luận như thế nào để làm nổi bật vấn đề, đảm bảo quá trình tranh luận đạt hiệu quả cao. Tuy nhiên, các quy định về quyền nhờ người khác bảo vệ cho đương sự còn nhiều hạn chế. Các quy định của Bộ luật TTDS chưa thực sự hỗ trợ cho người bảo vệ phát huy được chức năng của mình trong quá trình tham gia tố tụng. Điều này ảnh hưởng đến chất lượng, hiệu quả của việc bảo vệ. Cụ thể:

- Ở giai đoạn hòa giải, theo quy định tại khoản 3 Điều 64 Bộ luật TTDS, người bảo

vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự được quyền tham gia phiên hòa giải. Nhưng tại Điều 184 Bộ luật TTDS quy định về thành phần phiên hòa giải không quy định cho người bảo vệ tham gia ở giai đoạn này. Vì vậy, mỗi Tòa án có một cách áp dụng khác nhau, thậm chí cùng một Tòa án nhưng có vụ án thì thẩm phán thông báo cho người bảo vệ của đương sự tham gia tố tụng, vụ án khác thì không. Như vậy, việc tham gia tố tụng ở giai đoạn hòa giải đáng lẽ là quyền của người bảo vệ cho đương sự, nhưng được tham gia hay không phải phụ thuộc vào ý chí của thẩm phán giải quyết vụ việc. Mặc dù đây là một trong những điều luật đã được sửa đổi năm 2011, nhưng cũng chỉ mới khắc phục được phần nào bất cập. Chính những quy định không thống nhất, mâu thuẫn này đang là rào cản cho người bảo vệ quyền lợi của đương sự thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình.

- Ở giai đoạn xét xử, do truyền thống tố tụng dân sự của Việt Nam là tố tụng xét hỏi, nên trước khi mở phiên tòa thì hầu hết các tài liệu, chứng cứ quan trọng liên quan đến vụ án đều được phản ánh đầy đủ trong hồ sơ vụ án. Do đó, thành viên hội đồng xét xử thường chủ quan, xem nhẹ thủ tục tranh luận. Thẩm phán chưa thực sự tạo điều kiện cho các bên tranh luận, đánh giá không đúng vai trò tham gia của người bảo vệ quyền lợi của đương sự. Do đó, vai trò của người bảo vệ rất mờ nhạt gây khó khăn cho hoạt động bào chữa để bảo vệ quyền lợi cho đương sự. Có quan điểm cho rằng, chừng nào chưa thấy được sự tham gia tố tụng của luật sư như một đối trọng, một hình thức giám sát đối với hoạt động của cơ quan và người tiến hành tố tụng thì sự hiện diện của luật sư chỉ là “một

7 Đảng Cộng sản Việt Nam, Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị, Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa IX về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.

8 Điều 63, Bộ luật TTDS.

thứ trang điểm” để tố tụng có vẻ dân chủ, có vẻ văn minh mà thôi⁹. Thực tế, nếu chỉ cứ căn cứ vào tài liệu có trong hồ sơ vụ án thì không thể phản ánh được tính chính xác, khách quan của vụ việc. Do đó, cần xây dựng một số quy chế ràng buộc để nâng cao ý thức, tinh thần trách nhiệm của hội đồng xét xử.

Mặt khác, khoản 1 Điều 64 Bộ luật TTDS quy định, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự được tham gia phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm nếu tòa án xét thấy cần thiết. Vì điều luật quy định không cụ thể nên việc người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự tham gia vào phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm phụ thuộc vào ý chí chủ quan của tòa án, điều này dễ dẫn đến việc tùy tiện khi áp dụng. Thiết nghĩ, cần có quy định cụ thể đối với trường hợp có người bảo vệ quyền lợi ích hợp pháp của đương sự đối với phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm.

Vấn đề nữa mà pháp luật cũng không quy định, đó là thủ tục để người bảo vệ cho đương sự tham gia phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm như thế nào? Bởi vì theo quy định tại khoản 2 Điều 292 Bộ luật TTDS quy định về những người tham gia phiên tòa giám đốc thẩm: “Khi xét thấy cần thiết, tòa án triệu tập những người tham gia tố tụng và những người khác liên quan đến việc kháng nghị tham gia phiên tòa giám đốc thẩm”; và theo khoản 1 Điều 64 Bộ luật TTDS thì người bảo vệ cho đương sự được quyền tham gia phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm. Những người tham gia tố tụng khác có thể là người bảo vệ cho đương sự. Theo quy định của pháp luật, người bảo vệ quyền lợi ích hợp pháp của đương sự phải là người được đương sự nhờ và được tòa án chấp nhận tham gia tố tụng. Sự chấp nhận của tòa án được thể hiện bằng việc tòa án sẽ cấp giấy chứng nhận là người

bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho đương sự. Như vậy, trong trường hợp người bảo vệ cho đương sự tham gia ở phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm thì có cần phải tiến hành làm lại thủ tục để được công nhận hay căn cứ vào giấy chứng nhận đã được tòa án cấp sơ thẩm hoặc phúc thẩm cấp trước đó? Vấn đề này hiện nay đang tồn tại hai quan điểm:

Quan điểm thứ nhất, không cần làm lại thủ tục vì khi hội đồng xét xử cấp giám đốc thẩm, tái thẩm yêu cầu người bảo vệ quyền lợi của đương sự tham gia mục đích là để xác minh lại các tình tiết, sự kiện đã diễn biến các phiên tòa trước đó chứ không phải là để phát biểu quan điểm bảo vệ cho đương sự. Nếu hiểu theo cách này là không hợp lý, vì ai sẽ trả chi phí cho người bảo vệ quyền lợi của đương sự trong trường hợp này?

Quan điểm thứ hai, phải làm lại thủ tục để được tòa án chấp nhận là người bảo vệ cho đương sự. Vì phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm, người bảo vệ cho đương sự vẫn trình bày các quan điểm để bảo vệ cho đương sự đã nhờ mình. Có thể có trường hợp đương sự không bằng lòng với những người đã được đương sự nhờ trước đó nên muốn nhờ một người khác để bảo vệ tốt hơn cho mình.

Theo chúng tôi, cách hiểu thứ hai là hợp lý hơn, vì nó thể hiện toàn diện, đầy đủ nguyên tắc quyền tự định đoạt của đương sự và phù hợp với bản chất của quan hệ dân sự. Tuy nhiên, để áp dụng một cách thống nhất thì cơ quan có thẩm quyền phải ban hành văn bản hướng dẫn.

3. Kiến nghị một số giải pháp

3.1. Sửa đổi các quy định:

Thứ nhất, như đã đề cập ở trên, để đảm bảo tính chủ động, phát huy có hiệu quả quyền tự bảo vệ của đương sự, cần phải thay đổi thủ tục tại phiên tòa sơ thẩm theo hướng sau: thủ tục bắt đầu, thủ tục tranh luận, thủ

9 Kim Anh, *Khó khăn của luật sư trước hội nhập*, Báo Hà Nội mới, số ra ngày 23/10/2006.

tục xét hỏi, thủ tục nghị án và thủ tục tuyên án. Bên cạnh đó, các hoạt động tố tụng trong mỗi thủ tục cũng phải được điều chỉnh cho phù hợp (chủ yếu là điều chỉnh thủ tục bắt đầu, thủ tục tranh luận, thủ tục xét hỏi).

Đối với thủ tục bắt đầu: vẫn tiến hành theo trình tự thủ tục quy định tại Điều 213 Bộ luật TTDS, nhưng sau khi chủ tọa hỏi những người có quyền yêu cầu thay đổi những người tiến hành tố tụng, người giám định, người phiên dịch xem họ có thay đổi ai không. Bước tiếp theo chủ tọa phiên tòa hỏi luôn xem đương sự có yêu cầu gì không (tức là có mong muốn thỏa thuận với nhau không và có thay đổi, bổ sung, rút một phần hay toàn bộ yêu cầu không). Vấn đề này là quyền lợi và nghĩa vụ của các đương sự đã được tòa án phổ biến trong phần “phổ biến quyền và nghĩa vụ của các đương sự và của những người tham gia tố tụng khác”¹⁰. Cho nên đương sự phải ý thức và chủ động đề xuất với hội đồng xét xử. Như vậy, Điều 217 Bộ luật TTDS quy định hỏi đương sự về thay đổi, bổ sung, rút yêu cầu được lồng vào thủ tục bắt đầu. Như thế, bước đầu đương sự đã chủ động được diễn biến của phiên tòa và chủ động trong các hoạt động tố tụng tiếp theo để tự bảo vệ quyền lợi của mình một cách tốt nhất.

Đối với thủ tục tranh luận: hội đồng xét xử không phải là chủ thể tranh luận cho nên không tham gia vào quá trình tranh luận. Nhưng với vai trò là người tiến hành tố tụng định hướng cho quá trình tranh luận có hiệu quả nên trước khi bước vào tranh luận, hội đồng xét xử yêu cầu các bên thống nhất các mâu thuẫn, tranh chấp cần tranh luận để cuộc tranh luận được tiến hành trọng tâm. Như thế, trong Mục 4 Bộ luật TTDS quy định về tranh luận tại phiên tòa nên bổ sung thêm

một điều luật điều chỉnh vấn đề này theo hướng sau: “Trước khi tranh luận, hội đồng xét xử yêu cầu các bên đương sự thống nhất các tranh chấp, mâu thuẫn cần làm sáng tỏ. Các bên đương sự tranh luận về những vấn đề đã thống nhất và phát biểu quan điểm của mình về đánh giá chứng cứ, về việc giải quyết vụ án”. Như vậy, đương sự sẽ chủ động trong việc đưa ra yêu cầu và chứng minh cho yêu cầu của mình. Các hoạt động tố tụng tiếp theo của thủ tục tranh luận vẫn tiến hành theo quy định của Bộ luật TTDS.

Đối với thủ tục xét hỏi: Sau khi tranh luận, chúng ta mới tiến hành thủ tục hỏi. Ở giai đoạn này, hội đồng xét xử chỉ hỏi những vấn đề mà hội đồng xét xử thấy rằng đã qua thủ tục tranh luận nhưng chưa rõ và hỏi nguyện vọng của các bên đương sự về việc giải quyết vụ án để chuẩn bị cho thủ tục nghị án. Sự thay đổi này vừa tạo tâm lý chủ động cho đương sự từ đầu, đồng thời giải quyết được phần khúc mắc của tòa án nếu muốn hỏi những tình tiết chưa rõ.

Sự thay đổi các bước trong thủ tục nói trên vừa tiết kiệm thời gian, vừa đảm bảo tính khoa học trong quá trình xét xử. Đồng thời, giải quyết được khuyết điểm về thực tiễn mà một số thẩm phán hay mắc phải là không có sự phân biệt rõ ràng giữa thủ tục xét hỏi và tranh luận. Cũng có trường hợp ranh giới giữa phần hỏi và phần tranh luận không rõ ràng, chủ tọa để cho nguyên đơn, bị đơn tranh luận trong quá trình hỏi, dẫn đến sự thiếu nghiêm túc của đương sự hoặc thiếu sự tôn trọng người khác, kể cả hội đồng xét xử, luật sư và kiểm sát viên tham gia phiên tòa¹¹.

Thứ hai, tại Điều 184 Bộ luật TTDS quy định về thành phần tham dự phiên hòa giải phải bổ sung thêm chủ thể là người bảo vệ

10 Khoản 3 Điều 231 Bộ luật TTDS.

11 Nguyễn Hải An, *Thực tiễn tranh tụng trong các phiên tòa dân sự và một số vấn đề đặt ra, tlttd.*

quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự.

Thứ ba, việc giải quyết chính xác, khách quan của vụ án phụ thuộc nhiều vào sự tham gia của người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự. Vì vậy, tại Điều 64 quy định về quyền bảo vệ lợi ích hợp pháp của đương sự, nên bổ sung thêm một điều khoản: “Đưa ra câu hỏi với người khác về vấn đề liên quan đến vụ án khi được phép của tòa án hoặc đề xuất với tòa án những vấn đề cần hỏi với người khác hoặc yêu cầu đối chất giữa các đương sự nếu cần thiết”.

Thứ tư, để đảm bảo quyền lợi cho đương sự và cũng là đảm bảo cho quy định người bảo vệ quyền lợi của đương sự được tham gia phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm có tính khả thi trên thực tế, chúng ta nên quy định: “đối với các quyết định kháng nghị theo thủ tục bắt lợi cho đương sự thì hội đồng xét xử phải triệu tập người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự tham gia phiên tòa”.

Đồng thời quy định thủ tục để người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của đương sự tham gia phiên tòa giám đốc thẩm, tái thẩm theo hướng: nếu vẫn là người đã được đương sự nhờ bảo vệ quyền lợi cho mình ở các phiên tòa trước đó thì chỉ cần xuất trình giấy chấp nhận của tòa án ở các cấp sơ thẩm hoặc phúc thẩm. Nếu đương sự nhờ người khác

bảo vệ quyền lợi cho mình thì mới làm lại thủ tục để được tòa án chấp nhận.

3.2. Trách nhiệm của các cơ quan tiến hành tố tụng

Bảo đảm thực hiện quyền bảo vệ của đương sự không chỉ phụ thuộc vào đương sự và người được đương sự nhờ bảo vệ quyền lợi cho mình mà còn phụ thuộc vào cách nhìn, cách đánh giá vai trò quyền bảo vệ của đương sự từ phía người tiến hành tố tụng. Để tránh tình trạng một số thẩm phán xem nhẹ thủ tục tranh luận, không chú ý lắng nghe các luận điểm mà người bảo vệ quyền lợi của đương sự và đương sự trình bày để bảo vệ quyền lợi của mình, thiết nghĩ, cần đặt ra quy chế đối với vấn đề này. Cụ thể, cần quy định: trong biên bản phiên tòa do thư ký ghi phải quy định ghi rõ ràng, đầy đủ các vấn đề người bảo vệ quyền lợi trình bày tại phiên tòa. Nếu bản án, quyết định đó bị đương sự kháng cáo hoặc viện kiểm sát kháng nghị có liên quan đến vấn đề mà người bảo vệ quyền lợi của đương sự hoặc đương sự đã trình bày, được thư ký ghi trong biên bản phiên tòa, nhưng trong bản án hoặc quyết định của tòa án cấp sơ thẩm không ghi nhận mà bản án phúc thẩm hoặc quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm ghi nhận thì cần phải xem xét trách nhiệm của hội đồng xét xử trong trường hợp này ■



HƯỚNG HOÀN THIỆN BỘ LUẬT HÌNH SỰ VỀ CHẾ ĐỊNH TỔ CHỨC TỘI PHẠM

ĐÀM QUANG NGỌC*

1. Đặt vấn đề

Việc xác định nội hàm của khái niệm *tổ chức tội phạm* đã trải qua một thời gian dài với nhiều tranh cãi và bất đồng. Thực tế đó có thể xuất phát từ cách tiếp cận khác nhau của các quốc gia đối với vấn đề xã hội này. Tuy nhiên, sự cần thiết đưa ra khái niệm rõ ràng và tương đồng về tổ chức tội phạm có ý nghĩa lớn bởi xu hướng “xuyên quốc gia” của loại hình tội phạm này, khiến tính chất, mức độ nguy hiểm tăng cao và dẫn đến nhu cầu bức thiết của các quốc gia cần phải đưa ra cách hiểu chính xác về tổ chức tội phạm để quyết định việc một tổ chức nhất định có phải là tổ chức tội phạm hay không, trên cơ sở đó đưa ra phương pháp phòng ngừa, đấu tranh với loại hình tội phạm này và quyết định các yếu tố về nguồn nhân lực, tài chính... trong chính sách quốc gia hướng đến phòng ngừa và kiểm soát tổ chức tội phạm¹.

Việt Nam là một quốc gia nằm trong khu vực Đông Á. Khu vực này được đánh giá có tỉ lệ phức tạp và đa dạng cao về loại hình hoạt động tội phạm liên quan đến các tổ chức

tội phạm như: sản xuất ma túy, buôn bán người, mại dâm, đánh bạc, lừa đảo, buôn lậu và rửa tiền. Điều này xuất phát từ thực tế của vành đai tội phạm quốc tế do địa hình tự nhiên hiểm trở. Phần lớn các tổ chức tội phạm hoạt động ở khu vực đều có tính chất và cấp độ tầm quốc tế. Hội Tam hoàng của Trung Quốc (Chinese Triad) và Yakuza của Nhật là hai tổ chức tội phạm lớn đang mở rộng hoạt động ở khu vực Đông Á. Hầu hết các nước ở Đông Á liên quan đến thị trường buôn bán ma túy. Trung Hoa là tuyến đường trung chuyển heroin từ các quốc gia láng giềng Myanmar, Lào, Việt Nam sang Hoa Kỳ và các thị trường quốc tế khác². Ở Việt Nam, trong thời gian từ năm 1992 đến năm 2002, hàng ngàn băng, ổ nhóm tội phạm có tổ chức đã bị phát hiện và triệt phá³.

Vì vậy, nghiên cứu về tổ chức tội phạm và đưa ra hướng hoàn thiện quy định của Bộ luật Hình sự (BLHS) về vấn đề này là cần thiết, đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế, là cơ sở để phòng ngừa và đấu tranh đối với loại hình tội phạm này ở Việt Nam hiện nay.

* **ThS. Giảng viên Khoa Pháp luật Hình sự, Trường Đại học Luật Hà Nội.**

1 Sabrina Adamoli, Andrea DI Nicola, Ernesto U Savona, Paoli Zoffi, *Organised crimes around the world, European Institute for Crime and Prevention and Control affiliated with the United Nations (HEUNI)*, tr.14.

2 Sabrina Adamoli, Andrea DI Nicola, Ernesto U Savona, Paoli Zoffi, *tlđđ*, tr.86.

3 Lương Thanh Hải, *Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia - Những cơ hội và thách thức khi Việt Nam tham gia*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 14, tháng 7.2006, tr.25.

2. Lịch sử hình thành và phát triển khái niệm tổ chức tội phạm

Tổ chức tội phạm xuất hiện đầu tiên ở đâu trên thế giới là vấn đề đến nay vẫn đang tranh luận. Nhiều học giả cho rằng, mô hình sơ khai của tổ chức phạm tội hiểu theo nghĩa hiện tại được ghi nhận ở Italia - nơi các tổ chức tội phạm nguy hiểm và nổi tiếng hình thành. Mặc dù thời điểm và nơi chính xác xuất hiện tổ chức tội phạm còn đang tranh luận, nhưng thuật ngữ *tổ chức tội phạm* lại xuất phát từ Hoa Kỳ. Cụm từ chính xác “tổ chức tội phạm - organized crime” lần đầu tiên được sử dụng vào năm 1896 trong báo cáo thường niên của Tổ chức Phòng ngừa tội phạm New York⁴. Khái niệm này được đề cập trong báo cáo để nói về hoạt động phạm tội liên quan đến cờ bạc và mại dâm hoặc tổ chức thực hiện các tội phạm đó. Ở thời điểm nghiên cứu, tác giả Michael Woodiwiss khẳng định khái niệm tổ chức tội phạm không có nghĩa xác định và chỉ có thể hiểu khi đặt trong các ngữ cảnh cụ thể⁵.

Các học giả bắt đầu nghiên cứu nhằm tìm ra định nghĩa chính xác về tổ chức tội phạm những năm 1920 và 1930 khi có sự “phát triển” của “thị trường đen” ở Bắc Mỹ. Tuy nhiên, các khái niệm này ít khi được sử dụng để chỉ băng đảng (association of gangsters). Phần lớn các khái niệm này được định nghĩa liên quan đến mảnh khóc làm tiền gian lận như hành vi tống tiền, hành vi chiếm đoạt và hoạt động cung cấp lương thực, dịch

vụ phi pháp, sản xuất và cung cấp hàng giả, hoạt động liên quan đến cờ bạc phi pháp, buôn rượu lậu, ma túy ...⁶

Ở châu Âu, mặc dù thuật ngữ *tổ chức tội phạm* (theo nghĩa chỉ băng nhóm phạm tội) hiếm khi được sử dụng trước những năm 1980, nhưng trong lịch sử hầu hết các nước châu Âu, chúng ta có thể thấy các mô hình phạm tội rất giống với tổ chức tội phạm hiện tại⁷. Khái niệm tổ chức tội phạm theo nghĩa rộng lần đầu tiên được biết đến hơn một thế kỷ trước, sau đó hàng loạt các quan điểm đã và đang được gắn theo thuật ngữ này. Cho đến thời điểm nghiên cứu, khái niệm vẫn đang ở trạng thái mơ hồ. Ở châu Âu cũng như Hoa Kỳ, các cuộc tranh luận từ góc độ khoa học, chính trị hay xã hội vẫn đang dao động giữa hai dòng quan điểm. Quan điểm thứ nhất coi tổ chức tội phạm là một loạt các hoạt động tội phạm. Quan điểm thứ hai cho rằng tổ chức tội phạm là nhóm người liên kết để phạm tội, giữa họ có sự phân hóa vai trò trong quản lý, tổ chức và hoạt động⁸.

Như vậy, từ góc độ lịch sử, khái niệm tổ chức tội phạm có mối liên hệ chặt chẽ với khái niệm tội phạm có tổ chức. Hai thuật ngữ này, trong nhiều công trình nghiên cứu trước đây vẫn có thể được dùng thay thế cho nhau và thường được sử dụng bởi thuật ngữ chung “organized crime”⁹. Theo chúng tôi, khái niệm tổ chức tội phạm xuất hiện sau nhưng trở nên phổ biến và thường được ghi nhận trong các văn bản và bộ luật hình sự của các quốc gia¹⁰.

4 *Studies of Organised crime Volume 4, Organised crime in Europe, concepts, patterns and control policies in the European Union and beyond*, edited by Cyrille Fijnaut, Letizia Paoli, Springer, 2004, tr.36.

5 Michael Woodiwiss, *Transnational organized crime. The strange career of an American concept*, tr.5, in *trong sách Critical reflections on Transnational organized crime, money laundering and corruption*, Toronto, University Toronto Press, 2003.

6 Klaus von Lampe, *The Concept of Organized Crime in Historical Perspective*, bài viết được trình bày tại Hội thảo quốc tế “Crime organisé international: Mythe, pouvoir, profit...”, tài trợ bởi the Institut de recherches interdisciplinaires, Université de Lausanne, Switzerland, 6 October 1999”.

7 *Studies of Organised crime Volume 4*, Springer 2004, tđđ tr.34.

8 *Studies of Organised crime Volume 4*, Springer 2004, tđđ tr.36.

9 Từ góc độ ngôn ngữ, thuật ngữ “tổ chức tội phạm” tương ứng với “criminal organization” hay “criminal association”, thuật ngữ “tội phạm có tổ chức” tương ứng với “organized crime”. Khái niệm tội phạm có tổ chức, mặc dù có liên hệ chặt chẽ với khái niệm tổ chức tội phạm, nhưng nằm ngoài phạm vi nghiên cứu nên sẽ không được đề cập sâu trong bài viết.

10 Xem Điều 35, Điều 210 BLHS Liên bang Nga, Điều 26, BLHS CHND Trung Hoa, Điều 467.1, 467.11 và 467.12 và 467.13 BLHS Canada; Điều 260 BLHS Thụy Sĩ (bản tiếng Anh), Điều 2 Công ước của Liên hiệp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia.

3. Khái niệm tổ chức tội phạm

Do xuất hiện sau và gắn liền với khái niệm tội phạm có tổ chức, nên khái niệm tổ chức tội phạm, trong nhiều văn bản, công trình nghiên cứu trước đây ở các quốc gia trên thế giới không được định nghĩa trực tiếp, mà được rút ra gián tiếp từ khái niệm tội phạm có tổ chức.

Ở Hoa Kỳ, khái niệm tổ chức tội phạm có thể được suy ra từ khái niệm về tội phạm có tổ chức trong Đạo luật về An toàn đường phố năm 1968 (Safe Streets Act of 1968). Theo đó “tội phạm có tổ chức là những hoạt động phi pháp của các nhóm người có tổ chức cao, các hiệp hội có tính kỷ luật liên quan đến hoạt động cung cấp hàng hóa và dịch vụ phi pháp, bao gồm (nhưng không hạn chế) đánh bạc, mại dâm, cho vay nặng lãi, ma túy, bảo kê và những hoạt động phi pháp khác của các thành viên của tổ chức”¹¹. Vì vậy, khái niệm tổ chức tội phạm có thể được rút ra là *nhóm người có tổ chức cao hoặc các hiệp hội có tính kỷ luật, hoạt động liên quan đến cung cấp hàng hóa và dịch vụ phi pháp, bao gồm (nhưng không hạn chế) đánh bạc, mại dâm, cho vay nặng lãi, ma túy, bảo kê và những hoạt động phi pháp khác của các thành viên của tổ chức*.

Ở Đức, luật về tội phạm có tổ chức (Organised crime Law - OrgKG) năm 1992 đã tránh đưa ra khái niệm tổ chức tội phạm, mặc dù Cơ quan Điều tra liên bang (German Bundeskriminalamt- BKA) định nghĩa “tổ chức tội phạm là nhóm nhiều hơn hai người có mối liên hệ hợp tác và mỗi người có nhiệm vụ riêng, trong thời gian dài hoặc không giới hạn thời gian, nhằm mục đích thực hiện các tội phạm có kế hoạch vì mục tiêu lợi ích hoặc quyền lực, bằng cách sử

dụng cấu trúc giống như tổ chức thương mại hoặc kinh doanh, sử dụng bạo lực và thủ đoạn khác nhằm mục đích đe dọa hoặc sử dụng ảnh hưởng đối với chính trị, truyền thông, hành chính công hoặc các cơ quan tư pháp”¹². Khái niệm này đã chỉ ra được một số loại hình liên kết, phân công lao động của tổ chức tội phạm, tuy không có kết cấu chặt chẽ và quy chuẩn như Cosa Nostra, Mafia hay các tổ chức tội phạm xác định khác¹³.

Ở Italia, tổ chức tội phạm được định nghĩa là tội phạm kiểu mafia, quy định trong Điều 416 (bis) của BLHS năm 1982¹⁴. Một tổ chức được coi là “kiểu mafia” khi thành viên sử dụng có hệ thống thủ đoạn đe dọa và khuất phục để thực hiện các tội phạm, tăng cường kiểm soát hoạt động kinh tế và thu được lợi ích phi pháp. Tội phạm “kiểu mafia” được các nhà lập pháp Italia định nghĩa xuất phát từ các hoạt động phạm tội của mafia đảo Sicily. Sau này, khái niệm được mở rộng và áp dụng cho bất kỳ nhóm tội phạm với các hoạt động tương tự, không phân biệt lãnh thổ, quốc gia hoạt động và tên gọi của tổ chức¹⁵.

Ở cấp độ quốc tế, nhiều hướng tiếp cận được nghiên cứu nhằm đưa ra khái niệm chung về tổ chức tội phạm. Các quan điểm cố gắng đưa ra nội hàm của tổ chức tội phạm và mục đích nghiên cứu khi xây dựng nội hàm khái niệm. Vấn đề các quan điểm đối với cộng đồng quốc tế khi đấu tranh chống loại hình tội phạm xuyên quốc gia này là không tồn tại luận thuyết chung thống nhất từ khía cạnh cơ cấu tổ chức và bản chất hoạt động của tổ chức tội phạm. Thực tế thừa nhận, các tổ chức tội phạm đa dạng về quy mô, cấp độ, lãnh thổ hoạt động, mối quan hệ với hệ thống quyền lực của nước nhà và

11 Xem Đạo luật về An toàn đường phố (Safe streets Act of 1968), United States, xem trực tuyến tại www.fcc.gov/Bureaus/OSEC/library/legislative_histories/1615.pdf, truy cập ngày 16/12/2014.

12 Arbeitsgruppe Justiz/Polizei des BKA, 05.1990, khái niệm này cũng định nghĩa gián tiếp trong khái niệm tội phạm có tổ chức.

13 P.C. Van Duyn, *Organised crime, Corruption and Power, Crime, Law & Social change*, Kluwer Academic Publishers, 1997, tr. 46.

14 Điều 416 bis BLHS Italia, xem trực tuyến tại <http://www.altalex.com/index.php?idnot=36766>, truy cập ngày 20/12/2014.

15 Sabrina Adamoli, Andrea DI Nicola, Ernesto U Savona, Paoli Zoffi, *tidd*, tr.16.

nước sở tại, phương thức hoạt động để lẩn tránh pháp luật và phạm tội, hoạt động hợp pháp và bất hợp pháp¹⁶. Rất nhiều các tổ chức tội phạm xuyên quốc gia có mô hình giống với các tổng công ty/tập đoàn đa quốc gia và thường có sự phân cấp quản lý chặt chẽ. Đồng thời, các tổ chức này duy trì sự linh hoạt trong cơ cấu tổ chức nhằm tái phân bổ nguồn lợi hoặc phản ứng nhanh với thiết chế pháp lý và những cơ hội tạo ra nguồn thu nhập phi pháp¹⁷.

Sáu đặc điểm của tổ chức tội phạm được Tuyên bố chính trị và Kế hoạch hành động toàn cầu chống tổ chức tội phạm xuyên quốc gia diễn ra tại Naples (the Naples Political Declaration and Global Action Plan against organized crimes)¹⁸ đưa ra: (i) nhóm có tổ chức để thực hiện tội phạm; (ii) cơ cấu tổ chức và phân cấp quản lý để tạo điều kiện cho những người cầm đầu có thể kiểm soát nhóm; (iii) sử dụng bạo lực, đe dọa dùng bạo lực và hối lộ để tạo ra lợi nhuận hoặc kiểm soát thị trường, lãnh thổ; (iv) rửa tiền để thúc đẩy hoạt động phạm tội và thâm nhập thị trường kinh tế; (v) luôn hướng đến mở rộng phạm vi lãnh vực, địa bàn hoạt động; và (vi) hợp tác làm ăn với các tổ chức tội phạm xuyên quốc gia khác¹⁹. Tổ chức tội phạm, vì vậy, có thể được miêu tả giống như tổ chức kinh tế nhưng sử dụng thủ đoạn bạo lực, đe dọa, hoặc hối lộ cũng như cung cấp hàng hóa và dịch vụ phi pháp.

Năm 1997, Hội thảo của Liên hợp quốc về chống tổ chức tội phạm đã đưa ra khái

niệm “tổ chức tội phạm là nhóm gồm ba người hoặc nhiều hơn, liên kết phân cấp quản lý nhằm tạo thuận lợi cho người đứng đầu tạo ra lợi nhuận hoặc kiểm soát thị trường và địa bàn hoạt động ở trong và ngoài nước với phương thức hoạt động sử dụng bạo lực, đe dọa hoặc hối lộ, nhằm thúc đẩy hoạt động phạm tội và thâm nhập thị trường kinh tế”. Hội thảo cũng khẳng định khái niệm tổ chức tội phạm (organized crimes) cũng bao gồm cả các tội phạm do nhóm/ tổ chức đó thực hiện với tư cách là một phần hoạt động của tổ chức²⁰.

Ủy ban châu Âu đưa ra những đặc điểm có tính chất bắt buộc và đặc điểm có tính chất lựa chọn khi định nghĩa tổ chức tội phạm. Các đặc điểm có tính chất bắt buộc gồm: (i) sự liên kết của ba người hoặc nhiều hơn; (ii) trong một thời gian dài hoặc không xác định; (iii) bị nghi thực hiện hoặc bị kết án về các tội phạm nghiêm trọng và (iv) với mục đích theo đuổi lợi ích và quyền lực. Các đặc điểm không bắt buộc gồm: (i) mỗi thành viên được phân công nhiệm vụ và vai trò cụ thể; (ii) sử dụng hình thức kỷ luật và kiểm soát riêng; (iii) sử dụng bạo lực hoặc phương thức tương tự khác; (iv) gây ảnh hưởng lên chính trị, truyền thông, hành chính công, pháp luật, hoặc nền kinh tế với phương thức hối lộ hoặc thủ đoạn khác; (v) có cấu trúc giống như các tổ chức kinh tế - thương mại; (vi) thực hiện các hoạt động rửa tiền và (vii) hoạt động ở tầm quốc tế²¹.

16 Report of the Secretary-General, UN doc E/CN. 15/1996/2, Implemetation of the Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organised Transnational Crime.

17 Ninth United Nations Congress on the Prevention of Crime and treatment of Offenders, Cairo, Ai Cập, 29.04-08.05.1995, UN doc. A/CONF.169, trích dẫn bởi Sabrina Adamoli, Andrea DI Nicola, Ernesto U Savona, Paoli Zoffi, tldd, tr.17.

18 Report of the Secretary-General, UN doc E/CN. 15/1996/2, Implemetation of the Naples Political Declaration and Global Action Plan against Organised Transnational Crime.

19 Xu hướng hoạt động của các tổ chức tội phạm hiện nay cho thấy sự hợp tác và phân chia địa bàn, lãnh vực hoạt động thay vì cạnh tranh và tiêu diệt lẫn nhau như trước kia. Về vấn đề này, xem thêm mục 1.3. Trend in organized crimes, Organised crimes around the world, tldd, tr. 20-25.

20 Sabrina Adamoli, Andrea DI Nicola, Ernesto U Savona, Paoli Zoffi, tldd, tr. 18.

21 Conseil de L'Europe, Comite' d'experts sur les aspects de droit penal et les aspects criminologiques de la criminalite' organise'e (Pc-CO), questionnaire, Strasbourg, 8.1997, trích dẫn bởi Sabrina Adamoli, Andrea DI Nicola, Ernesto U Savona, Paoli Zoffi, tldd, tr.20;

Ở Việt Nam, tổ chức tội phạm cũng được nhiều tác giả quan tâm nghiên cứu. Một số khái niệm đã được xây dựng. Theo Trần Quang Tiệp, *tổ chức tội phạm là một tập hợp người có sự liên kết, phân công, phối hợp hoạt động với nhau do một hoặc một số cá nhân thành lập, điều khiển một cách có kế hoạch nhằm thực hiện một hoặc nhiều tội phạm*²². Tương tự, theo các tác giả Đặng Văn Thực và Lê Xuân Lực, *tổ chức tội phạm là tập hợp một nhóm gồm ít nhất ba người trở lên có tính liên minh, cấu kết chặt chẽ với nhau, hoạt động theo quan hệ chỉ huy - phục tùng, có sự xác định rõ ràng vai trò và mối quan hệ của các thành viên trong nhóm, được hình thành và tồn tại trong một khoảng thời gian nhất định với mục đích thực hiện một hay nhiều tội phạm rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng nhằm thu lợi về tài chính hay vật chất nhất định*²³.

Có thể nói, các khái niệm đều chứa đựng những hạt nhân hợp lý phản ánh bản chất của tổ chức tội phạm. Theo chúng tôi, xây dựng nội hàm khái niệm tổ chức tội phạm có ý nghĩa quan trọng, tạo cơ sở pháp lý đấu tranh đối với loại hình tội phạm này. Nội hàm khái niệm phải vừa phản ánh được bản chất của tổ chức tội phạm, vừa phải phù hợp với pháp luật quốc tế, truyền thống pháp luật quốc gia và quan trọng hơn, tạo điều kiện thuận lợi trên thực tế cho các cơ quan có thẩm quyền đấu tranh phòng ngừa và chống loại hình tội phạm nguy hiểm này. Chúng tôi cho rằng, khái niệm phải chứa đựng các đặc điểm cần thiết sau: (i) về số lượng, tổ chức tội phạm

phải là nhóm từ ba người trở lên; (ii) về thời gian hoạt động, tổ chức tội phạm phải tồn tại trong khoảng thời gian dài hoặc không xác định; (iii) về cơ cấu tổ chức, các thành viên có mối quan hệ phân cấp quản lý tạo điều kiện cho người đứng đầu có thể kiểm soát và điều hành²⁴; (iv) về mục đích, tổ chức tội phạm được thành lập để thực hiện hoạt động phạm tội (trong một số lĩnh vực hoặc loại tội nhất định)²⁵ và theo đuổi mục tiêu lợi nhuận phi pháp và/hoặc quyền lực.

Do đó, tổ chức tội phạm nên được hiểu là “nhóm từ ba người trở lên, có tính liên kết và phân cấp quản lý, thành lập trong một thời gian dài hoặc không xác định, nhằm thực hiện hoạt động phạm tội, qua đó, trực tiếp hay gián tiếp, giành được lợi ích vật chất hoặc lợi ích khác”.

4. Kỹ thuật lập pháp của một số quốc gia về tổ chức tội phạm và hướng hoàn thiện quy định của Bộ luật Hình sự Việt Nam

Hiểu đúng bản chất của khái niệm *tổ chức tội phạm* là bước đầu tiên trong công cuộc phòng ngừa và đấu tranh với loại hình tội phạm này. Có thể nói, đây là khâu hoàn thiện cơ sở lý thuyết về tổ chức tội phạm. Khâu này có ý nghĩa quan trọng đối với giai đoạn tiếp theo - luật pháp hóa quy định về tổ chức tội phạm trong chính sách hình sự.

Về vấn đề này, hiện nay ở nước ta tồn tại hai quan điểm. Quan điểm thứ nhất cho rằng, các quy định của BLHS hiện hành là đủ cơ sở pháp lý cho cơ quan có thẩm quyền giải quyết về mặt thực tế. Các học giả cho rằng, chế định đồng phạm hiện hành với quy định

22 Trần Quang Tiệp, *Một số vấn đề lý luận, thực tiễn về tổ chức tội phạm, tội phạm có tổ chức và phạm tội có tổ chức*, Tạp chí Kiểm sát số 7.2003, tr. 17;

23 Đặng Văn Thực và Lê Xuân Lực, *Tổ chức tội phạm trong BLHS Việt Nam hiện hành*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 02/2014, tr.53;

24 Theo Lê Thị Sơn, *tổ chức tội phạm trước tiên phải là tổ chức theo đúng nghĩa, tức là phải có ba đặc điểm của tổ chức: đặc điểm về thành viên của tổ chức, mục đích và trật tự - kỷ luật của tổ chức*. Xem thêm Lê Thị Sơn, *Tội phạm có tổ chức và việc bổ sung chế định tổ chức tội phạm trong BLHS Việt Nam*, Tạp chí Luật học số 12/2012, tr.49;

25 Chúng tôi cho rằng, không nên liệt kê phạm vi loại và lĩnh vực của tội phạm trong khái niệm tổ chức tội phạm. Việc quy định phạm vi tội phạm liên quan đến tổ chức tội phạm có thể giải quyết trong các điều luật cụ thể;

tình tiết “phạm tội có tổ chức” đã bao hàm trường hợp tổ chức tội phạm²⁶. Chúng tôi nhận thấy quan điểm trên không hợp lý bởi hai lý do. Một là, chế định đồng phạm quy định về hình thức phạm tội với nhiều người tham gia. Tình tiết “phạm tội có tổ chức” thể hiện sự cấu kết chặt chẽ giữa những người đồng phạm. Với bản chất này, các quy định trên chỉ áp dụng gắn liền với một tội phạm cụ thể, không đảm bảo xu hướng tăng cường đấu tranh với loại hình tội phạm cấp độ quốc tế này²⁷. Thứ hai, chính sách hình sự của các quốc gia đều coi trọng tính chủ động phòng ngừa. Nếu sử dụng chế định đồng phạm hiện hành, các cơ quan có thẩm quyền chỉ có thể áp dụng khi tội phạm cụ thể đã xảy ra. Trong khi nếu quy định chế định riêng về tổ chức tội phạm sẽ tạo cơ sở pháp lý đấu tranh ngay từ khi tổ chức được thành lập (nhằm mục đích thực hiện hoạt động phạm tội) mà không cần phải chờ đến khi có tội phạm cụ thể xảy ra.

Quan điểm thứ hai nêu lên sự cần thiết phải quy định bổ sung chế định tổ chức tội phạm hoặc sửa đổi, bổ sung chế định đồng phạm hiện hành²⁸. Đây cũng là quan điểm phổ biến trong pháp luật quốc tế và chính sách hình sự của các quốc gia. Hiện nay, tồn tại hai cách thức quy định về chế định tổ chức tội phạm. Phương thức thứ nhất quy định khái niệm tổ chức tội phạm và đường lối xử lý trong phần chung, đồng thời quy định tội danh thành lập hoặc tham gia tổ chức tội phạm trong phần các tội phạm của

BLHS²⁹. Phương thức thứ hai không quy định khái niệm tổ chức tội phạm trong phần chung mà chỉ quy định tội danh cụ thể trong phần riêng³⁰. Chúng tôi cho rằng, các nhà làm luật Việt Nam nên quy định theo cách thứ nhất. BLHS hiện hành chia làm hai phần, phần chung và phần các tội phạm. Quy định trong phần chung có tính chất bao trùm và có thể áp dụng đối với quy định của phần riêng. Ngược lại, quy định trong phần riêng chỉ áp dụng cho điều luật đó hoặc cho các điều luật thuộc chương đó (Ví dụ, Điều 277 BLHS “Khái niệm tội phạm về chức vụ” quy định chung cho các điều luật cụ thể thuộc chương XXI). Do đó, quy định theo cách thứ nhất vừa phù hợp với kết cấu hiện tại của BLHS Việt Nam, vừa đảm bảo tính khái quát.

Về đường lối xử lý đối với các hành vi liên quan đến tổ chức tội phạm, hầu hết các quốc gia đều thống nhất hình sự hóa đối với hai loại hành vi thành lập và tham gia tổ chức tội phạm³¹. Chúng tôi hoàn toàn đồng ý với quan điểm quy định trách nhiệm hình sự hai loại hành vi này bởi sự cần thiết trong yêu cầu phòng ngừa và đấu tranh kịp thời đối với sự phát triển nhanh chóng của tổ chức tội phạm trên toàn thế giới. Tuy nhiên, như trên đã đề cập, các tổ chức tội phạm hiện nay có xu hướng mở rộng địa bàn và lĩnh vực hoạt động. Do đó, một tổ chức tội phạm sẽ có phạm vi lãnh thổ hoạt động ở các quốc gia hoặc khu vực khác nhau. Ở các quốc gia hay khu vực độc lập này, tổ chức tội phạm phải

26 Xem Điều 20 BLHS Việt Nam năm 1999, sửa đổi, bổ sung năm 2009.

27 Về xu hướng tăng cường đấu tranh chống tội phạm có tổ chức bằng pháp luật hình sự, xem thêm Lê Thị Sơn, *Tội phạm có tổ chức và việc bổ sung chế định tổ chức tội phạm trong BLHS Việt Nam*, Tạp chí Luật học số 12/2012, tr. 54.

28 Xem Nguyễn Ngọc Hòa, *Sửa đổi quy định của BLHS năm 1999 về đồng phạm và vấn đề có liên quan đáp ứng yêu cầu của hội nhập quốc tế*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số chuyên đề về sửa đổi, bổ sung BLHS 1999, tr. 55-58.

29 Xem Điều 35, Điều 210 BLHS Liên bang Nga, Điều 26, Điều 191 và Điều 294 BLHS CHND Trung Hoa, Điều 467.1, 467.11 và 467.12 và 467.13 BLHS Canada.

30 Xem Điều 129 và Điều 129a BLHS Cộng hòa Liên bang Đức, Điều 260 BLHS Thụy Sĩ,

31 Xem các điều luật đã trích dẫn của BLHS Nga, Canada, Trung Hoa, Đức, Thụy Sĩ; Quan điểm sửa đổi BLHS Việt Nam của GS.TS. Nguyễn Ngọc Hòa, Đặng Văn Thực, Lê Xuân Lược trong các tài liệu đã trích dẫn.

thiết lập một cơ cấu tổ chức đủ chặt chẽ và quy mô để thực hiện các hoạt động phạm tội phù hợp ở mức độ nhất định với mục đích chung của “tổ chức mẹ”. Hoạt động của “tổ chức con” có sự độc lập tương đối với “tổ chức mẹ” xuất phát từ sự độc lập nhất định về địa lý và thành viên. Do đó, chúng ta thấy xuất hiện vai trò của người đứng đầu “tổ chức con” trên các lãnh thổ độc lập. Người đứng đầu có vị trí và vai trò rất quan trọng đối với sự thiết lập, sự phát triển của “tổ chức con”. Tuy nhiên, người này không phải là người thành lập tổ chức tội phạm (tổ chức mẹ) nên không thể truy cứu trách nhiệm về hành vi thành lập đối với họ. Ngược lại, nếu áp dụng hành vi tham gia để truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người đứng đầu “tổ chức con”, theo chúng tôi, lại không tương xứng với tính chất của hành vi. Hành vi của người đứng đầu mang bản chất của hành vi điều hành. Tính chất và mức độ nguy hiểm cao hơn nhiều so với hành vi tham gia thông thường³². Do đó, chúng tôi đề xuất nên hình sự hóa hành vi của người điều hành tổ chức tội phạm trên các khu vực, quốc gia độc lập này cùng với hành vi thành lập và tham gia tổ chức tội phạm như quan điểm lập pháp của các quốc gia và học giả ở Việt Nam hiện nay.

Từ những lập luận trên, chúng tôi đề xuất sửa đổi BLHS về tổ chức tội phạm như sau:

Thêm Điều 20a vào sau Điều 20 trong phần chung, quy định về khái niệm tổ chức tội phạm và đường lối xử lý đối với người thành lập, người tham gia tổ chức tội phạm, người điều hành tổ chức tội phạm ở khu vực hoặc quốc gia độc lập (phân nhánh tổ chức tội phạm). Thêm một Điều trong phần các tội phạm quy định về tội danh thành lập, tham

gia tổ chức tội phạm và điều hành phân nhánh tổ chức tội phạm.

Điều 20a. Tổ chức tội phạm

Tổ chức tội phạm là nhóm từ ba người trở lên, có tính liên kết và phân cấp quản lý, thành lập trong một thời gian dài hoặc không xác định, nhằm thực hiện hoạt động phạm tội, qua đó, trực tiếp hay gián tiếp, giành được lợi ích vật chất hoặc lợi ích khác.

Phân nhánh tổ chức tội phạm là tổ chức tội phạm con được thành lập ở khu vực hoặc quốc gia độc lập.

Người thành lập, người tham gia tổ chức tội phạm phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi thành lập hoặc tham gia của mình theo điều ... Bộ luật này. Người thành lập phải chịu trách nhiệm hình sự như người tổ chức về các tội phạm cụ thể mà tổ chức tội phạm đã thực hiện. Người tham gia còn phải chịu trách nhiệm hình sự về tội phạm cụ thể mà tổ chức tội phạm đã thực hiện và họ cũng là người thực hiện hoặc tham gia thực hiện³³.

Người điều hành phân nhánh tổ chức tội phạm ở khu vực hoặc quốc gia độc lập phải chịu trách nhiệm hình sự như người thành lập đối với phân nhánh tổ chức tội phạm đó. Người điều hành phải chịu trách nhiệm hình sự như người tổ chức về các tội phạm cụ thể mà phân nhánh tổ chức tội phạm đã thực hiện.

Điều... Tội thành lập hoặc tham gia tổ chức tội phạm, điều hành phân nhánh tổ chức tội phạm

Người nào thành lập tổ chức tội phạm thì bị phạt tù từ... đến... năm

Người nào điều hành phân nhánh tổ chức tội phạm ở khu vực hoặc quốc gia độc lập thì bị phạt tù từ... đến... năm

Người tham gia tổ chức tội phạm bị phạt tù từ... đến... năm ■

32 Về vấn đề này, có quan điểm cho rằng truy cứu trách nhiệm hình sự người đứng đầu “tổ chức con” như “người tham gia với vai trò như người tổ chức”, xem GS.TS. Nguyễn Ngọc Hòa, *tđđ*, tr. 58.

33 Về quan điểm sửa đổi ở Khoản 2 này, xem thêm Nguyễn Ngọc Hòa, *tđđ*, tr.58.

KIẾN NGHỊ VỀ VẤN ĐỀ TẠM GIAM TRONG BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2003

PHAN THANH TÙNG*

Khoản 2 Điều 20 Hiến pháp năm 2013 quy định “Không ai bị bắt, nếu không có quyết định của Toà án nhân dân, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện kiểm sát nhân dân, trừ trường hợp phạm tội quả tang. Việc bắt, giam giữ người do luật định”. Lần đầu tiên, Hiến pháp năm 2013 khẳng định “việc bắt, giam giữ người do luật định”. Đây là một sự thay đổi khác biệt và rất quan trọng so với Hiến pháp năm 1992¹, thể hiện việc đề cao và tôn trọng quyền con người, chỉ có Quốc hội mới ban hành luật về việc bắt, giam giữ người, các văn bản dưới luật nếu quy định về việc bắt, giam giữ người là trái với Hiến pháp.

Tạm giam là một biện pháp ngăn chặn nghiêm khắc nhất trong các biện pháp ngăn chặn mà Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003 (Bộ luật TTHS) quy định. Bởi lẽ, người bị áp dụng biện pháp tạm giam sẽ bị cách ly xã hội trong một thời gian nhất định, họ bị hạn chế một số quyền công dân... Do vậy, áp dụng đúng đắn biện pháp tạm giam trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử có vai trò hết sức quan trọng. Việc áp dụng biện pháp tạm giam không đúng quy định không chỉ xâm phạm đến quyền bất khả xâm phạm về thân thể, quyền và lợi ích hợp pháp của họ mà còn ảnh hưởng đến việc xây dựng Nhà nước pháp quyền mà Đảng ta đề ra.

Trong quá trình áp dụng biện pháp tạm giam được quy định trong Bộ luật TTHS, chúng tôi nhận thấy vẫn còn những bất cập, cần phải được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với thực tiễn.

1. Chưa có quy định về tạm giam trong trường hợp Hội đồng xét xử trả hồ sơ điều tra bổ sung nhưng lệnh tạm giam đã hết

Điều 177 Bộ luật TTHS quy định về việc áp dụng thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp ngăn chặn như sau “Sau khi nhận hồ sơ vụ án, Thẩm phán được phân công chủ tọa phiên tòa có quyền quyết định việc áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp ngăn chặn, trừ việc áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp tạm giam do Chánh án hoặc Phó Chánh án Tòa án quyết định. Thời hạn tạm giam để chuẩn bị xét xử không được quá thời hạn chuẩn bị xét xử quy định tại Điều 176 của Bộ luật này. Đối với bị cáo đang bị tạm giam mà đến ngày mở phiên tòa, thời hạn tạm giam đã hết, nếu xét thấy cần tiếp tục tạm giam để hoàn thành việc xét xử, thì Tòa án ra lệnh tạm giam cho đến khi kết thúc phiên tòa”.

Tiêu mục 2.3, mục 2 Phần I Nghị quyết số 04/2004/NQ-HĐTP của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn Điều 177 Bộ luật TTHS như sau: “Đối với bị cáo đang bị tạm giam, nếu đến ngày mở phiên tòa hoặc trong quá trình xét xử thời

* **ThS. Toà án nhân dân tỉnh Khánh Hòa.**

1 Điều 71 Hiến pháp năm 1992 quy định “việc bắt và giam giữ người phải đúng pháp luật”.

hạn tạm giam đã hết, thì trước khi thời hạn tạm giam gần hết (thời hạn tạm giam còn lại không quá năm ngày), Thẩm phán được phân công chủ tọa phiên tòa phải đề nghị Chánh án hoặc Phó Chánh án Tòa án ra lệnh tạm giam. Thời hạn tạm giam được tính kể từ ngày tiếp theo ngày tạm giam cuối cùng của lệnh tạm giam trước đó và cho đến khi kết thúc phiên tòa; cụ thể cần ghi: “Thời hạn tạm giam kể từ ngày ... tháng ... năm ... cho đến khi kết thúc phiên tòa sơ thẩm”.

Đây là giải pháp tinh tế để giải quyết vấn đề tạm giam bị cáo khi thời hạn tạm giam (khi đã gia hạn lệnh tạm giam) đã hết, mà vụ án vẫn chưa đưa ra xét xử được và quy định này phù hợp với thực tiễn, khắc phục được khoảng trống về tạm giam bị cáo.

Tuy nhiên, khi áp dụng trong thực tiễn vẫn phát sinh trường hợp: Sau khi đã ra lệnh tạm giam bị cáo cho đến khi kết thúc phiên tòa, Tòa án đã mở phiên tòa để xét xử bị cáo theo quy định, nhưng tại phiên tòa lại phát sinh tình tiết mới. Tình tiết này có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định tội danh của bị cáo mà không thể bổ sung tại phiên tòa được. Do vậy, Hội đồng xét xử (HĐXX) phải trả hồ sơ điều tra bổ sung theo quy định tại Điều 199 Bộ luật TTHS. Vấn đề đặt ra ở đây là lúc này “Lệnh tạm giam cho đến khi kết thúc phiên tòa” có còn hiệu lực hay không? Theo chúng tôi, việc trả hồ sơ điều tra bổ sung của HĐXX được xem là đã kết thúc phiên tòa. Ở đây chúng ta hiểu theo nghĩa là giải quyết xong một vụ án, nghĩa là chấm dứt hoạt động tố tụng của Tòa án để chuyển sang một giai đoạn tố tụng của Viện kiểm sát, mà không hiểu theo nghĩa là bị cáo đã được tuyên án hay chưa.

Như vậy, khi HĐXX ra quyết định yêu cầu điều tra bổ sung thì đương nhiên phiên tòa chấm dứt, cụ thể trong biên bản phiên tòa

thể hiện phiên tòa chấm dứt vào lúc ... giờ ... phút ... ngày ... tháng ... năm. Sau khi phiên tòa chấm dứt, công việc lúc này của Tòa án là chuyển hồ sơ cho Viện kiểm sát để điều tra bổ sung theo yêu cầu của HĐXX. Tuy nhiên, để đưa hồ sơ sang Viện kiểm sát, không phải lúc nào cũng có thể nhanh chóng trong một buổi hoặc một ngày, vì có nhiều vụ án có hàng ngàn bút lục, thậm chí hồ sơ phải chờ cả xe ô tô. Để trả hồ sơ, Thư ký Tòa án (hoặc chuyên viên) phải sắp xếp các bút lục theo đúng quy định để bàn giao cho Viện kiểm sát (công việc này trong nhiều vụ án cũng phải mất nhiều thời gian). Vấn đề đặt ra lúc này là, khi hồ sơ chưa được chuyển giao cho Viện kiểm sát thì bị cáo đang bị tạm giam nhưng lại không có lệnh tạm giam.

Hoặc trường hợp HĐXX trả hồ sơ điều tra bổ sung vụ án cho Viện kiểm sát lại rơi vào chiều ngày thứ sáu, sau khi nhận hồ sơ, Viện kiểm sát không chấp nhận việc trả hồ sơ của Tòa, nên làm ngay công văn và đưa hồ sơ trở lại Tòa án và không ra lệnh tạm giam.

Như vậy, trong cả hai trường hợp trên, bị cáo vẫn bị tạm giam nhưng không có quyết định tạm giam hoặc lệnh tạm giam. Đây là vấn đề bất cập trong thời gian qua và việc giam bị cáo trong các trường hợp này đã vi phạm nguyên tắc tôn trọng và bảo vệ các quyền cơ bản của công dân², vi phạm quy định không ai bị bắt, nếu không có quyết định của Tòa án hoặc phê chuẩn của Viện kiểm sát³.

Để giải quyết các tình huống nêu trên, trong thực tế, một số HĐXX tìm cách xử lý kéo dài thời gian nghị án để thư ký có thời gian sắp xếp hồ sơ (đối với hồ sơ nhiều bút lục) để sau khi HĐXX trả hồ sơ cho Viện kiểm sát thì hồ sơ sẽ được chuyển đi trong ngày. Trường hợp nếu sau khi nghị án, thấy cần phải trả hồ sơ, nhưng rơi vào chiều thứ sáu thì HĐXX sẽ để sang sáng thứ hai tuần

2 Điều 4 BL Bộ luật TTHS năm 2003.

3 Điều 6 BL Bộ luật TTHS năm 2003.

sau mới trả hồ sơ. Nhưng cũng có những HĐXX không linh động trong vấn đề này và nhiều khi gây ra sự mâu thuẫn không đáng có giữa cơ quan Viện kiểm sát và Tòa án.

Vướng mắc về tạm giam nói trên là do Bộ luật TTHS chưa lường trước được tình huống tại phiên tòa HĐXX phải trả hồ sơ điều tra bổ sung nhưng lệnh tạm giam của bị cáo đã hết. Để giải quyết vấn đề này, chúng tôi đề xuất bổ sung vào Điều 177 Bộ luật TTHS như sau:

“Điều 177. Áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp ngăn chặn

Sau khi nhận hồ sơ vụ án, Thẩm phán được phân công chủ tọa phiên tòa có quyền quyết định việc áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp ngăn chặn, trừ việc áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp tạm giam do Chánh án hoặc Phó Chánh án Tòa án quyết định.

Thời hạn tạm giam để chuẩn bị xét xử không được quá thời hạn chuẩn bị xét xử quy định tại Điều 176 của Bộ luật này.

“Trong trường hợp HĐXX trả hồ sơ yêu cầu điều tra bổ sung mà lệnh tạm giam đã hết thì HĐXX ra quyết định tạm giam bị cáo cho đến khi Viện kiểm sát nhận được hồ sơ”.

2. Cần sửa đổi khoản 3 Điều 243 Bộ luật Tố tụng hình sự

Đối với bị cáo đang bị tạm giam mà có kháng cáo, sau khi thụ lý vụ án phúc thẩm, Tòa án ra lệnh tạm giam bị cáo. Thời hạn tạm giam đối với bị cáo không quá 60 ngày đối với Tòa án cấp tỉnh, Tòa án quân sự cấp quân khu và không quá 90 ngày đối với Tòa phúc thẩm Tòa án nhân dân tối cao, Tòa án quân sự trung ương⁴.

Trường hợp đến ngày mở phiên tòa mà hết thời hạn tạm giam nói trên, tại Điều 243 Bộ luật TTHS quy định “Đối với bị cáo đang bị tạm giam mà đến ngày mở phiên tòa thời hạn tạm giam đã hết, nếu xét thấy cần tiếp tục tạm giam để hoàn thành việc xét xử, thì Tòa án ra lệnh tạm giam cho đến khi kết thúc phiên tòa. Đối với bị cáo đang bị tạm giam bị xử phạt tù mà đến ngày kết thúc phiên tòa thời hạn tạm giam đã hết thì HĐXX ra quyết định tạm giam bị cáo để bảo đảm việc thi hành án, trừ trường hợp được quy định tại khoản 4 và khoản 5 Điều 227 của Bộ luật này”⁵.

Trong thực tiễn giải quyết thường xảy ra các trường hợp sau đây:

Trường hợp thứ nhất: Bị cáo không rút kháng cáo, HĐXX mở phiên tòa và xét xử vụ án theo thủ tục chung. Sau khi kết thúc phiên tòa, nếu lệnh tạm giam còn từ 45 ngày trở lên thì HĐXX không phải ra quyết định tạm giam 45 ngày, nếu lệnh tạm giam trước đó còn dưới 45 ngày hoặc lệnh tạm giam hết vào ngày kết thúc phiên tòa phúc thẩm thì HĐXX ra quyết định tạm giam 45 ngày để đảm bảo việc thi hành án⁶, trường hợp này trong quá trình áp dụng không có vướng mắc gì.

Trường hợp thứ hai: Bị cáo rút toàn bộ kháng cáo tại phiên tòa phúc thẩm. HĐXX phúc thẩm ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án, vấn đề vướng mắc là nếu lúc này lệnh tạm giam đã hết hoặc còn lại dưới 5 ngày⁷. Trường hợp này, cách xử lý giữa các HĐXX không giống nhau, có HĐXX ra quyết định tạm giam bị cáo 45 ngày, có HĐXX không ra quyết định tạm giam mà chuyển ngay quyết định đình chỉ giải quyết vụ án cho Tòa án cấp sơ thẩm và đề nghị Tòa án cấp sơ

4 Xem Điều 242, Điều 243 Bộ luật TTHS năm 2003.

5 Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành Nghị quyết số 05/2005/NQ-HĐTP hướng dẫn một số quy định trong phần thứ tư “Xét xử phúc thẩm của Bộ luật TTHS”. Vấn đề áp dụng biện pháp tạm giam quy định tại Điều 243 Bộ luật TTHS được hướng dẫn giống như áp dụng biện pháp tạm giam tại Tòa án cấp sơ thẩm (dẫn chiếu Nghị quyết số 04/2004/NQ-HĐTP).

6 Xem các mẫu Quyết định tạm giam theo Nghị quyết số 03/2004/NQ-HĐTP.

7 Hiện tại, nhiều HĐXX khi bị cáo rút kháng cáo tại phiên tòa nhưng lệnh tạm giam trước đó vẫn còn thì HĐXX không ra lệnh tạm giam, mà gửi quyết định đình chỉ giải quyết vụ án hình sự phúc thẩm cho Tòa án cấp sơ thẩm để ra quyết định thi hành án.

thẩm ra ngay quyết định thi hành án phạt tù đối với bị cáo để không bị khoảng trống về lệnh tạm giam. Có người cho rằng, vì trong khoản 3 Điều 243 Bộ luật TTHS quy định “Đối với bị cáo đang bị tạm giam *bị xử phạt tù* mà đến ngày kết thúc phiên tòa thời hạn tạm giam đã hết thì HĐXX ra quyết định tạm giam bị cáo để bảo đảm việc thi hành án, trừ trường hợp được quy định tại khoản 4 và khoản 5 Điều 227 của Bộ luật này”. Như vậy, khi bị cáo rút kháng cáo, nghĩa là HĐXX phúc thẩm *không xử phạt tù bị cáo* nên không được ra quyết định tạm giam bị cáo và trong Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán hướng dẫn về quyết định tạm giam của HĐXX không có văn bản mẫu quyết định tạm giam cho trường hợp bị cáo rút kháng cáo tại phiên tòa⁸.

Chúng tôi cho rằng, HĐXX ra quyết định tạm giam là đúng theo quy định tại khoản 3 Điều 243 Bộ luật TTHS. Việc ra quyết định tạm giam trong trường hợp này đảm bảo cho việc tạm giam bị cáo đúng pháp luật, tạo thuận lợi cho việc thi hành án. Nếu vì quá căn cứ vào câu chữ của điều luật mà HĐXX không ra quyết định tạm giam bị cáo thì hậu quả có khi rất nghiêm trọng⁹. Tuy nhiên, để đảm bảo cách hiểu thống nhất, khoản 3 Điều 243 Bộ luật TTHS cần phải sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với thực tiễn xét xử.

Ngoài ra, đoạn cuối của khoản 3 Điều 243 Bộ luật TTHS quy định “Thời hạn tạm giam là 45 ngày, kể từ ngày tuyên án”. Quy định này có một số bất cập như sau:

Một là, không phải mọi trường hợp thời hạn chấp hành hình phạt tù của bị cáo (sau khi xét xử phúc thẩm) đều có thời hạn từ 45 ngày trở lên, mà có những trường hợp thời

hạn chấp hành hình phạt tù của bị cáo còn dưới 45 ngày hoặc thậm chí thời hạn chấp hành hình phạt tù hết vào ngày xét xử phúc thẩm. Do vậy, việc quy định thời tạm giam 45 ngày kể từ ngày tuyên án là chưa phù hợp trong một số trường hợp, như đã phân tích¹⁰.

Hai là, không phải vụ án hình sự phúc thẩm nào HĐXX cũng tuyên án, bởi có những vụ án tại phiên tòa bị cáo rút kháng cáo thì HĐXX ra quyết định đình chỉ xét xử vụ án mà không *tuyên án*¹¹. Do đó, quy định thời hạn tạm giam 45 ngày kể từ ngày tuyên án là chưa hoàn toàn phù hợp.

Do vậy, chúng tôi đề xuất sửa đổi khoản 3 Điều 243 Bộ luật TTHS như sau:

“Điều 243. Việc Tòa án cấp phúc thẩm áp dụng, thay đổi hoặc huỷ bỏ biện pháp ngăn chặn

- 1.
- 2.

3. Đối với bị cáo đang bị tạm giam bị xử phạt tù mà đến ngày kết thúc phiên tòa thời hạn tạm giam đã hết *hoặc tại phiên tòa phúc thẩm bị cáo rút kháng cáo* thì HĐXX ra quyết định tạm giam bị cáo để bảo đảm việc thi hành án, trừ trường hợp được quy định tại khoản 4 và khoản 5 Điều 227 của Bộ luật này.

Đối với bị cáo không bị tạm giam, nhưng bị xử phạt tù thì HĐXX có thể ra quyết định bắt tạm giam bị cáo ngay sau khi tuyên án, trừ các trường hợp quy định tại Điều 261 của Bộ luật này.

Thời hạn tạm giam là 45 ngày, kể từ ngày tuyên án, *hoặc kể từ ngày đình chỉ xét xử phúc thẩm, trừ trường hợp thời hạn chấp hành hình phạt tù của bị cáo đã hết hoặc còn lại dưới 45 ngày thì tạm giam theo số ngày còn lại* ■

⁸ *Tlđđ.*

⁹ Nếu không may bị cáo chết trong thời gian này thì việc giải quyết hậu quả là rất phức tạp.

¹⁰ Vấn đề này cũng đã được Nghị quyết số 03/2004/NQ-HĐTP hướng dẫn, tuy nhiên để phù hợp với quy định của Hiến pháp năm 2013 nên vấn đề tạm giam cần phải được quy định trong luật.

¹¹ Điều 226 quy định về tuyên án như sau: Khi tuyên án mọi người trong phòng xử án phải đứng dậy. Chủ tọa phiên tòa hoặc một thành viên khác của HĐXX đọc bản án và sau khi đọc xong có thể giải thích thêm về việc chấp hành bản án và quyền kháng cáo. Nếu bị cáo không biết tiếng Việt thì sau khi tuyên án, người phiên dịch phải đọc lại cho bị cáo nghe toàn bộ bản án sang thứ tiếng mà bị cáo biết.

XỬ LÝ VI PHẠM QUYỀN TÁC GIẢ TRÊN INTERNET BẰNG BIỆN PHÁP HÀNH CHÍNH Ở VIỆT NAM

NGUYỄN THỊ HỒNG NHUNG*

1. Các hành vi vi phạm quyền tác giả trên Internet

1.1. Quyền nhân thân

Pháp luật Việt Nam đã liệt kê một danh sách các quyền nhân thân thể hiện mối quan hệ giữa tác giả với tác phẩm của mình (Điều 19 Luật Sở hữu trí tuệ - SHTT). Có thể tóm tắt chúng trong ba đặc quyền cơ bản gồm quyền đứng tên tác phẩm, quyền công bố tác phẩm và quyền tôn trọng sự toàn vẹn của tác phẩm¹. Các thành tố này của quyền nhân thân chịu sự tác động khác nhau bởi sự phát triển của công nghệ kỹ thuật số và Internet. Một vài đặc quyền sẽ chịu ảnh hưởng nhiều hơn so với một số đặc quyền khác.

Tác động của Internet đến quyền đứng tên tác phẩm²

Việc thực hiện quyền đứng tên tác giả có thể gặp phải những vấn đề khó giải quyết trong môi trường không gian ảo. Trên thực tế, quyền này không phải lúc nào cũng được

tôn trọng. Không giống với việc tôn trọng quyền đứng tên tác giả trong các phương tiện truyền thông như sách, tạp chí hay như CD, việc số hóa các tác phẩm có nguy cơ làm ảnh hưởng không nhỏ đến quyền này bởi khả năng vô tận trong việc in sao lại toàn bộ hoặc một phần tác phẩm cũng như việc lưu trữ các tác phẩm trong một bộ nhớ cứng mà không kèm theo tên tác giả của nó. Và trong trường hợp này, các tác phẩm có thể được công bố và sử dụng bởi nhiều người thông qua Internet mà không biết danh tính chính xác của tác giả. Vì vậy, một câu hỏi đặt ra khi thực hiện quyền đứng tên tác giả là khả năng tác giả có biết được việc có hay không hành vi vi phạm. Bên cạnh đó, tác giả sẽ gặp nhiều khó khăn trong việc đòi lại quyền của mình bởi sẽ rất gian nan trong việc phát hiện hành vi vi phạm trong thế giới ảo khổng lồ. Theo chúng tôi, đó có thể là một trong những nguyên nhân mà các vụ kiện liên quan đến

* **TS. Khoa Luật, Trường ĐH Kinh tế - Luật ĐHQG TP. Hồ Chí Minh.**

1 Trong pháp luật Việt Nam, quyền nhân thân không bao gồm "quyền xem xét lại" hay "quyền rút lại". Đặc quyền này cho phép tác giả đã chuyển nhượng tác phẩm của mình được thay đổi quyết định để rút lại việc chuyển nhượng hoặc sửa đổi nó. Đó là khi một tác giả cảm thấy hối tiếc vì đã công bố tác phẩm mà ông ta cho rằng không hoàn hảo, hoặc là không cho tác phẩm lưu hành vĩnh viễn vì nó không xứng đáng với tài năng của mình. Tuy nhiên, quyền này không được thừa nhận trong Công ước Berne.

2 Quyền đứng tên tác phẩm được quy định tại khoản 1, 2 Điều 19 Luật SHTT.

việc đòi lại quyền đứng tên tác giả trên Internet hiếm khi xuất hiện, mặc dù hành vi xâm phạm tồn tại không ít.

Sự tác động của Internet lên quyền công bố tác phẩm³

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, việc phát tán tác phẩm trên Internet lần đầu tiên sẽ không được xem là hành vi công bố tác phẩm, nhưng được xem là hành vi truyền đạt tác phẩm đến công chúng và rơi vào lĩnh vực quyền tài sản⁴. Bởi lẽ, nếu căn cứ vào câu chữ được quy định trong luật, việc truyền đạt tác phẩm đến công chúng thông qua Internet được gọi là “phát sóng”⁵ và tổ chức thực hiện việc này sẽ được gọi là “tổ chức phát sóng”. Vì vậy, khi một tổ chức phát sóng sử dụng tác phẩm đã công bố hợp pháp để phát sóng và truyền đạt đến công chúng trên Internet thì sẽ không cần sự cho phép của tác giả nhưng phải trả tiền nhuận bút hoặc thù lao cho tác giả (Điều 26 Luật SHTT). Đây là một trường hợp ngoại lệ của quyền tác giả được quy định bởi luật Việt Nam. Và để được như vậy, tác phẩm cần phải được công bố trước dưới một hình thức nào đó, không bao gồm Internet. Tuy nhiên, điều này lại tỏ ra mâu thuẫn với Luật Xuất bản năm 2012. Điều 4 Luật Xuất bản quy định, “Xuất bản là việc tổ chức, khai thác bản thảo, biên tập thành bản mẫu để in và phát hành hoặc để phát hành trực tiếp qua các phương tiện điện tử”. Như vậy, theo nghĩa trên, việc công bố tác phẩm vẫn có thể tiến hành thông qua Internet dưới hình thức xuất bản điện tử.

Mối đe dọa của Internet và công nghệ kỹ thuật số lên quyền tôn trọng sự toàn vẹn của tác phẩm⁶

Một mặt, phải thừa nhận rằng, công nghệ kỹ thuật mới cho phép bảo đảm quyền tôn trọng sự toàn vẹn của tác phẩm: việc số hóa cho phép tác phẩm được sao chép một cách hoàn hảo, và các bản sao không khác biệt với bản gốc là mấy về hình ảnh, màu sắc, âm thanh... Nói khác đi, nhờ công nghệ kỹ thuật mới, sự toàn vẹn của tác phẩm được hoàn thiện một cách tốt hơn. Tuy nhiên, mặt khác, các công nghệ kỹ thuật mới lại có thể bị xem như một nguy cơ đe dọa thực sự đối với quyền này. Chúng ta biết rằng, việc sao chép và tải lên mạng các tác phẩm có thể được thực hiện bởi bất kỳ một người nào có kiến thức bình thường về kỹ thuật tin học, mà không cần phải là một chuyên gia máy tính. Mỗi bộ phận của tác phẩm đều có thể là đối tượng của việc chỉnh sửa cả về nội dung lẫn hình thức, màu sắc hay âm thanh. Và các chỉnh sửa này có thể làm thay đổi đáng kể nhận thức của công chúng về tác phẩm, và do vậy ảnh hưởng đến mong muốn “cái tôi” của tác giả được thể hiện trong tác phẩm của mình. Ngày càng nhiều tác phẩm của nhiều tác giả được xử lý theo nhiều cách khác nhau trên các trang web, có hoặc không có sự đồng ý của tác giả. Tuy nhiên, theo các quy định hiện nay, tác giả cần phải chứng minh thiệt hại về danh dự hoặc uy tín, nhân phẩm mà mình phải gánh chịu do những sự chỉnh sửa không được sự chấp thuận này.

3 Quyền công bố tác phẩm được quy định tại khoản 3 Điều 19 Luật SHTT.

4 Khoản 2 Điều 22 và khoản 4 Điều 23 Nghị định số 100/2006/NĐ-CP ngày 21/9/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật Dân sự và Luật SHTT về quyền tác giả và quyền liên quan.

5 Khoản 11 Điều 4 Luật SHTT Việt Nam quy định: “Phát sóng là việc truyền âm thanh hoặc hình ảnh hoặc cả âm thanh và hình ảnh của tác phẩm, cuộc biểu diễn, bản ghi âm, ghi hình, chương trình phát sóng đến công chúng bằng phương tiện vô tuyến hoặc hữu tuyến, bao gồm cả việc truyền qua vệ tinh để công chúng có thể tiếp nhận được tại địa điểm và thời gian do chính họ lựa chọn”.

6 Quyền tôn trọng sự toàn vẹn của tác phẩm được quy định tại khoản 4 Điều 19 Luật SHTT.

1.2. Quyền tài sản

Điều 20 Luật SHTT Việt Nam đã liệt kê các quyền tài sản của tác giả hoặc các chủ sở hữu quyền tác giả được bảo vệ. Quyền tài sản gồm các quyền sao chép tác phẩm, quyền truyền đạt tác phẩm đến công chúng (theo nghĩa rộng), quyền phân phối và quyền cho thuê. Những quyền này được thừa nhận như những độc quyền của tác giả hoặc các chủ sở hữu quyền tác giả đối với tác phẩm của mình (khoản 2 Điều 20 Luật SHTT). Và về nguyên tắc, bất kỳ sự khai thác nào đối với một tác phẩm đều đòi hỏi phải có sự cho phép của tác giả hoặc chủ sở hữu quyền tác giả.

Quyền sao chép tác phẩm⁷ trong thời đại kỹ thuật số và Internet

Ngày nay, người tiêu dùng được cung cấp ngày càng nhiều thiết bị máy móc kỹ thuật số để có thể thực hiện việc sao chép, đến mức việc số hóa được xem là một thách thức pháp lý đối với quyền tác giả. Việc lưu trữ các thông tin được số hóa trên bộ nhớ máy tính hoặc trên một trang web trực tuyến vừa hoàn hảo vừa có khả năng “sinh sản vô tận”. Theo quy định của pháp luật, việc số hóa một tác phẩm được xem là việc sao chép tác phẩm và điều này cho phép mang lại lợi ích về tài sản cho tác giả. Về nguyên tắc, mọi việc sao chép tác phẩm phải có sự đồng ý của chủ sở hữu quyền tác giả. Tuy nhiên, có hai trường hợp ngoại lệ được quy định trong luật của Việt Nam, nghĩa là được sử dụng tác

phẩm mà không cần xin phép tác giả hay chủ sở hữu quyền tác giả (Điều 25 và 26 Luật SHTT), đó là, việc sao chép được sử dụng cho mục đích cá nhân không cần phải có sự cho phép của tác giả (Điều 25 Luật SHTT). Khi việc lưu trữ được thực hiện trên một trang web có thể được truy cập bởi công chúng lại là trường hợp khác. Nói cách khác, việc lưu trữ một tác phẩm được số hóa trên trang web trực tuyến không thuộc các trường hợp ngoại lệ của quyền tác giả. Điều này có nghĩa là cần phải có sự đồng ý của tác giả hoặc chủ sở hữu quyền tác giả để có thể sao chép tác phẩm lên trang web⁸.

Quyền truyền đạt tác phẩm đến công chúng⁹ dưới ảnh hưởng của kỹ thuật số và Internet

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, việc số hóa hay việc lưu trữ một tác phẩm trên một trang chủ trực tuyến sẽ cấu thành hành vi sao chép tác phẩm. Việc đưa tác phẩm này đến những người sử dụng Internet được xem là hành vi truyền đạt tác phẩm đến công chúng, bởi lẽ thông qua các trang web trực tuyến, tác phẩm có thể được truy cập trên toàn thế giới. Để tránh mọi tranh chấp pháp lý có khả năng xảy ra trước sự phát triển của công nghệ thông tin và truyền thông, Tổ chức SHTT thế giới (WIPO) đã ban hành một Hiệp ước quốc tế liên quan đến việc sửa đổi Công ước Berne nhằm đưa ra những nguyên tắc quốc tế mới và giải thích

7 Xem: Điều 20 Luật SHTT; khoản 8, 10 Điều 4 Luật SHTT.

8 Khoảng năm 2004, thế giới biết đến vụ kiện giữa "Liên hiệp quốc tế các tổ chức quyền sao chép" (tên viết tắt tiếng Anh là "IFRRO") chống lại Google liên quan đến vấn đề Google thực hiện việc số hóa các tác phẩm văn học trên trang web của mình mà không có sự cho phép của các tác giả. Và tại Việt Nam, theo Trung tâm Quyền tác giả văn học Việt Nam (tên viết tắt tiếng Anh là "VLCC"), có khoảng 4.400 tác phẩm văn học của Việt Nam được số hóa bởi Google. Kể từ năm 2009, Google đã thiết lập các cuộc đàm phán với các tác giả Việt Nam về việc trả thù lao. Nếu không được đồng ý, Google sẽ không có quyền đưa các tác phẩm này lên trang web của mình vào năm 2011 (theo <http://www.thethaovanhoa.vn/173N20090718051256942T133/ky-voi-google-se-khong-mat-quyen-dua-tac-pham-len-cac-website-viet-nam!.htm>; xem thêm http://www.giaothongvantai.com.vn/Desktop.aspx/News/Van-hoa/Ban-quyen_tac_gia_van_hoc-Cac_nha_van_se_dam_phan_voi_Google/; Báo Pháp luật ngày 7/9/2009).

9 Pháp luật Việt Nam về SHTT thừa nhận cho tác giả quyền truyền đạt tác phẩm đến công chúng (theo nghĩa rộng) tại Điều 20 Luật SHTT. Theo đó, quyền «biểu diễn tác phẩm trước công chúng» được xem như một phương thức trình diễn, giới thiệu trực tiếp tác phẩm tới công chúng, còn quyền truyền đạt tác phẩm đến công chúng (theo nghĩa hẹp) được quy định là quyền «truyền đạt tác phẩm đến công chúng bằng phương tiện hữu tuyến, vô tuyến, mạng thông tin điện tử hoặc bất kỳ phương tiện kỹ thuật nào khác».

rõ một vài nguyên tắc hiện có để đưa ra câu trả lời đầy đủ cho các câu hỏi được đặt ra bởi sự phát triển của công nghệ nêu trên¹⁰. Theo Điều 8 Hiệp ước này thì tác giả “được hưởng độc quyền cho phép truyền đạt đến công chúng tác phẩm của họ bằng vô tuyến hay hữu tuyến, bao gồm cả việc đưa tác phẩm của họ đến công chúng theo cách thức mà những thành viên trong xã hội có thể tiếp cận các tác phẩm đó tại địa điểm và thời gian do chính họ lựa chọn”.

Tóm lại, quyền truyền đạt tác phẩm được áp dụng hiển nhiên trong môi trường kỹ thuật số, nơi mà khán giả không ở trước một sân khấu hay trong một nhà hát mà là trước màn hình của máy tính. Tuy nhiên, trên thực tế, quyền tài sản này của tác giả phải gánh chịu ngày càng nhiều thiệt hại dưới tác động của công nghệ kỹ thuật số và Internet. Mọi người đều biết rằng, Internet cho phép truyền đạt tác phẩm đến công chúng một cách dễ dàng dù ở bất kỳ nơi đâu với điều kiện có hợp đồng thuê bao với nhà cung cấp dịch vụ Internet. Trên một số trang web, chúng ta có thể nhập từ khóa thông qua công cụ tìm kiếm và sau đó xuất hiện tất cả các loại tác phẩm đã sẵn sàng để được sử dụng mà không có sự cho phép của tác giả hay phải trả tiền¹¹. Phải nói rằng, việc làm này có thể gây ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường tác phẩm, và nói cách khác là gây thiệt hại nghiêm trọng đến lợi ích hợp pháp của tác giả¹². Hơn nữa, việc số hóa và sau đó là đưa tác phẩm lên

trang web Internet bất hợp pháp cũng ảnh hưởng đến chất lượng đích thực của tác phẩm do có thể có sai sót trong việc tải hình ảnh và nội dung của tác phẩm¹³.

Quyền phân phối tác phẩm¹⁴ dưới ảnh hưởng của Internet

Pháp luật Việt Nam quy định, tác giả được hưởng độc quyền thực hiện hoặc cho phép người thứ ba phân phối tác phẩm của mình bằng bất kỳ hình thức hoặc phương tiện kỹ thuật nào¹⁵, có nghĩa là bao gồm việc truyền tải các bản sao của tác phẩm qua mạng Internet. Tuy nhiên, việc truyền tải này có thể gây ra ảnh hưởng đáng kể đến lợi ích tài chính của tác giả, vì nếu đi đến tận cùng của vấn đề, có thể thấy hành vi này gây ra sự tác động trực tiếp lên quyền sao chép tác phẩm và quyền truyền đạt tác phẩm đến công chúng của tác giả do việc phân phối ở đây không liên quan đến các phương tiện vật chất mà là phương tiện kỹ thuật số.

Quyền cho thuê tác phẩm¹⁶ trong môi trường kỹ thuật số

Việc truyền tin hiệu qua Internet các tác phẩm điện ảnh và chương trình máy tính trên thực tế có cùng vai trò và dẫn đến kết quả tương tự như việc cho thuê các phương tiện vật chất như đĩa CD, VCD hay DVD... Đã không có sự khác biệt thực sự giữa việc cho thuê các phương tiện vật chất truyền thống trong một cửa hàng với việc cho thuê phi vật chất trên mạng bởi vì với hai phương thức trên, chúng ta cũng chỉ có thể sử dụng tác

10 Xem Lời nói đầu của Hiệp ước về quyền tác giả của Tổ chức SHTT thế giới (WIPO), tại Genève, ngày 2-20/12/1996.

11 <http://vlcc.org.vn/modules.php?name=News&op=viewst&sid=39>.

12 <http://vietbao.vn/Vi-tinh-Vien-thong/Ban-quyen-cho-tac-pham-am-nhac-Viet-Nam-tren-Internet/20583069/217/>

13 <http://vlcc.org.vn/modules.php?name=News&op=viewst&sid=39>

14 Xem Điều 20 Luật SHTT.

15 Khoản 3 Điều 23 Nghị định số 100/2006/ND-CP ngày 21/9/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật Dân sự và Luật SHTT về quyền tác giả và quyền liên quan: “Quyền phân phối bản gốc hoặc bản sao tác phẩm... là quyền của chủ sở hữu quyền tác giả độc quyền thực hiện hoặc cho phép người khác thực hiện bằng bất kỳ hình thức, phương tiện kỹ thuật nào mà công chúng có thể tiếp cận được để bán, cho thuê hoặc các hình thức chuyển nhượng khác bản gốc hoặc bản sao tác phẩm”.

16 Điểm e, khoản 1 Điều 20 Luật SHTT.

phẩm trong một thời hạn xác định¹⁷. Cũng cần bổ sung thêm rằng, đối với việc cho thuê vật thể thông qua Internet, có thể thấy loại tác phẩm thường xuyên nhất là các chương trình máy tính. Thật vậy, một chương trình máy tính được đặt trên mạng Internet và có thể được tìm thấy trong bộ nhớ của máy tính của người sử dụng nhờ vào cơ chế tải xuống (download). Nghĩa vụ trả chi phí để sử dụng có thời hạn chương trình được tải xuống được quy định khác nhau trong các hệ thống pháp luật khác nhau. Luật của Pháp quy định một cách rõ ràng rằng, tác giả của chương trình máy tính được hưởng quyền cho thuê hoặc cho phép việc cho thuê có tính chất đền bù hoặc không dưới bất kỳ phương thức nào (Điều L.122-6, 3° Bộ luật SHTT Pháp). Trong khi đó pháp luật Việt Nam quy định bên thuê có trách nhiệm thực hiện việc thanh toán cho chủ sở hữu quyền tác giả (khoản 3 Điều 20 Luật SHTT). Mặc dù có các quy định như vậy, nhưng việc vi phạm quyền cho thuê của tác giả, ví dụ như việc sử dụng mã tương tự cho nhiều máy tính hay việc kéo dài thời hạn sử dụng các chương trình phần mềm cũng xảy ra khá phổ biến ở Việt Nam, nhờ vào kỹ thuật “bẻ khóa”. Và do đó, người thực hiện hành vi vi phạm trong lĩnh vực này thường là các chuyên gia máy tính.

2. Các biện pháp hành chính và thẩm quyền xử lý vi phạm theo quy định của pháp luật Việt Nam

2.1. Các biện pháp xử phạt hành chính

Điều 211 Luật SHTT Việt Nam đã liệt kê một danh sách các hành vi xâm phạm quyền SHTT có thể bị xử phạt hành chính, theo đó những hành vi xâm phạm quyền tác giả được

thực hiện trên Internet cũng nằm trong đối tượng được luật áp dụng. Cụ thể, đó là những hành vi “xâm phạm quyền SHTT gây thiệt hại cho tác giả và những chủ sở hữu quyền” (Khoản 1 Điều 211 Luật SHTT). Tuy nhiên, quy định này còn rất chung chung, do vậy, theo quy định tại khoản 2 Điều 211 Luật SHTT, việc quy định cụ thể về các hành vi xâm phạm quyền SHTT bị xử phạt hành chính được giao cho Chính phủ thực hiện. Theo đó, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 131/2013/NĐ-CP ngày 16/10/2013 về quy định xử phạt vi phạm hành chính về quyền tác giả và quyền liên quan, trong đó có liệt kê các hành vi vi phạm quyền tác giả.

Để xử phạt hành chính những hành vi xâm phạm quyền SHTT, trong đó có quyền tác giả, Điều 214 Luật SHTT Việt Nam quy định hai hình thức xử phạt chính gồm cảnh cáo và phạt tiền. Tuy nhiên, đối với hình thức xử phạt cảnh cáo, Luật SHTT Việt Nam không có bất kỳ quy định đặc thù nào áp dụng riêng cho hành vi xâm phạm quyền tác giả trên Internet. Và trong Nghị định số 131/2013/NĐ-CP, hình thức phạt cảnh cáo cũng không được nhắc đến. Nói cách khác, theo quy định hiện hành, mặc dù Luật SHTT công nhận hình thức phạt cảnh cáo tồn tại, nhưng khi đưa vào áp dụng trên thực tế bởi nghị định của Chính phủ, thì hình thức cảnh cáo không được áp dụng. Còn đối với hình thức phạt tiền, số tiền phạt được quy định tối đa đến 500.000.000 đồng tùy theo tính chất và mức độ nghiêm trọng của hành vi vi phạm¹⁸. Theo chúng tôi, số tiền này không hề nhỏ, nó có tính ngăn ngừa và răn đe hiệu quả trong lĩnh vực quyền tác giả trên Internet. Ngoài

17 Khoản 5 Điều 23 Nghị định số 100/2006/NĐ-CP ngày 21/9/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật Dân sự và Luật SHTT về quyền tác giả và quyền liên quan: «Quyền cho thuê bản gốc hoặc bản sao tác phẩm điện ảnh, chương trình máy tính... do chủ sở hữu quyền tác giả độc quyền thực hiện hoặc cho phép người khác thực hiện việc cho thuê để sử dụng có thời hạn»; Xem Điều 480 Bộ luật Dân sự Việt Nam về cho thuê.

18 Điểm đ khoản 2 Điều 14 Pháp lệnh số 04/2008/UBTVQH12 ngày 2/4/2008 sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh Xử lý vi phạm hành chính; Điều 2 Nghị định số 131/2013/NĐ-CP ngày 16/10/2013 quy định xử phạt vi phạm hành chính về quyền tác giả và quyền liên quan.

ra, bên cạnh những hình thức xử phạt chính, những hình thức xử phạt bổ sung và các biện pháp khắc phục hậu quả cũng được quy định tại Điều 214 Luật SHTT. Nghị định số 131/2013/NĐ-CP cũng đã cụ thể hoá các biện pháp khắc phục hậu quả này, đó là yêu cầu dỡ bỏ những tác phẩm đăng tải trái phép dưới hình thức điện tử trên Internet.

Đối với nhà cung cấp dịch vụ lưu trữ, truyền đưa thông tin, mạng xã hội hoặc trang thông tin điện tử, chúng tôi nhận thấy, những chủ thể này có thể bị xem xét trách nhiệm hành chính cho những hành vi vi phạm của mình liên quan đến quyền tác giả theo quy định của Nghị định số 174/2013/NĐ-CP ngày 13/11/2013 của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, công nghệ thông tin và tần số vô tuyến điện. Cụ thể, đó là những hành vi cung cấp đường dẫn đến trang thông tin điện tử có nội dung vi phạm quy định của pháp luật (Điểm b, khoản 1 Điều 64 Nghị định số 174/2013/NĐ-CP), hành vi không thực hiện việc ngăn chặn, loại bỏ thông tin vi phạm quy định pháp luật khi có yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền (Điểm đ, khoản 4 Điều 65 Nghị định số 174/2013/NĐ-CP), hành vi không chấm dứt việc cho thuê chỗ lưu trữ thông tin hay không chấm dứt cung cấp công cụ tìm kiếm đến các nguồn thông tin vi phạm trong trường hợp tự mình phát hiện hoặc theo thông báo của cơ quan có thẩm quyền (Điểm a, b khoản 2 Điều 66 Nghị định số 174/2013/NĐ-CP)... Để xử lý những hành vi vi phạm trên, Nghị định số 174/2013/NĐ-CP chỉ quy định một loại hình thức xử phạt chính, đó là phạt tiền kèm theo đó là các hình thức xử phạt bổ sung. Theo chúng tôi, cách quy định như vậy làm tăng tính răn đe như đã được trình bày ở trên, nhưng đồng thời cũng đã làm vô hiệu hóa hình thức xử phạt cảnh cáo được pháp luật thừa nhận rộng rãi trong xử lý vi phạm hành chính.

2.2. Thẩm quyền xử phạt

Theo quy định hiện hành, có nhiều cơ quan được trao cho thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính. Theo đó, cơ quan có thẩm quyền xử phạt những hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực Internet (theo Nghị định số 174/2013/NĐ-CP) bao gồm thanh tra chuyên ngành, chủ tịch ủy ban nhân dân các cấp, công an nhân dân, bộ đội biên phòng, cảnh sát biển, hải quan, cơ quan thuế, cơ quan quản lý thị trường. Trong lĩnh vực quyền tác giả, hầu hết các cơ quan này cũng đều có thẩm quyền xử lý vi phạm (Nghị định số 131/2013/NĐ-CP). Và như vậy, trong trường hợp một hành vi vi phạm quyền tác giả trên Internet nếu thuộc thẩm quyền xử phạt của nhiều cơ quan thì việc xử phạt sẽ do cơ quan thụ lý đầu tiên thực hiện.

Theo chúng tôi, việc quy định nhiều cơ quan có thẩm quyền xử phạt, trên lý thuyết, sẽ có lợi là cho phép phát hiện các hành vi vi phạm trong mọi trường hợp, giúp cho việc xử phạt các hành vi vi phạm được thực hiện một cách nhanh chóng và kịp thời. Tuy nhiên, trên thực tế, việc này có thể gây ra một số khó khăn cho việc bảo vệ quyền tác giả trên Internet, do vậy cần có một cơ quan chuyên môn để có thể đưa ra những hình thức xử phạt hợp lý và hiệu quả hơn.

3. Đề xuất một số biện pháp hành chính xử lý vi phạm quyền tác giả đặc thù cho môi trường mạng

Như đã phân tích, pháp luật Việt Nam quy định hai hình thức xử phạt chính trong xử phạt vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm pháp luật nói chung và các hành vi xâm phạm quyền tác giả nói riêng. Tuy nhiên, do tính đặc thù của quyền tác giả trong môi trường kỹ thuật số nên cần phải có những quy định riêng cũng như một cơ chế hiệu quả mới có thể bảo vệ tốt quyền tác giả trên Internet. Hiện nay, tại Việt Nam, chưa có một luật riêng quy định về việc bảo vệ quyền tác giả trên Internet. Ý tưởng về việc

xây dựng luật này là hoàn toàn có cơ sở. Theo tìm hiểu của chúng tôi, Pháp đã ban hành Luật số 2009-669 ngày 12/6/2009 nhằm khuyến khích sự phổ biến và bảo vệ việc sáng tạo trên Internet (gọi tắt là luật Hadopi). Những kinh nghiệm này rất xứng đáng được nghiên cứu và đây cũng là những kiến nghị hoàn thiện pháp luật của chúng tôi liên quan đến các biện pháp xử phạt hành chính vi phạm quyền tác giả trên Internet.

3.1. Thành lập cơ quan hành chính có thẩm quyền độc lập

Luật Hadopi đã thành lập một cơ quan hành chính, cơ quan có thẩm quyền cao nhất trong việc phổ biến các tác phẩm và bảo vệ quyền tác giả trên Internet được gọi tắt là “Hadopi”. Theo Điều L331-12, đây là một cơ quan nhà nước độc lập có tư cách pháp nhân được thành lập để thay thế Cơ quan điều tiết các biện pháp kỹ thuật (ARMT)¹⁹ và là cơ quan duy nhất có nhiệm vụ thực hiện việc giám sát và bảo vệ các quyền tác giả trên Internet. “Hadopi” được cấu thành bởi một Hội đồng và một Ủy ban bảo vệ quyền tác giả (Điều L331-15). Chủ tịch của Hội đồng cũng là chủ tịch của “Hadopi”. Cơ quan này thực hiện nhiều nhiệm vụ (Điều L331-13) như “khuyến khích việc chuyển nhượng quyền tác giả phù hợp với các quy định của pháp luật, giám sát việc sử dụng hợp pháp và bất hợp pháp các tác phẩm” và “bảo vệ các tác phẩm và các nội dung đối với sự xâm phạm các quyền này trên mạng thông tin điện tử”. Hơn nữa, cơ quan này còn có nhiệm vụ “điều tiết và giám sát các biện pháp kỹ thuật nhằm thực hiện việc bảo vệ và xác định các tác phẩm được bảo vệ” bởi quyền tác giả (ví dụ: bằng cách xác định cách thức thực hiện các trường hợp ngoại lệ được luật quy định và nhất là việc xác định số lượng sao chép tối thiểu trong giới hạn cho phép về

việc sao chép riêng tư - Điều L331-39). Với những nhiệm vụ nêu trên, cơ quan này có quyền đề nghị sửa đổi tất cả các văn bản luật hoặc văn bản dưới luật có liên quan đến việc bảo vệ các quyền tác giả đối với các tác phẩm văn học và nghệ thuật.

Ngoài ra, luật này còn quy định “Hadopi” có thẩm quyền giải quyết tất cả các tranh chấp liên quan đến sự hạn chế mà các biện pháp kỹ thuật bảo vệ gây ra cho người có quyền trong những trường hợp ngoại lệ được luật quy định (Điều L331-41). Dựa trên sự tôn trọng quyền của các bên, luật khuyến khích một giải pháp thỏa hiệp (Điều L331-43). Biên bản hòa giải có giá trị bắt buộc thi hành và biên bản này được nộp cho phòng lục sự của Tòa sơ thẩm thẩm quyền hẹp. Tất cả các quyết định trong biên bản hòa giải đều có thể bị kháng cáo. Việc kháng cáo được thực hiện công khai trước Tòa phúc thẩm Paris trên cơ sở tôn trọng những bí mật được pháp luật bảo vệ. Việc không thực hiện các quyết định hay việc không tôn trọng các cam kết trong biên bản hòa giải cũng có thể bị “Hadopi” phạt tiền (Điều L331-7). Luật cũng quy định rằng, cơ quan hành chính này được áp dụng những thủ tục cần thiết để khai thác các thông tin về danh tính, địa chỉ, địa chỉ điện tử và số điện thoại của những người truy cập vào các dịch vụ thông tin liên lạc công cộng trực tuyến trong trường hợp việc truy cập này được sử dụng nhằm mục đích sao chụp, trình diễn, cung cấp hoặc thông tin đến công chúng những tác phẩm được bảo vệ mà không có sự đồng ý của chủ sở hữu quyền (Điều L331-21).

Vì vậy, để bảo vệ quyền tác giả trên Internet, tại Pháp, một cơ quan hành chính được thành lập có nhiệm vụ giám sát việc thi hành các quyền sở hữu tác phẩm văn học nghệ thuật trên Internet. Điều này giúp cho

¹⁹ Cơ quan này đã được thành lập bởi Luật ngày 30/6/2006 về quyền tác giả và các quyền liên quan trong xã hội thông tin (DADVSI).

việc bảo vệ các quyền nói trên được tập trung và hiệu quả hơn. Trong khi đó, tại Việt Nam, việc bảo vệ quyền tác giả không được thực hiện bởi một cơ quan chuyên môn trong lĩnh vực Internet mà được thực hiện bởi nhiều cơ quan nhà nước có thẩm quyền như đã nêu ở trên.

3.2. Giải pháp từng bước

Luật Việt Nam chỉ quy định hai hình thức xử phạt hành chính trong lĩnh vực quyền tác giả trong đó có hình thức phạt cảnh cáo. Tuy nhiên, luật lại không quy định cụ thể cách thức áp dụng hình thức xử phạt này. Hơn thế nữa, trong các nghị định quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực quyền tác giả hay trong lĩnh vực Internet, biện pháp cảnh cáo không được quan tâm đưa vào thực hiện. Vấn đề này có thể làm ảnh hưởng đến quyền lợi chính đáng của người dân, khi họ vô tình thực hiện hành vi vi phạm nhưng lại không có một cơ chế nhắc nhở nào trước khi bị xử phạt với hình thức cao hơn. Trong khi đó ở Pháp, với Luật số 2009-669 ngày 12/6/2009, biện pháp cảnh cáo được quy định rất rõ trong một cơ chế được gọi là “giải pháp từng bước”. Cơ chế này được biết đến lần đầu tiên tại Pháp, và Anh là quốc gia lớn thứ hai ở châu Âu chấp nhận phương pháp này nhằm chống lại sự vi phạm bản quyền trong lĩnh vực Internet.

“Giải pháp từng bước” bao gồm ba giải pháp, trong đó hai giải pháp đầu mang tính phòng ngừa và giải pháp thứ ba có tính chất trấn áp. Đối với hai giải pháp đầu, đầu tiên, một bức thư cảnh cáo điện tử sẽ được gửi đến người có hành vi vi phạm. Kế đến, một văn bản cảnh cáo sẽ được gửi đến bằng thư có bảo đảm. Nếu sau khi “Hadopi” đã gửi những lời cảnh cáo này đến người vi phạm nhưng hành vi vi phạm bản quyền vẫn không chấm dứt thì “Hadopi” có quyền đình chỉ thuê bao của người vi phạm trong thời hạn từ ba tháng đến một năm. Sự đình chỉ có thời hạn thuê bao của người vi phạm sẽ phụ thuộc vào việc cấm đăng ký lại với một nhà cung cấp

dịch vụ Internet khác trong suốt thời gian quy định. Cần lưu ý rằng, biện pháp đình chỉ truy cập Internet có thời hạn này đã gây ra tranh cãi trong suốt thời gian dự thảo luật. Chúng ta biết rằng, một đường truyền Internet thường được sử dụng chung cho nhiều người mà trong đó có nhiều người sử dụng hợp pháp và không có liên quan với hành vi vi phạm. Thế nhưng hành vi bất hợp pháp của một cá nhân có thể dẫn đến hình phạt đình chỉ truy cập Internet không chỉ đối với người vi phạm mà còn đối với các cá nhân khác sử dụng chung một đường truyền Internet. Vì vậy, có thể nói rằng, luật không trừng phạt hành vi vi phạm mà là trừng phạt đường truyền Internet được sử dụng để thực hiện hành vi đó. Có thể thấy, luật này quy định về trách nhiệm đối với hành vi của người khác - một nguyên tắc được thừa nhận trong luật dân sự nhưng bị cấm trong luật hình sự. Bên cạnh đó, người vi phạm phải cam kết với “Hadopi” rằng không tiếp tục thực hiện hành vi vi phạm nữa và thừa nhận mình chính là người đã thực hiện những hành vi bất hợp pháp này. Và lại, theo quy định tại Điều L331-31, người thực hiện hành vi vi phạm sẽ không được miễn việc thanh toán cho nhà cung cấp dịch vụ Internet trong thời gian bị đình chỉ dịch vụ. Đồng thời, thông tin của những người vi phạm bị đình chỉ cũng sẽ được công bố công khai.

Như chúng ta thấy, phương pháp thực hiện của «giải pháp từng bước» là rất rõ ràng và mạnh mẽ. Những giải pháp này được thực hiện bởi cơ quan hành chính có thẩm quyền là «Hadopi» và không có sự can thiệp của các quyết định tư pháp. Theo chúng tôi, điều này giúp cho việc đưa ra các quyết định được nhanh chóng và do đó, việc bảo vệ quyền tác giả sẽ hiệu quả hơn. Có thể thấy đây là vấn đề chưa được thực hiện tốt ở Việt Nam. Tuy nhiên, cũng cần nói thêm rằng, ở Pháp những giải pháp này đã bị Hội đồng bảo hiến Pháp công kích vì nó trái với các quy định trong Hiến pháp đối với việc đình chỉ truy cập In-

ternet không do một cơ quan tư pháp ban hành²⁰. Theo Hội đồng bảo hiến, “sự tự do trao đổi suy nghĩ và quan điểm là một trong những quyền quý giá nhất của con người” và nó được bảo vệ theo quy định tại Điều 11 Tuyên ngôn năm 1789. Quyền này bao gồm quyền tự do tiếp cận các dịch vụ truyền thông trực tuyến công cộng để “tham gia vào đời sống dân chủ và thể hiện những suy nghĩ, quan điểm”. Theo đó, “cơ quan lập pháp không thể ủy thác các quyền (hạn chế hay ngăn cản việc truy cập Internet) cho một cơ quan hành chính vì mục đích bảo vệ các quyền tác giả và các quyền có liên quan”. Do đó, cần phải yêu cầu tòa án quyết định hình phạt.

Trước tình hình đó, để không trái với các quy định của Hiến pháp, biện pháp đình chỉ thuê bao Internet có thời hạn đã được nghiên cứu để chỉnh sửa cho phù hợp. Ngày 8/7/2013, Luật số 2013-596 đã được ban hành nhằm loại bỏ biện pháp trên. Theo Luật này, quy định liên quan đến việc cắt tạm thời thuê bao Internet vi phạm quyền tác giả bị hủy bỏ. Thay vào đó, biện pháp phạt tiền sẽ được áp dụng đối với những hành vi vi phạm do lỗi vô ý. Nghị định cũng hướng dẫn thể thức cung cấp thông tin cần thiết cho phép truy ra danh tính của thuê bao vi phạm. Có thể nói, sự sửa đổi này của luật đã làm chấm dứt vi phạm về quyền tự do thông tin được ghi nhận trong Hiến pháp của Pháp.

3.3. *Áp dụng trách nhiệm cho các chủ sở hữu Hotspot Wifi*

Đối với những khu vực công cộng, hệ thống mạng không dây (wifi) được sử dụng khá phổ biến, điển hình như tại các trường đại học, nhà hàng, thư viện... phục vụ cho nhiều mục đích đa dạng khác nhau, như nghiên cứu, thông tin, liên lạc... Để chống

lại việc vi phạm bản quyền trên Internet, luật Hadopi đã đề cập đến trách nhiệm của các chủ sở hữu mạng wifi. Theo đó, luật yêu cầu những người này phải áp dụng những biện pháp kỹ thuật để ngăn cản việc truy cập vào những trang web chứa các tác phẩm được bảo vệ bằng các công cụ kết nối với bộ lọc.

Hiện nay, ở Pháp tồn tại sự tranh cãi về chủ đề này bởi vì các công cụ lọc không phải luôn luôn tốt²¹. Tuy nhiên theo chúng tôi, giải pháp này có vẻ phù hợp với Việt Nam. Mặc dù việc này không thể giải quyết đối với tất cả các trang web nhưng việc bắt buộc phải áp dụng các biện pháp kỹ thuật để bảo vệ quyền tác giả cũng giúp hạn chế phần nào việc vi phạm. Nhờ vào “bức tường lửa” khổng lồ, các thông tin sẽ được lựa chọn một cách nghiêm khắc phù hợp với các chính sách về bảo vệ quyền tác giả.

*

Có thể thấy, trong lĩnh vực SHTT nói chung, tại Việt Nam, những biện pháp hành chính được sử dụng thường xuyên hơn so với những biện pháp khác như dân sự hay hình sự²². Tuy nhiên, những biện pháp hành chính này cho thấy sự kém hiệu quả trong lĩnh vực quyền tác giả trên Internet do không đáp ứng được với sự thay đổi của thị trường thông tin, nơi mà Internet trở nên ngày càng phổ biến. Còn ở Pháp - một trong những quốc gia rất phát triển trong lĩnh vực bảo vệ quyền SHTT - đã ban hành Luật số 2009-669 ngày 12/6/2009 trong đó quy định những biện pháp hành chính rất mạnh mẽ, cụ thể và điển hình để trừng phạt những hành vi vi phạm thực hiện trên không gian mạng. Đây là điều mà Việt Nam có thể tham khảo để ban hành những quy định hợp lý hơn và phù hợp hơn cho lĩnh vực quyền tác giả trên môi trường mạng ■

20 Hội đồng Bảo hiến: Quyết định số 2009-580 DC ngày 10/6/2009 (<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/2009/decisions-par-date/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>).

21 <http://www.lemagit.fr/article/internet-hadopi/2727/1/hadopi-projet-dangereux-pour-certaines-entreprises-collectivites/>

22 Theo Ông Trần Việt Hùng, Cục trưởng Cục SHTT Việt Nam, tại Hội thảo về “Thực thi quyền SHTT” ngày 30/10/2009 tại TP.Hồ Chí Minh.

BA VẤN ĐỀ VỀ VI PHẠM NGHĨA VỤ HỢP ĐỒNG TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2005: KINH NGHIỆM NHÌN TỪ NHẬT BẢN

NGUYỄN QUỐC VINH*

Bài viết này trình bày 3 vấn đề cần sửa đổi hoặc bổ sung liên quan đến hậu quả vi phạm nghĩa vụ hợp đồng theo Bộ luật dân sự (BLDS) năm 2005 của Việt Nam, bao gồm: (1) Điều kiện để hủy bỏ hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng; (2) Phạm vi bồi thường thiệt hại; và (3) Hậu quả của giao dịch với bên thứ ba khi hợp đồng bị hủy bỏ hoặc đơn phương chấm dứt. Bài viết cũng bình luận các quy định của Dự thảo BLDS sửa đổi (bản lấy ý kiến nhân dân tháng 1/2015) liên quan đến 3 vấn đề nói trên.

1. Điều kiện hủy bỏ hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng

Điều 425 và 426 BLDS Việt Nam (2005) quy định hợp đồng bị hủy bỏ hay đơn phương chấm dứt “nếu các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định”. Hậu quả khi hợp đồng bị hủy bỏ là trở lại vị trí ban đầu trước khi giao kết giữa các bên, hợp đồng được coi như chưa tồn tại. Hậu quả khi hợp đồng bị đơn phương chấm dứt là hợp đồng có hiệu lực đến thời điểm bị đơn phương chấm dứt. Kể từ thời điểm hợp đồng bị chấm

dứt, các bên không có bất kỳ nghĩa vụ hợp đồng tương lai nào với nhau nữa. Bên có lỗi khiến hợp đồng bị hủy bỏ hoặc đơn phương chấm dứt phải bồi thường thiệt hại. Đa phần trong 13 loại hợp đồng điển hình, BLDS quy định những trường hợp nào thì một bên có quyền hủy bỏ hoặc đơn phương chấm dứt thực hiện và dừng lại ở đây.

Cách xây dựng các quy định về hủy bỏ và đơn phương chấm dứt hợp đồng theo BLDS Việt Nam nói trên dẫn đến một hậu quả nghiêm trọng là một hợp đồng có thể sẽ không bao giờ bị (được) hủy bỏ hoặc đơn phương chấm dứt nếu nó nằm ngoài 13 loại hợp đồng điển hình quy định tại BLDS và đồng thời các bên đã quên không thỏa thuận điều kiện để hủy bỏ hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng (như nêu tại ví dụ (a) dưới đây). Ngoài ra, ngay cả trong 13 loại hợp đồng điển hình tại BLDS, BLDS cũng không quy định về điều kiện hủy bỏ hay đơn phương chấm dứt trong một số trường hợp (như nêu tại ví dụ (b) dưới đây). Cuối cùng, mặc dù có quy định về điều kiện hủy bỏ (hay đơn phương chấm dứt), hậu quả hủy bỏ

* TS. Công ty luật Tilleke & Gibbins, Trọng tài viên VIAC. Bài viết thể hiện quan điểm riêng của tác giả.

(hoặc đơn phương chấm dứt) được quy định tại BLDS cũng không hợp lý (như nêu tại ví dụ (c) dưới đây).

Ví dụ (a): Hợp đồng thuê mua tài sản, ví dụ máy móc, phương tiện vận tải. Theo đó, bên thuê sẽ thuê tài sản trong thời gian đầu, sau đó sẽ thực hiện việc mua lại từ bên cho thuê/bên bán. Nếu các bên không thỏa thuận về điều kiện và hậu quả chấm dứt hợp đồng thì quy định nào của BLDS sẽ được áp dụng để chấm dứt hợp đồng thuê mua tài sản nói trên? Hậu quả sẽ là hậu quả khi hợp đồng bị hủy bỏ hay đơn phương chấm dứt?

Ví dụ (b): Hợp đồng vay tiền thành nhiều kỳ giữa hai bên. Theo đó, bên cho vay sẽ cho bên vay vay tiền thành nhiều đợt. Khi đang thực hiện hợp đồng (vẫn còn một số khoản chưa cho vay vì chưa đến hạn), bên cho vay nhận thấy tình hình kinh doanh của bên vay không tốt (lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán với mình và chủ nợ khác). Vì vậy, bên cho vay không muốn cho vay tiếp nữa. Giả sử các bên không có thỏa thuận về điều kiện đơn phương chấm dứt hợp đồng thì bên cho vay có thể sử dụng điều khoản nào của BLDS về hợp đồng vay tài sản để chấm dứt hợp đồng vay?

Ví dụ (c): Bên A cung cấp nguyên liệu thực phẩm cho bên B (kinh doanh khách sạn, nhà hàng) mỗi ngày. Hợp đồng đã được thực

hiện qua một thời gian. Sau đó bên B thấy chất lượng thực phẩm không đúng thỏa thuận và vì vậy đã nhắc nhở bên A. Dù bên A bị nhắc nhở nhưng chất lượng thực phẩm vẫn không được cải thiện. Vì vậy, bên B muốn chấm dứt hợp đồng. Tuy nhiên, Điều 437 BLDS (trách nhiệm giao vật theo đúng chủng loại của hợp đồng mua bán) chỉ cho phép bên A được hủy bỏ hợp đồng (không phải là đơn phương chấm dứt). Vậy quy định này của BLDS có hợp lý?

Khuyến nghị: Pháp luật hợp đồng Nhật Bản có cách tiếp cận khác. Thứ nhất, hợp đồng có thể bị hủy bỏ khi các bên có thỏa thuận hoặc khi có pháp luật quy định.¹ Như vậy, quy định chung này giống như quy định của BLDS Việt Nam khi quy định về cơ sở hủy bỏ và đơn phương chấm dứt hợp đồng. Tuy nhiên, khác với các quy định của BLDS Việt Nam khi các quy định về hủy bỏ và đơn phương chấm dứt chỉ được quy định tại các hợp đồng điển hình. BLDS Nhật Bản quy định một số nguyên tắc chung cho phép hủy bỏ hợp đồng và được áp dụng cho tất cả các loại hợp đồng.² Các nguyên tắc này bao gồm hủy bỏ vì lý do một bên không thực hiện (bao gồm cả việc thực hiện không đúng), chậm thực hiện và không thể thực hiện trái vụ. Như vậy, bất kỳ một hợp đồng nào cũng có thể bị hủy bỏ dựa vào các nguyên tắc trên.

1 Điều 540.1 BLDS Nhật Bản (lần sửa đổi 2006): "Nếu một trong các bên có quyền hủy bỏ hợp đồng theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật thì việc hủy bỏ sẽ được thực hiện bởi hành vi tuyên bố ý chí [của bên hủy bỏ] tới bên kia".

2 Tại các Điều từ 541 - 543 BLDS Nhật Bản. Các Điều luật này quy định như sau:

Điều 541. Hủy bỏ vì lý do không thực hiện:

Nếu một bên không thực hiện trái vụ của mình thì bên kia có quyền định ra một thời hạn hợp lý và yêu cầu bên kia thực hiện [trái vụ trong thời hạn này]. Bên yêu cầu có quyền hủy bỏ hợp đồng nếu bên kia không thực hiện trái vụ trong thời hạn đã định.

Điều 542. Hủy bỏ vì quá hạn:

Căn cứ vào bản chất của hợp đồng hoặc ý chí của các bên, nếu đối tượng của hợp đồng không thể đạt được trừ khi nó được thực hiện tại một thời điểm hoặc trong một thời hạn định trước, thì nếu một bên hợp đồng đã để thời điểm hoặc thời hạn này trôi qua mà không thực hiện trái vụ của mình, bên kia có quyền hủy bỏ hợp đồng ngay lập tức mà không cần đưa ra một thời hạn [bổ sung] nêu tại Điều trên.

Điều 543. Hủy bỏ vì không thể thực hiện:

Nếu việc thực hiện trái vụ trở nên không thể vì lý do bên thụ trái chịu trách nhiệm một phần hoặc toàn bộ, trái chủ có quyền hủy bỏ hợp đồng.

Hậu quả của việc hủy bỏ theo BLDS Nhật Bản là hợp đồng “trở lại vị trí ban đầu” trước khi hợp đồng giao kết (genjo kaifuku hay restitutio in integrum).³ Như vậy, hậu quả này cũng giống hậu quả hủy bỏ theo BLDS Việt Nam.

Tuy nhiên, các học giả và án lệ Nhật Bản thừa nhận rằng nguyên tắc “trở lại vị trí ban đầu” không thích hợp trong nhiều trường hợp. Ví dụ như khi vật đã bán cho người thứ ba hay đối với hợp đồng thuê hay hợp đồng lao động v.v. thì khả năng khôi phục lại tình trạng ban đầu của các bên là không thể. Trong trường hợp này, quan điểm của học giả và Tòa án Nhật Bản là hậu quả “trở lại vị trí ban đầu” chỉ áp dụng cho những trái vụ tương lai. Có nghĩa là kể từ thời điểm hợp đồng bị hủy bỏ, các bên không có nghĩa vụ thực hiện các trái vụ theo hợp đồng kể từ thời điểm này nữa. Lợi ích một bên nhận được phải hoàn trả cho bên kia. Ví dụ như hàng hóa chưa thanh toán, tiền thuê nhà đã ứng ra trước v.v. thì phải hoàn trả cho bên bán hoặc bên đi thuê. Còn những trái vụ trước khi hợp đồng bị hủy bỏ thì tiếp tục được các bên thực hiện cho đến thời điểm hủy bỏ. Ví dụ như

tiền lương lao động, tiền thuê nhà chưa thanh toán thì phải thanh toán. Hậu quả “trở lại vị trí ban đầu cho trái vụ tương lai” này là ngoại lệ của nguyên tắc cơ bản “trở lại vị trí ban đầu” để áp dụng cho loại hợp đồng có tính liên tục (như hợp đồng thuê, mua bán dài kỳ hay hợp đồng lao động v.v.). Nhìn chung, hậu quả “trở lại vị trí ban đầu cho trái vụ tương lai” này giống như hậu quả đơn phương chấm dứt hợp đồng theo BLDS Việt Nam.

Như vậy, theo pháp luật hợp đồng Nhật Bản, nguyên tắc cơ bản của hậu quả hủy bỏ hợp đồng là “trở lại vị trí ban đầu”. Tuy nhiên, nếu bản chất của hợp đồng không cho phép, ngoại lệ “trở lại vị trí ban đầu cho trái vụ tương lai” sẽ được áp dụng. Pháp luật hợp đồng Nhật Bản không nhất thiết phân biệt rạch ròi trường hợp nào thì được áp dụng hậu quả “hủy bỏ” và trường hợp nào thì được áp dụng hậu quả “đơn phương chấm dứt hợp đồng” theo cách tiếp cận của BLDS Việt Nam.

Lập theo bảng, chúng ta có những sự khác biệt sau:

TT	Vấn Đề	BLDS Việt Nam	BLDS Nhật Bản
1	Cơ sở hủy bỏ/đơn phương chấm dứt hợp đồng	Quy định cụ thể tại BLDS hoặc luật chuyên ngành	Quy định các nguyên tắc chung cho việc hủy bỏ hợp đồng
2	Hậu quả hủy bỏ/đơn phương chấm dứt	Áp dụng riêng cho mỗi loại hợp đồng, căn cứ theo quy định pháp luật	Quy định một hậu quả chung là “trở lại vị trí ban đầu”. Nếu bản chất hợp đồng không cho phép áp dụng hậu quả chung, sẽ áp dụng ngoại lệ là nguyên tắc “trở lại vị trí ban đầu cho trái vụ tương lai”

³ Điều 545.1 BLDS Nhật Bản. Xem quy định của Điều luật này tại Phần 3 (Giao dịch với người thứ ba khi hợp đồng bị hủy bỏ hoặc đơn phương chấm dứt) dưới đây.

Khi sửa đổi BLDS Việt Nam, nhà làm luật nên cân nhắc áp dụng cách tiếp cận của nhà làm luật Nhật Bản.⁴ Như vậy, nó sẽ giúp tránh được các vấn đề không rõ của pháp luật nêu tại các ví dụ từ (a) - (c) trên. Nếu sửa đổi BLDS Việt Nam theo hướng trên, việc sửa đổi các điều khoản về hủy bỏ và đình chỉ hợp đồng theo Luật Thương mại 2005 cũng là cần thiết.

Cập nhật: Dự thảo BLDS sửa đổi có sửa đổi cơ bản về các quy định về chấm dứt hợp đồng theo BLSD 2005. Cụ thể, khái niệm và hậu quả của trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng (Điều 426 BLDS 2005) đã bị bỏ đi. Thay vào đó, Điều 445 Dự thảo chỉ đề cập trường hợp hợp đồng chấm dứt do bị hủy bỏ (bên cạnh các căn cứ chấm dứt khác mà không có đơn phương chấm dứt). Dự thảo đã bổ sung các Điều 447 – 449, kế thừa cơ bản nội dung của các Điều 541 – 543 BLDS Nhật Bản. Cuối cùng, Điều 452 Dự thảo quy định về khái niệm và hậu quả của việc hủy bỏ hợp đồng với khác biệt cơ bản với quy định tại Điều 425 BLDS 2005. Cụ thể, quy định mới này như sau:

“Điều 452. Hậu quả của việc hủy bỏ hợp đồng

1. Khi hợp đồng bị hủy bỏ thì các bên tham gia được miễn trừ khỏi các nghĩa vụ trong hợp đồng, trừ nghĩa vụ bồi thường thiệt hại.

2. Khi hợp đồng bị hủy bỏ thì hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết và các bên phải hoàn trả cho nhau tài sản đã nhận; nếu không hoàn trả được thì hợp đồng chấm dứt tại thời điểm bên kia nhận được thông báo chấm dứt, các bên không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ. Bên đã thực hiện nghĩa vụ có quyền yêu cầu bên kia thanh

toán. Nếu không hoàn trả được nghĩa vụ bằng hiện vật thì phải trả bằng tiền. Khi cả hai bên đều có nghĩa vụ hoàn trả thì các nghĩa vụ này phải được thực hiện trong cùng một thời điểm, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

3. Bên tham gia hợp đồng có nghĩa vụ hoàn trả lại tiền do hợp đồng bị hủy phải hoàn trả thêm lợi nhuận của số tiền đó tính từ ngày bên đó nhận được tiền. Trường hợp phải hoàn trả lại vật đã nhận thì phải hoàn trả lại cả những nguồn lợi phát sinh từ vật đó.

4. Việc hủy bỏ hợp đồng không được gây ảnh hưởng đến lợi ích của người thứ ba.”

Như trên có thể thấy, Dự thảo đã tiếp thu các quy định của BLDS Nhật Bản bằng cách bổ sung các Điều 447 – 449, quy định về các trường hợp hủy bỏ luật định. Ngoài ra, Khoản 2 Điều 452 Dự thảo đã quy định về hậu quả chung khi hợp đồng bị hủy bỏ là trở lại trạng thái trước khi hợp đồng được giao kết và hậu quả đặc biệt trong trường hợp bản chất hợp đồng không cho phép trở lại trạng thái trước giao kết (dù cách hành văn còn rắc rối và rất cần được viết lại). Cuối cùng, Điều 452 cũng đã quy định về hậu quả pháp lý đối với bên thứ ba khi hợp đồng bị hủy bỏ.

Tuy nhiên, bên cạnh việc sửa đổi tích cực nêu trên, các quy định về hủy bỏ hợp đồng theo Dự thảo cũng còn những điểm không thích hợp. Cụ thể, mặc dù Điều 445 Dự thảo bỏ đi trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng, thuật ngữ này vẫn tiếp tục được sử dụng tại phần các hợp đồng cụ thể của Dự thảo. Ví dụ: Điều 500, 501, 503, 504 về hợp đồng thuê; Điều 512, 515 về hợp đồng thuê khoán; Điều 540, 544 về hợp đồng dịch vụ; Điều 553 về hợp đồng vận chuyên; Điều 569, 574, 575 về hợp đồng gia công;

4 Các nhà làm luật Việt Nam có thể cân nhắc áp dụng cách tiếp cận tương tự tại Phần 3 (Chấm dứt hợp đồng) tại Các Quy tắc của Unidroit về Hợp đồng thương mại quốc tế (phiên bản 2010). Các Quy tắc của Unidroit này có cách tiếp cận tương tự Nhật Bản nhưng cách hành văn sáng sủa hơn các điều luật của BLDS Nhật Bản.

Điều 592 về hợp đồng ủy quyền. Ở đây, nhà làm luật có lẽ đã quên không định nghĩa thế nào là đơn phương chấm dứt và hậu quả của nó!

Ngoài ra, các nhà làm luật đã xây dựng nên một hậu quả có thể đoán trước là rất tai hại khi hợp đồng bị hủy bỏ. Cụ thể, Khoản 3 Điều 452 đã quy định khi hợp đồng bị hủy bỏ, bên có nghĩa vụ hoàn trả phải hoàn trả thêm phần lợi nhuận của số tiền đã nhận hoặc nguồn lợi phát sinh từ vật nếu phần nhận được là vật. Hậu quả này tai hại ở những điểm sau:

Trong trường hợp hợp đồng bị hủy bỏ vì lý do bất khả kháng, quy định này có áp dụng không?

Các bên (và cơ quan giải quyết tranh chấp) sẽ áp dụng cơ sở nào để tính toán phần lợi nhuận từ tài sản đã nhận?

Yêu cầu thanh toán phần lợi nhuận nói trên có độc lập với yêu cầu bồi thường thiệt hại?

Thật ra, quy định tại Khoản 3 Điều 452 nêu trên dường như đã sai với nguyên tắc chung khi một hợp đồng bị chấm dứt theo pháp luật hợp đồng. Cụ thể, nguyên tắc này là khi một bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền chấm dứt (theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật) và yêu cầu bồi thường thiệt hại nếu hành vi vi phạm không phải do sự kiện bất khả kháng hoặc do lỗi của bên bị vi phạm. Nghĩa vụ chứng minh thiệt hại thuộc bên bị vi phạm. Nay, ngoài quy định về bồi thường thiệt hại nêu tại Khoản 1, các nhà làm luật còn xây dựng nên các quy định lủng lờ về nghĩa vụ thanh toán thêm lợi nhuận quy định tại khoản 3 Điều 452!

2. Phạm vi bồi thường thiệt hại

Ví dụ (d): A đồng ý bán cho B một con trâu để B sử dụng trong việc cày bừa. Tuy nhiên, con trâu A bán là một con trâu bị bệnh. Vì bị bệnh nên con trâu chết. Vì con trâu bị chết nên B không cày bừa được. Vì

không thể cày bừa, B không có gì để thu hoạch cho vụ mùa đó. Vì không có gì thu hoạch nên B bị phá sản (vỡ nợ). Vì B phá sản nên con của B bị ốm rồi qua đời mà không được chữa chạy, còn vợ của B thì yêu cầu ly hôn. Theo pháp luật dân sự Việt Nam, A phải bồi thường cho B những thiệt hại nào?

Điều 307 BLDS Việt Nam (trách nhiệm bồi thường thiệt hại) quy định:

“1. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại bao gồm trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất, trách nhiệm bồi thường bù đắp tổn thất về tinh thần.

2. Trách nhiệm bồi thường thiệt hại về vật chất là trách nhiệm bù đắp tổn thất vật chất thực tế, tính được thành tiền do bên vi phạm gây ra, bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút.

3. Người gây thiệt hại về tinh thần cho người khác do xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín của người đó thì ngoài việc chấm dứt hành vi vi phạm, xin lỗi, cải chính công khai còn phải bồi thường một khoản tiền để bù đắp tổn thất về tinh thần cho người bị thiệt hại”.

Theo quy định trên của BLDS Việt Nam thì dường như A sẽ phải thanh toán cho các thiệt hại vật chất cho đến mức B phá sản. Ngoài ra, A còn có thể phải chịu bồi thường tổn thất tinh thần cho B khi con B mất và vợ B đòi ly hôn. Hậu quả này có hợp lý?

Khuyến nghị: Trong vụ án giả định trên, theo các học giả Nhật Bản có hai loại thiệt hại: “thiệt hại thông thường” và “thiệt hại đặc biệt”. Thiệt hại phát sinh thông thường trong vụ án trên bao gồm thiệt hại về con trâu bệnh đã chết vì nó xuất phát từ nguyên nhân giao gia súc bị bệnh của A. A phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho mọi thiệt hại thông thường phát sinh từ hợp đồng mua bán. Thiệt hại thông thường ở đây là con trâu chết và chi phí điều trị (nếu có).

Ngoài thiệt hại thông thường nói trên, từ nguyên nhân A giao gia súc bị bệnh còn gây ra các hậu quả khác mà B phải chịu như việc B phá sản, con mất và vợ ly hôn. Nếu không có nguyên nhân giao gia súc bệnh từ A, B sẽ không phải chịu các hậu quả này. Theo học giả Nhật Bản, quan hệ nhân quả này được gọi là “quan hệ nhân quả đặc biệt”. Hậu quả phá sản, con mất, vợ đòi ly hôn được coi là “thiệt hại đặc biệt”.

Tuy nhiên, trong trường hợp này, các học giả Nhật Bản lý luận rằng dù tồn tại một quan hệ nhân quả giữa nguyên nhân giao gia súc bệnh và các hậu quả nghiêm trọng B phải chịu nêu trên, thì các hậu quả này chỉ là hậu quả ngẫu nhiên mà A không thể dự kiến được tại thời điểm giao gia súc bị bệnh cho B. Bởi vì, nếu B là một người bình thường khác thì khi gia súc của mình bị chết, B đã có thể thuê gia súc của người khác để cày bừa. Như vậy, các thiệt hại tiếp theo đã không xảy ra.

Chi phí cho việc thuê con trâu khác (nếu đã thực hiện) cũng được coi là thiệt hại đặc biệt. Cùng là “thiệt hại đặc biệt” nhưng thiệt hại do việc thuê một con trâu khác khác với thiệt hại phá sản (và con mất, vợ ly hôn) ở chỗ việc thuê con trâu khác A đã có thể biết khi giao gia súc bị bệnh của mình cho B. A phải chịu trách nhiệm vì đã biết hoặc buộc phải biết hậu quả B phải thuê gia súc khác vì việc mình giao gia súc bị bệnh sẽ gây nguy cơ gia súc bị chết và B sẽ không có gia súc để cày bừa như mục đích ban đầu của hợp đồng. Về thiệt hại B bị phá sản (con mất và vợ đòi ly hôn), những thiệt hại này được liệt vào dạng “thiệt hại đặc biệt” nhưng ở đây A không chịu trách nhiệm bồi thường vì A đã không thể dự kiến được những hậu quả này. Chỉ khi nào A đã dự kiến trước được hậu quả

xảy ra (biết hoặc buộc phải biết) thì A mới phải chịu trách nhiệm cho những thiệt hại đó. Thực tế là A không thể biết vì nếu B là người bình thường thì đã đi thuê gia súc khác để giúp cày bừa chứ không chờ đến khi hậu quả cuối cùng xảy ra. Vì thế, A không chịu trách nhiệm cho những thiệt hại đặc biệt (phá sản, con mất và vợ ly hôn) này của B.

Nói tóm lại, cơ sở để xác định thiệt hại là bên vi phạm có biết hoặc buộc phải biết về một hậu quả nào đó xảy ra từ việc mình vi phạm hợp đồng hay không. Triết lý này các học giả Nhật Bản lấy từ vụ án Hadley kiện Baxendale năm 1854 tại Anh.⁵

Kế thừa triết lý xác định phạm vi bồi thường thiệt hại từ vụ Hadley kiện Baxendale nói trên, các nhà làm luật Nhật Bản đã thiết kế quy định về phạm vi bồi thường thiệt hại tại Điều 416 BLDS Nhật Bản như sau:

“1. Yêu cầu bồi thường thiệt hại là yêu cầu người thụ trái bồi thường cho thiệt hại phát sinh thông thường từ việc không thực hiện trái vụ.

2. Trái chủ cũng có quyền phục hồi thiệt hại phát sinh trong các tình huống đặc biệt nếu các bên đương sự (người thụ trái) đã hoặc có thể dự kiến⁶ được tình huống đặc biệt [sẽ phát sinh]”.

Như vậy, các nhà làm luật Việt Nam có thể cân nhắc sửa đổi Điều 307 BLDS Việt Nam theo triết lý và quy định nêu tại Điều 416 BLDS Nhật Bản nói trên. Việc sửa đổi này có thể giúp tách biệt tốt hơn phạm vi bồi thường thiệt hại.

Cập nhật: Điều 385 Dự thảo BLDS sửa đổi (thiệt hại do không thực hiện đúng nghĩa vụ) đã giữ cơ bản nội dung Điều 307 BLDS 2005. Thậm chí, Điều 18 (bồi thường thiệt hại) của Dự thảo còn quy định: “Cá nhân,

5 9 Exch. 341 (1854). Trong các vụ án bồi thường thiệt hại do hành vi sai trái (bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng), đa phần các học giả Nhật Bản chấp nhận học thuyết của Đức rằng phạm vi trách nhiệm bồi thường thiệt hại được xác định bởi quan hệ nhân quả tương xứng (soto ingakankei).

6 Nghĩa là người thụ trái (người có nghĩa vụ) có biết hoặc buộc phải biết về hậu quả có thể xảy ra.

pháp nhân có quyền dân sự bị vi phạm được bồi thường toàn bộ thiệt hại, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác.” Quy định như thế này, có lẽ A phải bồi thường cả thiệt hại tinh thần do vợ B ly hôn trong ví dụ (d) trên!

3. Giao dịch với người thứ ba khi hợp đồng bị hủy bỏ hoặc đơn phương chấm dứt

Ví dụ (e): A bán cho B một chiếc xe ô-tô. Vì là người quen, A đồng ý cho B thanh toán tiền mua xe thành nhiều đợt. B đã thực hiện việc đăng ký xe dưới tên mình. Sau đó, B hoặc (i) bán lại xe cho C; hoặc (ii) cho D thuê; hoặc (iii) thế chấp cho ngân hàng E để vay tiền. Vì B không trả tiền mua xe đúng hạn cho A và xét thấy B không có khả năng thanh toán, A khởi kiện yêu cầu tòa án hủy bỏ hợp đồng mua bán theo thỏa thuận tại hợp đồng. Trong trường hợp này pháp luật Việt Nam sẽ bảo vệ A hay C (trong trường hợp mua lại xe) hay D (trong trường hợp thuê xe) hay E (trong trường hợp nhận thế chấp xe)?

Đối với ví dụ trên, dường như pháp luật dân sự Việt Nam đã không đề cập đến quyền và lợi ích của bên thứ ba khi giao dịch bị hủy bỏ hay đơn phương chấm dứt.⁷ Cũng không rõ phạm vi áp dụng của các Điều 257 và 258 của BLDS Việt Nam có được áp dụng không và nếu áp dụng thì áp dụng thế nào trong các trường hợp này?!⁸

Khuyến nghị: Để bảo vệ tính ổn định của giao dịch nói riêng và ổn định xã hội nói chung, BLDS Nhật Bản đã bảo vệ bên thứ ba



(cả ngay tình lẫn không ngay tình)⁹ khi hợp đồng bị hủy bỏ một cách tuyệt đối. Cụ thể, Điều 545.1 Bộ luật này quy định: “Nếu một bên [hợp đồng] đã thực hiện quyền hủy bỏ [hợp đồng] thì bên kia có trách nhiệm hoàn trả bên hủy bỏ trở lại vị trí ban đầu [trước khi hợp đồng được giao kết]. Tuy nhiên, việc hủy bỏ này không được ảnh hưởng đến các quyền của bên thứ ba”. Như vậy, C (trong trường hợp mua lại xe), D (trong trường hợp thuê xe) và E (trong trường hợp nhận thế chấp xe) sẽ được Tòa án Nhật Bản bảo vệ.

Vấn đề có bảo vệ bên thứ ba khi giao dịch bị hủy bỏ hay không cần được các nhà làm luật Việt Nam nghiên cứu và giải quyết vì đây là vấn đề rất quan trọng và có thể xảy ra trong thực tiễn. Quan điểm của Nhật Bản là một cơ sở để tham khảo. Quan điểm này cũng phù hợp với pháp luật dân sự tiên tiến khi luôn ưu tiên tính ổn định của giao dịch.

Dự thảo BLDS đã bổ sung quy định được khuyến nghị nêu trên tại Khoản 4 Điều 452 ■

7 Điều 138 BLDS Việt Nam có quy định về giao dịch với bên thứ ba trong trường hợp hợp đồng vô hiệu. Tuy nhiên, điều kiện và hậu quả giữa một hợp đồng bị vô hiệu và một hợp đồng bị hủy bỏ là hoàn toàn khác nhau.

8 Điều 257 và 258 BLDS Việt Nam quy định về quyền đòi lại tài sản của chủ sở hữu từ người chiếm hữu ngay tình.

9 Trong trường hợp này, nhà làm luật giả định rằng đa phần bên thứ ba luôn không thể biết các điều kiện và thời điểm để giao dịch trước đó đối với tài sản của mình (giao dịch giữa A và B) có thể bị hủy bỏ bởi các bên. Vì vậy, bên thứ ba phải được bảo vệ tuyệt đối.

THÔNG BÁO

Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp trân trọng thông báo:

Kể từ ngày 15 tháng 4 năm 2015, Bưu điện Trung ương dùng cung cấp đầu số điện thoại (080) tại khu vực Quận Tây Hồ, Thành phố Hà Nội để triển khai ngầm hóa mạng cáp viễn thông. Vì vậy, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp trân trọng thông báo tới Quý cơ quan, đơn vị, các cộng tác viên và bạn đọc của Tạp chí số điện thoại liên lạc mới của Tạp chí như sau (Bắt đầu bằng đầu số 04):

Tổng biên tập	TS. Phạm Văn Hùng	04. 32121203
Phó Tổng biên tập	TS. Nguyễn Hoàng Thanh	04. 32121207
	TS. Lương Minh Tuấn	04. 32121209
Phòng Website	Phùng Khánh Toàn	
Phòng biên tập	Trần Thị Hoa	04. 32121208
	Nguyễn Thị Hồng	
	Nguyễn Anh Phương	
	Phí Thị Thanh Tâm	
Phòng Thư ký tòa soạn	Đặng Thị Khánh Vân - Phó Trưởng phòng Thư ký Tòa soạn	04. 32121206
	Vũ Văn Huân	
Phòng Trị sự	Đỗ Thị Nhị - Trưởng Phòng Trị sự	04. 32121204
	Đoàn Văn Đệ - Thủ quỹ	
	Phạm Thu Hương - Kế toán viên	
Văn thư	Lê Thị Lý	04. 32121201
Phòng Phát hành và Quảng cáo	Nguyễn Thị Thu Cúc - Trưởng Phòng	04. 32121202
Bảo vệ		04. 32121200

Tạp chí rất mong nhận được sự hợp tác và thông cảm.

Trân trọng cảm ơn.

TẠP CHÍ NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP