

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

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



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

Chúc Mừng Năm Mới

Happy New Year

2022



SỐ 01 (449)

THÁNG 01/2022

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

<http://lapphap.vn>

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

Mục lục Số 01/2022

- 3 Thư chúc mừng năm mới của Viện trưởng Viện Nghiên cứu lập pháp

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 4 Bàn về án lệ và việc áp dụng án lệ ở Việt Nam
PGS. TS. Nguyễn Minh Tuấn

- 10 Các nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật
ThS. Vũ Thị Ngọc Dung – ThS. Nguyễn Đức Vũ

- 20 Cảnh báo Miranda: bảo đảm pháp lý cho người bị buộc tội thực hiện quyền im lặng trong giai đoạn điều tra
ThS. Võ Minh Kỳ

CHÍNH SÁCH

- 27 Chính sách về đầu tư kinh doanh trong Luật Đầu tư năm 2020
ThS. Lê Văn Tranh

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 33 Hoàn thiện các quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính đối với các vi phạm về kiểm tra, khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện nghĩa vụ quân sự
TS. Cao Vũ Minh – ThS. Nguyễn Thị Hải Yến

- 40 Hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại thông qua mạng xã hội
TS. Trương Vĩnh Xuân

- 45 Quyền tài sản và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng tín dụng bằng quyền tài sản
ThS. Huỳnh Anh

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 58 Các quy định của pháp luật hình sự Việt Nam hiện hành về hình phạt cấm cư trú và quản chế
TS. Nguyễn Thị Hồng Hạnh

THÔNG TIN LẬP PHÁP

- 63 Quyết định thành lập Hội đồng Biên tập và ban hành Quy chế Tổ chức và hoạt động của Hội đồng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu lập pháp

NCLP



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. LƯƠNG MINH TUẤN

TRỤ SỞ:

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

THIẾT KẾ:

PHẠM VIỆT THÁI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202; 08044732

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CP PHÁT TRIỂN CÔNG NGHỆ
IN NGUYÊN KHANG

GIÁ: 25.000 ĐỒNG

Ảnh bìa: Hanoi Skyline

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

<http://lapphap.vn>

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



Legis No 01/2022

STATE AND LAW

- 4 Discussion of Case Laws and the Application of Case Laws in Vietnam

Prof. Dr. Nguyen Minh Tuan

- 10 Principles of Application of Legal Documents

LLM. Vu Thi Ngoc Dung – LLM. Nguyen Duc Vu

- 20 Miranda Warning: Legal Assurance for the Accused to Exercise the Right to Silence during Investigative Phase

LLM. Vo Minh Ky

POLICY

- 27 Policy on Business Investment in the Law on Investment of 2020

LLM. Le Van Tranh

LEGAL PRACTICE

- 33 Improvements of Legal Regulations on Sanctioning of Administrative Violations of Health Examination and Military Service

Dr. Cao Vu Minh - LLM. Nguyen Thi Hai Yen

- 40 Contract Type for Goods Transaction in Business and Commerce through Social Networks

Dr. Truong Vinh Xuan

- 45 Property Rights and Security for Obligation Performance under Credit Contract with Property Rights

LLM. Huynh Anh

FOREIGN EXPERIENCE

- 58 Current Provisions of Criminal Law of Vietnam on Penalties of Residence Ban and Probation

Dr. Nguyen Thi Hong Hanh

BULLETIN

- 63 Decision on Establishment of Editorial Board and Promulgation of Regulations on Organization and Operation of the Editorial Board of the Journal of Legislative Studies

NCLP

EDITORIAL BOARD:

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

CHIEF EDITOR IN CHARGE:

DR. LUONG MINH TUAN

OFFICE:

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

DESIGN:

PHAM VIET THAI

LICENSE OF PUBLICATION:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202; 08044732

ACCOUNT NUMBER:

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

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY NGUYEN KHANG PRINTING
TECHNOLOGY DEVELOPMENT JOINT STOCK
COMPANY

PRICE: **25.000 VND**

THƯ CHÚC MỪNG NĂM MỚI CỦA VIỆN TRƯỞNG VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

Hà Nội, ngày 01 tháng 01 năm 2022

Các đồng chí thân mến,

Nhân dịp năm mới 2022 và đón Xuân Nhâm Dần, tôi thân ái gửi tới cán bộ, phóng viên, biên tập viên Tạp chí Nghiên cứu lập pháp và các nhà khoa học, các cộng tác viên, bạn đọc trong và ngoài nước của Tạp chí lời chúc sức khỏe và lời chúc mừng tốt đẹp nhất.

Năm 2021 đã đi qua với nhiều dấu ấn đậm nét. Quốc hội thực hiện chuyên giao giữa hai nhiệm kỳ với nhiều đổi mới mạnh mẽ, nhiều quyết sách chưa có tiền lệ, khắc họa đậm nét hình ảnh Quốc hội năng động, đổi mới, gắn bó mật thiết với cử tri, Nhân dân. Cùng với sự đổi mới của Quốc hội, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp - cơ quan báo chí của Viện Nghiên cứu lập pháp cũng đã có một năm kiên trì vượt qua các khó khăn, thử thách, từng ngày đổi mới, phát triển. Các bài viết trên ấn phẩm Tạp chí Nghiên cứu lập pháp luôn bám sát Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội và Ủy ban Thường vụ Quốc hội, tính thông tin, thời sự, phản biện khoa học ngày càng được tăng cường. Tạp chí đã có nhiều đóng góp cho hoạt động của Quốc hội, là nguồn thông tin khoa học tham khảo quan trọng cho công tác lập pháp, giám sát tối cao và quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước, góp phần thiết thực vào việc tuyên truyền, phổ biến chính sách, pháp luật của Đảng và Nhà nước ta.

Bước sang năm mới 2022, là năm có ý nghĩa rất quan trọng, năm bản lề thực hiện Nghị quyết Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII của Đảng và Chương trình hành động của Đảng đoàn Quốc hội, cũng là năm đầu tiên Tạp chí thực hiện theo Quyết định số 170/QĐ-VNCLP của Viện trưởng Viện Nghiên cứu lập pháp quy định về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Tạp chí. Với sứ mệnh mới, mô hình tổ chức mới hoạt động linh hoạt trên nền tảng xuất bản in và điện tử, tôi mong muốn Tạp chí Nghiên cứu lập pháp tiếp tục phát huy các thành tựu đã đạt được; tổ chức nghiên cứu, công bố các kết quả nghiên cứu của các nhà khoa học; tiếp tục tăng cường tính phản biện khoa học, kiến nghị giải pháp cho những vấn đề thực tiễn đã, đang đặt ra, từ đó góp phần thiết thực vào quá trình đổi mới và nâng cao chất lượng hoạt động của Quốc hội, phục vụ công cuộc xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân.

Nhân dịp năm mới, chúc Tạp chí ngày càng lớn mạnh, chúc các cán bộ, phóng viên, biên tập viên và cộng tác viên, bạn đọc của Tạp chí **sức khỏe, hạnh phúc và thành đạt**.

Thân ái!

TS. Nguyễn Văn Hiến
Viện trưởng Viện Nghiên cứu lập pháp

BÀN VỀ ÁN LỆ VÀ VIỆC ÁP DỤNG ÁN LỆ Ở VIỆT NAM

Nguyễn Minh Tuấn

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Án lệ, Nhà nước pháp quyền Việt Nam, tòa án, nguồn pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 09/11/2021
Biên tập : 15/12/2021
Duyệt bài : 18/12/2021

Article Infomation:

Keywords: Case law; the rule of law of Vietnam, the courts, the source of the law.

Article History:

Received : 09 Nov. 2021
Edited : 15 Dec. 2021
Approved : 18 Dec. 2021

Tóm tắt:

Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư, quá trình chuyển đổi số, yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền đã và đang tác động mạnh mẽ tới mọi mặt của đời sống xã hội, trong đó có vấn đề tư duy, nhận thức trong xây dựng và phát triển án lệ. Mặc dù thời gian vừa qua, nhiều án lệ đã được công bố, nhưng việc nhận thức về án lệ, cũng như việc áp dụng án lệ trên thực tế ở nước ta còn rất nhiều bất cập. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích, làm rõ án lệ và vai trò của án lệ trên thực tế ở Việt Nam; những bất cập trong thực tiễn áp dụng án lệ ở Việt Nam và đề xuất giải pháp nâng cao chất lượng, hiệu quả áp dụng án lệ ở Việt Nam.

Abstract:

The fourth industrial revolution, the process of digital transformation and the requirement to develop a rule of law state have been strongly affecting all aspects of social life, including the issues of thoughts and perception in setting and developing the case laws. Although in recent times, several case laws have been published, but the perception of case laws, as well as their application in practice in our country, still has many shortcomings. Within the scope of this article, the author provides an analysis of and clarification of case laws and their role in practice in Vietnam; inadequacies in the practical application of case laws in Vietnam and suggestions for solutions to improve the quality and effectiveness of the application of case laws in Vietnam.

1. Án lệ và vai trò của án lệ trên thực tế ở Việt Nam

Theo quy định của pháp luật dân sự Việt Nam, trong trường hợp không có văn bản quy phạm pháp luật, không có tập quán và không thể áp dụng tương tự pháp luật thì áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ, lẽ công bằng. Cụ thể, Điều 6 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 quy định:

“1. Trường hợp phát sinh quan hệ thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự mà các bên không có thỏa thuận, pháp luật không có quy định và không có tập quán được áp dụng thì áp dụng quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự tương tự.

2. Trường hợp không thể áp dụng tương tự pháp luật theo quy định tại khoản 1 Điều này thì áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này, án lệ, lẽ công bằng”.

Điều 1 Nghị quyết số 03/NQ-HĐTP ngày 28/10/2015 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ quy định: “Án lệ là những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án về một vụ việc cụ thể được Hội đồng Thẩm phán TANDTC lựa chọn và được Chánh án TANDTC công bố là án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử”.

Như vậy, ở Việt Nam, án lệ được vận dụng để giải quyết vụ việc dân sự khi không có văn bản pháp luật cũng như các loại nguồn khác điều chỉnh. Bên cạnh đó, án lệ ở Việt Nam không phải là toàn bộ bản án, quyết định của Tòa án mà chỉ là “*những lập luận, phán quyết trong bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án*”. Đó là những nội dung trong bản án quyết định của Tòa án chứa đựng những lập luận để giải thích những vấn đề, sự kiện pháp lý, chỉ ra nguyên tắc hoặc quy phạm pháp luật cần áp dụng hoặc thể hiện lẽ công bằng đối với những vấn đề chưa có điều luật quy định cụ thể. Theo tiếng La Tinh tương ứng mỗi án lệ có hai phần là “*Ratio decidendi*” (phần lý do để đưa ra quyết định, phần có ý nghĩa bắt buộc) và “*Obiter dicta*” (phần giải thích thêm, phần có ý nghĩa tham khảo). Điều này có nghĩa là, khi áp dụng án lệ, thẩm phán cần tuân thủ trước hết là phần “*Ratio decidendi*” và sau đó là phần “*Obiter dicta*”, chứ không phải là toàn bộ bản án, quyết định¹.

Ở Việt Nam, Hội đồng Thẩm phán TANDTC ban hành Nghị quyết để hướng dẫn việc áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử thông qua tổng kết việc áp dụng pháp luật, giám đốc việc xét xử. Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán TANDTC là một văn bản quy phạm pháp luật. Ví dụ như Nghị quyết số 04/NQ-HĐTP về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ của Hội đồng Thẩm phán TANDTC ngày 18/6/2019 (Nghị quyết số 04).

Theo quy định của Điều 2 Nghị quyết số 04, án lệ được lựa chọn phải đáp ứng các tiêu chí sau đây: *Một là*, có giá trị làm rõ quy định của pháp luật còn có cách hiểu khác nhau, phân tích, giải thích các vấn đề, sự kiện pháp lý và chỉ ra nguyên tắc, đường lối xử lý, quy phạm pháp luật cần áp dụng trong một vụ việc cụ thể hoặc thể hiện lẽ công bằng đối với

những vấn đề chưa có điều luật quy định cụ thể. *Hai là*, có tính chuẩn mực. *Ba là*, có giá trị hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử. Việc thừa nhận án lệ, đưa ra các tiêu chí lựa chọn án lệ là phù hợp với quy định của Điều 4 Bộ luật Tố tụng dân sự (BLTTDS) năm 2015 về việc Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng.

Theo quy định của Điều 8 Nghị quyết số 04, án lệ được nghiên cứu, áp dụng trong xét xử sau 30 ngày kể từ ngày công bố; khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ, bảo đảm những vụ việc có tình huống pháp lý tương tự thì phải được giải quyết như nhau; trường hợp vụ việc có tình huống pháp lý tương tự nhưng Tòa án không áp dụng án lệ thì phải nêu rõ lý do trong bản án, quyết định của Tòa án; trường hợp Tòa án áp dụng án lệ để giải quyết vụ việc thì số, tên án lệ, tình huống pháp lý, giải pháp pháp lý trong án lệ và tình huống pháp lý của vụ việc đang được giải quyết phải được viện dẫn, phân tích trong phần “*Nhận định của Tòa án*”; tùy từng trường hợp cụ thể có thể trích dẫn toàn bộ hoặc một phần nội dung của án lệ để làm rõ quan điểm của Tòa án trong việc xét xử, giải quyết vụ việc tương tự. Chánh án Tòa án nhân dân tối cao ban hành quyết định công bố án lệ đã được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thông qua.

Ở Việt Nam, bản án, quyết định của bất kỳ Tòa án nào cũng có thể trở thành án lệ khi nó thoả mãn được tất cả những tiêu chí cũng như được lựa chọn, công bố theo đúng trình tự, thủ tục luật định. Sự phát triển án lệ đóng vai trò hỗ trợ chứ không xâm phạm hoặc thay thế văn bản quy phạm pháp luật.

Việc áp dụng án lệ trong giải quyết các vụ việc dân sự trong thời gian vừa qua cho thấy những ưu điểm cơ bản như sau:

¹ Nguyễn Bá Bình (Chủ biên), Án lệ và sử dụng án lệ trong đào tạo luật ở Việt Nam hiện nay (Sách chuyên khảo), Nxb. Tư pháp, Hà nội, 2019, tr. 14-19.

Thứ nhất, án lệ chứa đựng quy tắc pháp lý mới, giải pháp pháp lý mới, giải thích những điểm chưa rõ trong các quy phạm pháp luật giúp khắc phục những nhược điểm trong quy định của các văn bản quy phạm pháp luật hiện hành. Thực tế cho thấy, luật thành văn dù được xây dựng cẩn thận và kỹ lưỡng đến đâu cũng không thể dự đoán được hết những tình huống sẽ xảy ra trong tương lai và luôn có những khoảng trống, lỗ hổng, đặc biệt trong lĩnh vực dân sự. Vì vậy, án lệ góp phần bổ sung giúp cho luật thành văn gắn liền với thực tiễn.

Thứ hai, vai trò của án lệ trong hoạt động phát triển pháp luật. Án lệ là sản phẩm của hoạt động xét xử, do toà án tạo lập trong quá trình giải quyết các vụ việc cụ thể, được Nhà nước thừa nhận như khuôn mẫu để giải quyết những vụ việc tương tự về sau. Việc thừa nhận và áp dụng án lệ góp phần lấp “những lỗ hổng” của pháp luật và qua đó có sự phát triển của pháp luật.

Thứ ba, án lệ góp phần bảo đảm thực hiện, bảo vệ quyền con người, quyền công dân và góp phần xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam. Qua hoạt động lấp “những lỗ hổng” của pháp luật, việc áp dụng án lệ trên thực tế góp phần bảo đảm thực hiện, bảo vệ quyền con người, quyền công dân và góp phần xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam. Công dân sẽ không phải gánh chịu bất lợi hay lo sợ vì không có quy phạm pháp luật điều chỉnh khi tham gia vào quan hệ dân sự hợp pháp. Xây dựng án lệ còn là hoạt động nhằm hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam, mà hoàn thiện hệ thống pháp luật đang là một trong những tiêu chí quan trọng cho việc hướng tới xây dựng thành công Nhà nước pháp quyền Việt Nam. Đây là đóng góp to lớn trong việc xây dựng

một nhà nước pháp quyền với quan điểm tất cả vì con người và hướng tới con người.

2. Những bất cập trong thực tiễn áp dụng án lệ ở Việt Nam hiện nay

Qua một thời gian thực hiện, hiện nay vẫn tồn tại những bất cập trong nhận thức về án lệ và những vướng mắc trong thực tiễn áp dụng án lệ ở Việt Nam như sau:

Thứ nhất, số lượng án lệ ở Việt Nam chưa nhiều, chưa đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn xét xử. Hiện nay, chúng ta chỉ có 43 án lệ đã được công bố², con số này còn quá khiêm tốn so với số lượng bản án, quyết định hàng năm của TAND các cấp đã công bố (763.343 bản án)³. Số lượng án lệ quá ít là khó khăn không nhỏ trong việc giải quyết vụ án dân sự trong trường hợp chưa có điều luật để áp dụng. Không những vậy, số lượng án lệ được công bố cũng chỉ tập trung vào lĩnh vực luật dân sự và luật kinh doanh, thương mại chiếm đến 35 án lệ, các lĩnh vực pháp luật khác chiếm số lượng rất ít, cụ thể lĩnh vực luật hình sự chiếm 6 án lệ, lĩnh vực luật hành chính chỉ có 2 án lệ. Do là chế định mới, một số Tòa án chưa quan tâm đúng mức đến việc rà soát, phát hiện các bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật để đề xuất phát triển thành án lệ nên còn chậm trễ trong việc gửi báo cáo kết quả rà soát, phát hiện các bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật để đề xuất phát triển thành án lệ về Tòa án nhân dân tối cao.

Thứ hai, cách thức viện dẫn án lệ trong các bản án, quyết định của Tòa án chưa được thực hiện thống nhất trong phạm vi cả nước. Đa số các thẩm phán viện dẫn án lệ trong phần nhận định của bản án, quyết định. Tuy nhiên, một số Thẩm phán còn viện dẫn án lệ trong phần quyết định của bản án, quyết định. Có tình trạng thẩm phán giải quyết vụ án theo đường lối xét xử

² Theo số liệu cập nhật tháng 11/2021 có 43 án lệ đã được công bố trên website: <http://anle.toaan.gov.vn>, truy cập gần nhất ngày 9/11/2021.

³ Theo số liệu cập nhật tháng 11/2021 có 763.343 bản án đã được công bố trên website: <http://congbobanan.toaan.gov.vn>, truy cập gần nhất ngày 9/11/2021.

trong án lệ nhưng không viện dẫn đến án lệ trong bản án, quyết định của mình⁴.

Thứ ba, hướng dẫn tại Điều 8 Nghị quyết số 04/2019/NQ-HĐTP vẫn còn chưa rõ ràng, dẫn đến nhiều khó khăn trong việc áp dụng. Khoản 2 Điều 8 hướng dẫn: “Khi xét xử, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ, bảo đảm những vụ việc có tình huống pháp lý tương tự thì phải được giải quyết như nhau”. Điều khoản này không có hướng dẫn cụ thể thuật ngữ “tình huống pháp lý tương tự” được hiểu ra sao? Vì chưa có sự hướng dẫn rõ ràng nên các thẩm phán còn lúng túng khi vận dụng. Việc áp dụng “tình huống pháp lý tương tự” còn mang nhiều ý chí chủ quan của thẩm phán. Cũng tại khoản 2 Điều 8 quy định về “Trường hợp vụ việc có tình huống pháp lý tương tự nhưng Tòa án không áp dụng án lệ thì phải nêu rõ lý do trong bản án, quyết định của Tòa án” còn chung chung, chưa thể hiện rõ trường hợp nào thì phải áp dụng án lệ, trường hợp nào thì không áp dụng án lệ; trường hợp Thẩm phán đã viện dẫn cụ thể các quy định của pháp luật là căn cứ để giải quyết vụ án thì có nhất thiết phải áp dụng, viện dẫn án lệ không.

Thứ tư, hiệu lực pháp lý của án lệ còn thấp so với các loại nguồn pháp luật khác gây ra khó khăn trong áp dụng án lệ. Về nguyên tắc, án lệ được áp dụng khi không có văn bản quy phạm pháp luật, không có tập quán và không thể áp dụng tương tự pháp luật. Tuy nhiên, theo Nghị quyết số 04/2019/NQ-HĐTP, Thẩm phán, Hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ để giải quyết các vụ việc tương tự. Trường hợp không áp dụng án lệ thì phải nêu rõ lý do trong bản án, quyết định của Tòa án. Như vậy, trường hợp vụ án vừa có tập quán, vừa có án lệ thì Hội đồng xét xử có bắt buộc phải viện dẫn án lệ hay không? Mặt khác, xét thứ tự thì án lệ được xếp sau áp dụng tương tự pháp luật nhưng khi một vụ việc đã có án lệ nghĩa là đã có giải pháp

pháp lý rõ ràng thì có cần thiết phải áp dụng tương tự pháp luật hay không? Nếu áp dụng tương tự pháp luật thì án lệ sẽ mất đi vai trò và giá trị của nó. Đây cũng là khó khăn trong thực tiễn áp dụng pháp luật⁵.

Thứ năm, Tòa án hiện nay vẫn chưa có thẩm quyền giải thích pháp luật một cách chính thức. Hiến pháp chưa trao quyền chính thức cho Tòa án quyền giải thích pháp luật. Thực tế, khi áp dụng pháp luật, sau khi lựa chọn được quy phạm pháp luật, Tòa án với tính chất là chủ thể tiến hành áp dụng pháp luật phải phân tích, giải thích nội dung, ý nghĩa của chúng để chứng tỏ rằng quy phạm được lựa chọn là phù hợp nhất, đồng thời nội dung quyết định áp dụng pháp luật do mình ban hành là hoàn toàn phù hợp với nội dung, tư tưởng, tinh thần của quy phạm pháp luật được lựa chọn. Đây chính là sự giải thích chính thức. Tuy nhiên, lời giải thích này chỉ mang tính cụ thể, nghĩa là lời giải thích chỉ có ý nghĩa trong chính vụ việc đó, nó không được áp dụng để giải quyết cho vụ việc khác.

3. Một số giải pháp nâng cao chất lượng, hiệu quả áp dụng án lệ ở Việt Nam

Xuất phát từ những bất cập trong nhận thức về án lệ và vướng mắc trong thực tiễn áp dụng về án lệ trong thời gian vừa qua, để nâng cao chất lượng, hiệu quả áp dụng án lệ ở Việt Nam đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam và hội nhập quốc tế, chúng ta cần thực hiện đồng bộ những giải pháp sau:

Thứ nhất, trao quyền nhiều hơn cho Tòa án.

Tư pháp trong Nhà nước pháp quyền phải mạnh, phải độc lập. Muốn vậy, Tòa án phải được trao quyền nhiều hơn. Chúng tôi cho rằng trong tương lai cần cụ thể hóa Điều 119 về cơ chế bảo hiến, trao thẩm quyền này cho Tòa án, đồng thời trao quyền giải thích Hiến pháp và pháp luật chính thức cho Tòa án. Tòa án có mạnh, có độc lập thì mới có thể bảo vệ được

⁴ Học viện Toà án (2018), *Giáo trình Những vấn đề chung về nghề thẩm phán*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr.352.

⁵ *Áp dụng án lệ trong xét xử các vụ án dân sự từ thực tiễn xét xử của Tòa án nhân dân tỉnh Đồng Nai*, <https://tapchitoaan.vn>, truy cập ngày 19/11/2020.

quyền con người, quyền công dân. Tiếp đó, cần cụ thể hóa những điều kiện, cách thức, quy trình, thủ tục giải thích Hiến pháp và pháp luật của Tòa án. Những thẩm quyền này được trao cho Tòa án, cùng với thẩm quyền xây dựng và áp dụng án lệ sẽ thành thể kiềng ba chân, tạo ra một nền tư pháp vững mạnh.

Thứ hai, án lệ cần có hiệu lực pháp lý cao hơn tập quán.

Những án lệ thời gian qua được công bố cho thấy, nhiều giá trị tích cực, trong đó quan trọng nhất là tính cụ thể, rõ ràng, dễ áp dụng. Án lệ có nhiều ưu điểm hơn so với tập quán. Tập quán thường thiếu cụ thể và khó xác định hơn so với án lệ, ngoài ra khi áp dụng tập quán chủ thể áp dụng phải có nghĩa vụ chứng minh sự tồn tại thực sự của tập quán đó. Việc chứng minh này thực tế không dễ dàng. Do vậy, chúng tôi đề xuất cần sửa đổi Điều 5, Điều 6 của Bộ luật Dân sự năm 2015 theo hướng án lệ được ưu tiên áp dụng trước các loại nguồn khác như tập quán và áp dụng pháp luật tương tự.

Thứ ba, cần thống nhất cách hiểu về “tình huống pháp lý tương tự”.

Việc xác định tình huống pháp lý tương tự cần được áp dụng một cách cụ thể, chặt chẽ và có sự hướng dẫn cần thiết. Về điều này, chúng ta có thể học hỏi theo việc áp dụng án lệ của Anh. Nguyên tắc xương sống cho sự tồn tại và phát triển của án lệ ở Anh là Nguyên tắc tiền lệ pháp (stare decisis), có nghĩa là: Hai vụ việc với các tình tiết chính tương tự như nhau sẽ được xét xử như nhau. Đề áp dụng được nguyên tắc này, thẩm phán phải xác định được đâu là tình tiết chính và thế nào là “tương tự”. Để giải quyết được vấn đề này, Tòa án cần có sự giải thích hợp lý bằng những văn bản có giá trị nguyên tắc, là kim chỉ nam cho hoạt động áp dụng chung của thẩm phán.

Thứ tư, việc xây dựng án lệ cần đảm bảo có tính hệ thống.

Trong những năm gần đây, án lệ nhận được sự quan tâm không nhỏ, do vậy số lượng án lệ cũng được tăng lên nhanh. Qua quá trình xét

xử, số lượng án lệ sẽ ngày càng gia tăng, để dễ dàng cho việc tìm kiếm thì ngay từ đầu phải có sự sắp xếp và lưu trữ một cách khoa học các bản án. Có rất nhiều cách để hệ thống lại các bản án lệ lưu trữ theo thời gian xét xử, theo cấp toà, theo loại vụ việc. Tuy nhiên, tác giả đề xuất việc xây dựng án lệ nên phát triển theo giá trị của án lệ thành: Án lệ để áp dụng, án lệ để giải thích luật; ngoài ra còn có thể xây dựng các bản án mẫu để thẩm phán có thể tham khảo.

Giá trị đầu tiên của án lệ là, để áp dụng, lẽ dĩ nhiên, án lệ bổ sung những khiếm khuyết của pháp luật, án lệ có đóng góp rất lớn vào việc tạo nguồn quy phạm cho pháp luật. Trong thực tiễn xét xử hàng ngày, Thẩm phán “gợi ý” cho nhà làm luật về những khiếm khuyết hay những điểm chưa phù hợp của pháp luật, từ đó đề suất các quy phạm mới cần ban hành. Trong xây dựng hệ thống án lệ để áp dụng, án lệ đáp ứng được vai trò tất yếu của mình, đảm bảo đường lối của TANDTC theo Điều 8 Nghị quyết số 04/2019/NQ-HĐTP về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ: khi xét xử thẩm phán, hội thẩm phải nghiên cứu, áp dụng án lệ để giải quyết các vụ việc tương tự, những vụ việc có *tình huống pháp lý tương tự* thì phải được giải quyết như nhau.

Giá trị thứ hai của án lệ là dùng để giải thích pháp luật. Pháp luật được sinh ra để điều chỉnh hoạt động của con người trong mọi mặt của đời sống, nhưng sự phát triển của kinh tế - chính trị - xã hội hết sức đa dạng và pháp luật luôn lỗi thời hơn sự phát triển này một bậc. Do đó, những trường hợp pháp luật quy định không rõ ràng, pháp luật quy định một cách vô lý hay đã bị lạc hậu so với tình hình thực tế mà nhà lập pháp chưa có điều kiện hay vì một lý do nào đó chưa thay thế bằng một quy định mới thì cần có những cách giải thích luật một cách hợp lý. Đây là vai trò giải thích luật của Tòa án thông qua việc xây dựng án lệ.

Ngoài ra, chúng ta có thể xây dựng các bản án mẫu. Án mẫu là những bản án được xây dựng trên những cơ sở pháp luật hết sức chặt chẽ mà trong những tình huống như vậy, khó

có thể đưa ra phán quyết khác được. Do đó, khi có những tình huống tương tự bắt buộc tòa án phải đưa ra các phán quyết tương tự như án mẫu. Một điểm cần lưu ý là, khi bản án được coi là án mẫu thì Tòa án tối cao sẽ chuyển tải đến các Tòa án cấp dưới để làm nguồn tham khảo và các Tòa án cấp dưới coi đó là những “khuôn mẫu” để xét xử những vụ án tương tự.

Thứ năm, nâng cao chất lượng xét xử của Tòa án thông qua việc tích cực công bố các kết quả nghiên cứu về án lệ và đào tạo thẩm phán.

Lâu nay ta chỉ quan tâm một chiều đến việc đưa án lệ vào giảng dạy trong các cơ sở đào tạo. Điều này đúng, nhưng chưa đủ. Chúng tôi cho rằng, ngoài việc đưa án lệ vào giảng dạy trong các cơ sở đào tạo, thì chính những cơ sở đào tạo, cơ sở nghiên cứu cần tích cực đưa các kết quả nghiên cứu của mình về án lệ để phục vụ cho ngành Tòa án. Những nghiên cứu về kinh nghiệm nước ngoài, những bình luận về các án lệ đã công bố, những nghiên cứu về định hướng, chiến lược phát triển ngành Tòa án v.v... sẽ góp phần không nhỏ trong việc nâng cao chất lượng hoạt động xét xử, giúp hoạt động xét xử đảm bảo tính khoa học, tính thực tiễn, cũng như giúp hoạt động đào tạo không xa rời thực tiễn, thoát ly thực tiễn.

Thẩm phán giữ vai trò hết sức quan trọng, đòi hỏi các thẩm phán phải là những người có năng lực chuyên môn vững vàng, có kinh nghiệm với khả năng sáng tạo, độc lập, dám chịu trách nhiệm. Để có được những án lệ có giá trị thì đòi hỏi các thẩm phán phải thực sự có trình độ cao, có khả năng phân tích, đánh giá và đưa ra các phán quyết có chất lượng tốt, từ đó mới có thể xây dựng nên các án lệ có chất lượng cao. Tuy nhiên, thực tế đội ngũ thẩm phán ở Việt Nam hiện nay còn mỏng, chưa thực sự đồng bộ về năng lực và trình độ chuyên môn, vẫn còn một bộ phận cán bộ, Thẩm phán

còn hạn chế về trình độ chuyên môn nghiệp vụ; tinh thần trách nhiệm trong công tác chưa cao, nên ảnh hưởng tới hiệu quả công tác; cá biệt còn có những cán bộ, Thẩm phán có hành vi vi phạm bị xử lý kỷ luật, thậm chí bị truy cứu trách nhiệm hình sự⁶. Trong năm 2020, Tòa án nhân dân tối cao đã nhận được tổng số 58 đơn tố cáo đối với cán bộ, công chức. Ngoài ra, còn có một số đơn nặc danh hoặc mạo danh và theo quy định của pháp luật không phải xem xét, giải quyết. Qua phân loại, xử lý có 42 đơn đủ điều kiện thụ lý để xem xét, giải quyết 16 đơn không đủ điều kiện thụ lý gồm: 05 đơn tố cáo trùng lặp, 05 đơn là đơn tố cáo nhưng có nội dung khiếu nại về tố tụng, 04 đơn nặc danh, 02 đơn lưu theo dõi⁷. Để áp dụng án lệ một cách linh hoạt và đúng quy chế, chúng ta cần xây dựng một mô hình đào tạo Thẩm phán thích hợp, bảo đảm các Thẩm phán có đủ tâm, đủ tầm. Bên cạnh đó, từng bước kéo dài nhiệm kỳ của Thẩm phán nhằm bảo đảm tính độc lập của Thẩm phán khi xét xử.

Tóm lại, xây dựng án lệ và áp dụng án lệ là nhu cầu tất yếu trong hoạt động áp dụng pháp luật ở Việt Nam hiện nay. Tuy đã có những văn bản hướng dẫn sơ khai từ Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2010, nhưng đến năm 2016, nước ta mới có những án lệ đầu tiên. Do thời gian áp dụng án lệ còn ngắn, nên việc áp dụng án lệ vẫn còn nhiều mới mẻ và gặp nhiều khó khăn. Để khắc phục những hạn chế, bất cập, cần trao quyền nhiều hơn cho Tòa án, quan niệm lại về nguồn án lệ trong hệ thống các loại nguồn pháp luật, cụ thể hóa và đồng bộ hóa những quy định còn chưa rõ về án lệ và tiếp tục nâng cao chất lượng xét xử của Tòa án thông qua việc đào tạo thẩm phán, tích cực công bố các kết quả nghiên cứu về án lệ, phục vụ cho ngành Tòa án ■

⁶ Trích Báo cáo số 11/BC-TA của Tòa án nhân dân tối cao ngày 20/3/2013 về việc trả lời chất vấn của đại biểu Quốc hội.

⁷ Trích Báo cáo số 45/BC-TA của Chánh án tòa án nhân dân tối cao ngày 09/10/2020 về công tác giải quyết khiếu nại, tố cáo của tòa án nhân dân năm 2020.

CÁC NGUYÊN TẮC ÁP DỤNG VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

ThS. Vũ Thị Ngọc Dung*

ThS. Nguyễn Đức Vũ**

*Giảng viên Khoa Luật Hành chính – Nhà nước, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

**Thư ký Tòa án, Tòa án nhân dân Quận 11, Thành phố Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Văn bản quy phạm pháp luật, mâu thuẫn giữa các văn bản quy phạm pháp luật.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/07/2021
Biên tập : 23/08/2021
Duyệt bài : 26/08/2021

Article Infomation:

Keywords: Legal documents; the conflicts among legal documents.

Article History:

Received : 14 Jul. 2021
Edited : 23 Aug. 2021
Approved : 26 Aug. 2021

Tóm tắt:

Trong thực tiễn, hiện tượng các văn bản quy phạm pháp luật chồng chéo, mâu thuẫn với nhau vẫn còn tồn tại. Vì vậy, pháp luật hiện hành quy định một số nguyên tắc nhằm giải quyết mâu thuẫn giữa các văn bản quy phạm pháp luật. Tuy nhiên, hiện nay các nguyên tắc này đang dần trở nên bất cập. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả phân tích một số bất cập về các nguyên tắc áp dụng pháp luật và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện.

Abstract:

In practice, there is existence of conflicts among the legal documents. Therefore, the laws always stipulates a number of principles to resolve the conflicts. However, these principles appear inadequacies. Within the scope of this article, the authors provide an analysis of a number of inadequacies in the principles of law application and propose recommendations for further improvements.

Tính thống nhất trong hệ thống pháp luật luôn đòi hỏi các văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) không có sự chồng chéo, mâu thuẫn. Tuy nhiên, trên thực tế, tình trạng mâu thuẫn, chồng chéo giữa các VBQPPL vẫn còn tồn tại, gây khó khăn cho công tác áp dụng pháp luật. Để xử lý vấn đề thực tiễn phát sinh, Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020 (Luật Ban

hành VBQPPL) quy định về nguyên tắc áp dụng VBQPPL như sau:

“1. Văn bản quy phạm pháp luật được áp dụng từ thời điểm bắt đầu có hiệu lực. Văn bản quy phạm pháp luật được áp dụng đối với hành vi xảy ra tại thời điểm mà văn bản đó đang có hiệu lực. Trong trường hợp quy định của văn bản quy phạm pháp luật có hiệu lực trở về trước thì áp dụng theo quy định đó.

2. Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn.

3. Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau.

4. Trong trường hợp văn bản quy phạm pháp luật mới không quy định trách nhiệm pháp lý hoặc quy định trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn đối với hành vi xảy ra, trước ngày văn bản có hiệu lực thì áp dụng văn bản mới.

5. Việc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật trong nước không được cản trở việc thực hiện điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên. Trong trường hợp văn bản quy phạm pháp luật trong nước và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó, trừ Hiến pháp”.

1. Nguyên tắc thời điểm bắt đầu có hiệu lực, hiệu lực trở về trước của văn bản quy phạm pháp luật

Theo quy định của khoản 1 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL, VBQPPL có hiệu lực từ thời điểm nào thì áp dụng pháp luật từ thời điểm đó và VBQPPL sẽ được áp dụng đối với hành vi xảy ra tại thời điểm mà văn bản đó đang có hiệu lực. Ví dụ, việc mua bán nhà diễn ra vào năm 2021 thì áp dụng Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 (có hiệu lực từ ngày 01/01/2017).

Hiệu lực trở về trước là việc dùng quy định của VBQPPL mới áp dụng đối với hành vi xảy ra trước ngày văn bản này có hiệu lực. Hiệu lực trở về trước không được quy định đối với hai trường hợp sau đây: *một là*, quy định trách

nhiệm pháp lý mới đối với hành vi mà vào thời điểm thực hiện hành vi đó pháp luật không quy định trách nhiệm pháp lý; *hai là*, quy định trách nhiệm pháp lý nặng hơn (Điều 152 Luật Ban hành VBQPPL). Về cơ bản, Luật Ban hành VBQPPL kế thừa quy định của Điều 79 Luật Ban hành VBQPPL năm 2008 về hiệu lực trở về trước của VBQPPL và có tiếp thu kinh nghiệm của nhiều nước trên thế giới¹ về vấn đề này. So với Luật Ban hành VBQPPL năm 2008, Luật Ban hành VBQPPL đã làm rõ hơn thế nào là “trường hợp cần thiết”. Đó là các trường hợp: để bảo đảm lợi ích chung của xã hội, thực hiện các quyền, lợi ích của tổ chức, cá nhân được quy định trong luật, nghị quyết của Quốc hội, VBQPPL của cơ quan trung ương mới được quy định hiệu lực trở về trước.

Hiện nay, hiệu lực trở về trước của VBQPPL được vận dụng khá phổ biến trong quan hệ hành chính. Ví dụ, Điều 42 Nghị định số 91/2019/NĐ-CP ngày 19/11/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai quy định: “*Hành vi vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai xảy ra trước ngày Nghị định này có hiệu lực thì hành vi áp dụng quy định về xử phạt vi phạm hành chính đối với trường hợp đã lập biên bản vi phạm nhưng chưa có quyết định xử phạt trước ngày Nghị định này có hiệu lực thì hành vi đó còn trong thời hiệu xử phạt theo quy định tại Nghị định này thì tiếp tục thực hiện xử phạt hành vi vi phạm đó. Việc xử phạt vi phạm hành chính đối với trường hợp này được thực hiện theo quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai có hiệu lực thì hành vi tại thời điểm lập biên bản vi phạm hành chính đó; trường hợp áp dụng Nghị định này để xử phạt có lợi hơn cho đối tượng vi phạm thì thực hiện xử phạt theo Nghị định này*”.

¹ Chúng ta tham khảo kinh nghiệm của nhiều nước như Bulgary, Kyrgyzkistan, Gruzia, Lào,... để quy định về hiệu lực trở về trước của văn bản quy phạm pháp luật (Báo cáo Tổng hợp kết quả nghiên cứu pháp luật về ban hành VBQPPL của nước ngoài năm 2014 của Bộ Tư pháp – Báo cáo nghiên cứu phục vụ cho việc xây dựng Luật Ban hành VBQPPL năm 2015).

Khoản 2 Điều 37 Nghị định số 35/2019/NĐ-CP ngày 25/4/2019 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lâm nghiệp quy định: “*Đối với hành vi vi phạm hành chính về kinh doanh giống cây lâm nghiệp, trong quản lý rừng, phát triển rừng, bảo vệ rừng và quản lý lâm sản xảy ra trước khi Nghị định này có hiệu lực mà sau đó mới bị phát hiện thì áp dụng các quy định có lợi cho tổ chức, cá nhân vi phạm*”.

Tuy nhiên, trong giai đoạn từ năm 2015 đến năm 2018, thực tiễn áp dụng pháp luật hình sự cho thấy những bất cập trong việc áp dụng nguyên tắc hiệu lực trở về trước của VBQPPL, cụ thể:

Ngày 27/11/2015, Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 được ban hành, có hiệu lực thi hành vào ngày 01/7/2016. Theo đó, BLHS năm 1999 hết hiệu lực, dẫn đến Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) ban hành ngày 02/10/2007 hướng dẫn áp dụng một số quy định của BLHS về thời hiệu thi hành bản án, miễn chấp hành hình phạt, giảm thời hạn chấp hành hình phạt hết hiệu lực.

Theo Nghị quyết số 109/2015/QH13 ngày 27/11/2015 của Quốc hội quy định về việc thi hành BLHS năm 2015 (Nghị quyết số 109), “*các quy định khác có lợi cho người phạm tội thì được áp dụng đối với cả những hành vi phạm tội xảy ra trước 0 giờ 00 ngày 01/7/2016*”. Tuy nhiên, BLHS năm 2015 đã bị phát hiện có nhiều sai sót phải sửa đổi, bổ sung gây ra sự khó khăn cho công tác áp dụng pháp luật hình sự.

Ngày 29/6/2016, Quốc hội ban hành Nghị quyết số 144/2016/QH13 về việc lùi hiệu lực thi hành của BLHS năm 2015. Nghị quyết nêu rõ: “*Thực hiện các quy định có lợi cho người phạm tội tại khoản 3 Điều 7 Bộ luật Hình sự số 100/2015/QH13 và điểm b khoản 1 Điều 1 Nghị quyết số 109/2015/QH13 về việc thi hành*

Bộ luật Hình sự; tiếp tục áp dụng khoản 2 Điều 1 và các quy định khác có lợi cho người phạm tội tại Nghị quyết số 109/2015/QH13”. Do vậy, trong giai đoạn từ ngày 30/6/2016 đến ngày 25/7/2016, các Tòa án áp dụng tình tiết có lợi theo Nghị quyết 109/2015/QH13 nêu trên.

Ngày 07/10/2016, TANDTC ban hành Công văn số 301/TANDTC-PC về việc áp dụng một số quy định có lợi cho người phạm tội của BLHS năm 2015. Công văn xác định 8 trường hợp được áp dụng các quy định có lợi cho người phạm tội từ ngày 09/12/2015. Các quy định khác có lợi cho người phạm tội theo khoản 3 Điều 7 BLHS năm 2015, điểm b khoản 1 Điều 1 Nghị quyết số 109 được thông kê tại Danh mục kèm theo Công văn số 276/TANDTC-PC ngày 13/9/2016 của TANDTC áp dụng kể từ ngày 01/7/2016.

Ngày 07/4/2017, Tòa án nhân dân tối cao ban hành Công văn Giải đáp một số vấn đề nghiệp vụ. Mục 6 Phần II trong Công văn Giải đáp một số vấn đề nghiệp vụ số 01/2017/GĐ-TANDTC ngày 07/4/2017 (Công văn Giải đáp số 01) hướng dẫn:

“6. Người phải thi hành án phạt tù đang tại ngoại có đơn xin hoãn thi hành án do bị bệnh nặng. Kết quả giám định sức khỏe kết luận tỷ lệ tổn thương do bệnh là 25%. Vậy, Tòa án có căn cứ vào tỷ lệ tổn thương sức khỏe do bệnh để quyết định cho người phải thi hành án hoãn thi hành án không?”

Theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 61 BLHS năm 1999 (điểm a khoản 1 Điều 67 BLHS năm 2015), người bị xử phạt tù bị bệnh nặng có thể được hoãn chấp hành hình phạt cho đến khi sức khỏe được hồi phục. Việc xác định người bị bệnh nặng được hướng dẫn tại điểm a tiểu mục 7.1 mục 7 Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP ngày 02/10/2007 của Hội đồng Thẩm phán TANDTC hướng dẫn áp dụng một số quy định của BLHS về thời hiệu thi hành bản án, miễn chấp hành hình phạt, giảm

thời hạn chấp hành hình phạt, cụ thể: “*người bị bệnh nặng, tức là bị bệnh đến mức không thể đi chấp hành hình phạt tù được và nếu bắt đi chấp hành hình phạt tù sẽ nguy hiểm đến tính mạng của họ; do đó, cần thiết phải cho họ được hoãn chấp hành hình phạt tù để họ có điều kiện chữa bệnh; ví dụ: ung thư giai đoạn cuối, xơ gan cổ chướng, lao nặng độ 4 kháng thuốc, bại liệt, suy tim độ 3 trở lên, suy thận độ 4 trở lên, HIV chuyển giai đoạn AIDS đang có các nhiễm trùng cơ hội và có tiên lượng xấu... Phải có kết luận của bệnh viện cấp tỉnh trở lên về việc người bị xử phạt tù bị bệnh nặng và nếu bắt họ đi chấp hành hình phạt tù sẽ nguy hiểm đến tính mạng của họ*”.

Như vậy, việc xác định bệnh nặng phải trên cơ sở hướng dẫn tại điểm a tiểu mục 7.1 mục 7 Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP nêu trên. Khi xem xét cho người phải thi hành án phạt tù đang tại ngoại được hoãn chấp hành hình phạt tù do bị bệnh nặng, Tòa án phải căn cứ vào kết luận của Hội đồng giám định y khoa, bệnh viện cấp tỉnh hoặc cấp quân khu trở lên là bị bệnh nặng mà không căn cứ vào tỷ lệ tổn thương sức khỏe”.

Như vậy, theo hướng dẫn của Công văn Giải đáp số 01, trong những trường hợp nêu trên, cần áp dụng những quy định hướng dẫn BLHS năm 1999. Điều này mâu thuẫn với khoản 1 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL.

Ngày 20/6/2017, Quốc hội ban hành Nghị quyết số 41/2017/QH14 về việc thi hành BLHS số 100/2015/QH13 đã được sửa đổi, bổ sung một số điều theo Luật số 12/2017/QH14 và về hiệu lực thi hành của Bộ luật Tố tụng hình sự số 101/2015/QH13, Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự số 99/2015/QH13, Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam số 94/2015/QH13. Điều 2 Nghị quyết này nêu rõ, kể từ ngày 01/01/2018, BLHS năm 2015 được áp dụng như sau: “... *các quy định khác có lợi cho người phạm tội thì được áp dụng đối với cả những hành vi phạm tội xảy ra trước 0 giờ 00 phút ngày 01/01/2018 mà sau*

thời điểm đó mới bị phát hiện, đang bị điều tra, truy tố, xét xử hoặc đối với người đang được xét giảm thời hạn chấp hành hình phạt, xóa án tích”. Như vậy, kể từ ngày 01/01/2018 mới có hướng dẫn chính thức trong VBQPPL để áp dụng các quy định có lợi cho người phạm tội.

2. Nguyên tắc áp dụng các văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn

Theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL, trong trường hợp các VBQPPL có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn. Hiện nay, giữa các VBQPPL trong lĩnh vực đất đai, đầu tư, kinh doanh đang có nhiều quy định chồng chéo, thiếu thống nhất, cụ thể:

Theo quy định của khoản 1 Điều 10 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, điều kiện để doanh nghiệp tham gia vào hoạt động kinh doanh bất động sản là phải có “*vốn pháp định không được thấp hơn 20 tỷ đồng*”. Theo khoản 1 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản thì “*Kinh doanh bất động sản là việc đầu tư vốn để thực hiện hoạt động xây dựng, mua, nhận chuyển nhượng để bán, chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản*”.

Tuy nhiên, Điều 14 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai năm 2013 yêu cầu về năng lực tài chính của chủ đầu tư dự án là phải “*có vốn thuộc sở hữu của mình để thực hiện dự án không thấp hơn 20% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất dưới 20 hecta; không thấp hơn 15% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất từ 20 hecta trở lên*”.

Như vậy, doanh nghiệp phải có một khoản vốn tối thiểu tương ứng với một tỷ lệ nhất định (15% hoặc 20% tùy trường hợp) của tổng mức đầu tư theo từng dự án mới được phép thực hiện đầu tư xây dựng bất động sản để kinh doanh. Khoản “vốn tối thiểu” này thay đổi theo tổng

mức đầu tư của từng dự án, mà không phải cố định ở một mức cụ thể nào – do đó, nó có thể cao hơn hoặc thấp hơn 20 tỷ đồng².

Hiện nay, khoản 2 Điều 75 Luật Đầu tư năm 2020 đã sửa đổi khoản 1 Điều 10 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 theo hướng quy định chung là, “*tổ chức, cá nhân kinh doanh bất động sản phải thành lập doanh nghiệp hoặc hợp tác xã (sau đây gọi chung là doanh nghiệp), trừ trường hợp quy định tại khoản 2 Điều này*”. Về mặt nguyên tắc, luật là văn bản có giá trị hiệu lực pháp lý cao hơn nghị định nên khi hai văn bản này có sự mâu thuẫn thì chúng ta vẫn ưu tiên áp dụng luật. Trên thực tế, nhiều trường hợp khi xây dựng luật, chúng ta không dự liệu hết được các tình huống phát sinh nên khi xây dựng nghị định “bổ sung” thêm để phù hợp với thực tiễn áp dụng. Tuy nhiên, điều này vô hình trung tạo ra mâu thuẫn giữa luật và nghị định và cũng chưa phù hợp với quy định tại khoản 1 Điều 19 Luật Ban hành VBQPPL; đó là nghị định chỉ quy định chi tiết điều, khoản, điểm được giao trong luật, tránh trường hợp nghị định vượt luật, quy định cả những nội dung mà luật không giao.

Bên cạnh đó, Điều 4 Luật Ban hành VBQPPL cũng chỉ quy định hệ thống VBQPPL chứ không nêu rõ thứ bậc hiệu lực pháp lý của các VBQPPL. Trong Điều 4 có quy định về một nhóm chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL đó là Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ (hiện nay chúng ta có 18 Bộ trưởng, 04 Thủ trưởng cơ quan ngang bộ). Vậy khi các cơ quan này ban hành Thông tư mà có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản của cơ quan nào? Thông thường, chúng ta thường căn cứ vào địa vị pháp lý của cơ quan ban hành VBQPPL để xác định giá trị hiệu lực; thế nhưng trong trường hợp này sẽ rất khó xác định nếu chỉ dựa vào yếu tố chủ thể vì địa vị pháp lý là ngang nhau.

Khoản 2, khoản 3 Điều 166 Luật Ban hành VBQPPL quy định: *Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ quản lý ngành, lĩnh vực có quyền đề nghị Thủ tướng Chính phủ đình chỉ việc thi hành, bãi bỏ VBQPPL của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ khác, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, chính quyền địa phương ở đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt có nội dung trái pháp luật thuộc ngành, lĩnh vực do mình phụ trách; báo cáo Thủ tướng Chính phủ đề nghị UBTVQH bãi bỏ VBQPPL của Hội đồng nhân dân cấp tỉnh có nội dung trái pháp luật thuộc ngành, lĩnh vực do mình phụ trách. Trường hợp VBQPPL của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, chính quyền địa phương ở đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt có nội dung trái pháp luật không được xử lý theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này thì Bộ trưởng Bộ Tư pháp báo cáo Thủ tướng Chính phủ đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ văn bản quy phạm pháp luật đó.* Vậy thời điểm trước khi những nội dung trái pháp luật trong VBQPPL của các Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ khác được xử lý thì chúng ta giải quyết như thế nào? Mặc dù Luật Ban hành VBQPPL không quy định nguyên tắc giải quyết áp dụng VBQPPL của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ khi xảy ra “xung đột”, nhưng nếu căn cứ vào Điều 166 nêu trên thì quy định này thì có thể gián tiếp thừa nhận việc ưu tiên áp dụng VBQPPL của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ có nội dung thuộc ngành, lĩnh vực phụ trách không? Nếu căn cứ vào các nguyên tắc áp dụng VBQPPL tại Điều 156 thì chưa lý giải được vấn đề này.

Báo cáo (rút gọn) số 411/BC-CP ngày 07/9/2020 của Chính phủ về kết quả rà soát VBQPPL đã xác định:

- Hệ thống pháp luật vẫn còn chồng chéo, phức tạp với số lượng lớn văn bản dưới luật,

² Báo cáo chồng chéo pháp luật về đầu tư kinh doanh năm 2019 của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI).

nhất là văn bản của các bộ, cơ quan ngang bộ. Một số quy định còn chồng chéo, mâu thuẫn; tính khả thi, tính dự báo chưa cao, ảnh hưởng đến tính ổn định của hệ thống pháp luật.

- Một số quy định chưa đáp ứng yêu cầu “chính xác, phổ thông, cách diễn đạt phải rõ ràng, dễ hiểu” theo quy định của Luật Ban hành VBQPPL, dẫn đến việc hiểu, áp dụng không thống nhất.

- Một số cơ quan soạn thảo văn bản chưa quan tâm đúng mức đến việc rà soát đầy đủ, kỹ lưỡng quy định trong các VBQPPL liên quan khi sửa đổi, bổ sung, ban hành quy định mới, dẫn đến mâu thuẫn, chồng chéo giữa các quy định³.

3. Nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề

Việc áp dụng văn bản ban hành sau theo nguyên tắc trên là phù hợp bởi vì văn bản ban hành sau sẽ phản ánh bản chất của quan hệ xã hội đang diễn ra đúng thực tiễn, phù hợp với yêu cầu của xã hội. Các VBQPPL của cùng một cơ quan ban hành quy định về cùng một vấn đề đang có hiệu lực thì sẽ dễ dẫn đến sự tùy nghi trong việc lựa chọn áp dụng VBQPPL của chủ thể có thẩm quyền. Như vậy, nguyên tắc áp dụng văn bản được ban hành sau góp phần giải quyết được những bất cập trong việc lựa chọn VBQPPL áp dụng trên thực tế.

Tuy nhiên, trên thực tế khi nguyên tắc này được áp dụng thì cũng phát sinh một số điểm bất cập. Ví dụ, Quốc hội ban hành VBQPPL bộ luật, luật, nghị quyết. Nếu giữa luật và nghị quyết của Quốc hội quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản nào? Xét về mặt nội dung thì luật quy định những

vấn đề cơ bản, quan trọng hơn nên có giá trị hiệu lực cao hơn nghị quyết. Tuy nhiên cũng có trường hợp nghị quyết có giá trị hiệu lực pháp lý cao hơn luật, ví dụ: trước đây, chúng ta có Nghị quyết số 51/2001/QH10 ngày 25/12/2001 về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 1992 hay các nghị quyết dùng để phê chuẩn, quyết định gia nhập hay chấm dứt các điều ước quốc tế thuộc thẩm quyền của Quốc hội hiện nay⁴. Vậy trong những trường hợp này, chúng ta lựa chọn áp dụng theo nguyên tắc áp dụng VBQPPL có hiệu lực pháp lý cao hơn theo khoản 2 Điều 156 hay VBQPPL được ban hành sau theo khoản 3 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL? Đây cũng là một vấn đề bất cập cần nghiên cứu giải quyết trên thực tế.

4. Nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật mới trong trường hợp văn bản quy phạm pháp luật mới không quy định trách nhiệm pháp lý hoặc quy định trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn đối với hành vi xảy ra, trước ngày văn bản có hiệu lực

Pháp luật Việt Nam không quy định trách nhiệm pháp lý hoặc quy định trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn được áp dụng “hồi tố” nhằm mục đích không gây bất lợi cho các chủ thể liên quan khác. Trường hợp pháp luật quy định trách nhiệm nhẹ hơn đối với một chủ thể nhưng đồng thời tăng trách nhiệm cho chủ thể tương ứng thì không thể coi là thuộc nguyên tắc này.

Trong lĩnh vực dân sự, BLDS năm 2015 quy định về hậu quả pháp lý đối với giao dịch dân sự vô hiệu tính giảm nhẹ trách nhiệm pháp lý hơn so với các BLDS được ban hành trước, cụ thể như sau: “*Giao dịch dân sự vô hiệu không làm phát sinh, thay đổi, chấm dứt quyền, nghĩa*

³ Báo cáo (rút gọn) số 411/BC-CP ngày 07/9/2020 của Chính phủ về kết quả rà soát văn bản quy phạm pháp luật thuộc các lĩnh vực quản lý nhà nước, http://quochoi.vn/content/vankien/Lists/DanhSachVanKien/Attachments/4739/4a_bc411-CP%20ve%20ra%20soat%20VBQPPL_tomtat.docx, truy cập ngày 10/7/2021

⁴ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Kỹ thuật soạn thảo văn bản*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam (2017), tr.207 – tr.208.

vụ dân sự của các bên kể từ thời điểm giao dịch được xác lập. Khi giao dịch dân sự vô hiệu thì các bên khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận. Trường hợp không thể hoàn trả được bằng hiện vật thì trị giá thành tiền để hoàn trả. Bên ngay tình trong việc thu hoa lợi, lợi tức không phải hoàn trả lại hoa lợi, lợi tức đó”⁵.

Trong lĩnh vực hình sự, các BLHS được ban hành đều quy định áp dụng hồi tố với những quy định có lợi cho người phạm tội theo hướng sau:

- Xóa bỏ một tội phạm, một hình phạt, một tình tiết tăng nặng;

- Quy định hình phạt nhẹ hơn, tình tiết giảm nhẹ mới;

- Miễn trách nhiệm hình sự, miễn hình phạt, giảm hình phạt, xóa án tích;

- Các quy định khác có lợi cho người phạm tội, kể cả việc thay đổi một yếu tố làm cho trách nhiệm của người phạm tội giảm đi.

Đối với một số tội như, Hoạt động phi; Đăng ký kết hôn trái pháp luật; Kinh doanh trái phép; Cố ý làm trái các quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng, BLHS năm 2015 không quy định là tội phạm nhưng người phạm các tội này trước khi bộ luật mới có hiệu lực (01/01/2018) đang bị điều tra, truy tố, xét xử thì vẫn áp dụng các quy định của BLHS năm 1999.

5. Nguyên tắc ưu tiên áp dụng điều ước quốc tế trước văn bản quy phạm pháp luật, trừ Hiến pháp

Theo quy định của khoản 5 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL, việc áp dụng VBQPPL trong nước không được cản trở việc thực hiện điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa

Việt Nam là thành viên. Trong trường hợp VBQPPL trong nước và điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó, trừ Hiến pháp.

Điều 6 Luật Điều ước quốc tế năm 2016 quy định: “*Trường hợp VBQPPL và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó, trừ Hiến pháp. Căn cứ vào yêu cầu, nội dung, tính chất của điều ước quốc tế, Quốc hội, Chủ tịch nước, Chính phủ khi quyết định chấp nhận sự ràng buộc của điều ước quốc tế đồng thời quyết định áp dụng trực tiếp toàn bộ hoặc một phần điều ước quốc tế đó đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân trong trường hợp quy định của điều ước quốc tế đã đủ rõ, đủ chi tiết để thực hiện; quyết định hoặc kiến nghị sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ hoặc ban hành VBQPPL để thực hiện điều ước quốc tế đó*”.

Như vậy, những quy định của các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên sẽ được thực thi trong trường hợp pháp luật Việt Nam chưa quy định đầy đủ. Trường hợp pháp luật trong nước có quy định khác hoặc trái với điều ước quốc tế, thì ưu tiên áp dụng điều ước quốc tế.

Thực tiễn rà soát, đánh giá tính tương thích của pháp luật Việt Nam với các điều ước quốc tế về hợp đồng, giải quyết tranh chấp hợp đồng mà Việt Nam là thành viên và luật mẫu, tập quán quốc tế phổ biến có liên quan cho thấy kết quả như sau⁶:

- (i) BLDS năm 2015 so với Bộ quy tắc hợp đồng thương mại quốc tế (PICC) của Viện Thống nhất tư pháp quốc tế (UNIDROIT), Công ước Viên về mua bán hàng hóa quốc tế

⁵ Điều 131 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁶ Dự thảo Báo cáo rà soát, đánh giá tính tương thích của pháp luật Việt Nam với các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên và luật mẫu, tập quán quốc tế phổ biến liên quan đến hợp đồng, giải quyết tranh chấp hợp đồng năm 2020, <http://vibonline.com.vn/du-thao-dang-lay-y-kien>, truy cập ngày 02/7/2021.

năm 1980 (CISG) có những nội dung tương ứng chưa rõ, thiếu tính xác định (ví dụ như định nghĩa về “đề nghị giao kết hợp đồng”), chưa nội luật hóa được nguyên tắc thiện chí, trung thực và hợp tác thông qua đàm phán hợp đồng (ví dụ như quy định về thông báo đề nghị đến chậm) hoặc chưa thể hiện tính linh hoạt xuất phát từ nguyên tắc tự do hợp đồng (ví dụ như thiếu quy định về hợp đồng được ký kết với những nội dung được các bên chưa quy định, quy định về chấp nhận giao kết hợp đồng bằng hành vi thực tế);

(ii) Bộ luật Tố tụng dân sự (TTDS) năm 2015 không quy định về công nhận và cho thi hành tại Việt Nam quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời của trọng tài nước ngoài. Trong điều kiện hội nhập quốc tế, cá nhân, tổ chức Việt Nam sử dụng trọng tài nước ngoài (quốc tế) để giải quyết tranh chấp dân sự, thương mại, đầu tư. Việc bổ sung trong Bộ luật TTDS năm 2015 quy định về công nhận và cho thi hành quyết định về biện pháp khẩn cấp tạm thời của trọng tài nước ngoài là cần thiết.

(iii) Điều 459 Bộ luật TTDS năm 2015 quy định những trường hợp không công nhận quyết định của trọng tài nước ngoài, trong đó có căn cứ là phán quyết của trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Nguyên tắc cơ bản này chưa được quy định giải thích rõ ràng nên có thể dẫn đến việc giải thích rộng hoặc hẹp theo ý chí chủ quan của thẩm phán giải quyết vụ việc.

Việt Nam đang hội nhập vào nền kinh tế thế giới, sự tương thích giữa khung pháp luật trong nước và các điều ước quốc tế giữ vai trò quan trọng trong việc thực thi và đảm bảo thực thi các cam kết của Việt Nam khi tham gia các điều ước quốc tế song phương và đa phương và hoàn thiện hệ thống pháp luật quốc gia phù hợp với các tiêu chuẩn chung của quốc tế.

3. Kiến nghị

Thứ nhất, đẩy nhanh tiến độ pháp điển hóa VBQPPL nhằm tránh tình trạng mâu thuẫn, chồng chéo khi áp dụng pháp luật. Để thực hiện pháp điển hết các QPPL hiện đang còn hiệu lực thi hành, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1267/QĐ-TTg, ngày 29/7/2014 phê duyệt Đề án xây dựng Bộ pháp điển xác lập lộ trình xây dựng Bộ pháp điển diễn ra và hoàn thành trong thời hạn 10 năm (từ năm 2014 đến năm 2023). Hiện nay, Chính phủ đã thông qua 180 đề mục và các Bộ vẫn đang tiếp tục hoàn thiện 92 đề mục theo Quyết định số 891/QĐ-TTg ngày 17/7/2019 của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt Danh mục các đề mục trong mỗi chủ đề và phân công cơ quan thực hiện pháp điển theo các đề mục⁷. Việc sớm hoàn thành Bộ Pháp điển không chỉ có ý nghĩa quan trọng trong việc giảm bớt tình trạng mâu thuẫn, chồng chéo khi áp dụng pháp luật mà còn có ý nghĩa trong việc nâng cao khả năng tiếp cận nguồn cơ sở dữ liệu pháp luật chính xác và miễn phí cho người dân.

Thứ hai, tăng cường công tác kiểm tra, rà soát, hệ thống hoá văn bản quy phạm pháp luật.

Báo cáo số 78/BC-BTP ngày 10/5/2021 của Bộ Tư pháp về công tác kiểm tra, rà soát, hệ thống hoá VBQPPL năm 2020 và phương hướng, nhiệm vụ năm 2021 cũng chỉ rõ một số điểm hạn chế của công tác này, cụ thể:

Một là, tại một số cơ quan cấp bộ và cấp tỉnh, việc phát hiện, xử lý văn bản trái pháp luật, chồng chéo, mâu thuẫn hoặc không còn phù hợp còn chưa kịp thời. Vẫn còn các trường hợp văn bản có quy định trái pháp luật đã được phát hiện, kết luận, kiến nghị xử lý nhưng cơ quan ban hành chậm xử lý, tiềm ẩn tác động tiêu cực đến xã hội.

Hai là, tại nhiều địa phương, công tác cập nhật, triển khai thực hiện các quy định pháp luật của cơ quan trung ương chưa kịp thời,

⁷ <https://phapdien.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/cac-de-muc-dang-thuc-hien.aspx?ItemID=4>, truy cập ngày 10/12/2021.

chưa đáp ứng được yêu cầu thực tế trong quản lý nhà nước⁸.

Do đó, việc tăng cường công tác kiểm tra, rà soát, hệ thống hoá VBQPPL là yêu cầu bức thiết nhằm phát hiện, xử lý các mâu thuẫn, chồng chéo trong các quy định pháp luật; đồng thời nâng cao trách nhiệm của chủ thể có thẩm quyền ban hành VBQPPL trong việc đảm bảo chất lượng văn bản được ban hành.

Thứ ba, cần nghiên cứu sửa đổi quy định của pháp luật hiện hành theo hướng trao cho Tòa án quyền phán xử về tính hợp pháp của VBQPPL.

Theo quy định tại khoản 2 Điều 119 Hiến pháp năm 2013, Tòa án nhân dân và Viện Kiểm sát nhân dân cũng là chủ thể lãnh trách nhiệm bảo vệ Hiến pháp. Trên cơ sở quy định của Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 và các đạo luật tố tụng đã tiến thêm một bước trong việc cụ thể hóa nhiệm vụ của Tòa án nhân dân trong bảo vệ Hiến pháp. Theo đó, trong quá trình giải quyết vụ án, nếu phát hiện VBQPPL liên quan đến việc giải quyết vụ án có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết... thì Tòa án có quyền kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ VBQPPL⁹. Khoản 2 Điều 6 Luật Tố tụng hành chính năm 2015 đã xây dựng giải pháp về mặt tư pháp như: “*Tòa án có quyền kiến nghị cơ quan, cá nhân có thẩm quyền xem xét, sửa đổi, bổ sung hoặc bãi bỏ VBQPPL nếu phát hiện văn bản đó có dấu hiệu trái với Hiến pháp, luật, VBQPPL của cơ quan nhà nước cấp trên theo quy định của*

Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan để bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân. Cơ quan, cá nhân có thẩm quyền có trách nhiệm trả lời Tòa án kết quả xử lý VBQPPL bị kiến nghị theo quy định của pháp luật làm cơ sở để Tòa án giải quyết vụ án”. Tuy nhiên, nếu chủ thể có thẩm quyền không trả lời Tòa án về kết quả xử lý VBQPPL bị kiến nghị thì giải quyết như thế nào? Khoản 3 Điều 215 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 quy định: “*Trong thời hạn 01 tháng, kể từ ngày nhận được văn bản kiến nghị của Tòa án, cơ quan có thẩm quyền phải có văn bản trả lời. Hết thời hạn này mà cơ quan có thẩm quyền không có văn bản trả lời thì Tòa án tiếp tục giải quyết vụ án theo thủ tục chung*”. Giải quyết vụ án theo thủ tục chung được hiểu như thế nào? Có phải Tòa án sẽ vẫn sử dụng văn bản đang “có vấn đề” (trái Hiến pháp, luật...) làm cơ sở pháp lý để xét xử? Nếu như vậy thì việc áp dụng VBQPPL của Tòa án sẽ có thể ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của đối tượng chịu sự tác động của văn bản. Trường hợp chủ thể có thẩm quyền chấp nhận xử lý VBQPPL dưới hình thức sửa đổi hoặc bãi bỏ VBQPPL thì cũng phải mất thời gian theo quy trình quy định trong Luật Ban hành VBQPPL. Khi đó, thời gian đình chỉ vụ án sẽ bị kéo dài, ảnh hưởng đến quyền lợi của các bên trong vụ án.

Bên cạnh đó, việc trao thẩm quyền cho Tòa án có quyền phán xử về tính hợp pháp đối với các VBQPPL cũng được quy định trong pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới, ví dụ như Cộng hoà Liên bang Đức¹⁰, Nhật Bản¹¹, Trung

⁸ Báo cáo số 78/BC-BTP ngày 10/5/2021 của Bộ Tư pháp về công tác kiểm tra, rà soát, hệ thống hoá VBQPPL năm 2020 và phương hướng, nhiệm vụ năm 2021, tr.9.

⁹ Điều 221 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, Điều 3 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014.

¹⁰ Người dân có quyền khiếu nại về VBQPPL dưới luật trước Tòa hành chính nếu cho rằng VBQPPL đó xâm hại đến quyền, lợi ích của họ (Điều 47 Luật Tố tụng hành chính của nước Cộng hòa Liên bang Đức công bố ngày 19/3/1991 đã được sửa đổi, bổ sung ngày 21/12/2006).

¹¹ Mặc dù về nguyên tắc người dân không có quyền kiện một quy phạm ra tòa nhưng trong quá trình giải quyết vụ án hành chính cụ thể, Tòa án có thể xem xét tính hợp hiến, hợp pháp của các quy phạm pháp luật mà dựa vào đó quyết định bị kiện được ban hành.

Quốc¹²,... Vì vậy, chúng ta cần tiếp tục nghiên cứu sửa đổi quy định của pháp luật hiện hành theo hướng trao cho Tòa án quyền phán xử về tính hợp pháp của VBQPPL.

Thứ tư, đối với nguyên tắc áp dụng VBQPPL mới không quy định trách nhiệm pháp lý hoặc quy định trách nhiệm pháp lý nhẹ hơn đối với hành vi xảy ra trước ngày văn bản có hiệu lực.

Nguyên tắc trên thể hiện tính nhân văn của pháp luật Việt Nam¹³. Tuy nhiên, câu hỏi được đặt ra là thế nào là VBQPPL mới? Có phải VBQPPL mới là VBQPPL được ban hành sau hay là VBQPPL có hiệu lực sau vì thời điểm ban hành và thời điểm có hiệu lực pháp luật khác nhau.

Ngoài ra, theo quy định của Điều 152 Luật Ban hành VBQPPL, theo đó chỉ trong trường hợp thật cần thiết để bảo đảm lợi ích chung của xã hội, thực hiện các quyền, lợi ích của tổ chức, cá nhân được quy định trong luật, nghị quyết của Quốc hội, VBQPPL của cơ quan trung ương mới được quy định hiệu lực trở về trước. Tuy nhiên, khái niệm “thật cần thiết” là một khái niệm mang tính trừu tượng, không mang tính định lượng, phụ thuộc vào ý chí của chủ thể áp dụng pháp luật. Trong trường hợp xung đột pháp luật, khi áp dụng VBQPPL có hiệu lực về trước để bảo đảm lợi ích chung của xã hội nhưng lại ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của tổ chức, cá nhân thì sẽ áp dụng theo nguyên tắc này, cụ thể, hiện nay, đối với các vụ án liên

quan tội phạm liên quan đến Tội thiếu trách nhiệm gây thiệt hại đến tài sản của Nhà nước, cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp¹⁴, việc định giá tài sản thiệt hại sẽ được định giá tại thời điểm gây thiệt hại hay tại thời điểm hiện nay, sự chọn thời điểm định giá tài sản bị thiệt hại sẽ liên quan đến trách nhiệm bồi thường thiệt hại, tinh tiết định khung, định tội.

Vì vậy, tác giả cho rằng cần phải có sự nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung, tạo ra sự tương thích giữa Điều 152 và khoản 4 Điều 156 Luật Ban hành VBQPPL và xác định chính xác khái niệm “VBQPPL mới” để có tính dự báo chính xác và nâng cao tính khả thi áp dụng pháp luật trong thực tế.

Thứ năm, để đảm bảo thực hiện đúng nguyên tắc áp dụng pháp luật được quy định tại khoản 5 Điều 156 Luật BHVBQPPL, các VBQPPL cần xác định rõ chức năng, nhiệm vụ của Quốc hội, Chủ tịch nước và Chính phủ trong việc ký kết, phê chuẩn, phê duyệt, thực hiện điều ước quốc tế. Bên cạnh đó, chủ thể ban hành VBQPPL cần tiếp tục xây dựng và hoàn thiện cơ chế bảo vệ Hiến pháp nhằm đảm bảo các điều ước quốc tế không trái hay mâu thuẫn với các quy định của Hiến pháp¹⁵. Việc xây dựng Toà án Hiến pháp hoặc thành lập Hội đồng bảo hiến vẫn là vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu, áp dụng trong tương lai để bảo vệ tính tối cao của Hiến pháp nước CHXHCN Việt Nam ■

¹² Trung Quốc cũng không cho phép người dân có quyền khởi kiện VBQPPL ra tòa án nhưng Luật Kiến tụng hành chính (Điều 52) cho phép các tòa án trong quá trình giải quyết các vụ án hành chính cụ thể có quyền xem xét tính hợp pháp của các văn bản hành chính quy phạm của các cấp vụ ở trung ương hay của chính quyền địa phương.

¹³ Bài viết “*Thứ bậc hiệu lực pháp lý và nguyên tắc áp dụng văn bản quy phạm pháp luật*” của Thạc sĩ Luật Lê Thị Ngọc Mai (Đại học Luật Hà Nội), <https://www.tapchitoaan.vn/bai-viet/nguyen-cuu/thu-bac-hieu-luc-phap-ly-va-nguyen-tac-ap-dung-van-ban-quy-pham-phap-luat>, truy cập ngày 02/7/2021.

¹⁴ Điều 179 Bộ luật Hình sự năm 2015.

¹⁵ PGS.TS. Hoàng Văn Tú (Chủ nhiệm), Đề tài khoa học cấp Bộ “Hoàn thiện pháp luật về ký kết, gia nhập và thực hiện Điều ước quốc tế - Cơ sở lý luận và thực tiễn” của Viện Nghiên cứu Lập pháp thuộc Chương trình nghiên cứu khoa học cấp Bộ trong các cơ quan của Quốc hội giai đoạn 2014 - 2016.

CẢNH BÁO MIRANDA: BẢO ĐẢM PHÁP LÝ CHO NGƯỜI BỊ BUỘC TỘI THỰC HIỆN QUYỀN IM LẶNG TRONG GIAI ĐOẠN ĐIỀU TRA

Võ Minh Kỳ

ThS. Kiểm sát viên Viện kiểm sát nhân dân quận Ninh Kiều, thành phố Cần Thơ.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quyền im lặng, cảnh báo Miranda, người bị buộc tội, tố tụng hình sự.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 14/07/2021
Biên tập : 15/08/2021
Duyệt bài : 17/08/2021

Article Infomation:

Keywords: Right to silence; Miranda warnings; criminal suspect; criminal procedure.

Article History:

Received : 14 Jul. 2021
Edited : 15 Aug. 2021
Approved : 17 Aug. 2021

Tóm tắt:

Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 ghi nhận quyền im lặng của người bị buộc tội. Tuy nhiên, các quy định của pháp luật có liên quan chưa được xây dựng đồng bộ để người bị buộc tội có thể sử dụng quyền này. Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quy định của pháp luật có liên quan đến khả năng viện dẫn và sử dụng quyền im lặng trong giai đoạn điều tra; và qua tham khảo án lệ Miranda v. Arizona năm 1966 của Hoa Kỳ, cho rằng pháp luật Việt Nam hiện nay chưa tạo ra đầy đủ các bảo đảm pháp lý để người bị buộc tội có thể sử dụng quyền im lặng và cần thiết xây dựng một cơ chế tương tự cảnh báo Miranda để đảm bảo cho người bị buộc tội có thể sử dụng quyền này.

Abstract:

The Code of Criminal Procedure of 2015 empower criminal suspects with the right to silence. Nevertheless, the relevant legal mechanisms have not been uniformly built so that the accused can use and invoke this right. Within the scope of this article, the author provides analyses of the legal provisions related to the ability to invoke and use the right to silence during the investigative phase; also, refer to the case of Miranda v. Arizona in 1966, to conclude that the current law of Vietnam has not yet created legal guarantee for accused persons to use the right to silence, and it is necessary to establish a similar mechanism to the Miranda warning to ensure that the accused can use this right.

1. Cảnh báo Miranda: quy định phòng ngừa nhằm bảo vệ khả năng sử dụng quyền im lặng trước phiên tòa trong pháp luật Hoa Kỳ

Ở Hoa Kỳ, quyền im lặng được hiến định bởi Tu chính án thứ 5. Theo quy định của Tu chính án thứ 5 Hiến pháp Hoa Kỳ, không ai bị buộc phải trở thành nhân chứng chống lại anh ta trong bất kỳ vụ án hình sự nào¹. Ban đầu, quyền im lặng được cho là nhằm giúp nghi phạm tránh một “cruel trilemma” (tạm dịch:

ngã ba nghiệt ngã), từ đó bảo vệ quyền tự do cá nhân. Có nghĩa là, nếu bị triệu tập đến Tòa án, quyền im lặng giúp nghi phạm tránh phải chọn một trong ba lựa chọn sau: hoặc (1) giữ im lặng và bị truy tố bởi tội xỉ nhục tòa án, hoặc (2) nói dối về tội của mình và bị truy tố về tội khai man, hoặc (3) tự buộc tội chính mình². Do đó, ảnh hưởng của Tu chính án thứ 5 không vượt tới phạm vi phòng thẩm vấn của cảnh sát với lý do quyền im lặng chỉ bảo vệ nghi phạm khỏi các sự cưỡng ép chính thức (formal

¹ Nguyên văn: “No person shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself”.

² Henry J. Friendly, *The Fifth Amendment Tomorrow: The Case for Constitutional Change*, 37 University of Cincinnati Law Review, 1968, p.671.

compulsion), tức từ các lệnh, yêu cầu của Tòa án hoặc từ các luật có hiệu lực pháp lý (legal process or any formal sanction). Trong khi đó, tại phòng thẩm vấn thì bị can không có nghĩa vụ pháp lý phải nói, vì vậy không thể có sự cưỡng ép theo như sự điều chỉnh của Tu chính án thứ 5. Đối với sự lo ngại về hiện tượng dùng nhục hình lấy lời khai, Tòa án áp dụng thủ tục Due Process Voluntariness Test (tạm dịch: Trình tự công bằng kiểm tra tính tự nguyện), có cơ sở dựa trên Tu chính án thứ 14 về trình tự công bằng, để đánh giá lời khai của nghi phạm được thu thập bởi cảnh sát³. Có thể nói, vào giai đoạn đó, quyền im lặng không có bất kỳ vai trò nào trong phòng thẩm vấn của cảnh sát.

Tuy nhiên, vào năm 1966, án lệ *Miranda v. Arizona* đã thiết lập lại phạm vi áp dụng của quyền im lặng tại Hoa Kỳ, và chuyển trọng tâm của các tiêu chuẩn đánh giá lời khai sang quyền im lặng tại Tu chính án thứ 5⁴. Theo đó, sự cưỡng ép không chính thức (informal pressure), tức tra tấn hoặc các hình thức khác, có thể tạo nên sự cưỡng ép theo định nghĩa của Tu chính án thứ 5, và bất kỳ cuộc thẩm vấn nào mà nghi phạm bị tạm giữ/tạm giam (custodial interrogation) đều đương nhiên chứa đựng tính chất cưỡng ép không chính thức⁵. Như vậy, phán quyết *Miranda* đã mở rộng phạm vi điều chỉnh của quyền im lặng từ chống lại sự cưỡng ép chính thức đến sự cưỡng ép phi chính thức.

Tại án lệ *Miranda v. Arizona* (1966), để giải quyết vụ án, Tòa án tối cao phải trả lời một câu hỏi pháp lý rằng liệu quyền im lặng ở Tu chính

án thứ 5 có phạm vi tác động đến các cuộc thẩm vấn nghi phạm của cảnh sát hay không?⁶ Kết quả với tỷ lệ biểu quyết 5-4, câu trả lời của Tòa án tối cao là có. Chánh án Earl Warren đã đại diện viết ra ý kiến của Tòa án như sau:

*“Ngày nay, quyền im lặng tại Tu chính án thứ 5 có phạm vi tác động ra ngoài thủ tục tố tụng hình sự tại tòa án và phục vụ cho việc bảo vệ con người trong mọi trường hợp, trong đó có quyền tự do đối với sự tự buộc tội. Chúng tôi kết luận rằng nếu không có những sự bảo vệ hợp lý, thủ tục thẩm vấn nghi phạm trong khi bị tạm giữ/tạm giam sẽ đương nhiên chứa đựng sự cưỡng ép, và sự cưỡng ép đó sẽ áp bức ý chí cá nhân nghi phạm và buộc nghi phạm phải cho lời khai”*⁷.

Các “bảo vệ hợp lý” mà Tòa án nhắc đến chính là cảnh báo về quyền cơ bản của nghi phạm mà cảnh sát phải thực hiện trước mỗi cuộc thẩm vấn, còn được gọi là cảnh báo *Miranda* (*Miranda warnings*). Tùy theo pháp luật của từng bang mà cảnh báo *Miranda* sẽ có các dạng thức khác nhau. Tuy nhiên, cảnh báo này đều phải chứa đựng các nội dung cơ bản rằng nghi phạm có quyền giữ im lặng, bất kỳ lời nói nào nghi phạm đưa ra đều có thể sử dụng để chống lại họ; rằng nghi phạm có quyền có luật sư; nếu nghi phạm không thể thuê một luật sư, chính phủ sẽ chỉ định một luật sư cho họ; rằng nghi phạm có quyền từ bỏ những quyền trên nếu họ từ bỏ một cách tự nguyện; và rằng bất cứ lúc nào nghi phạm yêu cầu một luật sư, không một cuộc thẩm vấn nào sẽ được tiến hành cho đến khi luật sư xuất hiện.

³ Charles D. Weisselberg, *Mourning Miranda*, 96 California Law Review, 2008, p.1521-1601.

⁴ *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966).

⁵ “*Miranda v. Arizona*.” Oyez, <https://www.oyez.org/cases/1965/759>, truy cập ngày 21/6/2021.

⁶ Nguyên văn: “*Today there can be no doubt that the Fifth Amendment privilege is available outside of criminal court proceedings and serves to protect person in all settings in which their freedom of action is curtailed from being compelled to incriminate themselves. We have concluded that without proper safeguards the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual’s will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely*”.

⁷ Stephen J. Schulhofer, “Reconsidering *Miranda*,” *University of Chicago Occasional Paper*, No.23 (1987), p.3-4.

Như vậy, tại phán quyết *Miranda Miranda v. Arizona* (1966), Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã đưa ra 03 kết luận: *Một là*, sự cưỡng ép phi chính thức, trái luật đối với nghi phạm để buộc nghi phạm nói có thể được xem như là sự ép buộc thuộc Tu chính án thứ 5; *Hai là*, các yếu tố cấu thành nên sự cưỡng ép phi chính thức, trái luật đó đương nhiên xuất hiện trong bất kỳ cuộc thẩm vấn nào mà nghi phạm ở trong trạng thái bị tạm giữ/tạm giam (custodial interrogation); *Ba là*, một cảnh báo/thông báo/giải thích về một số quyền nhất định cho nghi phạm có thể triệt tiêu (dispel) các yếu tố tạo nên sự cưỡng ép đó⁸.

Ngoài ra, Tòa án tối cao cũng hướng dẫn các thủ tục tiếp theo sau khi cảnh báo *Miranda* được đưa ra. Theo đó, nếu nghi phạm lựa chọn khai báo, người đó phải thể hiện sự từ bỏ quyền im lặng một cách rõ ràng và tự nguyện (explicit waiver). Sự im lặng hoặc lời khai được đưa ra của nghi phạm sau cảnh báo không đương nhiên dẫn đến một sự từ bỏ có hiệu lực⁹. Cho đến khi, và trừ khi sự cảnh báo về quyền và sự từ bỏ quyền của nghi phạm được chứng minh bởi phía công tố tại phiên tòa, bất kỳ lời khai nào được thu thập tại cuộc thẩm vấn đều không thể bị sử dụng để buộc tội. Tại cuộc thẩm vấn, nếu một cá nhân viện dẫn quyền im lặng, cuộc

thẩm vấn phải ngừng lại, và bất kỳ lời khai nào được đưa ra sau khi sự viện dẫn quyền im lặng sẽ được đương nhiên giả định là sản phẩm của sự cưỡng ép.

Như vậy, có thể thấy, phán quyết *Miranda* đã đưa ra một loạt nguyên tắc nhằm tăng khả năng người bị buộc tội có thể sử dụng quyền im lặng của mình trong một cuộc thẩm vấn trong giai đoạn điều tra. Do đó, cảnh báo *Miranda* là một quy định phòng ngừa (prophylactic rule) do Tòa án tối cao Hoa Kỳ thiết lập ra để tăng cường sự bảo vệ quyền im lặng, tức bảo vệ khả năng sử dụng quyền im lặng.

2. Quyền im lặng và khả năng người bị buộc tội sử dụng quyền im lặng trong giai đoạn điều tra tại Việt Nam

Bộ luật Tố tụng hình sự (BLTTHS) năm 2015 lần đầu tiên ghi nhận quyền im lặng của người bị buộc tội¹⁰. Theo đó, người bị buộc tội (bao gồm người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo) có quyền “*không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội*”¹¹. Quy định này có thể được hiểu là, người bị buộc tội có quyền không khai báo những điều chứa đựng thông tin bất lợi cho bản thân mình. Nói cách khác, quy định này đã trao cho người bị buộc tội quyền được giữ sự

⁸ Tuy nhiên, tại án lệ *Berghuis v. Thompkins* (2010), Tòa án tối cao Hoa Kỳ cũng ghi nhận một quy tắc pháp lý là khi một nghi phạm tuyên bố một cách rõ ràng về việc viện dẫn quyền im lặng thì anh ta mới được hưởng quyền này. Phán quyết này vẫn gây ra nhiều tranh cãi bởi tạo ra gánh nặng pháp lý cho người bị buộc tội. Xem thêm Stephen Rushin, “Rethinking *Miranda*: The Post-Arrest Right to Silence”, *California Law Review*, Vol. 99, No. 1 (Feb 2011), p. 151-178; và Đậu Công Hiệp, “Quyền im lặng trong tư pháp hình sự Hoa Kỳ thông qua hai án lệ mới nhất”, Tạp chí Luật học, số 8/2018, tr.97-104.

⁹ Có quan điểm cho rằng, trước BLTTHS năm 2015, pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam đã ngầm thừa nhận quyền im lặng. Ý kiến này viện dẫn các quy định về nguyên tắc suy đoán vô tội, nguyên tắc xác định sự thật vụ án, và việc cho lời khai là quyền chứ không phải là nghĩa vụ để diễn giải rằng quyền im lặng tuy không được quy định thành câu chữ nhưng đã được thừa nhận một cách gián tiếp. Bởi lẽ, việc cho lời khai là quyền chứ không phải là nghĩa vụ, nên người bị buộc tội có thể thực hiện quyền khai báo hoặc không, tức từ chối khai báo.

Xem thêm Lê Quang Thành, “Trao đổi về vấn đề ‘Quyền im lặng’ trong Tố tụng hình sự”, Tạp chí khoa học giáo dục cảnh sát nhân dân, số 6, tháng 11/2015, tr. 36 - 41.

¹⁰ Xem Điều 58, 59, 60 và 61 BLTTHS năm 2015.

¹¹ Stephen J. Schulhofer, *Reconsidering Miranda*, University of Chicago Law Review, 1987, p.14.

im lặng trong một buổi thẩm vấn hình sự trước phiên tòa hoặc tại phiên tòa.

Theo quy định của BLTTHS năm 2015, trước khi tiến hành lấy lời khai người bị bắt, người bị tạm giữ, hoặc bị can thì người lấy lời khai phải thông báo, giải thích quyền và nghĩa vụ cho những người này (Điều 58, 59, 60); việc này phải được người bị buộc tội ký tên xác nhận là đã được phổ biến, thông báo vào biên bản lấy lời khai hoặc biên bản hỏi cung. Về mặt lý thuyết, quy định về thông báo, giải thích quyền trước khi thẩm vấn nhằm đảm bảo người bị thẩm vấn biết và hiểu về các quyền của mình, trong đó có quyền im lặng, để từ đó họ có thể lựa chọn sử dụng hay từ bỏ. Quan trọng hơn, nó cũng giúp người bị thẩm vấn biết rằng người đang tiến hành thẩm vấn họ biết, hiểu và sẵn sàng tôn trọng việc thực hiện quyền của họ, trong đó bao gồm quyền im lặng¹². Tuy nhiên, trên thực tế, quyền im lặng của người bị buộc tội có thể bị xâm phạm vì những lý do sau đây:

Thứ nhất, việc lấy lời khai hiện nay được thực hiện theo mẫu Biên bản lấy lời khai (đối với người bị tạm giữ, người bị bắt) và Biên bản hỏi cung (bị can)¹³. Tại các mẫu biên bản này, việc giải thích quyền và nghĩa vụ của người bị buộc tội được soạn thảo sẵn, không liệt kê ra các quyền và nghĩa vụ cụ thể, mà khá chung chung như: Người bị hỏi cung/người khai dưới đây đã được giải thích quyền và nghĩa vụ theo quy định tại Điều 58, 59, 60 BLTTHS năm 2015 (tùy thuộc vào tư cách tổ

tụng), và người bị lấy lời khai chỉ xác nhận bằng cách ký và ghi rõ họ tên vào bên dưới. Do đó, rất khó để xác định được rằng việc giải thích này có được thực hiện đúng, và có thực hiện đầy đủ hay không, bởi thực tế hầu hết người bị buộc tội thông thường không thể biết BLTTHS năm 2015 quy định những gì¹⁴. Như vậy, trong trường hợp người thẩm vấn giải thích, thông báo quyền nhưng lại vô tình, hoặc cố ý loại bỏ một, hoặc một số quyền nhất định, hoặc giải thích sai về bản chất pháp lý của các quyền thì người bị buộc tội cũng không thể nào biết được. Và một khi họ ký tên vào vị trí đã được dành sẵn cho sự xác nhận giải thích quyền và nghĩa vụ, không có cách nào để họ chứng minh được điều ngược lại là họ được giải thích thiếu, hoặc giải thích không chính xác về quyền và nghĩa vụ của mình. Do đó, nhiều trường hợp người bị buộc tội không biết về quyền im lặng của mình, hoặc họ biết nhưng hiểu sai về bản chất pháp lý của quyền này.

Thứ hai, cơ quan, người tiến hành tố tụng ở Việt Nam hiện nay đang theo đuổi cách tiếp cận theo hướng đòi hỏi sự chủ động của bị buộc tội viện dẫn quyền im lặng. Điều này có nghĩa là, trong thẩm vấn, người bị buộc tội phải thể hiện rõ ràng, minh bạch ý chí mong muốn sử dụng quyền im lặng để không trả lời câu hỏi hoặc không tham gia buổi thẩm vấn thì người tiến hành tố tụng mới xem là người bị buộc tội đang sử dụng quyền im lặng và dừng việc thẩm vấn.

¹² Tham khảo Mẫu số 177 và Mẫu số 178 của phụ lục biểu mẫu được ban hành theo Thông tư số 61/2017/TT-BCA ngày 14/12/2017 của Bộ trưởng Bộ Công an quy định biểu mẫu, giấy tờ, sổ sách về điều tra hình sự.

¹³ Thực tế hiện nay, người phạm tội tại Việt Nam hầu hết đều có trình độ học vấn không cao nên họ không thể biết được mình có quyền và nghĩa vụ luật định như thế nào nếu quy định về giải thích quyền và nghĩa vụ không được thực hiện một cách nghiêm túc và cẩn trọng. Theo một khảo sát tại Thành phố Hồ Chí Minh trong giai đoạn 2009-2018 cho thấy, có 15,59% người phạm tội có trình độ mù chữ - cấp 1, có 70,22% người phạm tội có trình độ cấp 2-cấp 3, có 11,46% người phạm tội có trình độ trung cấp-cao đẳng-đại học, và chỉ có 2,72% có trình độ sau đại học. Xem thêm tại Bảng 3.3, trong Phạm Uyên Thi, *Nhân thân người phạm tội trên địa bàn Thành phố Hồ Chí Minh*, Luận án tiến sĩ Luật học, Học viên Khoa học xã hội, năm 2019.

¹⁴ Xem thêm Ngọc Anh, “Chưa đủ cơ sở vật chất thực hiện việc ghi âm, ghi hình khi hỏi cung”, Báo Bảo vệ pháp luật, ngày 24/12/2019, <https://baovephapluat.vn/cai-cach-tu-phap/thuc-tien-kinh-nghiem/chua-du-co-so-vat-chat-thuc-hien-viec-ghi-am-ghi-hinh-khi-hoi-cung>-80542.html, truy cập ngày 07/12/2021.

Tuy nhiên, cách tiếp cận này lại đặt ra một vấn đề là nếu sau khi người bị buộc tội đã viện dẫn sử dụng quyền im lặng nhưng người thẩm vấn vẫn không tuân thủ mà vẫn cố tình bỏ qua yêu cầu này, vi phạm quyền im lặng của người bị buộc tội thì làm cách nào mà người bị buộc tội có thể chứng minh được rằng anh ta/cô ta đã viện dẫn sử dụng quyền này.

Có thể thấy, trong môi trường thẩm vấn khép kín, trong trường hợp người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can bị tạm giam yêu cầu sử dụng quyền im lặng để từ chối trả lời một câu hỏi nhất định, sẽ có rất ít khả năng Điều tra viên ngay lập tức từ bỏ câu hỏi đó để chuyển sang câu hỏi khác, mà thông thường Điều tra viên sẽ dùng các biện pháp khác để tiếp tục thuyết phục người bị buộc tội tiếp tục trả lời câu hỏi trên. Cũng không loại trừ trường hợp Điều tra viên sử dụng các biện pháp trái luật như đe dọa để bức cung hoặc sử dụng các biện pháp cưỡng ép tinh thần khác để buộc người bị buộc tội trả lời câu hỏi mà họ đã từ chối thì người bị buộc tội cũng không có cách nào có thể chứng minh rằng mình đã viện dẫn quyền im lặng nhưng không được sự tôn trọng.

Như vậy, trong bốn chủ thể được trao quyền im lặng thì bị cáo là chủ thể có được khả năng sử dụng quyền này tốt nhất tại một phiên tòa xét xử công khai. Bởi lẽ, tại phiên tòa với sự tham dự của nhiều chủ thể, người tiến hành tố tụng không thể không tôn trọng yêu cầu, đòi

hỏi sử dụng quyền im lặng của bị cáo. Trong khi đó, ba chủ thể còn lại: người bị bắt, người bị tạm giữ và bị can là các chủ thể có khả năng sử dụng quyền im lặng thấp nhất.

Các khiếm khuyết trên có thể khắc phục phần nào nếu quy định về ghi âm, ghi hình khi lấy lời khai, hỏi cung được thực hiện đúng quy định. Tuy nhiên, hiện nay, đa số các cơ sở giam, giữ đều chưa được trang bị thiết bị đầy đủ nên việc ghi âm, ghi hình khi lấy lời khai và hỏi cũng vẫn còn những hạn chế nhất định, chỉ được thực hiện với tỷ lệ rất nhỏ ở những vụ án phức tạp¹⁵.

Tóm lại, tại Việt Nam, người bị buộc tội đã được trao quyền im lặng, nhưng các quy định pháp lý lại chưa được xây dựng đồng bộ nhằm giúp người bị buộc tội có thể sử dụng quyền này trong giai đoạn điều tra trên thực tế. Từ đó, dễ dẫn đến các rủi ro mà người tiến hành tố tụng vô tình, hay cố ý, bỏ qua mong muốn sử dụng quyền im lặng của người bị buộc tội.

3. Kiến nghị cho Việt Nam: sự cần thiết của việc xây dựng thủ tục Miranda trong tố tụng hình sự

Cảnh báo Miranda, như đã phân tích, là một quy định mang tính phòng ngừa (prophylactic rule) nhằm bảo vệ quyền im lặng của người bị buộc tội, để từ đó người bị buộc tội có đầy đủ khả năng sử dụng quyền này khi có nhu cầu.

Trong khi đó, tại Việt Nam, tuy BLTTHS năm 2015 đã chính thức trao cho người bị buộc tội được quyền “không buộc phải đưa ra lời

¹⁵ Có thể hình dung như sau: Nếu một buổi thẩm vấn mà ở đó người bị buộc tội đã đưa ra một lời khai chống lại chính mình. Như vậy, lẽ tất yếu người bị buộc tội sẽ muốn loại bỏ lời khai trên, còn Điều tra viên sẽ muốn sử dụng lời khai đó. Đặt trường hợp theo cách tiếp cận thứ nhất, theo đó quyền im lặng chỉ được sử dụng nếu người bị buộc tội viện dẫn sử dụng, thì lúc này người bị buộc tội phải chứng minh rằng mình đã viện dẫn quyền im lặng để loại bỏ lời khai trên, ngược lại, Điều tra viên chỉ cần chứng minh một sự kiện không xảy ra là người bị buộc tội đã không viện dẫn quyền im lặng. Tiếp theo, nếu theo cách tiếp cận thứ hai, theo đó quyền im lặng là luôn trong trạng thái sử dụng trừ khi người bị buộc tội từ bỏ quyền này, thì lúc này Điều tra viên phải chứng minh rằng người bị buộc tội đã từ bỏ quyền im lặng để bảo vệ giá trị pháp lý của lời khai thu thập được, ngược lại, người bị buộc tội chỉ phải chứng minh một sự kiện không xảy ra là người bị buộc tội đã không từ bỏ quyền im lặng. Như vậy, nghĩa vụ chứng minh đầu tiên sẽ thuộc về phía phải chứng minh một sự kiện đã xảy ra, thay vì thuộc về phía phải chứng minh sự kiện không xảy ra.

khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội” nhưng thực tế, các thiết chế pháp lý xoay quanh lại chưa được cập nhật, xây dựng đồng bộ để đảm bảo khả năng sử dụng trên thực tế. Do đó, việc xây dựng một cảnh báo tương tự cảnh báo Miranda, và các thủ tục tố tụng cần thiết tiếp theo cảnh báo này, trong tố tụng hình sự là cần thiết nhằm đảm bảo quyền im lặng của người bị buộc tội và đồng thời cũng làm sáng tỏ các câu hỏi trong cách thức sử dụng quyền im lặng của người bị buộc tội trên thực tế.

Thứ nhất, theo tác giả, cần thiết xây dựng một thông báo về quyền tương tự cảnh báo Miranda ngay trước mỗi buổi lấy lời khai và hỏi cung. Việc thông báo về quyền này trước hết nên tập trung vào quyền im lặng, bởi lẽ đây là quyền cơ bản để xác định rằng buổi thẩm vấn có thể tiếp tục hay không. Nếu ngay từ đầu người bị buộc tội biết, hiểu và lựa chọn sử dụng quyền im lặng để từ chối cuộc thẩm vấn, thì việc phổ biến các quyền khác là không cần thiết bởi họ đã không tham gia thẩm vấn thì tất yếu cũng không sử dụng các quyền khác trong cuộc thẩm vấn. Ngược lại, nếu họ lựa chọn không sử dụng quyền im lặng mà đồng ý tham gia cuộc thẩm vấn thì sau đó mới tiếp tục thực hiện việc thông báo, và giải thích các quyền còn lại; bởi lúc này họ mới có thể sử dụng các quyền này trong cuộc thẩm vấn.

Việc xây dựng thông báo này nên được dựa trên các ngôn từ đơn giản, dễ hiểu và nêu rõ các hệ quả dành cho sự lựa chọn của người bị buộc tội. Theo đó, trước mỗi cuộc thẩm vấn, hỏi cung, người tiến hành thẩm vấn có nghĩa vụ phải nói với người bị buộc tội như sau:

“Anh/chị có quyền giữ im lặng, không bị buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội. Nếu anh/chị đồng ý tham gia buổi lấy lời khai/hỏi cung này, thì anh/chị phải thể hiện rõ ý chí của việc này bằng văn bản.”

Trong trường hợp người bị buộc tội đồng ý tham gia buổi thẩm vấn thì họ sẽ phải thể hiện sự đồng ý này bằng văn bản, ký tên với đầy đủ nội dung bao gồm: (1) Họ hiểu về quyền được giữ im lặng của họ; (2) họ đồng ý từ bỏ quyền im lặng này để tham gia cuộc thẩm vấn/hỏi cung. Việc người bị buộc tội ghi rõ các nội dung trên bằng chữ viết tay và ký xác nhận vào văn bản, sẽ đảm bảo rằng họ biết và hiểu về quyền giữ im lặng (dù có thể chi phần nào) và đồng ý thực hiện việc lấy lời khai/hỏi cung.

Ngược lại, trường hợp người bị buộc tội không đồng ý tham gia buổi thẩm vấn, sẽ không có bất kỳ văn bản đồng ý tham gia nào được ký kết. Từ đó, bất kỳ lời khai nào được thu thập mà không có văn bản từ bỏ quyền giữ im lặng của người bị buộc tội kèm theo sẽ được coi như là lời khai được thu thập dựa trên sự vi phạm quyền im lặng và phải bị loại trừ do không đảm bảo tính hợp pháp.

Thứ hai, nối tiếp theo thủ tục thông báo về quyền, người viết cho rằng cần quy định rõ cách thức mà một cá nhân sử dụng quyền im lặng trong buổi thẩm vấn/hỏi cung; theo đó, người bị buộc tội được mặc định luôn trong trạng thái sử dụng quyền im lặng, trừ khi người này bày tỏ rõ ràng và minh định rằng mình từ bỏ quyền im lặng để tham gia cuộc thẩm vấn.

Qua phân tích, có hai hướng tiếp cận khác nhau về cách thức mà một cá nhân có thể sử dụng quyền im lặng trong cuộc thẩm vấn. Một là, để sử dụng quyền im lặng thì cá nhân đó phải thể hiện rõ ràng, minh bạch ý chí mong muốn sử dụng quyền im lặng để không trả lời câu hỏi hoặc không tham gia cuộc thẩm vấn. Thực tế, cơ quan tiến hành tố tụng và người tiến hành tố tụng tại Việt Nam đang theo đuổi cách tiếp cận này trong quá trình tố tụng đối với cách thức sử dụng quyền im lặng của người bị buộc tội. Ngược lại, cách tiếp cận thứ hai cho rằng người bị buộc tội được mặc định

luôn trong trạng thái sử dụng quyền im lặng, trừ khi người này bày tỏ rõ ràng và minh định rằng mình từ bỏ quyền im lặng để tham gia cuộc thẩm vấn; đây là hướng tiếp cận của phán quyết Miranda.

Như vậy, căn cứ theo lợi ích của mỗi bên trong cuộc thẩm vấn trong việc chứng minh có hay không người bị buộc tội đã sử dụng hay đã từ bỏ quyền im lặng, cách tiếp cận thứ nhất đòi hỏi chứng minh sự vi phạm quyền im lặng của người bị buộc tội, từ đó suy ra nghĩa vụ chứng minh trong trường hợp này thuộc về người bị buộc tội; ngược lại, cách tiếp cận thứ hai đòi hỏi chứng minh sự từ bỏ quyền im lặng của người bị buộc tội, và như vậy thì nghĩa vụ chứng minh trong trường hợp này thuộc về phía người tiến hành thẩm vấn.

Có nghĩa là, cách tiếp cận thứ hai có lợi hơn cho người bị buộc tội và sẽ đảm bảo tốt hơn cho người bị buộc tội có nhiều khả năng sử dụng được quyền im lặng khi có nhu cầu. Bởi lẽ, người bị buộc tội không cần phải viện dẫn quyền và chứng minh cho sự vi phạm dẫn đó, mà cơ quan tiến hành tố tụng buộc phải thuyết phục họ từ bỏ quyền im lặng và chứng minh sự từ bỏ này là hoàn toàn tự nguyện.

Đồng thời, cách tiếp cận thứ hai cũng phù hợp với nghĩa vụ chứng minh tội phạm nói chung của cơ quan tiến hành tố tụng. Theo quy định, người bị buộc tội có quyền “không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội”. Vậy, yếu tố không bị buộc, hay nói cách khác là tính chất tự nguyện (voluntariness) của lời khai, lời nhận tội chính là một yếu tố cần phải xem xét khi đánh giá, sử dụng lời khai, lời nhận tội của người bị buộc tội trong mối liên hệ với quyền im lặng của họ.

Căn cứ theo các nguyên tắc cơ bản của tố tụng hình sự như nguyên tắc suy đoán vô tội và nguyên tắc xác định sự thật của vụ án thì cơ quan tiến hành tố tụng có nghĩa vụ chứng minh

tội phạm. Do đó, để chứng minh lời khai, lời nhận tội của người bị buộc tội có giá trị pháp lý và có thể sử dụng làm chứng cứ buộc tội thì lẽ tất nhiên cơ quan tiến hành tố tụng cũng phải có nghĩa vụ chứng minh các lời khai, lời nhận tội được đưa ra một cách tự nguyện, tự do ý chí và không bị ép buộc, không vi phạm quyền im lặng của người bị buộc tội. Có nghĩa là, cơ quan tiến hành tố tụng phải chứng minh việc người bị buộc tội từ bỏ quyền im lặng và đồng ý tham gia phỏng vấn.

Ngược lại, nếu sau khi đã đồng ý từ bỏ quyền im lặng và tham gia buổi thẩm vấn/hỏi cung, nhưng người bị buộc tội lại viện dẫn quyền im lặng để từ chối trả lời một số câu hỏi nhất định, thì lúc này nghĩa vụ chứng minh việc viện dẫn quyền lại thuộc về người bị buộc tội.

Tóm lại, pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam cần thiết xây dựng thủ tục tương tự cảnh báo Miranda để đảm bảo khả năng sử dụng quyền im lặng của người bị buộc tội trên thực tế. Theo đó, trước khi bắt đầu lấy lời khai hoặc hỏi cung thì Điều tra viên có nghĩa vụ phải thông báo cho người bị buộc tội về quyền im lặng của họ, và để có thể tiến hành được cuộc thẩm vấn thì người bị buộc tội phải thể hiện ý chí minh bạch, rõ ràng về việc biết, hiểu và từ chối sử dụng quyền im lặng của họ bằng văn bản.

Việc xây dựng một thủ tục tương tự cảnh báo Miranda sẽ nâng cao khả năng sử dụng quyền im lặng của người bị buộc tội trong giai đoạn điều tra, đồng thời tránh gây ra những tranh cãi không cần thiết trong quá trình đánh giá lời khai nếu một bên cho rằng lời khai được thu thập khi người bị buộc tội đã viện dẫn quyền im lặng. Thủ tục này được thiết kế, xây dựng không nhằm khuyến khích người bị buộc tội sử dụng quyền im lặng, mà chỉ nhằm thực tế hóa khả năng sử dụng quyền im lặng, một quyền hợp pháp, khi người bị buộc tội có nhu cầu sử dụng. Từ đó, quyền im lặng không chỉ là một “quyền lý thuyết”, mà trở thành một quyền thực tế của người bị buộc tội ■

CHÍNH SÁCH VỀ ĐẦU TƯ KINH DOANH TRONG LUẬT ĐẦU TƯ NĂM 2020

Lê Văn Tranh

ThS. Giảng viên Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, NCS. Trường Đại học Paris II

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Đầu tư kinh doanh, chính sách về đầu tư kinh doanh, Luật Đầu tư năm 2020.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/07/2021
Biên tập : 15/08/2021
Duyệt bài : 18/08/2021

Article Information:

Keywords: Business investment; policy for investment; Law on Investment of 2020.

Article History:

Received : 06 Jul. 2021
Edited : 15 Aug. 2021
Approved : 18 Aug. 2021

Tóm tắt:

Chính sách của Nhà nước về đầu tư kinh doanh là nhân tố ảnh hưởng đến sự lựa chọn, đích đến của nhà đầu tư. Theo quy định của Luật Đầu tư năm 2020, chính sách của Nhà nước ta là lấy nhà đầu tư là đối tượng chính để phục vụ, tạo thuận lợi, đồng thời chính sách đã thể hiện sự nhất quán, sự ổn định theo hướng thuận lợi, an toàn và thân thiện cho nhà đầu tư. Chính sách này đã minh thị về quyền bình đẳng cho tất cả nhà đầu tư, không phân biệt loại hình, thành phần kinh tế trong cơ hội tiếp cận các nguồn lực như vốn, tài nguyên, đất đai, quyền khởi kiện, không quốc hữu hóa... trong đầu tư kinh doanh theo thông lệ quốc tế.

Abstract:

The State's policy on business investment is a factor that affects the choice and decision of investors. Under the provisions of the Law on Investment of 2020, the State's policy is to provide convenient conditions for the investors, also the policy appear its consistency and stability in the direction of convenience, safety and friendliness for investors. This policy has been clear about rights to equality for all investors, regardless of type and economic sectors in the opportunity to access resources such as capital, natural resources, land, right to sue, non-nationalization etc. in business investment as by international practices.

1. Quyền được đầu tư kinh doanh

Trong khoa học pháp lý, đầu tư là việc “*nhà đầu tư bỏ vốn đầu tư để thực hiện hoạt động kinh doanh*”¹. Trong kinh tế học, đầu tư là hành động “*bỏ vốn ngày hôm nay với kỳ vọng sẽ thu được khoản lợi nhuận mong muốn trong tương lai*”², hoặc, “*một thứ đáng mua vì nó có thể sinh lời trong tương lai*”³. Kết quả của đầu tư không chỉ là lợi ích trực tiếp cho nhà đầu tư mà

còn có thể mang lại những lợi ích chung cho xã hội như tạo công ăn việc làm, an sinh xã hội, tăng trưởng kinh tế.

Trong bối cảnh phát triển đất nước, chúng ta không chỉ cần nguồn đầu tư trong nước mà còn rất cần những nguồn đầu tư từ nước ngoài. Một nghiên cứu cho thấy, “*pháp luật có tác động tích cực đáng kể đến đầu tư trực tiếp nước*

¹ Khoản 23 Điều 3 Luật Đầu tư năm 2020.

² Vietnambiz, *Đầu tư (Investment) là gì? Xác định hàm đầu tư*, <https://vietnambiz.vn/dau-tu-investment-la-gi-xac-dinh-ham-dau-tu-20190813115509964.htm>, truy cập ngày 10/3/2021.

³ Nguyễn Văn “*A thing worth buying because it may be profitable in future*”. Nguồn: Catherine SOANES and Angus STEVENSON, eds., *Concise Oxford English Dictionary, 11th ed.* (Oxford: Oxford University Press, 2008) at 748.

ngoài so với tổng đầu tư ở mỗi quốc gia⁴”. Không chỉ vậy, việc kêu gọi, chào mời nhà đầu tư nước ngoài không hề dễ dàng nếu chúng ta không có sự tương đồng nhất định với họ. Một nghiên cứu khác chỉ ra rằng, “các nhà đầu tư hoạt động tốt hơn ở nước ngoài có hệ thống pháp luật và đặc điểm văn hóa tương tự như thị trường nội địa của họ. Sự khác biệt về các yếu tố cụ thể của quốc gia tạo ra rào cản bất cân xứng về thông tin, làm chậm dòng thông tin và dẫn đến hiệu quả đầu tư kém”⁵. Nhận thức được tầm quan trọng trong các yếu tố ảnh hưởng đến thu hút đầu tư kinh doanh (ĐTKD) nên nhìn chung, chính sách về ĐTKD trong Luật Đầu tư (LĐT) của Việt Nam qua các lần sửa đổi, bổ sung đều hướng tới “tạo điều kiện thuận lợi hơn, tốt hơn cho nhà đầu tư cũng như ngày càng phù hợp với thông lệ quốc tế”.

Theo quy định của khoản 1 Điều 5 LĐT năm 2020, “nhà đầu tư có quyền thực hiện hoạt động ĐTKD trong các ngành, nghề mà Luật này không cấm. Đối với ngành, nghề ĐTKD có điều kiện thì nhà đầu tư phải đáp ứng các điều kiện ĐTKD theo quy định của pháp luật”.

Quy định này cho thấy:

Một là, “nhà đầu tư có quyền thực hiện hoạt động ĐTKD trong các ngành, nghề mà Luật này không cấm”⁶ là phù hợp với quyền hiến định “mọi người có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm”⁷. Mặc dù vậy, quyền tự do kinh doanh không phải là vô giới hạn mà bị hạn chế trong trường hợp “cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng”⁸. Nói cách khác,

Nhà nước có thể ban hành quy định hạn chế, can thiệp vào quyền tự do kinh doanh trong những trường hợp nhất định. So với LĐT năm 2014 thì LĐT năm 2020 đã có sự dịch chuyển “từ ngành nghề kinh doanh có điều kiện” sang “ngành nghề cấm kinh doanh”.

Hai là, “đối với ngành, nghề ĐTKD có điều kiện thì nhà đầu tư phải đáp ứng các điều kiện ĐTKD theo quy định của pháp luật”⁹. Điều kiện ĐTKD được hiểu là một trong những công cụ quản lý được Nhà nước sử dụng để thiết lập, duy trì trật tự trong hoạt động kinh doanh chứ không phải đặt ra để hạn chế quyền của nhà đầu tư. Bản thân các điều kiện kinh doanh không phải là mục tiêu mà Nhà nước hướng tới, chúng chỉ là những phương tiện để đạt được lợi ích mà Nhà nước mong muốn đạt được (khách thể) trong quản lý xã hội.

Khoản 1 Điều 7 LĐT năm 2020 quy định về ngành, nghề ĐTKD có điều kiện “là ngành, nghề mà việc thực hiện hoạt động ĐTKD trong ngành, nghề đó phải đáp ứng điều kiện cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Với tinh thần vừa thúc đẩy cải cách, mở cửa thị trường, tạo thuận lợi cho đầu tư, kinh doanh vừa đảm bảo mục tiêu quản lý nhà nước thì số ngành nghề kinh doanh có điều kiện và điều kiện kinh doanh đã được giảm đi đáng kể. Cụ thể, tổng số ngành nghề ĐTKD có điều kiện theo LĐT hiện nay bao gồm 227 ngành nghề, xét về số lượng thì đã giảm 16 ngành, nghề so với 243 ngành nghề ĐTKD so với LĐT năm 2014. Điều này

⁴ Akisik, O. (2020). The impact of financial development, IFRS, and rule of LAW on foreign investments: A cross-country analysis. *International Review of Economics & Finance*, 69, 815 -838. Doi:10.1016/j.iref.2020.06.015.

⁵ Lin, A. Y. (2009). Law, culture and investment performance: A cross-country analysis. *Global Finance Journal*, 19(3), 323–341. Doi:10.1016/j.gfj.2008.09.004.

⁶ Khoản 1 Điều 5 LĐT.

⁷ Điều 33 Hiến pháp năm 2013.

⁸ Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013.

⁹ Khoản 1 Điều 5 LĐT.

góp phần thúc đẩy minh bạch hóa môi trường ĐTKD nhằm hiện thực hóa quy định của Hiến pháp năm 2013 về quyền tự do kinh doanh của nhà đầu tư trong ngành, nghề mà “*pháp luật không cấm*”.

Tuy nhiên, tiêu chí xác định một ngành nghề kinh doanh có điều kiện, điều kiện kinh doanh vì “*lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng*” hoặc “*lợi ích công cộng*” là một phạm trù rộng. Quy định này cho thấy, về nguyên tắc, các ngành, nghề không liên quan trực tiếp hoặc không chứng minh được có ảnh hưởng trực tiếp tới lợi ích công cộng hoặc đã và đang được quản lý bằng quy chuẩn, tiêu chuẩn hoặc chất lượng đầu ra của ngành nghề đó do thị trường, khách hàng lựa chọn và quyết định thì không nên xác định là ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện. Theo đó, Nhà nước có thể quản lý bằng phương thức khác, hoặc áp dụng các chế tài nghiêm khắc để xử lý hành vi vi phạm thay vì áp đặt điều kiện kinh doanh nặng tính hình thức mà chưa thật sự mang lại hiệu quả, quản lý như mong muốn.

Nghiên cứu của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam cho thấy¹⁰, không có bằng chứng vững chắc về tác động đáng kể nào tới lợi ích công cộng để buộc Nhà nước phải kiểm soát bằng điều kiện của các chủ thể kinh doanh trước khi gia nhập thị trường của một số ngành nghề kinh doanh. Chẳng hạn, “*Dịch vụ đóng mới, sửa chữa phương tiện thủy nội địa*” là ngành, nghề kinh doanh có điều kiện. Theo đó, phương tiện thủy nội địa sau khi được đóng mới phải được đăng kiểm để cấp Giấy chứng nhận an toàn kỹ thuật và bảo vệ môi trường. Vì vậy, phương tiện này dù được

đóng mới, sửa chữa ở đâu, tại cơ sở nào thì việc kiểm soát tính an toàn của phương tiện đó nhằm bảo đảm lợi ích công cộng vẫn phải được đăng kiểm trước khi đưa ra thị trường. Việc kiểm soát phương tiện thủy nội địa để bảo đảm an toàn giao thông, tính mạng con người, sự an toàn là cần thiết. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là việc kiểm soát này có cần ở tất cả các khâu trước như đóng mới, sửa chữa phương tiện thủy nội địa hay là chỉ cần kiểm soát sản phẩm cuối cùng trước khi đưa vào sử dụng. Thực tế cho thấy, quy định của pháp luật hiện hành đã kiểm soát rất chặt chẽ ở khâu sản phẩm cuối cùng trước khi đưa vào sử dụng, vì thế xác định “*dịch vụ đóng mới, sửa chữa phương tiện thủy nội địa*”¹¹ là ngành, nghề kinh doanh có điều kiện chưa thật sự thuyết phục. Thậm chí còn can thiệp vào công việc kinh doanh của doanh nghiệp khi quy định “*mỗi bộ phận phải có tối thiểu 01 người tốt nghiệp đại học chuyên ngành đóng tàu thủy, 01 người tốt nghiệp đại học chuyên ngành máy tàu thủy và 01 người có trình độ trung cấp chuyên ngành hoặc cao đẳng nghề điện tàu thủy*”. Quy định này được xem là không cần thiết bởi cho dù có trình độ ở mỗi bộ phận là “*cao hơn nhiều*” hoặc “*rất nhiều*” nếu vi phạm về quy chuẩn kỹ thuật đăng kiểm thì về nguyên tắc đều chung một hệ quả là “*không được cấp phép*”.

Một ví dụ khác về ngành nghề kinh doanh có điều kiện là hoạt động kinh doanh “*tạm nhập, tái xuất hàng thực phẩm đông lạnh*”¹². Có thể nói, “*tạm nhập, tái xuất thực phẩm đông lạnh*” là một hoạt động trong quá trình kinh doanh chứ không phải một ngành nghề kinh doanh bởi ít có chủ thể nào đi theo “*chuyên ngành rất hẹp*” khi thành lập doanh

¹⁰ Phòng thương mại và công nghiệp Việt Nam (2020), *Báo cáo dòng chảy pháp luật kinh doanh thương mại Việt Nam*, Hà Nội, tr. 36.

¹¹ Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp, *Danh mục ngành nghề đầu tư kinh doanh*, <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/vn/Pages/ChitietNN.aspx?lvID=6&nnID=117>, truy cập ngày 10/4/2021.

¹² Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp, *Danh mục ngành nghề đầu tư kinh doanh*, <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/vn/Pages/Nganhnghedautukinhdoanh.aspx?lvID=4>, truy cập ngày 10/4/2021

nghiệp chỉ để tạm nhập, tái xuất thực phẩm đông lạnh (thường hoạt động này là do các doanh nghiệp sản xuất, kinh doanh thực phẩm thực hiện, bên cạnh các hoạt động khác của họ như sản xuất thực phẩm, mua bán thực phẩm). Theo đó, đối tượng cần kiểm soát ở đây là “mỗi lần tạm nhập, tái xuất” của doanh nghiệp chứ không phải là bản thân doanh nghiệp ngay từ khi họ chưa gia nhập thị trường. Mặt khác, nguy cơ hàng thực phẩm đông lạnh tạm nhập, tái xuất tác động tới các lợi ích công cộng lớn hơn so với sản phẩm tương tự hầu như không thể chứng minh được ít nhất là khi so sánh với các mặt hàng thực phẩm đông lạnh nhập xuất, nhập khẩu khác. Vì vậy, xác định đây là ngành nghề kinh doanh có điều kiện cũng chưa thật sự thuyết phục.

2. Quyền tự quyết định và được tiếp cận nguồn lực của nhà đầu tư

Khoản 2 Điều 5 LĐT quy định: “Nhà đầu tư được tự quyết định và tự chịu trách nhiệm về hoạt động ĐTKD theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan; được tiếp cận, sử dụng các nguồn vốn tín dụng, quỹ hỗ trợ, sử dụng đất đai và tài nguyên khác theo quy định của pháp luật”¹³.

Quy định “Nhà đầu tư được tự quyết định và tự chịu trách nhiệm về hoạt động ĐTKD theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật có liên quan”, về bản chất, đây là “sự thật hiển nhiên” phải thực hiện của nhà đầu tư khi tham gia hoạt động ĐTKD, bởi không ai có thể “lo hộ, nghĩ hộ” họ, và ở chiều ngược lại, nhà đầu tư cũng phải hoàn toàn chịu trách nhiệm với các rủi ro, bất lợi hoặc sự vi phạm do chính mình gây ra. Tuy vậy, thực tế vẫn diễn ra tình trạng người làm chính sách “nghĩ hộ, lo hộ” cho nhà đầu tư khi đưa ra những quy định mang tính chủ quan như: “phải có phương án

kinh doanh khả thi, phải tốt nghiệp cao đẳng ngành in, phải có cán bộ pháp chế...”. Những quy định này đã can thiệp vào quyền tự quyết của doanh nghiệp trong hoạt động kinh doanh, thậm chí làm giảm hiệu quả kinh doanh của doanh nghiệp.

Quy định “được tiếp cận, sử dụng các nguồn vốn tín dụng, quỹ hỗ trợ, sử dụng đất đai và tài nguyên khác theo quy định của pháp luật” cũng mang tính đương nhiên và bắt buộc phải có bởi nhà đầu tư sẽ không thể hoạt động bình thường nếu thiếu đi các nhân tố thuộc về lực lượng sản xuất. Tuy vậy, các quy định về quyền được tiếp cận này của nước ta trong những thập niên qua luôn là vấn đề kém thuận lợi cho nhà đầu tư so với các nền kinh tế tương đương. Việc thiếu vốn, cần vốn và mong muốn tiếp cận nguồn vốn từ các tổ chức tín dụng là vấn đề của đa số nhà đầu tư. Họ cần vốn để bảo đảm tiến độ dự án hoặc đầu tư với kỳ vọng vào hiệu quả cao trong tương lai của dự án đầu tư, nhưng việc tiếp cận nguồn lực này còn nhiều trở ngại.

Việc tiếp cận, sử dụng nguồn lực đất đai cũng là một khó khăn đối với nhà đầu tư, đặc biệt là các nhà đầu tư nhỏ lẻ do chất lượng quản lý đất đai của Việt Nam hiện nay yếu kém hơn so với các quốc gia cùng trình độ phát triển. Theo Doing Business¹⁴, các vấn đề khiến Việt Nam mất điểm khi đánh giá về quản lý đất đai có thể kể đến như: chưa điện tử hóa hoàn toàn lưu trữ hồ sơ đất đai và quy hoạch đất đai (mới chỉ lưu trữ bản scan); công chúng chưa thể tra cứu bản đồ địa chính từng thửa đất; tỷ lệ đất được cấp sổ đỏ hoặc độ chính xác còn thấp; chưa có hệ thống cơ sở dữ liệu toàn quốc để xác thực các văn bản do chính quyền đưa ra; thời gian giải quyết tranh chấp đất đai tại toà án còn chậm. Trong những năm qua, mặc dù hoạt động quản lý đất đai đã có sự cải thiện, nhưng vấn đề cung cấp thông tin, dữ liệu

¹³ Khoản 2 Điều 5 LĐT.

¹⁴ Phòng Công nghiệp và Thương mại Việt Nam (2019), Báo cáo tình hình thực hiện Nghị quyết số 02 năm 2019 và Nghị quyết số 35 năm 2016 của Chính phủ, Góc nhìn từ doanh nghiệp, Hà Nội, tr. 41.

về đất đai dường như lại kém minh bạch hơn. Tỷ lệ doanh nghiệp cho biết họ gặp khó khăn lớn nhất là việc cung cấp thông tin, dữ liệu về đất đai không được thuận lợi, nhanh chóng đã tăng từ 28,6% trong năm 2017 lên 30,6% trong năm 2018¹⁵.

Một vấn đề mới được bổ sung trong quy định của LĐT năm 2020 về ĐTKD là, “*nhà đầu tư bị đình chỉ, ngừng, chấm dứt hoạt động ĐTKD nếu hoạt động này gây phương hại hoặc có nguy cơ gây phương hại đến quốc phòng, an ninh quốc gia*”. Quy định này nhằm “*bảo đảm cao nhất lợi ích quốc gia, dân tộc trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản của Hiến chương Liên hợp quốc và luật pháp quốc tế*”. Đây cũng là quy định nghiêm ngặt, mang tính tự vệ cao của Nhà nước để hạn chế mặt trái của hoạt động ĐTKD. Quy định mới này của Việt Nam cũng phù hợp với xu thế của đầu tư quốc tế hiện nay. Cụ thể, theo Báo cáo của Hội nghị Liên hợp quốc về thương mại và phát triển (UNCTAD), cơ chế sàng lọc nhà đầu tư ngày càng được coi trọng tại mỗi quốc gia. Ví dụ, “*trong năm 2018, khoảng 55 nền kinh tế đã áp dụng ít nhất 112 biện pháp tác động đến đầu tư nước ngoài. Hơn một phần ba trong số các biện pháp này đưa ra các hạn chế hoặc quy định mới - con số cao nhất trong hai thập kỷ. Chúng chủ yếu phản ánh những lo ngại về an ninh quốc gia về quyền sở hữu của nước ngoài đối với cơ sở hạ tầng quan trọng, công nghệ cốt lõi và các tài sản kinh doanh nhạy cảm khác*”¹⁶.

Bên cạnh đó, quy định “*nhà đầu tư bị đình chỉ, ngừng, chấm dứt hoạt động ĐTKD nếu hoạt động này gây phương hại hoặc có nguy cơ*

gây phương hại đến quốc phòng, an ninh quốc gia” được đặt ra không phải để hạn chế quyền được ĐTKD hoặc hoạt động bình thường của nhà đầu tư mà nhà đầu tư chỉ có thể bị “*đình chỉ, ngừng, chấm dứt hoạt động ĐTKD*” khi và chỉ khi hoạt động này đe dọa hoặc gây phương hại đến “*quốc phòng, an ninh quốc gia*”.

3. Bảo hộ tài sản của nhà đầu tư

Khoản 4 Điều 5 LĐT quy định: “*Nhà nước công nhận và bảo hộ quyền sở hữu về tài sản, vốn đầu tư, thu nhập và các quyền, lợi ích hợp pháp khác của nhà đầu tư*”.

Cho dù quy mô đầu tư hoặc quốc tịch nhà đầu tư khác nhau thì quy định bảo hộ quyền sở hữu về tài sản của nhà đầu tư đã trở thành thông lệ quốc tế, xuất phát từ nguyên tắc “*những gì của nhà đầu tư phải thuộc về nhà đầu tư*” và nó thể hiện sự tôn trọng của Nhà nước đối với tài sản, lợi ích chính đáng của nhà đầu tư. Bản chất của ĐTKD là sự chi phí của cải vật chất nhằm mục đích làm tăng giá trị tài sản hay tìm kiếm lợi nhuận¹⁷ trong tương lai. Do đó, vấn đề “*bảo hộ nhà đầu tư*” và “*bảo hộ tài sản của nhà đầu tư*” là một yếu tố then chốt trong thu hút đầu tư tại mỗi quốc gia. Dựa vào chi phí cơ hội và đánh giá rủi ro về chính sách đối với nhà đầu tư để từ đó họ quyết định có ĐTKD vào một thị trường cụ thể hay không. Quy định này trở nên tối quan trọng đối với nhà đầu tư nước ngoài bởi họ tìm kiếm cơ hội kinh doanh ở nước ngoài thường vì nguồn nguyên liệu, nhân công giá rẻ, vị trí địa lý thuận lợi, có lợi thế cạnh tranh hơn ở nước sở tại. Muốn vậy, nước nhận đầu tư cần phải có sự cam kết quốc gia về bảo hộ tài sản đối với chủ đầu tư và đây như là

¹⁵ Phòng Công nghiệp và Thương mại Việt Nam (2019), *Báo cáo tình hình thực hiện Nghị quyết số 02 năm 2019 và Nghị quyết số 35 năm 2016 của Chính phủ, Góc nhìn từ doanh nghiệp*, Hà Nội, tr. 42.

¹⁶ Nguyên văn: “*New national investment policy measures show a more critical stance towards foreign investment. In 2018, some 55 economies introduced at least 112 measures affecting foreign investment. More than one third of these measures introduced new restrictions or regulations – the highest number for two decades. They mainly reflected national security concerns about foreign ownership of critical infrastructure, core technologies and other sensitive business assets*”. Nguồn: <https://trungtamwto.vn/file/19203/world-investment-report-2019-special-economic-zones.pdf>, truy cập ngày 20/4/2021.

¹⁷ Trường Đại học Luật Hà Nội (2020), *Giáo trình Luật Đầu tư*, Nxb. Công an nhân dân, tr. 6.

một công cụ gửi tín hiệu chào đón, làm an lòng nhà đầu tư nước ngoài và tăng tính hấp dẫn của môi trường đầu tư tại mỗi quốc gia¹⁸.

Rủi ro khi bị quốc hữu hoá đối với nhà đầu tư nước ngoài đã từng tồn tại và tác động không nhỏ đến tâm lý của nhà đầu tư trong quan hệ đầu tư quốc tế. Về vấn đề này, Chính phủ Việt Nam luôn nhất quán về chính sách không quốc hữu hóa tài sản hợp pháp của nhà đầu tư bằng biện pháp hành chính. Trường hợp Nhà nước trưng mua, trưng dụng tài sản vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai thì nhà đầu tư được thanh toán, bồi thường theo quy định của pháp luật về trưng mua, trưng dụng tài sản và quy định khác của pháp luật có liên quan.

4. Đối xử bình đẳng, khuyến khích và tạo điều kiện thuận lợi cho nhà đầu tư

Khoản 5 Điều 5 LĐT quy định: “Nhà nước đối xử bình đẳng giữa các nhà đầu tư; có chính sách khuyến khích và tạo điều kiện thuận lợi để nhà đầu tư thực hiện hoạt động ĐTKD, phát triển bền vững các ngành kinh tế”.

Quy định “Nhà nước đối xử bình đẳng giữa các nhà đầu tư” nhằm bảo đảm cơ hội cạnh tranh bình đẳng giữa các nhà đầu tư không phân biệt quốc tịch. Các hiệp định đầu tư quốc tế (IIA) thường yêu cầu nước nhận đầu tư không phân biệt đối xử với nhà đầu tư nước ngoài và khoản đầu tư của họ. Theo đó, chế độ đối xử quốc gia bảo đảm nhà đầu tư nước ngoài và khoản đầu tư của họ không bị đối xử kém thuận lợi hơn so với nhà đầu tư, khoản đầu tư đến từ bất kỳ quốc gia thứ ba nào. Nghĩa vụ cuối cùng trong nhóm các quy định cấm phân biệt đối xử là nghĩa vụ không gây tổn hại bằng các biện pháp tùy tiện và phân biệt¹⁹.

Quy định “Nhà nước có chính sách khuyến khích và tạo điều kiện thuận lợi để nhà đầu tư thực hiện hoạt động ĐTKD, phát triển bền vững các ngành kinh tế” nhằm tạo ra môi trường ĐTKD thuận lợi, lành mạnh cho nhà đầu tư. Tuy vậy, trên thực tế, cũng còn nhiều chính sách chưa thể đi vào cuộc sống do thiếu tính thực tế hoặc điều kiện quá chặt. Cụ thể²⁰, theo một khảo sát tính, đến đầu tháng 10/2020 có khoảng 80% doanh nghiệp cho biết, không nhận được gói hỗ trợ Covid-19 lần 1 của Chính phủ. Lý do chủ yếu do doanh nghiệp không đáp ứng đủ điều kiện, gặp phải những rào cản, thủ tục phức tạp, nên không “mặn mòi”. Vì vậy, nhằm hỗ trợ cho các doanh nghiệp vượt qua khó khăn, tiếp cận tốt với các gói hỗ trợ, cần rà soát, giải quyết các vướng mắc, bất cập trong triển khai để có được những chính sách mang tính “ngắn gọn, đơn giản về quy trình”.

Có thể nói rằng, chính sách của Nhà nước về ĐTKD là nhân tố quyết định, ảnh hưởng đến sự lựa chọn, đích đến của nhà đầu tư. Với LĐT năm 2020, Nhà nước bảo vệ quyền sở hữu tài sản hợp pháp và quyền tự do kinh doanh nhà đầu tư theo quy định của pháp luật và nhà đầu tư có quyền tự do kinh doanh trong những ngành, nghề mà pháp luật không cấm. Về nguyên tắc, chính sách của Nhà nước ta là lấy nhà đầu tư là đối tượng chính để phục vụ, tạo thuận lợi, đồng thời chính sách đã thể hiện sự nhất quán, sự ổn định theo hướng thuận lợi, an toàn và thân thiện cho nhà đầu tư. Chính sách này đã minh thị về quyền bình đẳng cho tất cả nhà đầu tư, không phân biệt loại hình, thành phần kinh tế trong cơ hội tiếp cận các nguồn lực như vốn, tài nguyên, đất đai, quyền khởi kiện, không quốc hữu hóa... trong đầu tư kinh doanh theo thông lệ quốc tế ■

¹⁸ Học viện Ngoại giao (2017), *Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, tr. 16.

¹⁹ Học viện Ngoại giao (2017), *Giáo trình Luật Đầu tư quốc tế*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, tr.73.

²⁰ Thảo Chi, *Hỗ trợ doanh nghiệp vượt qua khó khăn*, <https://nhandan.com.vn/tin-tuc-kinh-te/ho-tro-doanh-nghiep-vuot-qua-kho-khan-639203/>, truy cập ngày 02/4/2021.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT VỀ XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH ĐỐI VỚI CÁC VI PHẠM VỀ KIỂM TRA, KHÁM SỨC KHỎE, NHẬP NGŨ THỰC HIỆN NGHĨA VỤ QUÂN SỰ

Cao Vũ Minh*

Nguyễn Thị Hải Yến**

*TS. Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

**ThS. Phòng Quản lý khoa học và Hợp tác quốc tế, Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Nghĩa vụ quân sự, vi phạm hành chính, xử phạt vi phạm hành chính.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 13/10/2021
Biên tập : 17/11/2021
Duyệt bài : 19/11/2021

Article Information:

Keywords: Military service; administrative violations; sanctioning of administrative violations.

Article History:

Received : 13 Oct. 2021
Edited : 17 Nov. 2021
Approved : 19 Nov. 2021

Tóm tắt:

Vi phạm hành chính về khám sức khỏe và nghĩa vụ quân sự diễn ra khá phổ biến. Tuy nhiên, quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi vi phạm khám sức khỏe nghĩa vụ quân sự vẫn còn một số bất cập. Trong phạm vi bài viết này, các tác giả phân tích các quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính đối với các vi phạm về kiểm tra, khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện nghĩa vụ quân sự; chỉ ra những bất cập và đề xuất giải pháp hoàn thiện.

Abstract:

Administrative violations of medical examination and military service are quite common. However, there are still some shortcomings in the law on sanctioning administrative violations for violations of medical examination, and military service. Within the scope of this article, the authors give out an analysis of a number of inadequacies in the legal provisions on sanctioning administrative violations regarding medical examination, military service and propose recommendations for further reviews and improvements.

1. Khái quát các hành vi vi phạm hành chính về kiểm tra, khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện nghĩa vụ quân sự

Điều 45 Hiến pháp năm 2013 quy định “*công dân phải thực hiện nghĩa vụ quân sự và tham gia xây dựng nền quốc phòng toàn dân*”. Khoản 1 Điều 4 Luật Nghĩa vụ quân sự

(NVQS) năm 2015 quy định: “*NVQS là nghĩa vụ về vang của công dân phục vụ trong Quân đội nhân dân*”. Khác với những nghĩa vụ khác áp dụng đối với cá nhân (nghĩa vụ đóng thuế), NVQS là một loại nghĩa vụ chỉ áp dụng đối với công dân¹. Bên cạnh đó, đây còn là một nghĩa vụ về vang của công dân. Sự về vang, vinh dự, tự hào thể hiện ở chỗ phục vụ trong môi trường

¹ Phan Nhật Thanh “*Nhận thức sự khác biệt giữa quyền con người và quyền công dân*”, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 3, 2020.

quân ngũ chính là công hiến sức trẻ để bảo vệ Tổ quốc, bảo vệ hòa bình². Môi trường quân ngũ với đặc tính kỷ luật nghiêm minh, tinh thần tập thể... là điều kiện tốt để mỗi cá nhân phấn đấu rèn luyện, hoàn thiện về nhân cách và trưởng thành toàn diện³.

Mặc dù là một nghĩa vụ thiêng liêng, vẻ vang với Tổ quốc nhưng vẫn có nhiều công dân không nhận thức được vấn đề này. Trong thực tế, hành vi trốn tránh, chống đối, cản trở việc thực hiện NVQS vẫn diễn ra thường xuyên⁴. Khoản 1 Điều 59 Luật NVQS năm 2015 quy định tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà chủ thể thực hiện hành vi trốn tránh, chống đối, cản trở việc thực hiện NVQS sẽ bị xử lý kỷ luật, xử phạt hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự.

Như vậy, bên cạnh trách nhiệm kỷ luật và trách nhiệm hình sự, trách nhiệm hành chính cũng được xem là một trong những giải pháp quan trọng nhằm răn đe, trừng trị chủ thể vi phạm các quy định về thực hiện NVQS. Hiện nay, việc xử phạt vi phạm hành chính (VPHC) đối với các vi phạm về thực hiện NVQS được quy định tại Nghị định số 120/2013/NĐ-CP ngày 09/10/2013 của Chính phủ (Nghị định số 120). Theo đó, các VPHC này được chia thành 06 nhóm hành vi: i) Vi phạm các quy định về đăng ký NVQS (Điều 4); ii) Vi phạm quy định sơ tuyển thực hiện NVQS (Điều 5); iii) Vi phạm quy định về kiểm tra, khám sức khỏe thực hiện NVQS (Điều 6); iv) Vi phạm quy định về nhập ngũ (Điều 7); v) Vi phạm quy định về thực hiện NVQS phục vụ tại ngũ (Điều 8); vi) Vi phạm các quy định về thực hiện NVQS (Điều 9). Trong 06 nhóm hành vi nêu trên thì vi phạm về khám sức khỏe thực hiện NVQS và vi phạm quy định về nhập ngũ rất phổ biến⁵ dưới các biểu hiện sau đây:

Một là, người khám sức khỏe không có mặt

đúng thời gian hoặc địa điểm khám sức khỏe ghi trong giấy gọi khám sức khỏe thực hiện NVQS mà không có lý do chính đáng. Theo đó, khi nhận được hoặc biết được giấy gọi khám sức khỏe thực hiện NVQS thì công dân phải thực hiện nghĩa vụ này. Trường hợp không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm khám sức khỏe ghi trong giấy gọi khám sức khỏe mà không có lý do chính đáng thì cấu thành một VPHC. Lý do chính đáng ở đây được quy định cụ thể trong Điều 5 Thông tư số 95/2014/TT-BQP ngày 07/7/2014 của Bộ trưởng Bộ Quốc phòng hướng dẫn thi hành Nghị định số 120 gồm: i) Người phải thực hiện việc kiểm tra hoặc khám sức khỏe thực hiện NVQS nhưng bị ốm hoặc trên đường đi bị ốm, tai nạn; ii) Thân nhân của người thực hiện NVQS gồm bố, mẹ đẻ; bố, mẹ vợ hoặc bố, mẹ chồng; người nuôi dưỡng hợp pháp; vợ hoặc chồng; con đẻ, con nuôi hợp pháp đang bị ốm nặng hoặc chết nhưng chưa tổ chức tang lễ; iii) Nhà ở của người thực hiện NVQS hoặc nhà ở của thân nhân người thực hiện NVQS nằm trong vùng đang bị thiên tai, dịch bệnh, hỏa hoạn làm ảnh hưởng đến cuộc sống; iv) Người thực hiện NVQS không nhận được giấy gọi kiểm tra hoặc khám sức khỏe thực hiện NVQS do lỗi của người hoặc cơ quan có trách nhiệm hoặc do hành vi của người khác gây khó khăn hoặc cản trở. Ngoài trừ những lý do chính đáng nêu trên, những lý do khác không được chấp nhận và người thuộc diện khám sức khỏe mà không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm khám sức khỏe ghi trong giấy gọi khám sức khỏe sẽ bị xử phạt VPHC.

Hai là, người khám sức khỏe gian dối làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của mình nhằm trốn tránh NVQS. Hình thức vi phạm này thể hiện qua việc “gian dối làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của mình” và mục đích là

² Hồ Chí Minh, *Toàn tập, tập 9*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, năm 2011, tr.226.

³ Tô Việt Báo, “*Tổ chức thực hiện tốt công tác tuyển quân theo Luật Nghĩa vụ quân sự năm 2015*”, Tạp chí Quốc phòng toàn dân, số 1, năm 2016.

⁴ Phạm Đức Việt, “*Bàn về tội trốn tránh nghĩa vụ quân sự*”, Tạp chí Kiểm sát, số 5, năm 2021.

⁵ Báo cáo số 2638/BC-BCH ngày 18/12/2020 của Bộ Chỉ huy quân sự tỉnh Sóc Trăng về công tác thi hành pháp luật về xử lý vi phạm hành chính từ năm 2013 đến năm 2020.

“nhằm trốn tránh NVQS”. Như vậy, nếu người khám sức khỏe có hành vi gian dối để làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của mình nhưng lại nhằm mục đích đạt sức khỏe cao hơn để được tuyển chọn vào binh chủng khác nhau - tức là vẫn nhập ngũ thực hiện NVQS thì không thỏa mãn cấu thành của VPHC.

Ba là, hành vi “đưa tiền hoặc các lợi ích vật chất khác cho cán bộ, nhân viên y tế để làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của người khám sức khỏe thực hiện NVQS”. Hành vi này được thực hiện với lỗi cố ý, cụ thể là dùng lợi ích vật chất để tác động đến người khám sức khỏe nhằm mục đích trốn tránh NVQS.

Bốn là, cán bộ, nhân viên y tế cố ý làm sai lệch các yếu tố về sức khỏe của người khám sức khỏe thực hiện NVQS. Đây là hành vi của cán bộ, nhân viên y tế cố ý làm cho các yếu tố về sức khỏe của người khám sức khỏe thực hiện NVQS bị sai lệch. Sự sai lệch này theo ý muốn của cán bộ, nhân viên y tế, có thể là đạt sức khỏe để thực hiện NVQS hoặc là không đạt sức khỏe để không thực hiện NVQS.

Năm là, không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm tập trung ghi trong lệnh gọi nhập ngũ mà không có lý do chính đáng. Hành vi vi phạm này thể hiện ở việc người có lệnh gọi nhập ngũ đã trực tiếp nhận lệnh gọi nhập ngũ hoặc biết được lệnh gọi nhập ngũ nhưng không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm tập trung ghi trong lệnh gọi nhập ngũ mà không có lý do chính đáng. Trong trường hợp này, lý do chính đáng được quy định tương tự hành vi không có mặt đúng thời gian, địa điểm ghi trong lệnh gọi khám sức khỏe thực hiện NVQS.

2. Bất cập trong các quy định của pháp luật xử phạt vi phạm hành chính về kiểm tra, khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện nghĩa vụ quân sự

Thứ nhất, các quy định của Nghị định số 120 xử phạt VPHC về khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện NVQS không tương thích với

Luật NVQS năm 2015, Luật Xử lý VPHC năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020.

Sau khi Luật Xử lý VPHC năm 2012 có hiệu lực, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 120 để quy định cụ thể về hành vi vi phạm, hình thức xử phạt, mức phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với các VPHC trong lĩnh vực quốc phòng. Tính đến nay, trải qua gần 8 năm triển khai thi hành, các quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực quốc phòng nói chung và VPHC về khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện NVQS nói riêng đã không còn phù hợp với các văn bản pháp luật khác trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

Nội dung quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực quốc phòng nói chung và VPHC về khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện NVQS nói riêng được ban hành dựa trên cơ sở Luật Tổ chức Chính phủ năm 2001, Luật Quốc phòng năm 2005, Luật NVQS năm 1981 đã được sửa đổi, bổ sung năm 1990, 1994 và 2005. Tính đến nay, các văn bản này đã hết hiệu lực và được thay thế bằng Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019, Luật Quốc phòng năm 2018, Luật NVQS năm 2015. Bên cạnh đó, các quy định của Luật Xử lý VPHC năm 2012 cũng đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020⁶. Để bảo đảm tính hợp pháp, tính thống nhất của văn bản quy phạm pháp luật trong hệ thống pháp luật, cần thiết phải sửa đổi Nghị định số 120.

Thứ hai, một số hành vi bị cấm trong Luật NVQS năm 2015 chưa xác định được chế tài tương ứng trong pháp luật xử phạt VPHC.

Theo quy định của khoản 1 Điều 10 Luật NVQS năm 2015, trốn tránh thực hiện NVQS là hành vi bị nghiêm cấm. Khoản 8 Điều 3 Luật NVQS năm 2015 giải thích, “trốn tránh thực hiện NVQS là hành vi không chấp hành lệnh gọi đăng ký NVQS; lệnh gọi khám sức khỏe NVQS; lệnh gọi nhập ngũ; lệnh gọi tập trung huấn luyện, diễn tập, kiểm tra sẵn sàng

⁶ Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2020 (có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2022) đã sửa đổi, bổ sung nội dung của 66/ 142 điều (trong đó 16 điều sửa đổi, bổ sung toàn diện), sửa kỹ thuật 11/ 142 điều, bổ sung mới 04 điều, bãi bỏ 03 điều của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

động viên, sẵn sàng chiến đấu”. Như vậy, trốn tránh thực hiện NVQS bao gồm các hành vi: i) Không chấp hành lệnh gọi đăng ký NVQS; ii) Không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe NVQS; iii) Không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ; iv) Không chấp hành lệnh gọi tập trung huấn luyện, diễn tập, kiểm tra sẵn sàng động viên, sẵn sàng chiến đấu.

Hiện nay, khoản 1 Điều 6 Nghị định số 120 quy định xử phạt từ 800.000 đồng đến 1.200.000 đồng đối với hành vi “*không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm khám sức khỏe ghi trong giấy gọi khám sức khỏe thực hiện NVQS mà không có lý do chính đáng*”. Câu hỏi đặt ra là “*nếu chủ thể có mặt đúng thời gian, đúng địa điểm khám sức khỏe nhưng lại không chịu khám sức khỏe thì có bị xử phạt hay không?*”. Căn cứ vào câu chữ quy định tại khoản 1 Điều 6 Nghị định số 120/2013/NĐ-CP thì rõ ràng không thể xử phạt bởi chủ thể vẫn có mặt đúng thời gian, đúng địa điểm khám sức khỏe theo lệnh gọi.

Việc “*không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm khám sức khỏe mà không có lý do chính đáng*” có thể là “*không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe*”. Tuy nhiên, hành vi “*không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe*” hoàn toàn có thể diễn ra mặc dù công dân có mặt đúng thời gian, địa điểm khám sức khỏe. Như vậy, có thể thấy, hành vi “*không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe*” có nội hàm pháp lý rộng hơn “*không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm khám sức khỏe ghi trong giấy gọi khám sức khỏe thực hiện NVQS mà không có lý do chính đáng*”. Do đó, nếu hành vi nào tuy có dấu hiệu “*không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe*” nhưng không phải là “*không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm khám sức khỏe mà không có lý do chính đáng*” thì người có thẩm quyền sẽ không thể xử phạt.

Tương tự, khoản 1 Điều 7 Nghị định số 120 quy định hành vi “*không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm tập trung ghi trong lệnh gọi nhập ngũ mà không có lý do chính đáng*” sẽ bị phạt tiền từ 1.500.000 đồng đến 2.500.000

đồng. Tuy nhiên, trong trường hợp người có lệnh nhập ngũ có mặt đúng thời gian, địa điểm nhưng lại không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ thì lại không có căn cứ để xử phạt. Trên thực tế, người có lệnh nhập ngũ có mặt đúng thời gian, địa điểm nhưng không đồng ý mặc quân trang, không đồng ý cho kiểm tra lại sức khỏe hoặc không đồng ý lên xe để về đơn vị nhận quân của Quân đội... vẫn thường xuyên xảy ra. Do đó, nếu chỉ căn cứ vào quy định tại khoản 1 Điều 7 Nghị định số 120 thì không thể xử phạt hành vi trên.

Có thể thấy, hành vi “*không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm tập trung ghi trong lệnh gọi nhập ngũ mà không có lý do chính đáng*” và “*không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ*” là rất khác nhau. Việc trốn tránh, không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm tập trung ghi trong lệnh gọi nhập ngũ mà không có lý do chính đáng chính là không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ. Tuy nhiên, hành vi không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ vẫn có thể diễn ra mặc dù công dân có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm tập trung ghi trong lệnh gọi nhập ngũ. Do đó, các hành vi vi phạm quy định tại khoản 1 Điều 7 Nghị định số 120 đã không bao quát hết các vi phạm về “*không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ*”.

Điều 332 Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) về quy định *Tội trốn tránh thực hiện NVQS*. Theo đó, người nào không chấp hành đúng quy định của pháp luật về đăng ký NVQS, không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ, lệnh gọi tập trung huấn luyện, đã bị xử phạt VPHC về hành vi này hoặc đã bị kết án về tội này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 02 năm hoặc phạt tù từ 03 tháng đến 02 năm. Như vậy, hành vi trốn tránh thực hiện NVQS bị truy cứu trách nhiệm hình sự chỉ áp dụng đối với: a) Không chấp hành đúng quy định của pháp luật về đăng ký NVQS; b) Không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ; c) Không chấp hành lệnh gọi tập trung huấn luyện. Đối chiếu quy định tại khoản

8 Điều 3 Luật NVQS năm 2015 và Điều 332 BLHS năm 2015 sẽ thấy sự không tương thích. Cụ thể, theo Điều 332 BLHS năm 2015, hành vi “không chấp hành lệnh gọi đăng ký NVQS”, “không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ”, “không chấp hành lệnh gọi tập trung huấn luyện, diễn tập, kiểm tra sẵn sàng động viên, sẵn sàng chiến đấu” có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự nếu đã bị xử phạt VPHC.

Đối với hành vi “không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe NVQS”, như đã đề cập trên đây, nếu không có dấu hiệu “không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm tập trung ghi trong lệnh gọi nhập ngũ mà không có lý do chính đáng” thì người có thẩm quyền không thể xử phạt VPHC. Một khi không bị xử phạt VPHC thì cũng không thể truy cứu trách nhiệm hình sự. Bất cập này dẫn đến thực trạng là hành vi không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe NVQS nếu được thực hiện trong khoảng thời gian và tại địa điểm khám sức khỏe thì không bị xử phạt VPHC. Vi phạm này cũng không thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự mặc dù chủ thể thực hiện hành vi nhiều lần⁷.

Tương tự, đối với hành vi “không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ”, pháp luật hiện hành không quy định đầy đủ về chế tài hành chính. Cụ thể, hành vi không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ nếu được thực hiện trong khoảng thời gian và tại địa điểm tập trung ghi trong lệnh gọi nhập ngũ thì không thể xử phạt. Từ bất cập này lại dẫn đến vướng mắc trong việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với hành vi “không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ”. Cụ thể, theo Điều 332 BLHS năm 2015, hành vi “không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ” sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự khi người vi phạm đã bị xử phạt VPHC. Do

không bị xử phạt VPHC thì không thể thỏa mãn điều kiện tiên quyết để truy cứu trách nhiệm hình sự về Tội trốn tránh thực hiện NVQS⁸.

Thứ ba, Nghị định số 120 chưa bao quát hết những sai phạm về khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện NVQS.

Theo điểm b khoản 2 Điều 6 Nghị định số 120, hành vi “đưa tiền hoặc các lợi ích vật chất khác cho cán bộ, nhân viên y tế để làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của người khám sức khỏe thực hiện NVQS” sẽ bị phạt tiền từ 2.000.000 đồng đến 4.000.000 đồng. Như vậy, để xác định có VPHC hay không thì người có thẩm quyền phải chứng minh được hành vi “đưa tiền hoặc các lợi ích vật chất khác” cho cán bộ, nhân viên y tế để làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của người khám sức khỏe thực hiện NVQS. Câu hỏi đặt ra là “nếu tổ chức, cá nhân không dùng tiền hoặc các lợi ích vật chất khác mà dùng các lợi ích phi vật chất nhằm mục đích để cán bộ, nhân viên y tế làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của người khám sức khỏe thực hiện NVQS thì có vi phạm hay không?”. Các tác giả cho rằng, trong cấu thành của VPHC này, “tiền hoặc các lợi ích vật chất khác” được xem là dấu hiệu bắt buộc. Do đó, nếu không có “tiền hoặc các lợi ích vật chất khác” mà là các “lợi ích phi vật chất” thì người có thẩm quyền không thể xử phạt. Thực tiễn cho thấy, rất nhiều trường hợp lợi ích mà người có chức vụ, quyền hạn nói chung và cán bộ, nhân viên y tế nói riêng nhận được là lợi ích phi vật chất như tình dục, sự ca ngợi, tôn vinh một cách không chính đáng, việc làm⁹... Xét về tính chất, việc người có chức vụ, quyền hạn nói chung và cán bộ, nhân viên y tế nhận lợi ích vật chất hay phi vật chất từ người đưa hối

⁷ Công văn số 5887/VKSTC-V14 ngày 05/12/2019 của Viện kiểm sát nhân dân tối cao về việc giải đáp một số khó khăn, vướng mắc liên quan đến quy định của Bộ luật Hình sự, Bộ luật Tố tụng Hình sự và thi hành án hình sự.

⁸ Nguyễn Cảnh Hợp, “Định kiến hành chính trong luật hình sự Việt Nam”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 16, năm 2021.

⁹ Nguyễn Văn Thuyết (chủ biên), *Bình luận những điểm mới của Bộ luật Hình sự hiện hành*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, năm 2018, tr.458.

lộ thì tính nguy hiểm của hành vi là như nhau¹⁰. Do đó, việc đưa lợi ích phi vật chất cho cán bộ, nhân viên y tế để làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của người khám sức khỏe thực hiện NVQS mà lại không bị xử phạt là một điều bất hợp lý.

Thứ tư, Nghị định số 120 không quy định thẩm quyền xử phạt VPHC về khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện NVQS cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã dẫn đến vướng mắc trong việc áp dụng pháp luật.

VPHC xảy ra phổ biến ở nhiều ngành, nhiều lĩnh vực khác nhau, kèm theo đó là những hậu quả cần được giải quyết nhanh chóng, kịp thời. Do đó, bên cạnh việc áp dụng các hình thức xử phạt để răn đe cá nhân, tổ chức VPHC, pháp luật còn áp dụng các biện pháp nhất định nhằm khắc phục hậu quả do VPHC gây ra. Đối với hành vi “không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm kiểm tra, khám sức khỏe thực hiện NVQS mà không có lý do chính đáng”, ngoài hình thức phạt tiền (từ 800.000 đồng đến 1.200.000 đồng), người vi phạm còn bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “buộc thực hiện kiểm tra hoặc khám sức khỏe theo kế hoạch của Hội đồng NVQS”. Đối với hành vi “người khám sức khỏe gian dối làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của mình nhằm trốn tránh NVQS” hoặc “cán bộ, nhân viên y tế cố ý làm sai lệch các yếu tố về sức khỏe của người khám sức khỏe thực hiện NVQS” thì ngoài việc bị phạt tiền (từ 2.000.000 đồng đến 4.000.000 đồng), người vi phạm còn bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “buộc thực hiện lại việc khám sức khỏe đối với người được khám sức khỏe thực hiện NVQS”. Đối với hành vi “đưa tiền hoặc các lợi ích vật chất khác cho cán bộ, nhân viên y tế để làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của người khám sức khỏe thực hiện NVQS” thì ngoài việc bị phạt tiền (từ 2.000.000 đồng đến 4.000.000 đồng), người vi phạm còn

bị áp dụng đồng thời hai biện pháp khắc phục hậu quả “buộc thực hiện lại việc khám sức khỏe đối với người được khám sức khỏe thực hiện NVQS” và “buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do VPHC”. Đối với hành vi “không có mặt đúng thời gian hoặc địa điểm tập trung ghi trong lệnh gọi nhập ngũ mà không có lý do chính đáng” thì ngoài việc bị phạt tiền (từ 1.500.000 đồng đến 2.500.000 đồng), người vi phạm còn bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “buộc chấp hành lệnh gọi nhập ngũ”. Như vậy, đối với tất cả VPHC về khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện NVQS thì người vi phạm đều bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả.

Theo khoản 4 Điều 52 Luật Xử lý VPHC năm 2012, thẩm quyền xử phạt VPHC phải căn cứ vào hình thức, mức xử phạt, trị giá tang vật, phương tiện VPHC bị tịch thu và biện pháp khắc phục hậu quả được quy định đối với từng HVVP. Khoản 1 Điều 37 Nghị định số 120 quy định Chủ tịch UBND cấp xã có quyền phạt cảnh cáo, phạt tiền đến 5.000.000 đồng trong lĩnh vực quốc phòng. Tuy nhiên, Chủ tịch UBND cấp xã lại không có quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả “buộc thực hiện kiểm tra hoặc khám sức khỏe theo kế hoạch của Hội đồng NVQS”; “buộc thực hiện lại việc khám sức khỏe đối với người được khám sức khỏe thực hiện NVQS”; “buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do VPHC”; “buộc chấp hành lệnh gọi nhập ngũ”.

Nếu chỉ xét riêng về thẩm quyền phạt tiền thì Chủ tịch UBND cấp xã hoàn toàn đủ thẩm quyền xử phạt đối với các VPHC về khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện NVQS. Tuy nhiên, do Chủ tịch UBND cấp xã không có thẩm quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả đối với các VPHC về khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện NVQS nên không có quyền xử phạt. Điều này dẫn đến thực trạng có những hành vi vi phạm mà mức tiền phạt thuộc thẩm quyền của Chủ tịch UBND cấp xã nhưng do áp dụng

¹⁰ Đào Phương Thanh, “Quy định của Bộ luật Hình sự về dấu hiệu định tội đối với tội nhận hối lộ”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 2, năm 2021.

đồng thời các biện pháp khắc phục hậu quả nên phải chuyển lên cấp trên. Đây là phương án đi ngược lại với chủ trương mở rộng thẩm quyền cho cấp dưới, cấp cơ sở, đồng thời cũng đi ngược lại với phân cấp quản lý nhà nước về hoạt động xử phạt và mâu thuẫn với nguyên tắc xác định thẩm quyền xử phạt dựa trên tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi¹¹.

3. Kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, nhằm bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật, đáp ứng yêu cầu về tính hợp pháp là văn bản quy định chi tiết phải được ban hành để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản được quy định chi tiết¹², cần sớm ban hành nghị định mới thay thế Nghị định số 120. Trong quy định về xử phạt vi phạm hành chính về kiểm tra, khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện nghĩa vụ quân sự, nghị định cần lưu ý một số điểm sau đây:

Một là, quy định cụ thể chế tài đối với hành vi “không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe” và “không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ”¹³.

Hai là, theo khoản 7 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018, hành vi tham nhũng không chỉ nhằm đạt được lợi ích vật chất, mà còn nhằm đạt lợi ích phi vật chất. Do đó, nhằm bảo đảm sự tương thích với Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018, quy định xử phạt đối với hành vi “đưa tiền hoặc các lợi ích vật chất khác cho cán bộ, nhân viên y tế để làm sai lệch kết quả phân loại sức khỏe của người khám sức khỏe thực hiện NVQS” cần được bổ sung cụm từ “lợi ích phi vật chất” vào cấu thành của VPHC.

Thứ hai, như đã phân tích ở trên đây, Luật

Xử lý VPHC năm 2012 quy định việc áp dụng biện pháp “buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC” thuộc thẩm quyền của Chủ tịch UBND cấp huyện và Chủ tịch UBND cấp tỉnh. Do đó, ngoại trừ hành vi bị áp dụng biện pháp “buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp”, các VPHC về khám sức khỏe, nhập ngũ thực hiện NVQS bị áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả khác, các tác giả cho rằng, nên giao cho Chủ tịch UBND cấp xã. Thực chất, các biện pháp “buộc thực hiện kiểm tra hoặc khám sức khỏe theo kế hoạch của Hội đồng NVQS”, “buộc thực hiện lại việc khám sức khỏe đối với người được khám sức khỏe thực hiện NVQS”, “buộc chấp hành lệnh gọi nhập ngũ” không có nội dung pháp lý mới vì nó được bao hàm trong biện pháp “buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu”¹⁴. Vì vậy, các biện pháp này có thể được quy định nằm trong phạm vi thẩm quyền của Chủ tịch UBND cấp xã.

Thứ ba, nhằm bảo đảm sự thống nhất giữa Luật Xử lý vi phạm hành chính với Luật Hình sự, cần sửa đổi BLHS năm 2015 theo hướng quy định chế tài xử lý hình sự đối với hành vi “không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe thực hiện NVQS”. Cụ thể, Điều 332 BLHS năm 2015 cần được sửa đổi như sau: “người nào không chấp hành đúng quy định của pháp luật về đăng ký NVQS, không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe thực hiện NVQS, không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ, lệnh gọi tập trung huấn luyện, đã bị xử phạt VPHC về hành vi này hoặc đã bị kết án về tội này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 02 năm hoặc phạt tù từ 03 tháng đến 02 năm” ■

¹¹ Nguyễn Cảnh Hợp - Mai Thị Lâm, “Quy định thẩm quyền xử phạt theo tỷ lệ phần trăm có không chế mức trần: Ưu điểm hay hạn chế?”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 06, 2015.

¹² Điều 11 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020.

¹³ Tác giả cho rằng cần bổ sung hành vi vi phạm các quy định về khám sức khỏe thực hiện NVQS là “không nhận lệnh gọi khám sức khỏe và không chấp hành lệnh gọi khám sức khỏe thực hiện NVQS”. Đối với Điều 7 về vi phạm quy định về nhập ngũ thực hiện NVQS là “không nhận lệnh gọi nhập ngũ thực hiện NVQS và không chấp hành lệnh gọi nhập ngũ thực hiện NVQS”.

¹⁴ Trương Tư Phước, “Hoàn thiện quy định của pháp luật về biện pháp khắc phục hậu quả buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 7, năm 2019.

HÌNH THỨC HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA TRONG KINH DOANH, THƯƠNG MẠI THÔNG QUA MẠNG XÃ HỘI

Trương Vĩnh Xuân

TS. Học viện Chính trị khu vực IV.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: mạng xã hội, hình thức hợp đồng thông qua mạng xã hội.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 28/08/2021
Biên tập : 14/09/2021
Duyệt bài : 16/09/2021

Tóm tắt:

Mạng xã hội được ứng dụng ngày càng nhiều trong đời sống, bao gồm giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại. Tuy nhiên, khung pháp luật điều chỉnh hình thức hợp đồng trong giao kết hợp đồng thông qua mạng xã hội chưa hoàn chỉnh. Đây là bất cập cần phải hoàn thiện như ban hành văn bản pháp luật có giá trị cao hơn điều chỉnh thành lập, tổ chức và hoạt động của mạng xã hội, tăng cường vai trò, trách nhiệm của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ mạng xã hội và các quy định của pháp luật về hình thức hợp đồng thông qua mạng xã hội.

Article Infomation:

Keywords: Social networks; form of contract through social networks.

Article History:

Received : 28 Aug. 2021
Edited : 14 Sep. 2021
Approved : 16 Sep. 2021

Abstract:

Social networks are increasingly applied in life, including entering into contracts for the sale of goods in business and commerce. However, several current regulations are still unclear, especially on the form of contracts through social networks. This is an inadequacy that needs to be improved such as promulgating legal documents of higher value than regulating the establishment, organization and operation of social networks, strengthening the roles and responsibilities of enterprises providing social networking services and legal regulations on the form of contracts through social networks.

1. Hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại

Hợp đồng được tạo ra bởi sự thỏa thuận/ sự ưng thuận của hai hoặc nhiều bên¹ (gọi là các bên). Sự thỏa thuận là sự thống nhất ý chí của các bên, nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự², là tiền đề hình thành hợp đồng giữa các bên trong hợp đồng. Hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại khác với các hợp đồng khác ở chủ thể tham gia hợp đồng, đối tượng hợp đồng và mục đích tham gia hợp đồng.

Chủ thể tham gia hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại phải là thương nhân, bao gồm tổ chức kinh tế được thành lập hợp pháp, cá nhân hoạt động thương mại một cách độc lập, thường xuyên và có đăng ký kinh doanh³.

Đối tượng của hợp đồng mua bán hàng hóa là tất cả các loại động sản, kể cả động sản hình thành trong tương lai và những vật gắn liền với đất đai⁴.

Mục đích của hợp đồng mua bán hàng hóa giữa các bên là nhằm mục đích sinh lợi⁵.

¹ Đỗ Văn Đại (2011), *Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và bình luận bản án (tập 1)*, Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật tr. 556; Trần Kiên, Nguyễn Khắc Thu (2019), *Khái niệm hợp đồng và những nguyên tắc cơ bản của hệ thống pháp luật về hợp đồng Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 2+3/2019; Vũ Văn Mẫu (1963), *Việt Nam Dân luật lược khảo – Quyển II: Nghĩa vụ và Khế ước*, Bộ Quốc gia giáo dục xuất bản, Sài Gòn, tr.55-57.

² Điều 385 Bộ luật Dân sự năm 2015.

³ Khoản 1 Điều 6 Luật Thương mại năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Thương mại).

⁴ Khoản 2 Điều 3 Luật Thương mại.

⁵ Khoản 1 Điều 3 Luật Thương mại.

Tuy nhiên, hợp đồng nói chung, hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại nói riêng phải được thể hiện ra bên ngoài, biểu hiện bằng một hình thức nhất định. *Do vậy, hình thức hợp đồng là sự biểu hiện ra bên ngoài của nội dung hợp đồng, gồm tổng hợp các cách thức, thủ tục, phương tiện để thể hiện và công bố ý chí của các bên, ghi nhận nội dung của hợp đồng và là biểu hiện cho sự tồn tại của hợp đồng*⁶.

Theo quy định của Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015, giao dịch dân sự được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc bằng hành vi cụ thể. Trong đó, giao dịch dân sự thông qua phương tiện điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử được coi là giao dịch bằng văn bản⁷. Dựa trên nguyên tắc chung đó, Luật Thương mại năm 2005 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2019 (Luật Thương mại) quy định về hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa được thể hiện bằng lời nói, bằng văn bản hoặc được xác lập bằng hành vi cụ thể⁸.

Thứ nhất, hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại được thể hiện bằng lời nói.

Lời nói là những gì con người nói trong một hoàn cảnh giao tiếp cụ thể, là sản phẩm cụ thể của hoạt động ngôn ngữ⁹. Thông qua hệ thống các cơ quan của con người làm cho ngôn ngữ được phát ra nên pháp luật dùng thuật ngữ “bằng lời nói” để chỉ hình thức hợp đồng. Thông qua lời nói, các thông tin về các nội dung cơ bản của hợp đồng được các bên giao kết hợp đồng thể hiện và thống nhất trong quá trình thương thảo hợp đồng (*đề nghị giao kết và chấp nhận giao kết*). Khi các bên thỏa thuận

được các nội dung của hợp đồng thì đồng nghĩa với hợp đồng đã được giao kết và có hiệu lực.

Thứ hai, hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại được thể hiện bằng văn bản.

Văn bản là bản viết hoặc in, mang nội dung là những gì cần được ghi để lưu lại làm bằng. Nó là một chuỗi ký hiệu ngôn ngữ, hay nói chung là những ký hiệu thuộc về một hệ thống nào đó, làm thành một chỉnh thể mang một nội dung ý nghĩa trọn vẹn¹⁰. Hệ thống các câu, các đoạn văn sẽ ghi nhận đầy đủ những nội dung cơ bản của hợp đồng và các bên cùng ký tên xác nhận, làm cho hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh thương mại xác thực về nội dung đã cam kết, có tính tin cậy cao.

Theo quy định của Điều 15 Luật Thương mại, các hình thức có giá trị tương đương văn bản bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu và các hình thức khác theo quy định của pháp luật. Điều này hoàn toàn phù hợp với Công ước của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán quốc tế (Công ước Viên năm 1980)¹¹, quy định của BLDS năm 2015 về hợp đồng nói chung, bao gồm hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại thông qua phương tiện điện tử dưới hình thức thông điệp dữ liệu theo quy định của pháp luật về giao dịch điện tử được coi là giao dịch bằng văn bản.

Phương tiện điện tử là phương tiện hoạt động dựa trên công nghệ điện, điện tử, kỹ thuật số, từ tính, truyền dẫn không dây, quang học, điện từ hoặc công nghệ tương tự¹². Trên cơ sở phương tiện điện tử, các thông điệp dữ liệu là thông tin được tạo ra, được gửi đi, được nhận và được lưu trữ¹³. Biểu hiện của thông điệp dữ liệu là các hình thức trao đổi dữ liệu điện tử, chứng từ điện tử, thư điện tử, điện tín, điện báo, fax

⁶ Lê Minh Hùng (2010), *Hiệu lực của hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam*, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, tr. 51.

⁷ Khoản 1 Điều 119 BLDS năm 2015.

⁸ Khoản 1 Điều 24 Luật Thương mại.

⁹ Viện Ngôn ngữ học (2004), *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, tr. 586.

¹⁰ Viện Ngôn ngữ học (2004), *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, tr. 1100.

¹¹ Article 13. For the purposes of this Convention “writing” includes telegram and telex (Điều 13. Theo tinh thần của Công ước này, điện báo và telex cũng được coi là hình thức văn bản).

¹² Khoản 10 Điều 4 Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

¹³ Khoản 12 Điều 4 Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

và các hình thức tương tự khác¹⁴. Vì vậy, các hình thức mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại qua các trang thương mại điện tử¹⁵ hoặc qua Sở giao dịch mua bán hàng hóa (sử dụng hệ thống phần mềm giao dịch CQG¹⁶) đều là hình thức giao dịch bằng văn bản.

Để bảo vệ cho trật tự an toàn xã hội, sự an toàn của người tham gia giao dịch, ngoài việc phải thể hiện ý chí đích thực của mình, trong một số trường hợp, các chủ thể tham gia giao dịch phải tuân theo quy định của pháp luật về hình thức của hợp đồng¹⁷ nói chung, hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại nói riêng như: *phải có công chứng hoặc chứng thực, phải đăng ký*¹⁸.

Thứ ba, hình thức của hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại được thể hiện bằng hành vi cụ thể.

Đó là hành động, là xử sự có ý thức của các bên. Thông thường, hình thức hợp đồng bằng hành vi cụ thể được sử dụng khi bên thực hiện hành vi giao kết hợp đồng đã biết rõ nội dung của hợp đồng và chấp nhận tất cả các điều kiện mà bên kia đưa ra, và bên kia không loại trừ việc trả lời bằng hành vi hoặc không đưa ra một yêu cầu rõ ràng về hình thức của sự trả lời chấp nhận¹⁹.

2. Mạng xã hội và sự tác động của nó đối với hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại

Sự xuất hiện của mạng xã hội (social network) trong đời sống là sự thay đổi của cuộc sống phát sinh từ nhu cầu của con người. Về bản chất, mạng xã hội là một cấu trúc xã hội

hình thành bởi một nhóm các chủ thể xã hội (cá nhân hoặc tổ chức) thông qua các mối liên hệ song phương và các tương tác khác giữa họ. Do vậy, ở quy mô nhỏ, hai người có mối quan hệ nhất định thì cũng là mạng xã hội²⁰. Tuy nhiên, nhờ sự phát triển của internet, mạng xã hội mới được hiểu rộng như ngày nay.

Nhìn chung, mạng xã hội là dịch vụ nối kết các thành viên cùng sở thích trên Internet lại với nhau với nhiều mục đích khác nhau, không phân biệt không gian và thời gian. Năm 2009, khi Facebook chính thức bước chân vào thị trường Việt Nam, mạng xã hội ở Việt Nam phát triển mạnh mẽ, đồng thời xuất hiện nhiều mạng xã hội của riêng... Năm 2017, khái niệm về mạng xã hội đã thay đổi hoàn toàn nhờ tính năng Livestream. Mạng xã hội giờ đóng vai trò như một nguồn cung cấp tin, giải trí và những video live giúp chúng ta lập tức có được một cái nhìn trực diện vào thế giới²¹.

Trong quan hệ hợp đồng, mạng xã hội tác động to lớn đến giao kết và thực hiện hợp đồng mua bán hàng hóa cũng như tác động đến hình thức hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại. Bên cạnh sự tiện lợi mà mạng xã hội mang đến, việc giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại thông qua mạng xã hội cũng đặt ra một số vấn đề sau đây:

- *Trường hợp hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại giao kết qua mạng xã hội được coi là hình thức bằng lời nói.*

Giả sử chúng ta đồng ý với quan điểm thỏa thuận hợp đồng qua mạng xã hội là hợp đồng

¹⁴ Điều 10 Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

¹⁵ Thương mại điện tử là các kênh bán hàng trực tuyến, kinh doanh trực tuyến nơi mà các chủ shop hoặc các công ty, doanh nghiệp buôn bán trên môi trường Internet.

¹⁶ CQG là hệ thống chuyển lệnh và lưu trữ dữ liệu do Công ty Công nghệ đa quốc gia CQG cung cấp.


¹⁷ Đỗ Văn Đại (2011), *Luật hợp đồng Việt Nam: Bản án và bình luận bản án (tập 1)*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, tr.557.

¹⁸ Khoản 2 Điều 119 BLDS năm 2015.

¹⁹ Lê Minh Hùng (2010), *Hiệu lực của hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam*, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, tr. 58-59.

²⁰ Gam 7 book 13 (2019), *Mạng xã hội #10 yearchallenge*, Nxb. Lao động, tr.14.

²¹ Lê Kiên (2017), Khái niệm về mạng xã hội đã thay đổi hoàn toàn nhờ tính năng Livestream, <https://infonet.vietnamnet.vn/truyen-thong/khai-niem-ve-mang-xa-hoi-da-thay-doi-hoan-toan-nho-tinh-nang-live-stream-74017.html>, truy cập ngày 6/6/2017.

bằng lời nói. Sau khi thỏa thuận các nội dung cơ bản của hợp đồng, bên sau cùng trả lời là “ok” hoặc trả lời bằng biểu tượng “Like” (thích: ) và sẽ không có bất cập gì nếu hợp đồng thực hiện và không có bất kỳ tranh chấp nào xảy ra. Nhưng ngược lại, mặc dù bên sau cùng trả lời là “ok” hoặc trả lời bằng biểu tượng “Like” nhưng có tranh chấp và họ lập luận tin nhắn “OK”, nút “Like” chỉ có nghĩa đã nhận được những nội dung cơ bản của hợp đồng mà chưa phản ánh là đồng ý hoàn toàn hay chưa. Tin nhắn “OK”, nút “Like” hoàn toàn khác với tin nhắn “Tôi đồng ý”.

- *Trường hợp hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại thông qua mạng xã hội được coi là hình thức văn bản.*

Pháp luật hiện hành không quy định hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại thông qua mạng xã hội là hình thức văn bản. Tuy nhiên, chúng ta có thể xem xét những tình huống như sau:

Tình huống 1: mạng xã hội là phương tiện chuyển tải thông tin hình ảnh văn bản hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại.

Một bên (tạm gọi là bên A) ký hợp đồng (bằng chữ ký sống) và chụp hình bản hợp đồng gửi cho bên còn lại (tạm gọi là bên B). Bên B nhận hình ảnh hợp đồng thông qua mạng xã hội, in hợp đồng, ký hợp đồng (bằng chữ ký sống) và chụp lại hợp đồng, gửi lại cho bên A bằng mạng xã hội. Khi tin nhắn hình ảnh hợp đồng đến tài khoản mạng xã hội của bên A, thông tin hiển thị “đã xem”, hoặc được bên A trả lời bằng biểu tượng “Like” hoặc “OK”. Trong trường hợp này, hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại có hiệu lực từ thời điểm bên B ký (bằng chữ ký sống), khi tài khoản mạng xã hội của bên A hiển thị “đã xem”, khi bên B nhận được biểu tượng “Like” hoặc “OK” hay có hiệu lực tại thời điểm bên A phải trả lời cụ thể “đã nhận được hợp đồng”.

Tình huống 2: mạng xã hội là phương tiện

chuyển tải tệp (file) (định dạng word hoặc pdf hoặc một định dạng khác do các bên thỏa thuận) hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại có chèn (insert) chữ ký hình ảnh.

Bên A ký hợp đồng, chèn chữ ký hình ảnh và gửi cho bên B. Bên B nhận hợp đồng, chèn chữ ký hình ảnh và gửi lại cho bên A. Trong tình huống này, có hai vấn đề đặt ra: một là, chữ ký hình ảnh trong file và thông tin tài khoản mạng xã hội có đáng tin cậy và được các bên chấp thuận làm bằng trong trường hợp tranh chấp hợp đồng xảy ra; và hai là, hợp đồng có hiệu lực kể từ thời điểm bên B nhận hợp đồng, chèn chữ ký hình ảnh và gửi cho bên A hay thời điểm bên A nhận được thông tin hình ảnh file hợp đồng.

Theo quy định hiện hành, hợp đồng có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác²². Với quy định này, pháp luật thừa nhận đồng thời hai loại thời điểm khác nhau: thời điểm giao kết và thời điểm có hiệu lực của hợp đồng. Tuy nhiên, chúng ta vẫn chưa dự liệu được thời điểm giao kết và thời điểm có hiệu lực trong trường hợp hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại được giao kết qua mạng xã hội.

3. Hoàn thiện pháp luật về hình thức hợp đồng trong kinh doanh, thương mại thông qua mạng xã hội

Để điều chỉnh hình thức hợp đồng được giao kết qua mạng xã hội, pháp luật cần hoàn thiện một số nội dung sau:

Thứ nhất, mạng xã hội cần phải được điều chỉnh ở văn bản pháp luật có giá trị pháp lý cao hơn.

Mạng xã hội hiện nay được điều chỉnh ở Nghị định số 72/NĐ-CP²³ và các văn bản

²² Điều 401 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²³ Nghị định số 72/2013/NĐ-CP ngày 15/7/2013 về việc quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ internet và thông tin trên mạng (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 27/2018/NĐ-CP ngày 01/3/2018 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 72/2013/NĐ-CP ngày 15/7/2013 về việc quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ internet và thông tin trên mạng; Nghị định số 15/2020/NĐ-CP ngày 03/2/2020 của Chính phủ quy định quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin và giao dịch điện tử...

hướng dẫn²⁴. Tuy nhiên, trước nhu cầu và mức ảnh hưởng của mạng xã hội đối với đời sống xã hội nói chung, đối với lĩnh vực kinh tế nói riêng (trong đó bao gồm giao kết và thực hiện hợp đồng trong kinh doanh, thương mại), các quy định của các văn bản dưới luật đã bộc lộ nhiều hạn chế và mạng xã hội cần thiết phải được điều chỉnh ở văn bản có giá trị pháp lý cao hơn như luật.

Văn bản luật điều chỉnh mạng xã hội phải thể hiện những nội dung sau:

- Quy định về thống nhất các thuật ngữ về mạng xã hội.

- Quy định về thủ tục thiết lập mạng xã hội.

- Các nguyên tắc tổ chức và hoạt động của các mạng xã hội.

- Quy định về quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của doanh nghiệp thiết lập mạng xã hội; quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của người sử dụng dịch vụ mạng xã hội. Các quy định quan tâm đến trách nhiệm của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ mạng xã hội trong lưu trữ thông tin và phối hợp với các cá nhân, tổ chức và các cơ quan có thẩm quyền trong cung cấp thông tin khi có yêu cầu.

- Quy định trách nhiệm của các cơ quan, tổ chức trong tổ chức thực hiện các quy định của pháp luật điều chỉnh tổ chức và hoạt động của mạng xã hội.

Thứ hai, tăng cường vai trò, trách nhiệm của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ mạng xã hội trong việc cung cấp thông tin lưu trữ về dữ liệu trao đổi giữa các bên qua mạng xã hội nói chung, về nội dung trao đổi hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại nói riêng làm chứng cứ chứng minh khởi kiện vụ án.

Hiện nay, Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 quy định rất cụ thể về cung cấp chứng cứ và chứng minh trong tố tụng dân sự²⁵, trách nhiệm cung cấp tài liệu, chứng cứ của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền²⁶; quy định

thẩm quyền của những người có thẩm quyền như thẩm phán, thẩm tra viên, đương sự... trong “tiến hành thu thập, xác minh chứng cứ”, nhưng những quy định này chủ yếu là sau khi tòa án đã thụ lý vụ kiện. Tuy nhiên, khi có tranh chấp hợp đồng mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại xuất hiện, người khởi kiện phải có nghĩa vụ chứng minh và tòa án có cơ sở để thụ lý vụ án. Điều bất cập là người khởi kiện hoặc đại diện người khởi kiện sẽ không thuận lợi khi yêu cầu doanh nghiệp cung cấp dịch vụ mạng xã hội trong cung cấp thông tin lưu trữ liên quan đến tranh chấp làm căn cứ khởi kiện.

Do đó, pháp luật phải quy định trách nhiệm của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ mạng xã hội phải cung cấp thông tin lưu trữ khi có yêu cầu của một bên hoặc các bên trong giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa và có tranh chấp xảy ra. Quy định của pháp luật phải theo hướng mở, người yêu cầu phải cam kết và chịu trách nhiệm khi có thiệt hại xảy ra do bên yêu cầu không sử dụng đúng mục đích yêu cầu.

Thứ ba, pháp luật nên bổ sung các trường hợp hợp đồng có hiệu lực trong giao kết hợp đồng thông qua mạng xã hội.

Pháp luật hiện nay (Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Thương mại, Luật Giao dịch điện tử năm 2005 chưa quy định rõ trường hợp giao kết hợp đồng mua bán hàng hóa nói chung, mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại là hình thức hợp đồng gì. Đồng thời, pháp luật cũng chưa quy định rõ thời điểm có hiệu lực của hợp đồng khi giao kết qua mạng xã hội.

Pháp luật dân sự, thương mại và giao dịch điện tử nên bổ sung và hoàn thiện các quy định về hình thức hợp đồng, giao kết hợp đồng mua bán nói chung, mua bán hàng hóa trong kinh doanh, thương mại nói riêng để các chủ thể có căn cứ pháp lý trong giao dịch thương mại được thuận lợi ■

²⁴ Quyết định số 874/QĐ-BTTTT ngày 17/6/2021 của Bộ Thông tin và Truyền thông về việc ban hành bộ quy tắc ứng xử trên mạng xã hội...

²⁵ Điều 6 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

²⁶ Điều 7 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015.

QUYỀN TÀI SẢN VÀ BẢO ĐẢM THỰC HIỆN NGHĨA VỤ TRONG HỢP ĐỒNG TÍN DỤNG BẰNG QUYỀN TÀI SẢN

Huỳnh Anh

ThS. Khoa Luật và Khoa học chính trị, Trường Đại học An Giang,

Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Quyền tài sản, bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, hợp đồng tín dụng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 20/05/2021

Biên tập : 15/06/2021

Duyệt bài : 17/06/2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quyền tài sản theo Bộ luật Dân sự năm 2015, xác định các quyền tài sản có thể sử dụng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng tín dụng; làm rõ điều kiện pháp lý của tài sản bảo đảm là quyền tài sản và đưa ra các kiến nghị hoàn thiện các quy định của pháp luật liên quan đến bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng tín dụng bằng quyền tài sản.

Article Infomation:

Keywords: Property rights; security for performance of obligations; credit agreement.

Article History:

Received : 20 May 2021

Edited : 15 Jun 2021

Approved : 17 Jun 2021

Abstract:

Within the scope of this article, the author provides an analysis of the property rights under the Civil Code of 2015, indentifying the property rights used to secure for a performance of obligations in credit contracts; clarifying the legal conditions of the collateral as property rights and also gives out a number of suggestions for further improvements of regulations related to the performance of obligations in credit contracts using property rights.

1. Xác định quyền tài sản theo Bộ luật Dân sự năm 2015

Điều 115 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 quy định “Quyền tài sản là quyền trị giá được

bằng tiền, bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất và các quyền tài sản khác”¹. Theo quy định này, có thể liệt kê một số quyền tài sản điển

¹ Trước đây, BLDS năm 2005 ghi nhận “quyền sở hữu trí tuệ là tài sản dưới dạng quyền tài sản. Nhận thấy, “quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ” trong BLDS năm 2015 được sử dụng thay cho cụm từ “quyền sở hữu trí tuệ” trong BLDS năm 2005 với cùng một ý nghĩa là đề cập đến một loại tài sản dưới dạng quyền tài sản. Vậy hai thuật ngữ này có gì khác nhau? Thực chất chúng đều mang ý nghĩa là quyền được xác lập trên tài sản trí tuệ. Tuy nhiên, chúng ta cũng tìm thấy thuật ngữ “quyền sở hữu trí tuệ” được đề cập trong Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 đã được sửa đổi năm 2009 và năm 2019, được tiếp cận dưới góc độ là một loại quyền chủ thể, là quyền của tổ chức, cá nhân đối với tài sản trí tuệ, không phải tiếp cận dưới góc độ là một loại tài sản. Ngoài ra, quyền sở hữu trí tuệ theo Luật Sở hữu trí tuệ bên cạnh các quyền tài sản còn có các quyền nhân thân đối với tài sản trí tuệ. Việc sử dụng thuật ngữ “quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ” trong BLDS năm 2015 đã tránh được sự đánh đồng với thuật ngữ “quyền sở hữu trí tuệ” trong Luật Sở hữu trí tuệ vốn được ghi nhận là quyền chủ thể, không phải là một loại tài sản. Tuy nhiên, cách sử dụng từ “quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ” trong BLDS năm 2015 vẫn có chuyên gia không đồng tình. Ví dụ, theo tác giả Bùi Đức Giang trong bài viết “Cách sử dụng thuật ngữ của bộ luật này còn khá

hình như sau: quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất, quyền đòi nợ, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên, quyền đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp, quyền được nhận số tiền bảo hiểm đối với vật bảo đảm². Cần lưu ý rằng, mặc dù Điều 115 BLDS năm 2015 xác định quyền tài sản là “*quyền trị giá được bằng tiền*” nhưng không phải bất cứ quyền nào trị giá được bằng tiền cũng được xem là đối tượng tài sản, mà có thể thuần túy chỉ là một vật quyền trên tài sản. Chẳng hạn, Điều 159 BLDS năm 2015 đã ghi nhận ba loại vật quyền gọi là “*quyền khác đối với tài sản*”, là những quyền của chủ thể trên tài sản của người khác gồm quyền hưởng dụng, quyền bề mặt, quyền đối với bất động sản liên kết. Nói cách khác, mặc dù có thể trị giá được bằng tiền, nhưng các quyền khác đối với tài sản theo Điều 159 không được xem là quyền tài sản với tư cách là một loại tài sản theo Điều 115 BLDS năm 2015³.

Bên cạnh đó, khi BLDS năm 2015 đã không buộc quyền tài sản phải là quyền có thể chuyển

giao trong giao lưu dân sự thì các quyền như quyền được cấp dưỡng, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại về sức khỏe, danh dự và các quyền tài sản khác là những quyền trị giá được thành tiền, dù không thể chuyển giao trong giao lưu dân sự cũng được xem là quyền tài sản.

Ngoài ra, trong kỷ nguyên cách mạng 4.0, với những thay đổi bất phá mạnh mẽ trên nền tảng khoa học và công nghệ, cùng với đó là sự xuất hiện ngày càng đa dạng các loại “tài sản ảo” không chỉ các dạng tài sản như địa chỉ hộp thư điện tử, tài sản ảo trên games online⁴, tên miền trên Internet, nổi bật gần đây là sự xuất hiện và phát triển chóng mặt của các loại đồng tiền kỹ thuật số (bitcoin,...) đặt ra những vấn đề về sự thừa nhận đối với các loại “tài sản” này.

Dưới góc độ khoa học pháp lý, có thể khái quát khái niệm tài sản ảo như sau: “*Tài sản ảo được hiểu là một dạng tài nguyên được hình thành trong môi trường mạng và có thể trị giá được bằng tiền*”⁵. Khái niệm này được đưa ra một mặt dựa vào tính chất và cách hình thành của tài sản ảo⁶; mặt khác dựa trên khái

chung và chưa thực sự chính xác. Về bản chất, thế chấp được xác lập trên chính các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ như nhãn hiệu, sáng chế, kiểu dáng công nghiệp...”; xem Bùi Đức Giang, *Giao dịch bảo đảm bằng một số loại quyền tài sản đặc biệt: từ quy định pháp luật đến thực tiễn xác lập hợp đồng*, <http://tapchinganhang.gov.vn/giao-dich-bao-dam-bang-mot-so-loai-quyen-tai-san-dac-biet-tu-quy-dinh-phap-luat-den-thuc-tien-xac-la.htm>, truy cập ngày 12/4/2021.

² BLDS năm 2015 không liệt kê các quyền tài sản, nhưng BLDS năm 2005 đã từng liệt kê một số quyền tài sản tại Điều 322: “Các quyền tài sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm bao gồm quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng, quyền đòi nợ, quyền được nhận số tiền bảo hiểm đối với vật bảo đảm, quyền tài sản đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng và các quyền tài sản khác thuộc sở hữu của bên bảo đảm đều được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”. Các quyền này hiện nay cũng thỏa mãn theo định nghĩa quyền tài sản của BLDS năm 2015.

³ Xem thêm Huỳnh Anh, “*Tư duy vật quyền qua chế định tài sản và chế định chiếm hữu trong pháp luật dân sự*”, Tạp chí dân chủ và pháp luật, <https://tcdcpl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=450>, truy cập ngày 27/5/2020.

⁴ Đối với loại tiền ảo trong trò chơi trực tuyến, pháp luật có sự điều chỉnh cụ thể, khẳng định chúng không là tài sản. Theo đó, tại Điều 7 Thông tư số 24/2014/TT-BTTTT ngày 29/12/2014 của Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông quy định chi tiết về hoạt động quản lý, cung cấp và sử dụng dịch vụ trò chơi điện tử trên mạng quy định: “Vật phẩm ảo, đơn vị ảo, điểm thưởng không phải là tài sản, không có giá trị quy đổi ngược lại thành tiền, thẻ thanh toán, phiếu thưởng hoặc các hiện vật có giá trị giao dịch bên ngoài trò chơi điện tử”.

⁵ Theo Trần Lê Hồng, “Tài sản ảo được hiểu là những tài nguyên mạng máy tính được xác định giá trị bằng tiền và có thể chuyển giao trong các giao dịch dân sự”; Trần Lê Hồng (2007), “*Tài sản ảo – từ nhận thức đến bảo hộ*”, Tạp chí Luật học, số 7, tr.30.

⁶ Tài sản ảo là một loại tài sản vô hình, không thể nắm giữ dưới dạng một vật chất cụ thể; tài sản ảo tồn tại dưới dạng các dữ liệu điện tử dựa vào các phần mềm trên internet.

niệm quyền tài sản được quy định tại Điều 115 BLDS năm 2015, “*Quyền tài sản là quyền trị giá được bằng tiền, bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất và các quyền tài sản khác*”. Về mặt lý luận, tài sản ảo được xếp vào nhóm các quyền tài sản khác trị giá được bằng tiền⁷. Hiện nay, Việt Nam chưa có văn bản nào cấm hoặc thừa nhận toàn bộ hoặc một phần đối với các dạng tài sản ảo. Pháp luật Việt Nam hầu như chưa có một khung pháp lý nào điều chỉnh các giao dịch có đối tượng là loại tài sản này. Riêng đối với tiền kỹ thuật số, pháp luật Việt Nam đã thể hiện rõ không thừa nhận là phương tiện thanh toán, và cũng không có quy định nào khẳng định hoặc bác bỏ đó là tài sản.

Như vậy, BLDS đã có định nghĩa về quyền tài sản vừa liệt kê, vừa nêu đặc điểm pháp lý là “*trị giá được bằng tiền*”, tuy vậy nội hàm khái niệm vốn chưa phân biệt được giữa tài sản là quyền tài sản và các vật quyền trên tài sản. Bên cạnh đó, quyền tài sản là một khái niệm động, phong phú và đa dạng, cùng với sự phát triển của xã hội thì các quyền tài sản mới sẽ phát sinh và phụ thuộc vào khả năng nhận thức của con người và được pháp luật ghi nhận. Có thể thấy, vẫn còn nhiều những dạng quyền tài sản mới phát sinh mà pháp luật Việt Nam chưa có sự điều chỉnh đầy đủ ở khía cạnh là một tài sản dưới dạng quyền tài sản, từ đó tạo điều kiện cần cho việc sử dụng bảo đảm đảm nghĩa vụ.

Về mặt lý luận, một quyền tài sản như thế nào được xem là tài sản? Theo một định nghĩa về tài sản, trong quyền Black’s Law Dictionary, “*tài sản là một từ để chỉ mọi thứ là đối tượng của quyền sở hữu*”⁸. Với quy định hiện hành ở Việt Nam, quyền sở hữu bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt⁹. Như vậy, một thứ là đối tượng của quyền sở hữu có nghĩa là thứ đó có thể được chiếm hữu, sử dụng, định đoạt bởi một chủ thể nào đó¹⁰. Ở nhiều nước trên thế giới, quyền sở hữu gồm quyền sử dụng và quyền định đoạt, việc chiếm hữu tài sản được pháp luật các nước quy định như là một tình trạng thực tế đối với tài sản¹¹. Theo học thuyết của Harold Demsetz¹² và thực tiễn đã cho thấy, một quyền tài sản có thể được thực hiện bởi nhiều chủ thể khác nhau. Quyền tài sản có thể được nhiều người khác nhau thực hiện, và trong những trường hợp cụ thể “*việc thực hiện các quyền trên không có ý nghĩa và thích hợp cho việc xác lập quyền sở hữu*”¹³. Từ đó, với cách nhìn này cho phép chúng ta lý giải việc các quyền thế chấp, quyền cầm cố, quyền chuyển nhượng, quyền ưu tiên thanh toán, quyền truy đòi tài sản và các quyền khác ở mức độ nào đó có thể hiểu có giá trị kinh tế nhưng không được xem là tài sản. Tuy nhiên, điều này không hoàn toàn giống nhau ở các hệ thống pháp luật trên thế giới. Trong khi các nước Civil law đặc biệt nhấn mạnh đến tính chất tuyệt đối, toàn vẹn, không thể phân chia

⁷ Ví dụ, Công ty Russian Standard do tỷ phú Roustam Tariko kiểm soát đã trả 3 triệu đô la để dành quyền sở hữu tên miền vodka.com vào năm 2006 hay tên miền Sex.com được công ty Escom LLC bán cho Clover Holdings với giá 13 triệu USD vào năm 2010, <https://hostingviet.vn/25-ten-mien-dat-gia-nhat-the-gioi>, truy cập ngày 19/4/2019.

⁸ Bryan A. Garner, Black’s Law Dictionary 7th edition, West Group, 1999, t1232.

⁹ Các nước theo truyền thống Civil Law quan niệm quyền sở hữu bao gồm quyền sử dụng, quyền hưởng hoa lợi và quyền định đoạt, còn quyền chiếm hữu là một quan hệ thực tế. Xem thêm Điều 206 BLDS Nhật Bản, Luật về quyền của Trung Quốc.

¹⁰ Theo pháp luật dân sự Việt Nam, quyền chiếm hữu một mặt được xem là một quyền năng trong quyền sở hữu, mặt khác lại được thiết kế chiếm hữu thành một nội dung riêng theo kiểu một hành vi thực tế.

¹¹ Nguyễn Văn Cừ, Trần Ngọc Huệ (đồng chủ biên), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự năm 2015 của nước cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, năm 2017, tr. 303.

¹² Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/Ec100C/Readings/Demsetz_Property_Rights.pdf, truy cập ngày 6/05/2020.

¹³ SMH Law School, *SMH Law School Summaries I, Third Edition, Real Property*, SMH Inc, 1987, p.1.

của quyền sở hữu thì các nước Common law tiếp cận quyền tài sản từ góc độ một tập hợp các quyền đối với tài sản và ít chú trọng đến quyền sở hữu toàn vẹn¹⁴. Do vậy, đối với các nước thuộc hệ thống Common law, các quyền có giá trị kinh tế đều có thể được xem là tài sản, ví dụ như quyền loại trừ, quyền chiếm hữu, quyền chuyển nhượng, quyền đăng ký nhãn hiệu, quyền khởi kiện trong các vụ án thương mại, các quyền và lợi ích khác hình thành trên cơ sở giấy phép như giấy phép kinh doanh đồ uống có cồn, giấy phép kinh doanh lĩnh vực viễn thông¹⁵, các quyền thế chấp, quyền ưu tiên thanh toán cũng được xem là quyền tài sản (tài sản). Nghiên cứu cho thấy, Việt Nam xây dựng chế định tài sản chịu ảnh hưởng chủ yếu bởi hệ thống pháp luật châu Âu lục địa, tức quan tâm nhiều đến yếu tố toàn vẹn của quyền sở hữu. Nghiên cứu cũng cho thấy việc xác định các quyền nào là đối tượng của quyền sở hữu còn phụ thuộc vào pháp luật của mỗi quốc gia¹⁶.

2. Xác định quyền tài sản là đối tượng của biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng tín dụng

2.1. Các loại quyền tài sản có thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ

Trước đây, Điều 322 BLDS năm 2005 đã

từng liệt kê một số quyền tài sản có thể được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ¹⁷, nhưng quy định này không được kế thừa trong BLDS năm 2015, thay vào đó được quy định trong các văn bản dưới luật. Các quyền tài sản được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ được liệt kê tại khoản 7 Điều 6 của Thông tư số 08/2018/TT-BTP của Bộ Tư pháp ngày 20 tháng 6 năm 2018 hướng dẫn một số vấn đề về đăng ký, cung cấp thông tin về biện pháp bảo đảm, hợp đồng và trao đổi thông tin về đăng ký biện pháp bảo đảm tại các Trung tâm đăng ký giao dịch, tài sản của Cục đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp (sau đây gọi là Thông tư số 08/2018/TT-BTP). Theo đó, ngoại trừ quyền sử dụng đất, các quyền tài sản được liệt kê trên cơ sở cụ thể hóa Điều 115 BLDS năm 2015 gồm các quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên, các quyền đòi nợ và các tài sản quyền phát sinh từ hợp đồng. Việt liệt kê theo cách này rõ ràng không thể liệt kê hết nên Thông tư đưa danh sách mở với cụm từ “các quyền tài sản khác theo quy định của pháp luật” là hợp lý. Tuy nhiên, trong thực tiễn các chủ thể nhận bảo đảm các quyền tài sản rất đa dạng mà Thông tư trên chưa liệt kê như các khoản thu phát sinh

¹⁴ Yun-chien Chang – Henry Smith, An Economic Analysis of Civil versus Common Law Property, 88 Notre Dame Law Review 1, dẫn lại từ Trần Văn Biên (chủ biên), *Bảo đảm quyền tài sản trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2012, tr. 23.

¹⁵ Xem thêm Trần Văn Biên (chủ biên), *Bảo đảm quyền tài sản trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2019, tr. 27, tr. 37-38.

¹⁶ Chẳng hạn, theo pháp luật Việt Nam, quyền hưởng dụng không được coi là đối tượng của quyền sở hữu, đó là những quyền được xác lập trên tài sản của người khác, đó là một bộ phận trong các quyền của chủ sở hữu đối với tài sản mà không được tách ra thành một tài sản độc lập với đầy đủ các quyền năng của chủ sở hữu; theo pháp luật Việt Nam, người có quyền hưởng dụng không được ghi nhận quyền được bán, cầm cố hoặc thế chấp quyền hưởng dụng (Điều 261 BLDS năm 2015) nên chủ thể không thể thực hiện quyền này (Điều 160 BLDS năm 2015). Tuy nhiên, theo pháp luật Cộng hòa Pháp, quyền hưởng dụng cũng là một quyền được xác lập trên tài sản của người khác, nhưng pháp luật của Pháp đã khẳng định người có quyền hưởng dụng có thể bán quyền hưởng dụng, điều này cho thấy, quyền hưởng dụng bản thân nó cũng là đối tượng của quyền sở hữu, là một tài sản (Điều 578, Điều 595 Bộ luật Dân sự của Cộng hòa Pháp năm 2005).

¹⁷ Điều 322 BLDS năm 2005: “Các quyền tài sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm bao gồm quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng, quyền đòi nợ, quyền được nhận số tiền bảo hiểm đối với vật bảo đảm, quyền tài sản đối với phần vốn góp trong doanh nghiệp, quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng và các quyền tài sản khác thuộc sở hữu của bên bảo đảm đều được dùng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự”.

từ hợp đồng, các quyền tài sản phát sinh từ dự án xây dựng, các dạng hoa lợi, lợi tức v.v.. Hiện nay, Nghị định số 21/2021/NĐ-CP ngày 19 tháng 3 năm 2021 của Chính phủ quy định thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ (sau đây gọi là Nghị định số 21/2021/NĐ-CP) đã mở rộng và đầy đủ hơn các quyền tài sản có thể sử dụng để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ; theo đó, (i) mở rộng *trong trong lĩnh vực trí tuệ* như quyền tài sản phát sinh từ kết quả nghiên cứu khoa học, phát triển công nghệ, chuyển giao công nghệ hoặc quyền tài sản khác trị giá được bằng tiền trong lĩnh vực khoa học, công nghệ, công nghệ thông tin¹⁸; (ii) liên quan đến việc góp vốn đã bổ sung: quyền mua lại phần vốn góp, quyền mua cổ phần, hoặc lợi tức phát sinh từ cổ phần, phần vốn góp trong pháp nhân thương mại, pháp nhân phi thương mại là doanh nghiệp xã hội; (iii) đối với quyền tài sản phát sinh từ hợp đồng, đã bổ sung: các khoản phải thu, quyền yêu cầu thanh toán khác; quyền khai thác, quản lý dự án đầu tư; quyền cho thuê, cho thuê lại; quyền hưởng hoa lợi, lợi tức, lợi ích khác trị giá được bằng tiền hình thành từ hợp đồng; quyền khác trị giá được bằng tiền phát sinh từ hợp đồng; và (iv) quy định cụ thể hơn về các quyền khai thác tài nguyên thiên nhiên có thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ¹⁹. Đây là quy định tiên bộ góp phần đáp ứng phần sự phát triển nhanh chóng của khoa học công nghệ, đồng thời đáp ứng được sự đa dạng của các quan hệ dân sự thương mại trong giai đoạn hiện nay. Tuy nhiên, một số loại quyền tài sản vẫn còn thiếu hành lang pháp lý cần thiết:

Một là, về quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, Việt Nam chưa có quy định điều chỉnh riêng về bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản trí tuệ hay quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ. Tuy nhiên, ở

nhiều quốc gia trên thế giới có nhiều quy định khá chi tiết về bảo đảm bằng tài sản trí tuệ (intellectual property) hoặc các quyền sở hữu trí tuệ²⁰ (intellectual property rights). Theo đó, đa số các quyền sở hữu trí tuệ cổ điển như bằng sáng chế, nhãn hiệu và bản quyền đều có thể chuyển nhượng và được phép thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ. Chẳng hạn như ở Anh, Pháp, Nam Phi, Nhật Bản. Tuy nhiên, theo pháp luật của Đức, bản quyền (copyright) không được chuyển nhượng (khoản 2 Điều 29 Luật Bản quyền của Đức). Điều này cũng đúng đối với Áo (theo Điều 23 Luật Bản quyền của Áo), Cộng hòa Séc và Croatia. Tuy nhiên, vẫn có nhiều cách khác nhau để sử dụng bản quyền làm cơ sở cho việc bảo đảm tài chính như: các yêu cầu (ví dụ tiền bản quyền) xuất phát từ giấy phép có thể được chuyển nhượng bảo đảm; quyền bảo đảm có thể được tạo ra bằng, hoặc một giấy phép bảo đảm có thể được trao cho người cho vay, người này sẽ trả lại giấy phép bản quyền cho người vay²¹. Trên sở quy định chung của pháp luật dân sự và Luật Sở hữu trí tuệ của Việt Nam, quyền tác giả được xem là quyền nhân thân gắn với tài sản, không thể chuyển giao. Do vậy, Việt Nam có những nét tương đồng với Đức trong trường hợp này. Đây cũng là điều Việt Nam có thể cân nhắc khi xây dựng các quy định về bảo đảm nghĩa vụ liên quan đến quyền tài sản nói chung, tài sản trí tuệ nói riêng.

Hai là, một dạng quyền tài sản khá đặc biệt không thể không đề cập, đó là bên cạnh “quyền tài sản phát sinh từ phần vốn góp”, “phần vốn góp” trong công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc công ty hợp danh hoặc cổ phần (xét cho cùng vẫn là phần vốn góp) trong công ty cổ phần là tài sản dưới dạng quyền tài sản, một loại tài sản vô hình. Do đó, về nguyên tắc, các quyền này

¹⁸ Thông tư số 08/2018/TT-BTP; Thông tư số 06/2020/TT-BTP ngày 17 tháng 12 năm 2020 sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 08/2018/TT-BTP; Điều 17 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP.

¹⁹ Điều 12 đến Điều 16 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP.

²⁰ Việt Nam dùng thuật ngữ khác hơn, đó là “quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ”.

²¹ Xem Eva-Maria Kieninger, *Security Rights in Intellectual Property*, PUB. Springer Nature, 2020, p.12.

đều có thể trở thành tài sản bảo đảm. Tuy nhiên, trong thực tiễn, các chủ thể thường chọn tài sản là phần vốn góp trong doanh nghiệp để bảo đảm nghĩa vụ bởi sự thuận lợi và tương thích với luật chuyên ngành, theo đó Luật Doanh nghiệp năm 2014 ghi nhận khả năng bảo đảm nghĩa vụ bằng phần vốn góp, đồng thời Luật này cũng có những quy định về chuyển nhượng phần vốn góp là cơ sở quan trọng để có thể xử lý tài sản bảo đảm khi điều kiện xử lý tài sản bảo đảm xảy ra. Dù vậy, pháp luật vẫn chưa dự liệu các quy định điều chỉnh mối liên hệ giữa thế chấp quyền tài sản phát sinh từ phần vốn góp nói chung và thế chấp phần vốn góp, việc thế chấp phần vốn góp và quyền mua phần vốn góp có được từ việc góp vốn, chẳng hạn, thế chấp phần vốn góp có bao gồm cả quyền mua phần vốn góp có được từ việc góp vốn hay không, hoặc có bao gồm cổ tức hay không? Tất cả những vấn đề này cần được quy định cụ thể.

Ba là, như đã trình bày, “tài sản ảo” là loại tài sản vô hình, là tài sản thuộc dạng quyền tài sản. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam quy định rất khiêm tốn về loại tài sản này. Việt Nam hiện nay cũng có một số quy định nhưng vẫn còn rất dè dặt và chưa có khung pháp lý đầy đủ về chúng²². Với những đặc tính vô hình của tài sản

ảo, có thể thấy tài sản ảo là tài sản dạng quyền tài sản, mang nét đặc biệt thể hiện ở sự tồn tại trong không gian ảo nhưng có giá trị trong đời thực²³, một số loại phổ biến hiện nay:

- Về tên miền cũng là tài sản tiềm năng có thể trở thành đối tượng của giao dịch bảo đảm. Tên miền hiện nay chỉ dừng lại ở quy định về bảo vệ tên miền, chuyển nhượng tên miền²⁴, nhưng không có quy định về giao dịch bảo đảm có đối tượng là tên miền. Như vậy, trong số các tài sản ảo nêu trên, tác giả nhận thấy nên xác định rõ tên miền cũng là một dạng tài sản, từ đó tạo cơ sở pháp lý cho việc sử dụng tên miền như là một tài sản bảo đảm trong thời gian tới, bởi qua các giao dịch trong thực tiễn như đã nêu trên cho thấy giá trị của tên miền khá lớn. Theo các Đạo luật về tài sản bảo đảm cá nhân ở các bang của Canada²⁵ thì các tài sản cá nhân, liên quan đến sở hữu trí tuệ có thể được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ, bên cạnh các sở hữu trí tuệ thông thường như bằng sáng chế, bản quyền, kiểu dáng công nghiệp, nhãn hiệu và còn có thể mở rộng đến tên miền²⁶.

- Về tiền kỹ thuật số, pháp luật Việt Nam hiện hành không thừa nhận là phương tiện thanh toán²⁷, và cũng không có quy định nào khẳng định hoặc bác bỏ đó là tài sản²⁸, nếu căn

²² Thực hiện Quyết định số 1255/QĐ-TTg ngày 21/8/2017 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án Hoàn thiện khung pháp lý để quản lý, xử lý đối với các loại tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo.

²³ Một nhà nghiên cứu đã dựa vào những lý thuyết khoa học (Lý thuyết của J. Bentham về chủ nghĩa vị lợi, lý thuyết về tài sản của G. Hegel) để chứng minh tài sản ảo cần được thừa nhận về mặt pháp lý là một loại tài sản, đồng thời, ông cũng cho rằng tài sản ảo là dạng tài sản hoàn toàn khác tài sản trí tuệ và cần có cơ chế pháp lý điều chỉnh riêng. Xem: Xem Nekit, K. G. “the theoretical foundations for the recognition of virtual property as a type of ownership”, <http://catalog.liha-pres.eu/index.php/liha-pres/catalog/view/129/1467/3273-1>.

²⁴ Xem Nghị định số 72/2013/NĐ-CP ngày 15/7/2013 của Chính phủ quy định về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ internet; Thông tư số 16/2016/TT-BTTTT ngày 28 tháng 6 năm 2016 của Bộ Thông tin Truyền thông hướng dẫn chuyển nhượng quyền sử dụng tên miền internet được cấp không thông qua đấu giá.

²⁵ Personal Property Security Acts (PPSAs).

²⁶ Howell R, *Security rights in intellectual property in Canada (Common Law)*. In: Kieninger E-M (ed) *Security rights in intellectual property*. Springer, Heidelberg, 2019.

²⁷ Nghị định số 80/2016/NĐ-CP ngày 01/07/2016 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 101/2012/NĐ-CP ngày 22 tháng 11 năm 2012 của Chính phủ về thanh toán không dùng tiền mặt,

²⁸ Trong các quy định hiện nay liên quan đến tiền ảo, chưa có quy định nào điều chỉnh trực tiếp về tiền ảo: Xem Quyết định số 1255/QĐ-TTg về phê duyệt đề án hoàn thiện khung pháp lý để quản lý, xử lý đối với các loại tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo; Ngày 11/4/2018, Thủ tướng Chính phủ ban hành Chỉ thị số 10/CT-TTg về tăng cường quản lý các hoạt động liên quan tới Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác, Thống đốc

cứ vào khái niệm quyền tài sản theo Điều 115 BLDS 2015, có thể lập luận đó là một tài sản dưới dạng quyền tài sản, nhưng hiện vẫn có những quan điểm khác nhau về vấn đề này²⁹. Nhiều nước trên thế giới đã thừa nhận tiền ảo là tài sản và là phương tiện thanh toán ở những mức độ khác nhau. Tiền ảo là một dạng tài sản ảo tồn tại trên không gian mạng, khó kiểm soát. Tuy nhiên, qua thực tiễn Việt Nam thời gian qua, nhu cầu tham gia các quan hệ của người dân liên quan đến tiền ảo ngày càng phổ biến và có tính quốc tế, đặc biệt là các loại tiền kỹ thuật số. Vì vậy, sớm hoàn thiện khung pháp lý với các quy định cụ thể về các tài sản này là rất cần thiết. Khi tài sản ảo nói chung, tiền kỹ thuật số được thừa nhận cũng đồng nghĩa với việc nó có thể được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

Có thể thấy, mặc dù quyền tài sản được xác định là “*quyền trị giá được bằng tiền*”, nhưng thực chất có những thứ trị giá được bằng tiền nhưng pháp luật Việt Nam chưa cho phép hoặc chưa có hành lang pháp lý điều chỉnh giao dịch liên quan đối tượng này. Đặc biệt, trong kỷ nguyên công nghệ số, những thứ “*có thể trị giá được bằng tiền*” ngày càng đa dạng và phong phú.

2.2. Các quyền tài sản không thể sử dụng bảo đảm nghĩa vụ

Có những quyền tài sản không thích hợp sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ do khả năng chuyển giao hoặc gắn với yếu tố nhân thân. Chẳng hạn, các quyền tài sản không được phép chuyển giao như quyền được cấp dưỡng, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, ... có

thể sử dụng đảm bảo nghĩa vụ hay không? Nếu các bên thỏa thuận các quyền này là tài sản bảo đảm thì giao dịch có vô hiệu không? Về mặt lý luận, nếu tài sản không được phép chuyển giao thì không thể sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ; bởi lẽ, tài sản bảo đảm chính là đối tượng của hợp đồng bảo đảm, phải tuân thủ những điều kiện chung của hợp đồng, tức phải có thể chuyển giao trong giao dịch dân sự. Tuy vậy, thiết nghĩ, vấn đề này cần được ghi nhận rõ trong văn bản pháp luật. Xét về ý nghĩa, đối với trường hợp thế chấp quyền được cấp dưỡng, quyền được cấp dưỡng không nên sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ vì pháp luật đặt ra nghĩa vụ cấp dưỡng nhằm mục đích “*đáp ứng nhu cầu thiết yếu của người không sống chung với mình*”³⁰, có nghĩa là nhằm đảm bảo điều kiện vật chất tối thiểu cho người được cấp dưỡng tồn tại. Do vậy, một khi chấp nhận quyền được cấp dưỡng để bảo đảm nghĩa vụ, nếu vi phạm nghĩa vụ dẫn đến phải xử lý tài sản bảo đảm thì sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến đời sống của người được cấp dưỡng, và khi đó không đạt được mục đích của quy định của pháp luật về cấp dưỡng. Tương tự như vậy, tiền bồi thường thiệt hại để bù đắp cho sự tổn hại về tính mạng, sức khỏe không phù hợp cho việc sử dụng bảo đảm nghĩa vụ.

3. Xác định điều kiện để quyền tài sản trở thành tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong hợp đồng tín dụng

3.1. Về điều kiện tài sản bảo đảm phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm

Trước đây BLDS năm 2005 cũng thể hiện nguyên tắc tài sản bảo đảm phải thuộc quyền

Ngân hàng Nhà nước Việt Nam đã ban hành Chỉ thị số 02/CT-NHNN về các biện pháp tăng cường kiểm soát các giao dịch, hoạt động liên quan đến tiền ảo; Quyết định số 942/QĐ-TTg ngày 15 tháng 6 năm 2021 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Chiến lược phát triển Chính phủ điện tử hướng tới Chính phủ số giai đoạn 2021 - 2025, định hướng đến năm 2030.

²⁹ Tác giả Trần Văn Biên và Nguyễn Minh Oanh cho rằng, tiền kỹ thuật số không được xem là tài sản theo pháp luật hiện hành. Tuy nhiên, theo tác giả Phan Chí Hiếu và Nguyễn Thanh Tú thì tiền ảo là một loại tài sản dưới dạng quyền tài sản. Xem: Trần Văn Biên, Nguyễn Minh Oanh (2020), “*Tiền ảo và một số vấn đề pháp lý đặt ra ở Việt Nam hiện nay*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, Số 4 (384), tr. 30-40.

³⁰ Điều khoản 24 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

sở hữu của bên bảo đảm³¹. Theo khoản 1 Điều 4 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP của Chính phủ về giao dịch, tài sản bảo đảm có thể “*thuộc quyền sở hữu của bên thứ ba*” và “*người này cam kết dùng tài sản đó để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ của bên có nghĩa vụ đối với bên có quyền*”. Quy định này đã dẫn đến trong thực tiễn có nhiều cách hiểu khác nhau. Cách hiểu thứ nhất cho rằng, bên có nghĩa vụ dùng tài sản của người khác để bảo đảm nghĩa vụ cho mình, chẳng hạn như thuê, mượn hoặc cam kết của người khác đồng ý cho bên thế chấp dùng tài sản của họ để bảo đảm nghĩa vụ; điều này trái với nguyên tắc tài sản thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp. Cách hiểu thứ hai cho rằng, bên thứ ba có tài sản ủy quyền cho bên có nghĩa vụ sử dụng tài sản của họ để bảo đảm nghĩa vụ. Theo cách hiểu thứ ba, chủ sở hữu ủy quyền cho người khác (bên có nghĩa vụ) sử dụng tài sản của mình để bảo đảm nghĩa vụ cho người có nghĩa vụ thì không làm thay đổi bản chất của quy định trên; bởi lẽ, người được ủy quyền chỉ là người nhân danh chủ sở hữu tài sản dùng tài sản của chủ sở hữu để bảo đảm nghĩa vụ. Theo đó, chủ sở hữu tài sản vẫn là bên bảo đảm, còn người được đại diện theo ủy quyền chính là người nhân danh chủ sở hữu tài sản bảo đảm, ký vào hợp đồng bảo đảm. Có lẽ nhận ra sự ngộ nhận của nhiều chủ thể liên quan đến cách hiểu về tài sản thuộc sở hữu của người thứ ba, khoản 1 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/NĐ-CP/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm có giải thích “*Bên bảo đảm là bên dùng tài sản thuộc sở hữu của mình [...] để bảo đảm việc thực hiện nghĩa vụ dân sự của chính mình hoặc của người khác*”. Quy định này cho chúng ta cách hiểu thống nhất là trong hợp đồng bảo đảm, bên bảo đảm phải luôn là

chủ sở hữu của tài sản bảo đảm, có thể đồng thời là bên có nghĩa vụ hoặc không.

Tuy nhiên, trong trường hợp bên bảo đảm không đồng thời là bên có nghĩa vụ lại phát sinh nhiều bất cập trong thực tiễn. Mấu chốt của vấn đề có lẽ bắt nguồn từ những quy định không nhất quán liên quan đến biện pháp bảo lãnh là một dạng bảo đảm nghĩa vụ của người thứ ba, theo đó ghi nhận bảo lãnh bằng một tài sản cụ thể³² trong khi bảo lãnh vốn là biện pháp đối nhân. Điều này đã dẫn đến sự nhập nhằng với biện pháp bảo đảm là bên thứ ba thế chấp, cầm cố để bảo đảm nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ. Thực tiễn đã từng có bất cập liên quan đến một loại quyền tài sản khá phổ biến là quyền sử dụng đất. Trước đây, theo Luật Đất đai năm 2003 đã thừa nhận quyền sử dụng đất có thể được sử dụng để bảo lãnh đã làm cho hai khái niệm bảo lãnh và thế chấp bị lẫn lộn, và có lẽ cũng chính vì lý do đó, Tòa án nhân dân tối cao đã từng giải quyết vụ việc một người sử dụng tài sản của mình để bảo đảm cho nghĩa vụ của người khác là bảo lãnh. Điều này thể hiện rất rõ khi Tòa án lập luận về hậu quả pháp lý của vụ việc, theo đó, “*nếu bên vay không trả được nợ thì bên đã bảo đảm bằng tài sản (thế chấp) phải trả thay, nếu bên đã bảo đảm bằng tài sản cũng không trả được, chủ nợ có quyền yêu cầu bán đấu giá tài sản*” (xem Quyết định số 02/2013/KDTM-GĐT ngày 8-1-2013 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao)³³. Nhận thấy, khi đưa ra hướng giải quyết này, Tòa án tối cao có vẻ đã không khai thác theo hướng thế chấp độc lập, theo đó trong BLDS năm 2005 đã quy định rằng thế chấp tài sản là việc một bên “*dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với bên kia ...*”, quy định này không buộc bên bảo đảm phải là bên có nghĩa vụ. Nói cách khác, không có quy định bắt buộc bên thế chấp

³¹ Điều 320 BLDS năm 2005 “*Vật bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự phải thuộc quyền sở hữu của bên bảo đảm*”. Vật ở đây có thể hiểu là cả vật hữu hình và vật vô hình, tức là gồm quyền tài sản.

³² Khoản 4 Điều 72 Nghị định số 163/2006/NĐ-CP của Chính phủ về giao dịch bảo đảm có ghi nhận “*việc bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất*”.

³³ Xem thêm Đỗ Văn Đại, Luật nghĩa vụ dân sự và bảo đảm nghĩa vụ dân sự, bản án và bình luận bản án, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, năm 2014, tr. 670-672, 679.

phải là bên có nghĩa vụ được bảo đảm bằng biện pháp thế chấp. Có vẻ như trong cách nghĩ của Tòa án khi đưa ra quyết định trên, thế chấp để bảo đảm nghĩa vụ cho người thứ ba chỉ xảy ra và gắn liền với biện pháp bảo lãnh. Khi giải quyết các vụ việc liên quan đến bảo lãnh hay thế chấp từ bên thứ ba đối với những giao dịch đã được xác lập trước Luật Đất đai năm 2013 và BLDS năm 2015 có hiệu lực, Tòa án nhân dân tối cao đã giải quyết theo hướng xác định đó là biện pháp bảo lãnh bằng tài sản.

Trường hợp một bên dùng tài sản để bảo đảm nghĩa vụ cho người khác một trực tiếp, độc lập (không đồng thời là người bảo lãnh) thì nên tôn trọng quyết định của họ, khi đó họ chỉ chịu trách nhiệm đối với bên nhận bảo đảm trong phạm vi tài sản bảo đảm. Đồng thời, pháp luật cần bổ sung quy định ghi nhận bên thế chấp, cầm cố có quyền yêu cầu bên có nghĩa vụ hoàn trả lại số tiền tương ứng giá trị tài sản đã bị xử lý để thực hiện nghĩa vụ cho bên có nghĩa vụ. Quy định này nhằm đảm bảo quyền lợi chính đáng của bên thế chấp, cầm cố.

Với sự ra đời của BLDS năm 2015, tiếp tục định nghĩa bảo lãnh là biện pháp đối nhân và đồng thời khẳng định “*Các bên có thể thỏa thuận sử dụng biện pháp bảo đảm bằng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh*” (Điều 335). Quy định này cũng đảm bảo sự nhất quán với luật liên quan như Luật Đất đai năm 2013 không còn ghi nhận quyền bảo lãnh bằng quyền sử dụng đất như trong Luật Đất đai năm 2003. Có thể thấy, các biện pháp bảo đảm có bên bảo đảm nghĩa vụ là người thứ ba có khuynh hướng thể hiện ngày càng rõ hơn. Trong đó, quy định hiện hành đã trả bảo lãnh về đúng bản chất của

nó, là một biện pháp bảo đảm đối nhân, một biện pháp bảo đảm không bằng tài sản. Nhận thức rõ điều này giúp các ngân hàng trong quá trình xác lập giao dịch bảo đảm có thể soạn thảo hợp đồng bảo đảm phù hợp. Đồng thời, các cơ quan công chứng, cơ quan tài phán có cơ sở rõ ràng hơn để xác định hiệu lực của các hợp đồng bảo đảm trong các trường hợp này³⁴.

3.2. Về tài sản bảo đảm là quyền tài sản hình thành trong tương lai

Tài sản bảo đảm có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai³⁵. Theo khoản 2 Điều 108 BLDS năm 2015, tài sản hình thành trong tương lai bao gồm: Tài sản chưa hình thành; tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch.

Thứ nhất, tài sản hình thành trong tương lai là tài sản chưa hình thành. Vấn đề đặt ra là ở giai đoạn nào của quá trình hình thành tài sản, tài sản đó được xác định là tài sản chưa hình thành nhưng sẽ hình thành trong tương lai, hiện chưa có những hướng dẫn cụ thể³⁶. Một tác giả đã từng lý giải, tài sản chưa hình thành được hiểu là tài sản chưa định hình về mặt vật lý, nghĩa là chưa sẵn sàng để khai thác, sử dụng theo đúng tính năng công dụng, nhưng có cơ sở nhất định là sẽ hình thành trong tương lai. Có thể hiểu tài sản “chưa hình thành” ở đây là “*trong trường hợp bình thường phải là tài sản đang hình thành theo một lộ trình rõ ràng, đáng tin cậy và hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của chủ thể giao dịch, chứ không phụ thuộc, dù chỉ một phần vào ý chí của chủ thể khác*”³⁷. Như vậy, với lý giải này chúng ta có thể hiểu rằng gọi là tài sản hình thành trong tương lai

³⁴ Xem thêm Huỳnh Anh (2019), “*Một số vấn đề pháp lý về bên bảo đảm nghĩa vụ là người thứ ba trong hoạt động cho vay của ngân hàng thương mại*”, Tạp chí Khoa học pháp lý Việt Nam, số 5, tr. 50-58.

³⁵ Khoản 3 Điều 295 BLDS năm 2015.

³⁶ Theo tác giả Đỗ Văn Đại, quy định về tài sản hình thành trong tương lai tại khoản 2 Điều 108 BLDS năm 2015 không hề có bất kỳ điều kiện nào để xác định giới hạn cho tài sản hình thành trong tương lai và tác giả cũng cho rằng cần có những văn bản hướng dẫn cụ thể điều kiện để xác định các loại tài sản hình thành trong tương lai. Xem: Đỗ Văn Đại và các tác giả khác (2015), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật dân sự 2015*, Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 127.

³⁷ Nguyễn Ngọc Điện (2019), “*Xác định tài sản thế chấp theo tinh thần Bộ luật Dân sự 2015*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số (02+03), tr. 37.

thì phải có cơ sở nhất định sẽ hình thành trong tương lai và có lộ trình cụ thể. Do đó, trong những trường hợp cụ thể, vẫn cần xác định lộ trình, mức độ hoàn thành cụ thể của lộ trình để xác định tài sản hình thành trong tương lai, chẳng hạn Luật Nhà ở năm 2014 đã quy định cụ thể về nhà ở hình thành trong tương lai trên cơ sở lộ trình xây dựng nhà ở³⁸.

Thứ hai, tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu sau thời điểm xác lập giao dịch, có hai khả năng xảy ra: Một là, tài sản mà ở thời điểm xác lập giao dịch thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác nhưng có cơ sở bên xác lập giao dịch sẽ được xác lập quyền sở hữu tài sản này trong tương lai. Hai là, tài sản đã hình thành về mặt vật chất nhưng chủ thể chưa xác lập quyền sở hữu đối với tài sản đó về mặt pháp lý. Đối với quyền tài sản, pháp luật khẳng định tài sản hình thành trong tương lai không bao gồm quyền sử dụng đất³⁹, quyền đòi nợ hình thành trong tương lai pháp luật chỉ dừng lại ở mức độ ghi nhận⁴⁰, không đề cập đến tài sản trí tuệ hình thành trong tương lai. Ở một số nước trên thế giới, có những quy định về việc bảo đảm nghĩa vụ bằng tài sản trí tuệ hình thành trong tương lai. Chẳng hạn, ở Đức, khi chưa hoàn thành đăng ký bằng sáng chế vẫn có thể thế chấp tài sản này, nếu như đã có những quyền sơ bộ⁴¹; hoặc ở Đài Loan, nghiêm cấm sử dụng quyền đăng ký bảo hộ để thế chấp vì

cho rằng đơn đăng ký không chắc chắn sẽ thành công⁴²; hay tại Úc, các đơn đăng ký bằng sáng chế hoặc nhãn hiệu không được coi là tài sản theo các nguyên tắc chung, nhưng trên thực tế, chúng vẫn được các bên tham gia giao dịch bảo đảm đối xử như vậy⁴³. Ở Việt Nam, vấn đề này chưa được pháp luật quy định. Nhận thấy ở các quốc gia quy định có khác nhau, nhưng có lẽ quy định ở Đức là phù hợp nhất; bởi lẽ, để xác định một quyền tài sản hình thành trong tương lai thì cần cơ sở hình thành nhất định và có tính chắc chắn nhất định. Đức đã xác định mặc dù chưa hình thành quyền đối với sáng chế nhưng phải có những “quyền sơ bộ”; ở Đài Loan lại cấm sử dụng quyền đăng ký sáng chế để bảo đảm nghĩa vụ, điều này ảnh hưởng đến quyền định đoạt của chủ thể, trái với nguyên tắc và xu thế chung hiện nay. Riêng ở Úc đã cho thấy luật thực định đã chưa đáp ứng được yêu cầu thực tiễn khi thực tiễn đã xảy ra (các bên thừa nhận), nhưng pháp luật vẫn thiếu những điều chỉnh công nhận.

Như vậy, trên cơ sở tham khảo pháp luật các nước, có lẽ pháp luật Việt Nam cần có hướng dẫn chi tiết hơn về việc xác định các quyền tài sản hình thành trong tương lai.

3.3. Mô tả và xác định tài sản bảo đảm là quyền tài sản

Mô tả tài sản bảo đảm khi giao kết hợp đồng

³⁸ Xem thêm Huỳnh Anh (2016), “*Một số vấn đề pháp lý về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai tại ngân hàng thương mại*”, Tạp chí nghiên cứu lập pháp, số 19, tr. 51-58.

³⁹ Vốn dĩ đất đai được xác định trên cơ sở địa giới, vốn tồn tại hiện hữu nên xét về mặt vật chất vốn không thể hình thành trong tương lai. Đất đai là tài sản đã hình thành, đã tồn tại nên yếu tố “hình thành trong tương lai” chỉ được xét ở khía cạnh pháp lý. Theo quy định của điểm a khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013, QSDĐ phải được cấp giấy chứng nhận thì mới trở thành đối tượng của các giao dịch. Khoản 2 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29 tháng 12 năm 2006 của chính phủ về giao dịch bảo đảm tài sản hình thành trong tương lai không bao gồm quyền sử dụng đất”.

⁴⁰ Theo khoản 1 Điều 22 của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm, có thể thế chấp các quyền đòi nợ hình thành trong tương lai. Ví dụ, quyền thu phí dịch vụ hình thành trong tương lai như thu tiền điện, tiền nước chẳng hạn.

⁴¹ Xem Eva-Maria Kieninger, *Security Rights in Intellectual Property*, Springer Nature, 2020, p.9.

⁴² Shieh M-Y, Lee S-H, Security rights in intellectual property in Taiwan, Republic of China. In: Kieninger E-M (ed) Security rights in intellectual property. Springer, Heidelberg, 2019.

⁴³ Xem Eva-Maria Kieninger, *Security Rights in Intellectual Property*, Springer Nature, 2020, p.11.

bảo đảm chính là một trong các cách thức xác định tài sản bảo đảm, giúp người khác nhận diện đúng tài sản. Theo quy định của pháp luật Việt Nam thì tài sản bảo đảm có thể là tài sản hiện có hoặc tài sản hình thành trong tương lai; tài sản bảo đảm có thể được “*mô tả chung*” nhưng phải xác định⁴⁴. Như vậy, các chủ thể có thể mô tả cụ thể hoặc mô tả chung, dù mô tả kiểu nào nhưng phải mô tả chính xác, cuối cùng phải đảm bảo yếu tố “*xác định được*”, thể hiện rõ được đối tượng của hợp đồng bảo đảm. Điều này tạo thuận lợi cho việc mô tả tài sản bảo đảm là quyền tài sản cũng như quyền tài sản hình thành trong tương lai, bởi lẽ quyền tài sản là một dạng tài sản vô hình nên việc mô tả cụ thể thường khó thực hiện, càng không thể mô tả chi tiết những quyền tài sản hình thành trong tương lai (đặc biệt là đối với các quyền tài sản chưa hình thành). Với quy định hiện hành, trong trường hợp tài sản bảo đảm là quyền tài sản thì khi mô tả cần đảm bảo những nội dung như tên cụ thể của quyền tài sản, căn cứ pháp lý phát sinh quyền, giá trị thành tiền của quyền tài sản (nếu có) hoặc các thông tin khác có liên quan đến quyền tài sản đó⁴⁵. Có thể thấy, so với quy định trước đây, BLDS năm 2015 đã mở rộng cách mô tả tài sản theo hướng thừa nhận có thể mô tả chung, điều này tạo hành lang pháp lý thuận lợi cho việc mô tả các tài sản bảo đảm là quyền tài sản, gồm cả những quyền tài sản hình thành trong tương lai.

Việc mô tả tài sản bảo đảm được thực hiện khi giao kết hợp đồng bảo đảm giúp các chủ thể xác định tài sản cần xử lý khi sự kiện bảo đảm xảy ra. Tuy nhiên, trong thời gian bảo đảm tài sản bảo đảm có thể biến đổi, thay đổi khác với mô tả ban đầu thì khi xử lý tài sản bảo đảm sẽ được xác định như thế nào? Biện pháp bảo

đảm trên tài sản bảo đảm vẫn duy trì hiệu lực hay một biện pháp bảo đảm mới được xác lập? Phạm vi, giá trị của tài sản bảo đảm có thay đổi không? Theo Ủy ban Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế (Uncitral), lợi ích bảo đảm trên tài sản hữu hình được xác lập trước khi bị trộn lẫn hoặc chế biến thành sản phẩm mới vẫn tiếp tục có hiệu lực trên tài sản bị trộn lẫn (a mass) hoặc sản phẩm mới (a product). Giá trị của lợi ích bảo đảm được giới hạn trong phạm vi giá trị tài sản bảo đảm trước khi được trộn lẫn hoặc chế biến thành sản phẩm mới⁴⁶. Giao dịch bảo đảm tự động có hiệu lực đối với bên thứ ba sau khi tài sản bảo đảm là tài sản hữu hình sáp nhập vào tài sản khác tạo thành hỗn hợp hay sản phẩm mới mà không phải thực hiện thêm bất kỳ thủ tục nào⁴⁷. Trong trường hợp có nhiều tài sản bảo đảm bị trộn lẫn hoặc chế biến thành tài sản mới thì thứ tự ưu tiên của các lợi ích bảo đảm trên tài sản mới được xác định theo thứ tự phát sinh quyền lợi bảo đảm trước khi tài sản bị trộn lẫn hoặc chế biến⁴⁸. Như vậy, theo Uncitral thì khi tài sản bị trộn lẫn hoặc biến đổi, sáp nhập thì giá trị biện pháp bảo đảm vẫn có hiệu lực, phạm vi giá trị tài sản bảo đảm được xác định bằng giá trị tài sản trước khi bị trộn lẫn, biến đổi, sáp nhập. Cho đến nay, dù với sự ra đời của BLDS năm 2015, Việt Nam vẫn chưa đề cập đến việc xác định phạm vi giá trị tài sản bảo đảm khi tài sản này có sự trộn lẫn, biến đổi, sáp nhập ở khía cạnh điều chỉnh chung về tài sản bảo đảm. Tuy nhiên, đối với quyền tài sản là quyền sử dụng đất thì BLDS năm 2015 có một số điều chỉnh cụ thể, xác định phạm vi tài sản bảo đảm liên quan đến quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất trong trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất

⁴⁴ Điều 295 BLDS năm 2015.

⁴⁵ Điểm c khoản 2 Điều 10 Thông tư số 08/2018/TT-BTP.

⁴⁶ United Nations Commission on International Trade Law, Uncitral Model Law On Secured Transactions, Vienna, 2016, Article 11.

⁴⁷ United Nations Commission on International Trade Law, Uncitral Model Law On Secured Transactions, Vienna, 2016, Article 20.

⁴⁸ United Nations Commission on International Trade Law, Uncitral Model Law On Secured Transactions, Vienna, 2016, Article 33.

nhưng giữa các bên không có sự thỏa thuận về tài sản gắn liền với đất hoặc trường hợp tài sản hình thành trên đất sau khi việc xác lập giao dịch bảo đảm bằng quyền sử dụng đất đã hoàn thành. Trên cơ sở cân nhắc những nguyên tắc chung nhất trong lĩnh vực dân sự, BLDS năm 2015 đã quy định cụ thể; theo đó, dựa trên tính thống nhất của tài sản thì trong trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất mà tài sản gắn liền với đất thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp thì tài sản gắn liền với đất cũng thuộc tài sản thế chấp. Mặt khác, nhằm bảo đảm quyền lợi của các bên liên quan, trường hợp tài sản gắn liền với quyền sử dụng đất không thuộc chủ sở hữu của bên thế chấp thì sẽ không được xem là tài sản thế chấp⁴⁹. Đồng thời, trên cơ sở tôn trọng sự định đoạt của đương sự, trường hợp các bên có thỏa thuận khác thì tôn trọng sự thỏa thuận. Tuy vậy, vẫn còn một số vấn đề cần quan tâm khi mô tả các quyền tài sản:

- Đối với quyền tài sản là quyền sử dụng đất, với quy định mới trong BLDS năm 2015, bên cạnh các quyền đối với bất động sản liền kề còn quyền hưởng dụng và quyền bề mặt, nếu quyền sử dụng đất dùng bảo đảm nghĩa vụ đang được chia sẻ quyền bề mặt, quyền hưởng dụng bởi chủ thể khác là một yếu tố rất quan trọng để tổ chức tín dụng quyết định nhận quyền sử dụng đất ấy làm tài sản bảo đảm hay không. Tuy vậy, trong các hướng dẫn về mô tả tài sản bảo đảm là quyền sử dụng đất chưa ghi nhận vấn đề này. Và vấn đề sẽ phức tạp khi cần xử lý tài sản là quyền sử dụng đất mà ở đó quyền hưởng dụng hoặc quyền bề mặt thuộc về chủ thể khác. Về thủ tục đăng ký tài sản bảo đảm là quyền sử dụng đất, pháp luật cần quy định rõ hồ sơ đăng ký nếu quyền hưởng dụng hoặc quyền bề mặt của quyền sử dụng đất được sử dụng bảo đảm nghĩa vụ đang thuộc chủ thể khác mà không phải là bên thế chấp thì cần phải xuất trình hợp đồng có liên quan đến việc chuyển giao các quyền này khi đăng ký; đồng thời cũng xác định rõ về khả năng bên thế

chấp có được phép chuyển quyền hưởng dụng, quyền bề mặt cho các chủ thể khác sau khi thế chấp quyền sử dụng đất.

- Về quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, vấn đề đặt ra là việc bảo đảm bằng đối tượng quyền sở hữu trí tuệ hay bảo đảm bằng quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ? Pháp luật dân sự ghi nhận quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ là một loại tài sản dưới dạng quyền tài sản. Tuy nhiên, các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ không được ghi nhận là quyền tài sản theo Điều 115 BLDS. Về bản chất, đối tượng quyền sở hữu trí tuệ là một tài sản trí tuệ, nếu nhìn ở khía cạnh quyền thì đó là tập hợp các quyền tài sản mà chủ sở hữu đối tượng quyền sở hữu trí tuệ có được trên đối tượng đó. Dưới góc độ là một quyền tài sản tham gia vào giao dịch bảo đảm, pháp luật hiện hành đã không nhắc đến bảo đảm nghĩa vụ bằng đối tượng quyền sở hữu trí tuệ. Tuy nhiên, trong thực tiễn quan hệ bảo đảm, các bên thường thỏa thuận bảo đảm bằng các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ. Ví dụ, các bên trong quan hệ bảo đảm thỏa thuận thế chấp nhãn hiệu, không gọi là thế chấp quyền tài sản đối với nhãn hiệu. Điều này cũng đặt ra vấn đề cần có những quy định cụ thể để điều chỉnh, giải thích rõ đối với việc bảo đảm các đối tượng này. Theo đó, không để xảy ra sự trùng lặp trong việc bảo đảm quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ và đối tượng quyền sở hữu trí tuệ tương ứng, bởi lẽ chúng hướng tới cùng một lợi ích. Chẳng hạn, nếu đã thế chấp nhãn hiệu thì không thể đồng thời thế chấp quyền tài sản phát sinh trên nhãn hiệu và ngược lại.

- Đối với quyền tài sản phát sinh từ việc góp vốn sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ, pháp luật Việt Nam còn thể hiện sự lúng túng trong các quy định. Trước đây, BLDS năm 2005 đã từng liệt kê quyền tài sản phát sinh từ phần vốn góp là loại tài sản dưới dạng quyền tài sản có thể được sử dụng để bảo đảm nghĩa vụ dân sự⁵⁰.

⁴⁹ Xem thêm Điều 318 BLDS năm 2015.

⁵⁰ Xem Điều 322 BLDS năm 2005.

Tuy vậy, sau đó, cụm từ “quyền tài sản phát sinh từ vốn góp” đã được thay bằng cụm từ “phần vốn góp trong doanh nghiệp”, đồng thời phần vốn góp trong doanh nghiệp được hiểu là một loại tài sản riêng biệt có thể dùng để bảo đảm nghĩa vụ dân sự và không được xem là một dạng quyền tài sản theo Điều 105 BLDS năm 2015⁵¹. Hiện nay, các nhà làm luật đã chọn giải pháp an toàn là không khẳng định phần vốn góp hay cổ phần thuộc nhóm nào trong số các tài sản được nêu trong Điều 105 BLDS năm 2015 khi gọi chung là “tài sản hình thành từ việc góp vốn”⁵².

Tuy nhiên, đối các quyền tài sản phát sinh từ việc góp vốn, các quyền lợi cụ thể liên quan phần vốn góp có được xem là tài sản thế chấp hay không là rất quan trọng, ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi các bên. Các quyền liên quan cụ thể đến phần vốn góp, cổ phần như lợi tức, thông báo và quyền biểu quyết trong công ty, và có thể có cả quyền mua vốn góp là những lợi ích từ phần vốn góp mang lại có được xem là tài sản thế chấp hay không vẫn chưa thật sự rõ ràng, do vậy cần được mô tả. Tình huống các bên không mô tả rõ sẽ có thể dẫn đến những tranh chấp liên quan đến lợi ích phát sinh từ việc góp vốn.

Đặc biệt, bên cạnh việc có thể có những cách hiểu khác nhau về việc thế chấp phần vốn góp, cổ phần thì tài sản bảo đảm có bao gồm quyền mua phần vốn góp, quyền mua cổ phần hay không? Vấn đề càng phức tạp hơn khi mà các bên thường không dự liệu đến các quyền mua phần vốn góp, quyền mua cổ phần hình thành trong tương lai. Bởi lẽ, các quyền này có thể chưa hình thành, thậm chí chưa có bất kỳ dấu hiệu nào của quá trình hình thành nhưng sau đó khi thế chấp phần vốn góp, cổ phần thì chúng hình thành. Với quy định hiện tại, rõ ràng không thể tìm ra quy định để lập luận một

cách thuyết phục rằng các quyền tài sản này có thuộc tài sản bảo đảm hay không?

- Đối với quyền đòi nợ, trong trường hợp thế chấp quyền đòi nợ, nếu các bên trong mô tả không thể hiện đến phần lãi của quyền đòi nợ thì phần lãi này có được xác định là tài sản bảo đảm hay không vẫn còn nhiều tranh cãi, do vậy giải pháp tốt nhất hiện nay là cần mô tả cụ thể, chi tiết các tài sản bảo đảm là quyền tài sản trong tình huống trên để tránh những tranh chấp. Bởi lẽ, vẫn có những quan điểm khác nhau về phần lãi trong quyền đòi nợ: lãi là vật phụ hay là lợi tức. Nếu lãi là vật phụ thì đương nhiên thuộc tài sản thế chấp (khoản 1 Điều 318 BLDS năm 2015), nếu lãi được xem là lợi tức thì theo phần lãi chỉ thuộc tài sản bảo đảm khi có sự thỏa thuận (Điều 321 BLDS năm 2015). Theo quan điểm của một tác giả, để bảo vệ người có quyền đã chấp nhận bảo đảm bằng quyền đòi nợ chúng ta nên theo hướng nếu không có thỏa thuận khác, lãi đương nhiên thuộc tài sản thế chấp⁵³. Tuy nhiên, tác giả cho rằng giải pháp có vẻ không phù hợp khi việc trả lãi đối với quyền đòi nợ có thể được thực hiện hàng tháng hàng quý, hàng năm. Do vậy, hợp lý nhất có lẽ là xác định phần lãi mà bên bảo đảm vẫn chưa nhận do chưa đến hạn trả lãi khi bắt đầu thực hiện xử lý tài sản bảo đảm là quyền đòi nợ thuộc tài sản bảo đảm.

Nhìn chung, việc mô tả quyền tài sản vốn đã khó khăn bởi đặc tính vô hình của chúng. Bên cạnh đó, các quyền lợi, hoa lợi, lợi tức liên quan hoặc xuất phát từ tài sản bảo đảm là quyền tài sản khá phức tạp, điều này đòi hỏi các bên phải dự liệu và thỏa thuận xác định rõ, mô tả rõ phạm vi tài sản bảo đảm, nhằm hạn chế tối đa những tranh chấp ảnh hưởng đến quyền lợi các bên trong điều kiện pháp luật hiện hành vẫn còn thiếu những quy định trực tiếp điều chỉnh vấn đề này ■

⁵¹ Xem khoản 5 và khoản 7 Điều 6 Thông tư số 08/2018/TT-BTP, các quyền tài sản theo Điều 105 BLDS năm 2015 được liệt kê tại khoản 7, còn phần vốn góp được quy định riêng tại khoản 5.

⁵² Điều 15 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP.

⁵³ Xem thêm Đỗ Văn Đại (2017), *Luật nghĩa vụ và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ Việt Nam – Bản án và bình luận bản án (xuất bản lần thứ 3)*, Tập 2, Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 124.

CÁC QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM HIỆN HÀNH VỀ HÌNH PHẠT CẤM CƯ TRÚ VÀ QUẢN CHẾ

Nguyễn Thị Hồng Hạnh,

TS. Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế Quốc dân

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Hình phạt cấm cư trú, hình phạt quản chế, Bộ luật Hình sự năm 2015.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 10/09/2021
Biên tập : 12/10/2021
Duyệt bài : 14/10/2021

Article Infomation:

Keywords: Penalties of residence ban, probation, Penal Code of 2015.

Article History:

Received : 10 Sep. 2021
Edited : 12 Oct. 2021
Approved : 14 Oct. 2021

Tóm tắt:

Trong phạm vi bài viết này, tác giả phân tích các quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 về hình phạt cấm cư trú và quản chế, chỉ ra những điểm bất cập, hạn chế và đưa ra kiến nghị hoàn thiện.

Abstract:

Within the scope of this article, the author gives out an analysis of the provisions of the Penal Code of 2015 which were amended and supplemented in 2017 on the penalty of ban from residence and probation, also points out the shortcomings, limitations and provides a number of recommendations for further improvements.

1. Các quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 về hình phạt cấm cư trú và quản chế

Hình phạt cấm cư trú và quản chế là các hình phạt có tính chất hạn chế quyền tự do

nhằm giám sát người phạm tội với mục đích ngăn ngừa tái phạm hoặc thực hiện tội phạm mới. Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 1985, BLHS năm 1999 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009 và BLHS năm 2015 đã được sửa

đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) đều quy định hai hình phạt này với tính chất là hình phạt bổ sung đối với người phạm tội bị áp dụng hình phạt tù.

Theo quy định của Điều 42 BLHS năm 2015, hình phạt cấm cư trú là “*buộc người bị kết án phạt tù không được tạm trú hoặc thường trú ở một số địa phương nhất định*”. Như vậy, hình phạt cấm cư trú có nội dung là cấm người bị kết án phạt tù sinh sống ở một nơi nhất định trong một thời hạn nhất định.

Theo quy định của Điều 43 BLHS năm 2015, hình phạt quản chế là “*buộc người bị kết án phạt tù phải cư trú, làm ăn sinh sống và cải tạo ở một địa phương nhất định dưới sự kiểm soát, giáo dục của chính quyền và nhân dân địa phương*”. Trong thời gian quản chế, người bị kết án không được tự ý ra khỏi nơi cư trú, bị tước một số quyền công dân theo quy định tại Điều 44 BLHS năm 2015 và bị cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định. Như vậy, hình phạt quản chế là hình phạt buộc người bị kết án phạt tù phải sinh sống ở một địa phương nhất định trong một thời hạn nhất định, ngược lại với hình phạt cấm cư trú, chỉ ngoại trừ một hoặc một số nơi bị Tòa án cấm cư trú, người

phạm tội được tự do sinh sống ở tất cả các địa phương khác.

Theo quy định của BLHS năm 2015, Tòa án không được tùy ý áp dụng hình phạt cấm cư trú hoặc quản chế, mà chỉ được áp dụng nếu như trong điều luật quy định về tội phạm cụ thể có quy định về hình phạt này. Quản chế được áp dụng đối với người phạm tội xâm phạm an ninh quốc gia, người tái phạm nguy hiểm hoặc trong những trường hợp khác do BLHS quy định. Phần các tội phạm BLHS năm 2015 bao hàm 16 điều quy định về các trường hợp được lựa chọn áp dụng hình phạt cấm cư trú hoặc quản chế, trong đó có 14 điều mà cấm cư trú và quản chế được quy định là hình phạt bổ sung trong cùng một tội danh do Tòa án lựa chọn¹.

Như vậy, các trường hợp áp dụng cấm cư trú hoặc quản chế không nhiều. Trong khi đó, các hình phạt này, đặc biệt là quản chế lại có giá trị hỗ trợ rất lớn cho phòng ngừa và giáo dục người phạm tội sau khi chấp hành xong hình phạt tù.

Theo quy định của pháp luật hiện hành, cơ quan giám sát việc thi hành hình phạt cấm cư trú và hình phạt quản chế là Ủy ban nhân

¹ 14 điều luật quy định khả năng lựa chọn áp dụng quản chế hoặc cấm cư trú trong thời hạn từ 1 năm đến 5 năm (bao gồm: Điều 123. Tội giết người; Điều 150. Tội mua bán người; Điều 151. Tội mua bán người dưới 16 tuổi; Điều 168. Tội cướp tài sản; Điều 169. Tội bắt cóc nhằm chiếm đoạt tài sản; Điều 255. Tội tổ chức sử dụng trái phép chất ma túy; Điều 282. Tội chiếm đoạt tàu bay, tàu thủy; Điều 299. Tội khủng bố; Điều 300. Tội tài trợ khủng bố; Điều 304. Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vũ khí quân dụng, phương tiện kỹ thuật quân sự; Điều 305. Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt vật liệu nổ; Điều 306. Tội chế tạo, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt súng săn, vũ khí thô sơ, vũ khí thể thao hoặc công cụ hỗ trợ; Điều 309. Tội sản xuất, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng, phát tán, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt chất phóng xạ, vật liệu hạt nhân; Điều 311. Tội sản xuất, tàng trữ, vận chuyển, sử dụng hoặc mua bán trái phép chất cháy, chất độc); 02 điều chỉ quy định khả năng áp dụng hình phạt cấm cư trú (Điều 346. Tội vi phạm quy chế về khu vực biên giới và Điều 388. Tội vi phạm quy định về giam giữ), 02 điều chỉ quy định khả năng áp dụng hình phạt quản chế (Điều 303. Tội phá hủy công trình, cơ sở, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia và Điều 327. Tội chứa mại dâm).

dân (UBND) cấp xã. Đây là cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương được giao thực hiện một số nhiệm vụ, quyền hạn về giám sát, giáo dục người chấp hành án, không phải cơ quan chuyên trách về thi hành án hình sự (THAHS). Mặc dù, trong nội dung của cấm cư trú và quản chế cũng đã có những biện pháp nhằm phòng ngừa việc phạm tội mới. Tuy nhiên, nội dung của các hình phạt này còn thiếu nhiều các biện pháp hiệu quả nhằm ngăn ngừa phạm tội mới. Ví dụ, theo quy định của khoản 2 Điều 109 Luật Thi hành án hình sự (THAHS) năm 2019, khi thi hành hình phạt cấm cư trú, người bị cấm cư trú có nghĩa vụ: “a) Không được cư trú ở những nơi đã bị cấm cư trú; b) Chấp hành nghiêm chỉnh cam kết của mình trong việc tuân thủ pháp luật; c) Có mặt theo yêu cầu của UBND cấp xã nơi người chấp hành án cư trú”. Theo quy định của khoản 2 Điều 114 Luật THAHS năm 2019, khi thi hành hình phạt quản chế, người chấp hành án phạt quản chế có nghĩa vụ: “a) Chịu sự kiểm soát, giáo dục của UBND cấp xã và nhân dân địa phương; không được tự ý rời khỏi nơi quản chế; b) Mỗi tháng một lần vào tuần đầu của tháng, trình diện và báo cáo với UBND cấp xã nơi quản chế việc chấp hành quy định về quản chế; c) Có mặt tại địa điểm quy định khi UBND cấp xã triệu tập, nếu vắng mặt phải có lý do chính đáng; d) Chấp hành nghiêm chỉnh chính sách, pháp luật và quy định của chính quyền địa phương; tích cực lao động, học tập, cải tạo để trở thành người có ích cho xã hội; đ) Trường hợp được phép đi khỏi nơi quản chế, người chấp hành án phạt quản chế phải khai báo tạm vắng; trình diện, xuất trình giấy phép, làm thủ tục đăng ký tạm trú, lưu trú với Công

an cấp xã nơi đến theo quy định; trở về nơi quản chế đúng thời hạn và trình diện với UBND cấp xã”.

Những quy định trên đây cho thấy, các biện pháp áp dụng trong thời gian cấm cư trú hoặc quản chế vẫn mang nặng tính thủ tục hành chính mà chưa có tính chất ngăn chặn những nguy cơ có thể dẫn đến tái phạm hoặc phạm tội mới như vấn đề tâm lý, sức khỏe, các mối quan hệ của người bị cấm cư trú hoặc bị quản chế. Thực tế cho thấy, tâm lý của những người phạm tội, đặc biệt là các tội phạm xâm phạm tính mạng, sức khỏe, tài sản, nhân phẩm của phụ nữ, ma túy,... thường không ổn định, dễ bị kích động, khó kiểm soát bản thân và như vậy, rất dễ phạm tội mới. Bên cạnh đó, tình trạng thất nghiệp, các mối quan hệ với bạn bè xấu cũng rất dễ dẫn đến người bị cấm cư trú hoặc người bị quản chế quay về con đường tội lỗi. Như vậy, những người này rất cần sự tư vấn, hỗ trợ từ phía cơ quan chức năng nhằm bảo đảm sự ổn định về tâm lý, sức khỏe, công việc và cuộc sống; những biện pháp mạnh mẽ nhằm ngăn chặn cơ hội phạm tội mới, như tiếp xúc với những người xấu.

2. Kiến nghị hoàn thiện các quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2017 về hình phạt cấm cư trú và quản chế

Như đã phân tích, cấm cư trú là hình phạt đảm nhiệm chức năng là phòng ngừa tội phạm sau khi người phạm tội chấp hành xong hình phạt tù. Tuy nhiên, việc cấm người phạm tội chấp hành xong hình phạt tù sống ở các địa phương được cho là có thể khiến họ tiếp tục phạm tội, thực chất lại chính là cấm họ sinh sống ở nơi thường trú, là quê hương,

nơi quen thuộc với cuộc sống, nghề nghiệp của họ. Việc buộc người phạm tội chấp hành xong hình phạt tù phải cư trú ở nơi xa lạ mà không phải nơi chôn rau cắt rốn hoặc nơi có gia đình sẽ tạo ra một khoảng trống tâm lý và tinh thần đối với người vừa tái hoà nhập xã hội vốn rất cần sự động viên, khích lệ của người thân. Do đó, cấm cư trú có thể đạt hiệu quả ngăn chặn trước mắt nhưng về lâu dài không đạt hiệu quả phòng ngừa. Trong khoa học hình sự, yếu tố quan trọng nhất để phòng ngừa tội phạm chính là chuyển biến về nhận thức và thái độ sống của người phạm tội. Điều trăn trở lớn nhất đối với một phạm nhân vừa thi hành án phạt tù trở về với xã hội đó là mặc cảm bị kỳ thị. Nếu như vừa được trả tự do mà họ ngay lập tức bị đưa đến một nơi xa lạ, thì điều này tạo ra một sự kỳ thị hiển nhiên trong tâm lý của họ. Bên cạnh đó, để đánh giá sự hoàn lương thực sự của một người cần phải tạo điều kiện cho họ được sinh sống, lao động tại chính nơi mà họ đã phạm sai lầm.

Trên thực tế, đối với một số người phạm tội về ma tuý, chiếm đoạt tài sản, xâm phạm tình dục... cũng rất cần có một biện pháp nhằm ngăn chặn những người bị kết án này tiếp xúc với môi trường, hoàn cảnh hoặc những người mà có thể dẫn đến việc người bị kết án phạm tội mới. Ví dụ, người bị kết án về tội hiếp dâm, cần bị cấm tiếp xúc với nạn nhân, với phụ nữ trong một thời hạn nhất định. Những người bị

kết án về phạm tội ma tuý cần bị cấm đi đến các khu vực “ô chuột”, “xóm liều” hoặc những nơi có tình hình an ninh, trật tự phức tạp. Những người này cũng cần bị cấm tiếp xúc với một số người cụ thể trong thời hạn nhất định, như người nghiện ma tuý, người đã bị kết án về tội phạm ma tuý mà chưa được xoá án tích. Pháp luật các nước áp dụng hình phạt này đặt tên biện pháp này là hình phạt cấm xuất hiện tại những nơi nhất định hoặc cấm xác lập những mối quan hệ nhất định².

Hình phạt cấm xuất hiện tại những nơi nhất định khác với hình phạt cấm cư trú. Cấm cư trú là cấm sống ở một hoặc một số địa phương nhất định; trong khi đó, hình phạt cấm xuất hiện tại những nơi nhất định có nội dung cấm đến hoặc có mặt ở những nơi nhất định. Ví dụ, cấm xuất hiện ở khu vực trường học, cấm xuất hiện tại trường mầm non đối với người bị kết án về tội bắt cóc trẻ em.

Để khắc phục những hạn chế của hình phạt cấm cư trú và quản chế, tác giả kiến nghị:

Thứ nhất, sửa đổi điểm b khoản 2 Điều 32 BLHS năm 2015 theo hướng quy định hình phạt cấm xuất hiện tại những nơi nhất định là một trong các hình phạt bổ sung thay thế hình phạt cấm cư trú.

Bên cạnh đó, cần sửa đổi Điều 42 BLHS năm 2015 theo hướng thay thế nội dung quy định về hình phạt cấm cư trú bằng nội dung quy định về hình phạt cấm xuất hiện tại những nơi nhất định.

² Điều 131-6 Bộ luật Hình sự nước Cộng hoà Pháp quy định khi một người phạm khinh tội bị kết án phạt tù thì toà án có thể tuyên một hoặc một số hình phạt có tính chất tức hoặc hạn chế quyền thay thế cho hình phạt tù, trong đó tại khoản 12 Điều này quy định hình phạt cấm xuất hiện ở những nơi được ấn định trong bản án hoặc ở những nơi đã thực hiện tội phạm. Thời hạn cấm là từ 03 năm trở lên; khoản 13 của Điều này cũng quy định hình phạt cấm quan hệ với những người bị kết án được xác định bởi toà án, đặc biệt là những người chủ mưu hoặc bất kỳ người đồng phạm nào. Thời hạn cấm cũng là từ 03 năm trở lên. https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006181728?init=true&page=1&query=131-6&searchField=ALL&tab_selection=all&anchor=LEGIARTI000042193563#LEGIARTI000042193563.

Thứ hai, sửa đổi Điều 43 BLHS năm 2015 theo hướng nhập hai hình phạt cấm cư trú và quản chế thành một hình phạt với tên gọi là “quản chế” có nội dung đầy đủ, toàn diện, bao hàm cả các biện pháp mang tính chất thủ tục hành chính và các biện pháp ngăn chặn nguy cơ tái phạm. Theo đó, cần phải bổ sung thêm một số quy định về nghĩa vụ của người bị quản chế, cụ thể:

Một là, quy định người bị quản chế buộc phải tuân theo các biện pháp kiểm tra y tế, chữa bệnh bắt buộc với chi phí do người bị quản chế phải chịu nhưng các chi phí này cần được luật hóa một cách hợp lý nhằm bảo đảm người bị quản chế có khả năng chi trả. Quy định này rất cần thiết nhằm giúp cho cơ quan giám sát nắm được tình hình sức khỏe về thể chất và tinh thần của người bị quản chế. Bởi vì, sức khỏe về thể chất và tinh thần có thể ảnh hưởng đến khuynh hướng phạm tội của một cá nhân. Một người có sức khỏe tốt về thể chất và tinh thần thường có thái độ ứng xử tích cực, dễ dàng xử lý được các tình huống trong cuộc sống. Vì vậy, việc quản lý và chăm sóc tốt sức khỏe cho người bị quản chế sẽ góp phần giảm thiểu nguy cơ tái phạm của người bị kết án. Đặc biệt, đối với các tội phạm về ma túy, các tội xâm phạm tình dục, tội cố ý gây thương tích,...

Hai là, quy định cụ thể những quyền của người bị quản chế có thể bị Tòa án tuyên bố tước hoặc hạn chế. Các hạn chế này có thể bao gồm cấm đến những nơi nhất định, cấm tiếp xúc với những người cụ thể, cấm thực hiện một số giao dịch nhất định.

Ba là, quy định cụ thể Tòa án có quyền tuyên bố người bị quản chế phải thực hiện một hoặc một số nghĩa vụ nhất định nhằm giám sát hành vi của người bị quản chế, đồng thời ngăn ngừa người bị quản chế tái phạm. Trong

quá trình bị quản chế, người bị quản chế phải tham gia lao động công ích. Lao động công ích giúp cho người bị quản chế hiểu sâu sắc về giá trị của lao động, ý nghĩa của những đóng góp cho cộng đồng và rèn luyện được kỷ luật, ý thức pháp luật. Đây là nhân tố quan trọng giúp cho người bị quản chế xa rời các hành vi sai trái mà tu dưỡng để trở thành công dân tốt.

Hình phạt quản chế sẽ được áp dụng cho mọi trường hợp người bị kết án đã chấp hành xong hình phạt tù nếu Tòa án xét thấy cần thiết mà không bị giới hạn trong 16 trường hợp như phân tích ở trên, trong đó, hình phạt cấm cư trú được xem là một lệnh đặc biệt mà Tòa án áp dụng trong trường hợp áp dụng hình phạt quản chế đối với người bị kết án. Theo đó, Điều 43 BLHS năm 2015 được viết lại như sau:

“Điều 43: Quản chế

1....

2. Tòa án có quyền cấm người bị quản chế cư trú tại một hoặc một số nơi nhất định.

3. Trong thời gian bị quản chế, người bị kết án phải định kỳ đến cơ sở y tế do Tòa án xác định trong bản án hoặc quyết định để kiểm tra y tế với chi phí do người bị kết án chịu. Kết quả kiểm tra y tế phải được nộp cho uỷ ban nhân dân cấp xã nơi quản chế người bị kết án.

4. Người bị kết án có thể bị tước một hoặc một số quyền nhất định trong thời gian quản chế nếu toà án có căn cứ để xác định rằng nếu không tước một hoặc một số quyền nhất định, người bị kết án có thể gây nguy hiểm cho xã hội.

5. Tòa án có quyền buộc người bị kết án tham gia lao động công ích trong thời gian bị quản chế. Việc thực hiện lao động công ích phải tuân theo quy định tại Điều... của Bộ luật này.” ■

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

**CỘNG HOÀ XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM
Độc lập - Tự do - Hạnh phúc**

Số: **189** /QĐ-VNCLP

Hà Nội, ngày 30 tháng 11 năm 2021

QUYẾT ĐỊNH

Về việc thành lập Hội đồng Biên tập và ban hành Quy chế Tổ chức và hoạt động của Hội đồng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu lập pháp

VIỆN TRƯỞNG VIỆN NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

Căn cứ Luật Báo chí số 103/2016/QH13 ngày 05 tháng 4 năm 2016;

Căn cứ Nghị quyết số 05/2021/UBTVQH15 ngày 29 tháng 9 năm 2021 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Viện Nghiên cứu lập pháp;

Xét tờ trình số 29/TTr-TCNCLP ngày 18 tháng 11 năm 2021 của Tạp chí Nghiên cứu lập pháp,

QUYẾT ĐỊNH:

Điều 1. Thành lập Hội đồng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, gồm các thành viên có tên dưới đây:

1. TS. Nguyễn Văn Hiến, Viện trưởng Viện Nghiên cứu lập pháp thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội: Chủ tịch Hội đồng Biên tập;
2. GS. TSKH. Đào Trí Úc, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội: Ủy viên;
3. GS. TS. Nguyễn Minh Đức, Phó Chủ nhiệm Ủy ban Quốc phòng và An ninh của Quốc hội: Ủy viên;
4. TS. Hoàng Xuân Hòa, Trợ lý Chủ tịch Quốc hội: Ủy viên;
5. TS. Lê Hải Đường, Phó Viện trưởng Viện Nghiên cứu lập pháp thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội: Ủy viên;
6. TS. Lương Minh Tuấn, Phó Tổng Biên tập phụ trách Tạp chí Nghiên cứu lập pháp: Ủy viên Thư ký;
7. PGS. TS. Trương Hồ Hải, Viện trưởng Viện Nhà nước và Pháp luật, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh: Ủy viên;
8. PGS. TS. Bùi Nguyên Khánh, Phó Giám đốc phụ trách Học viện Khoa học xã hội, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam: Ủy viên;

THÔNG TIN LẬP PHÁP

9. PGS. TS. Tô Văn Hòa, Phó Hiệu trưởng Trường Đại học Luật Hà Nội: Ủy viên;

10. PGS. TS. Vũ Công Giao, Trưởng Bộ môn Luật Hiến pháp và Luật Hành chính, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội: Ủy viên;

11. PGS. TS. Ngô Huy Cương, Giảng viên cao cấp Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội: Ủy viên;

12. PGS. TS. Vũ Hồng Anh, Phụ trách Phòng Biên tập, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp: Ủy viên.

Điều 2. Ban hành kèm theo Quyết định này “Quy chế Tổ chức và hoạt động của Hội đồng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu lập pháp”.

Điều 3. Các thành viên của Hội đồng Biên tập và Tổng Biên tập Tạp chí Nghiên cứu lập pháp có trách nhiệm thi hành Quyết định này.

Quyết định này có hiệu lực thi hành kể từ ngày ký.

Quyết định này thay thế Quyết định số 45/QĐ-VNCLP ngày 05 tháng 3 năm 2020 của Viện trưởng Viện Nghiên cứu lập pháp./.

Nơi nhận:

- Như Điều 3;
 - Tạp chí NCLP;
 - Lưu: VT, VP Viện.
- Số ePAS: 93702

VIỆN TRƯỞNG



Nguyễn Văn Hiến

