

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



Số 17 (369)
Kỳ 1 - Tháng 9/2018

- ❖ MỞ RỘNG NGUỒN PHÁP LUẬT ĐẢM BẢO QUYỀN TIẾP CẬN CÔNG LÝ TẠI VIỆT NAM
- ❖ HOÀN THIỆN LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013 NHẪM BẢO ĐẢM LỢI ÍCH NGƯỜI SỬ DỤNG ĐẤT NÔNG NGHIỆP
- ❖ TẠI SAO CẦN TĂNG THUẾ TIÊU THỤ ĐẶC BIỆT ĐỐI VỚI THUỐC LÁ?

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn

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

Mục lục Số 17/2018

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Phân biệt giám sát của Quốc hội đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp với chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án của Viện kiểm sát và chức năng giám đốc của Tòa án Nhân dân Tối cao đối với Tòa án Nhân dân các cấp

TS. Nguyễn Đình Quyền

- 10** Mở rộng nguồn pháp luật đảm bảo quyền tiếp cận công lý tại Việt Nam

TS. Nguyễn Văn Quân

- 19** Giới hạn trách nhiệm pháp lý đối với hành vi xâm hại tính mạng, sức khỏe người khác

TS. Hoàng Minh Khôi

- 22** Nhận diện tính hợp pháp và tính hợp lý của các biện pháp khắc phục hậu quả trong Nghị định của Chính phủ

TS. Cao Vũ Minh

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 31** Hoàn thiện Luật Đất đai năm 2013 nhằm bảo đảm lợi ích người sử dụng đất nông nghiệp

Nguyễn Thành Luân

CHÍNH SÁCH

- 36** Tại sao cần tăng thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá?

BS. Phan Thị Hải

TS. Phạm Thị Duyên Thảo

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 43** Xác định pháp luật áp dụng đối với hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài

Bùi Thị Thúy Hà

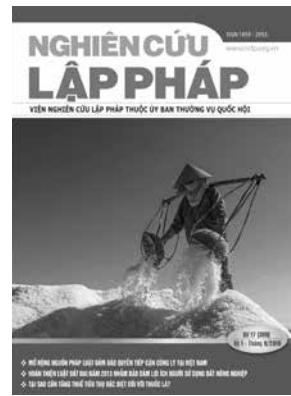
- 48** Pháp luật Việt Nam về dịch vụ Logistics trong hoạt động thương mại điện tử

ThS. Tạ Thị Thùy Trang

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 54** Chống phát ngôn thù ghét, phỉ báng trên Internet ở Hoa Kỳ, Liên minh châu Âu và những giá trị tham khảo cho Việt Nam

PGS. TS. Vũ Công Giao - Nguyễn Đình Đức



HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

TS. NGUYỄN ĐÌNH QUYỀN (CHỦ TỊCH)
TS. NGUYỄN VĂN GIÀU
PGS, TS. NGUYỄN THANH HẢI
PGS, TS. ĐÌNH VĂN NHẢ
PGS, TS. LÊ BỘ LĨNH
TS. NGUYỄN VĂN LUẬT
PGS, TS. HOÀNG VĂN TÚ
TS. NGUYỄN VĂN HIỂN
PGS, TS. NGÔ HUY CƯƠNG
TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP PHỤ TRÁCH:

TS. NGUYỄN HOÀNG THANH

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

BÙI HUYỀN

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 0243.2121202

TÀI KHOẢN:

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

MÃ SỐ THUẾ: 0104003894

IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN HÀ NỘI

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: Lâm muối

Ảnh: ST

LEGISLATIVE STUDIES

www.nclp.org.vn

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

Legis No 17/2018

STATE AND LAW

- 3** Distinguishment of Supervision by National Assembly toward Performance of Judicial Bodies with Supervising Function of Law Compliance in Investigation, Prosecution, Adjudication and Judgment Execution by Procuracy and Directing Functions of Supreme People's Court to the People's Courts at all levels.

Dr. Nguyen Dinh Quyen

- 10** Extension of Legal Sources to Ensurance of Access to Justice in Vietnam

Dr. Nguyen Van Quan

- 19** Limit of Legal Liability for Harmful Acts to Lives and Health of other persons

Dr. Hoang Minh Khoi

- 22** Identification of Legitimacy and Rationality of Remedial Measures in the Government Decree

Dr. Cao Vu Minh

DISCUSSION OF BILLS

- 31** Further Improvements of Law on Land of 2013 for Assurance of Interests of Agricultural Land Users

Nguyen Thanh Luan

POLICIES

- 36** Why We Need to Increase Special Consumption Tax on Tobacco?

Dr. Phan Thi Hai

Dr. Pham Thi Duyen Thao

LEGAL PRACTICE

- 43** Selection of Applicable Law for Construction Contract with Foreign Partner

Bui Thi Thuy Ha

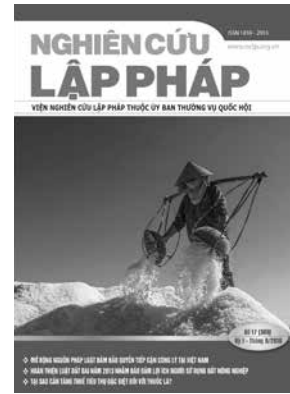
- 48** Vietnam Legal Regulations on Logistics Services in E-Commerce

LLM. Ta Thi Thuy Trang

FOREIGN EXPERIENCE

- 54** Fighting the Hate Speech, Defamation on Internet in the United States of America and European Union and References for Vietnam

**Prof. Dr. Vu Cong Giao
Nguyen Dinh Duc**



EDITORIAL BOARD:

Dr. NGUYEN DINH QUYEN (Chairman)
Dr. NGUYEN VAN GIAU
Prof, Dr. NGUYEN THANH HAI
Prof, Dr. DINH VAN NHA
Prof, Dr. LE BO LINH
Dr. NGUYEN VAN LUAT
Prof, Dr. HOANG VAN TU
Dr. NGUYEN VAN HIEN
Prof, Dr. NGO HUY CUONG
Dr. NGUYEN HOANG THANH

CHEF EDITOR IN CHARGE:

TS. NGUYEN HOANG THANH

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 0243.2121204/0243.2121206
FAX: 0243.2121201
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

BUI HUYEN

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION

HA NOI: 0243.2121202

ACCOUNT NUMBER:

0991000023097
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

TAX CODE: 0104003894

PRINTED BY HANOI PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: **19.500 VND**

PHÂN BIỆT GIÁM SÁT CỦA QUỐC HỘI ĐỐI VỚI HOẠT ĐỘNG CỦA CÁC CƠ QUAN TƯ PHÁP VỚI CHỨC NĂNG KIỂM SÁT VIỆC

TUÂN THEO PHÁP LUẬT TRONG HOẠT ĐỘNG ĐIỀU TRA, TRUY TỐ, XÉT XỬ, THI HÀNH ÁN CỦA VIỆN KIỂM SÁT VÀ CHỨC NĂNG GIÁM ĐỐC CỦA TÒA ÁN NHÂN DÂN TỐI CAO ĐỐI VỚI TÒA ÁN NHÂN DÂN CÁC CẤP

TS. Nguyễn Đình Quyền*

* Nguyên Viện trưởng Viện Nghiên cứu Lập pháp
 Nguyên Phó Chủ nhiệm Ủy ban Tư pháp của Quốc hội
 Đại biểu Quốc hội khóa XII, XIII

Thông tin bài viết:

Từ khóa: giám sát; giám sát của Quốc hội; giám sát hoạt động tư pháp

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 30/07/2018

Biên tập : 12/08/2018

Duyệt bài : 20/08/2018

Article Infomation:

Keywords: supervision; supervision by the National Assembly; supervision towards performance of the judiciary agencies.

Article History:

Received : 30 Jul. 2018

Edited : 12 Aug. 2018

Approved : 20 Aug. 2018

Tóm tắt:

Để góp phần vào việc hoàn thiện chức năng và tổ chức thực hiện tốt chức năng giám sát của Quốc hội đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp, cần phân biệt giữa giám sát của Quốc hội đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp với chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án của Viện kiểm sát và chức năng giám đốc của Tòa án nhân dân tối cao đối với Tòa án nhân dân các cấp.

Abstract

It is necessary to separately identify the supervision by the National Assembly against the performance of the judiciary agencies and the observance functions for the lawful compliance in the investigation, prosecution, adjudication and judgment execution by the Procuracy and the directoring function of the Supreme People's Court to the lower-level People's Courts so that it would provide further improvements of the National Assembly's functioning development and its effective supervision towards the performance of the judiciary agencies.

1. Đặt vấn đề

Việc bảo đảm cho Hiến pháp và pháp luật được thi hành nghiêm chỉnh, thống nhất trong cả nước trước hết thuộc trách nhiệm của các cơ quan trong bộ máy nhà nước. Các

hoạt động kiểm tra, kiểm sát, giám sát, giám đốc có ý nghĩa hết sức quan trọng trong việc bảo đảm tính đúng đắn, có hiệu lực và hiệu quả trong hoạt động của các cơ quan, cán bộ công chức, viên chức nhà nước, tôn trọng và phát huy quyền dân chủ của công dân. Các

hoạt động này do nhiều cơ quan nhà nước có vị trí, vai trò, thẩm quyền khác nhau tiến hành theo chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mỗi cơ quan do luật định, nhưng giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước thuộc chức năng riêng có của Quốc hội, mang tính quyền lực nhà nước do nhân dân trực tiếp giao qua bầu cử.

Trước yêu cầu của công cuộc đổi mới đất nước, bên cạnh thành tựu, kết quả đạt được trên các lĩnh vực chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội, an ninh, quốc phòng và ngoại giao, tổ chức và hoạt động của các cơ quan trong bộ máy nhà nước cũng bộc lộ một số hạn chế, tồn tại cần được khắc phục, đó là biên chế, tổ chức bộ máy chồng chéo; thủ tục hành chính nặng nề, phiền hà và hiệu quả hoạt động còn thấp; chức năng, nhiệm vụ, trách nhiệm, mối quan hệ giữa một số cơ quan còn chưa rõ, trùng lặp; tình trạng tham nhũng, lãng phí xảy ra khá nghiêm trọng. Vì vậy, Đảng và Nhà nước ta đang tiến hành quyết liệt công cuộc cải cách hành chính, cải cách tư pháp, đổi mới tổ chức và hoạt động của Quốc hội, Chính phủ, Tòa án nhân dân (TAND), Viện kiểm sát nhân dân (VKSND) và chính quyền địa phương, toàn thể bộ máy nhà nước, phúc đáp yêu cầu, nhiệm vụ của việc xây dựng, hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam. Theo Hiến pháp năm 2013, các hoạt động kiểm tra, kiểm sát, giám sát, giám đốc là một trong những hoạt động quan trọng cần được đổi mới để thực hiện nhiệm vụ này. Do đó, về mặt khoa học, xuất phát từ nguyên tắc tổ chức bộ máy nhà nước, tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước cũng cần nghiên cứu đầy đủ và kỹ lưỡng hơn về lý luận cũng như thực tiễn hoạt động giám sát, một chức năng rất quan trọng của Quốc hội.

Để góp phần vào việc nghiên cứu hoàn thiện chức năng và tổ chức thực hiện tốt chức năng giám sát của Quốc hội đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp, trong khuôn khổ bài viết, chúng tôi đề cập một số vấn đề về việc phân biệt giữa giám sát của

Quốc hội đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp với chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án của VKSND và chức năng giám đốc của TAND tối cao đối với TAND các cấp.

2. Quan niệm về hoạt động của các cơ quan tư pháp

Là một bộ phận của quyền lực nhà nước, quyền tư pháp gắn bó chặt chẽ với quyền lập pháp và quyền hành pháp trong tổng thể quyền lực nhà nước thống nhất. Hoạt động tư pháp là một trong những phương thức thực hiện quyền lực nhà nước, được hiểu là hoạt động xét xử của Tòa án, hoạt động của các cơ quan khác của Nhà nước và các tổ chức trực tiếp liên quan đến hoạt động xét xử như điều tra, công tố, thi hành án, hỗ trợ tư pháp (luật sư, công chứng, giám định tư pháp, tư vấn pháp luật...). Trong các cơ quan, tổ chức đó thì Tòa án là nơi biểu hiện tập trung quyền tư pháp, là cơ quan thực hiện quyền tư pháp, nơi mà kết quả các hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, bào chữa, giám định tư pháp, tranh tụng, thẩm vấn... được tiến hành một cách công khai thông qua các thủ tục tố tụng chặt chẽ để đưa ra phán quyết cuối cùng mang tính quyền lực nhà nước, nhân danh nhà nước; nơi thể hiện sự thượng tôn pháp luật, công lý, sự công bằng và bình đẳng, đồng thời cũng thể hiện chất lượng hoạt động và uy tín của các cơ quan tư pháp trong tổ chức bộ máy nhà nước.

Các cơ quan tư pháp đặc biệt là Tòa án, Viện kiểm sát, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án là những cơ quan bảo vệ và giữ gìn pháp luật, thông qua hoạt động của mình áp dụng các biện pháp cần thiết do pháp luật quy định nhằm phát hiện chính xác, nhanh chóng và xử lý công minh, kịp thời, đúng pháp luật mọi hành vi vi phạm, phục vụ cuộc đấu tranh phòng, chống tội phạm, phục vụ việc giải quyết các tranh chấp phát sinh trong đời sống xã hội, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của

tổ chức, cá nhân, góp phần bảo vệ chế độ, bảo vệ pháp chế XHCN, quyền con người, quyền công dân, giữ vững trật tự kỷ cương, bảo đảm công bằng xã hội.

Xét từ phía công dân thì hoạt động của các cơ quan tư pháp là phương tiện hữu hiệu bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Hoạt động của các cơ quan tư pháp có liên quan trực tiếp đến quyền, lợi ích hợp pháp của công dân. Do vậy, người dân đòi hỏi các cơ quan tư pháp, đặc biệt là Tòa án, Viện kiểm sát, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án phải là biểu tượng của việc tuân thủ Hiến pháp và pháp luật, phải thể hiện trực tiếp tính dân chủ, công khai và yêu cầu khách quan bảo vệ công lý trong hoạt động.

3. Tính chất quyền giám sát của Quốc hội đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp

Trước hết phải khẳng định, giám sát của Quốc hội đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp là giám sát mang tính chất quyền lực nhà nước, quyền lực do nhân dân giao cho Quốc hội thông qua chế độ bầu cử trực tiếp và Hiến định. Quyền lực đó mang tính tối cao, được bắt nguồn từ vị trí, vai trò của Quốc hội trong bộ máy nhà nước mà Điều 69 Hiến pháp năm 2013 quy định “Quốc hội là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam”.

Đối tượng chịu sự giám sát tối cao của Quốc hội trước hết trực tiếp là những cơ quan tư pháp có vị trí pháp lý cao nhất, đó là TAND tối cao, VKSND tối cao, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng, Bộ Tư pháp (điểm a, Khoản 1, Điều 4 Luật Hoạt động Giám sát của Quốc hội và Hội đồng Nhân dân năm 2015 - Luật HĐGS của QH và HĐND). Tuy nhiên, là cơ quan có chức năng giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước, nên phạm vi đối tượng giám sát của Quốc hội không chỉ duy nhất bó hẹp đối với các cơ quan này (mặc dù đây là các cơ quan chịu sự giám sát trực tiếp và chủ yếu) mà còn có thể đối với bất kỳ Tòa án, Viện kiểm sát, cơ

quan điều tra, cơ quan thi hành án ở cấp nào khi xét thấy cần thiết trong việc làm rõ trách nhiệm của những người đứng đầu các cơ quan tư pháp ở cấp cao nhất; những người do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn (Khoản 2, Điều 4 Luật HĐGS của QH và HĐND).

Thực hiện quyền giám sát tối cao của Quốc hội đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp không có nghĩa Quốc hội can thiệp trực tiếp vào hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án; vào việc ra các bản án của Tòa án, quyết định của Thủ trưởng cơ quan điều tra, cơ quan công tố, cơ quan thi hành án, mà nội dung của quyền giám sát là theo dõi, kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp, tính tuân thủ pháp luật đối với các văn bản quy phạm pháp luật và các hoạt động của TAND, VKSND, cơ quan điều tra, cơ quan thi hành án; xử lý những người có hành vi vi phạm Hiến pháp và pháp luật trong hoạt động tư pháp bằng việc miễn nhiệm, bãi nhiệm người giữ các chức vụ cao nhất, người đứng đầu các cơ quan tư pháp; bãi bỏ các văn bản trái với Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội và ra Nghị quyết khi xét thấy cần thiết để yêu cầu các cơ quan tư pháp tuân thủ đúng pháp luật (Điều 70 Hiến pháp năm 2013).

Giám sát tối cao của Quốc hội đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp là giám sát mang tính chất vĩ mô để hoạch định chính sách phù hợp với vị trí, tính chất của cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất. Trên thực tế, Quốc hội thường tổ chức các Đoàn công tác của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Ủy ban Tư pháp của Quốc hội để tiến hành giám sát trực tiếp ở một số cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án, cơ quan thi hành án đối với một số vụ việc, vụ án cụ thể. Tuy nhiên, phải khẳng định rằng hoạt động giám sát trực tiếp của các đoàn không can thiệp vào các hoạt động, việc giải quyết các vụ án, vụ việc của các cơ quan tư pháp, không ra quyết định để hủy bản án của Tòa án này, đình chỉ hoặc bãi bỏ quyết định của Thủ trưởng cơ quan điều tra, cơ quan công tố, cơ quan thi hành án kia, mà trên cơ sở hoạt động của các đoàn ở

cơ sở để Quốc hội xác định chất lượng hoạt động, làm rõ trách nhiệm của những người đứng đầu các cơ quan tư pháp trong việc thi hành, tuân thủ Hiến pháp và pháp luật trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án...; đồng thời, có những căn cứ thực tiễn trong việc hoạch định chính sách cho phù hợp với yêu cầu mà thực tế cuộc sống đặt ra. Trong trường hợp thấy có sai phạm trong hoạt động, nhất là trong việc giải quyết các vụ án thì kiến nghị, yêu cầu các cơ quan tư pháp có thẩm quyền chỉ đạo, xem xét giải quyết theo đúng quy định của pháp luật.

4. Phân biệt giữa giám sát của Quốc hội đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp với chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án của Viện kiểm sát và chức năng giám đốc của Tòa án nhân dân tối cao đối với Tòa án nhân dân các cấp

Hoạt động giám sát, kiểm sát, giám đốc thuộc trách nhiệm của nhiều cơ quan trong việc thực thi pháp luật nhằm bảo đảm và tăng cường pháp chế XHCN ở nước ta. Tuy có chung mục đích như vậy, song mỗi hoạt động đều mang nội dung, tính chất đặc thù riêng về chủ thể, phạm vi đối tượng, phương thức và hậu quả pháp lý, đồng thời lại bao gồm các yếu tố có quan hệ và tác động qua lại lẫn nhau. Do vậy, việc nghiên cứu đề nâng cao hiệu lực và hiệu quả của hoạt động này, không thể tách rời việc nâng cao hiệu lực và hiệu quả của các hoạt động khác. Với cách đặt vấn đề như vậy, chúng tôi cho rằng, việc làm rõ về nội dung, tính chất của mỗi hoạt động giám sát, kiểm sát, giám đốc là một vấn đề có ý nghĩa cả về mặt lý luận và thực tiễn, tránh trùng lặp làm thay hoặc bỏ trống đối tượng, lĩnh vực hoạt động không ai chịu trách nhiệm.

4.1 Chủ thể thực hiện quyền giám sát, kiểm sát và giám đốc

Xuất phát từ vị trí của Quốc hội trong bộ máy nhà nước do nhân dân trực tiếp bầu

ra theo nguyên tắc phổ thông, bình đẳng, trực tiếp bỏ phiếu kín (Điều 7 Hiến pháp năm 2013) và nguyên tắc tập trung, thống nhất phân công, kiểm soát quyền lực nhà nước (Điều 2 Hiến pháp năm 2013), có thể khẳng định rằng, Quốc hội là cơ quan duy nhất thực hiện quyền giám sát tối cao đối với hoạt động của Nhà nước, đó là quyền chủ thể riêng của Quốc hội. Tuy nhiên, hiểu Quốc hội theo quy định của Hiến pháp và các luật về tổ chức bộ máy nhà nước phải bao gồm tất cả các bộ phận cấu thành của nó được tổ chức thành một thiết kế bộ máy hoàn chỉnh. Do đó, hoạt động giám sát tối cao đối với hoạt động tư pháp phải bao gồm hoạt động giám sát của Quốc hội tại kỳ họp, hoạt động của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Ủy ban Tư pháp của Quốc hội, các Đoàn đại biểu Quốc hội (ĐBQH) và ĐBQH. Tất cả các hoạt động này tạo nên một phạm vi khá bao quát khái niệm về Quốc hội với tính chất là chủ thể thực hiện quyền giám sát tối cao đối với hoạt động của các cơ quan tư pháp.

Có ý kiến nghiên cứu cho rằng, Quốc hội thực hiện quyền giám sát bằng hai cách trực tiếp và gián tiếp. Trực tiếp chính là hoạt động của Quốc hội, còn gián tiếp là thông qua hoạt động của một số cơ quan nhà nước bằng cách thành lập, giao chức năng giám sát và quyền hạn tương ứng cho các cơ quan này như giao cho VKSND tối cao, TAND tối cao thực hiện các hoạt động kiểm sát việc tuân theo pháp luật và giám đốc xét xử. Nếu theo quan niệm như vậy thì ở phương diện nào đó, các cơ quan tư pháp cũng thực hiện các hoạt động giám sát do Quốc hội giao bằng cách quy định trong các đạo luật. Theo chúng tôi, quan niệm như vậy là không đúng, dễ dẫn đến trùng lặp chức năng hoặc làm thay trong các hoạt động của các cơ quan nhà nước, vì đây là các cơ quan nhà nước có vị trí pháp lý, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và nguyên tắc tổ chức hoạt động rất khác nhau.

Hiểu Quốc hội là chủ thể duy nhất thực hiện quyền giám sát tối cao đối với hoạt

động của Nhà nước không thể tách rời các bộ phận cấu thành trong một chỉnh thể thống nhất, đó là các cơ quan của Quốc hội, các Đoàn ĐBQH, từng ĐBQH. Tính cao nhất ở đây thể hiện ở hậu quả pháp lý cao nhất mà Quốc hội thực hiện đối với các cơ quan tư pháp, người đứng đầu các cơ quan tư pháp có vị trí pháp lý cao nhất trong bộ máy theo từng hệ thống, đó là TAND tối cao, VKSND tối cao.

Nếu tách rời hoạt động giám sát của Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Ủy ban Tư pháp của Quốc hội, các Đoàn ĐBQH và ĐBQH thì hoạt động giám sát tối cao của Quốc hội đối với các cơ quan tư pháp tại kỳ họp sẽ thiếu cơ sở thực tiễn và căn cứ pháp luật cần thiết.

Theo quy định tại Điều 107 của Hiến pháp năm 2013 và Điều 2 Luật Tổ chức VKSND năm 2014 thì Viện kiểm sát có chức năng thực hành quyền công tố, kiểm sát hoạt động tư pháp nhằm bảo đảm cho pháp luật được chấp hành nghiêm chỉnh và thống nhất. Trong lĩnh vực tư pháp, bên cạnh chức năng thực hiện quyền công tố, VKSND còn có nhiệm vụ tiến hành kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án (Điều 4 Luật Tổ chức VKSND). Chủ thể thực hiện quyền kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động tư pháp được tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc tập trung, thống nhất dưới sự lãnh đạo thống nhất của Viện trưởng VKSND tối cao (Điều 109 Hiến pháp năm 2013). Người đứng đầu cơ quan thực hiện quyền kiểm sát hoạt động tư pháp do Quốc hội bầu, chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội (Điều 70, Điều 108 Hiến pháp năm 2013).

Như vậy, chủ thể thực hiện quyền kiểm sát trong hoạt động tư pháp là một cơ quan tư pháp chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Quốc hội và là đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội.

Với vị trí là cơ quan xét xử cao nhất

của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, cơ quan thực hiện quyền tư pháp - TAND tối cao thực hiện chức năng giám đốc xét xử Tòa án địa phương và các Tòa án quân sự; giám đốc hoạt động của Tòa án đặc biệt và Tòa án khác trừ các trường hợp Quốc hội quy định khác khi thành lập Tòa án đó (Điều 20 Luật Tổ chức TAND năm 2014). Như vậy, chủ thể thực hiện quyền giám đốc là một cơ quan tư pháp, người đứng đầu là Chánh án TAND tối cao chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội (Điều 27 Luật Tổ chức TAND) và là đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội, sự kiểm sát của VKSND tối cao. Mỗi quan hệ giữa chủ thể thực hiện quyền giám đốc với đối tượng chịu sự giám đốc là mối quan hệ về tổ tụng tư pháp.

4.2 Phạm vi đối tượng chịu sự giám sát, kiểm sát và giám đốc

Về mặt chủ thể thì Chủ tịch nước, Chính phủ, TAND tối cao, VKSND tối cao là các đối tượng chịu sự giám sát trực tiếp nhất của Quốc hội (Điều 70 Hiến pháp năm 2013). Tuy nhiên, khi xét thấy cần thiết, Quốc hội có quyền giám sát đối với bất kỳ hoạt động của cơ quan, tổ chức, cá nhân nào. Hiến pháp không hạn chế quyền này của Quốc hội. Do đó, mọi hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án của các cơ quan tư pháp đều chịu sự giám sát của Quốc hội và các cơ quan này đều có thể trở thành đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội.

Có ý kiến nghiên cứu cho rằng, khi Quốc hội đã giao cho VKSND chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án, giao cho TAND tối cao giám đốc việc xét xử của TAND các cấp thì đối tượng chịu sự kiểm sát và giám đốc không còn là đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội. Theo chúng tôi, quan niệm như vậy là chưa phù hợp với tinh thần và nội dung của Hiến pháp năm 2013 và các luật về tổ chức bộ máy nhà nước, các luật, bộ luật về tố tụng, theo đó đối tượng chịu sự kiểm sát, giám đốc, chủ thể

thực hiện quyền kiểm sát, giám đốc đều là đối tượng giám sát của Quốc hội.

Việc xác định cụ thể đối tượng chịu sự giám sát của Quốc hội có ý nghĩa quan trọng trong việc xác định phạm vi và nâng cao hiệu quả hoạt động giám sát của Quốc hội, nhất là giám sát hoạt động của các cơ quan tư pháp. Vì mỗi đối tượng chịu sự giám sát có vị trí pháp lý, cơ cấu tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn khác nhau, do vậy khi Quốc hội thực hiện quyền giám sát sẽ phát sinh trách nhiệm và hậu quả pháp lý khác nhau đối với từng đối tượng chịu sự giám sát. Đây là cơ sở để Quốc hội xem xét, đánh giá chất lượng hoạt động của đối tượng chịu sự giám sát để Quốc hội tiến hành chất vấn tại kỳ họp hoặc lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với những người do Quốc hội bầu hoặc phê chuẩn; đồng thời là căn cứ để chính Quốc hội đánh giá chất lượng hoạt động của mình.

Đối tượng chịu sự kiểm sát của VKSND trong hoạt động tư pháp

Hoạt động của các cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án, cơ quan thi hành án ở các cấp trong công tác điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án đều là đối tượng chịu sự kiểm sát việc tuân theo pháp luật do VKSND tiến hành theo chức năng, nhiệm vụ do luật định (Điều 4 Luật Tổ chức VKSND). Mỗi quan hệ giữa chủ thể thực hiện quyền kiểm sát và chịu sự kiểm sát là mỗi quan hệ giữa các cơ quan tư pháp, mỗi quan hệ về mặt tổ tụng trong việc giải quyết các vụ án, vụ việc ở tất cả các giai đoạn từ khởi tố, khởi kiện, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án giải quyết khiếu nại, tố cáo trong hoạt động tư pháp. Đây là các mối quan hệ giữa các cơ quan tư pháp và chủ yếu là quan hệ về mặt tổ tụng.

Đối tượng chịu sự giám đốc của TAND tối cao

Theo quy định của Hiến pháp và

Luật Tổ chức TAND, các luật tố tụng thì đối tượng chịu sự giám đốc của TAND tối cao là TAND các cấp, các Tòa án quân sự, trong một số trường hợp còn là Tòa án đặc biệt, Tòa án khác (trừ trường hợp Quốc hội có quy định khác khi thành lập)¹. Đặc điểm quan hệ giữa đối tượng chịu sự giám đốc và cơ quan thực hiện quyền giám đốc cùng nằm trong hệ thống tổ chức TAND, quan hệ giữa các cơ quan này chủ yếu là quan hệ về tổ tụng. Hoạt động xét xử bao gồm thẩm phán và hội thẩm thuộc các Tòa án độc lập và chỉ tuân theo pháp luật, không chịu sự chỉ đạo, ràng buộc của Chánh án hoặc bất kỳ cơ quan quản lý nào². Do đó, chỉ phát sinh mối quan hệ giữa TAND tối cao là cơ quan thực hiện quyền giám đốc và đối tượng chịu sự giám đốc là TAND các cấp, Tòa án quân sự về mặt tổ tụng và về việc hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật.

4.3 Phương thức thực hiện quyền giám sát, kiểm sát, giám đốc

Phương thức thực hiện quyền giám sát của Quốc hội

ĐBQH chất vấn Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao tại các kỳ họp Quốc hội (Điều 80 Hiến pháp năm 2013);

Quốc hội, Ủy ban Pháp luật của Quốc hội giám sát tính hợp hiến, hợp pháp đối với các văn bản quy phạm pháp luật của TAND tối cao, VKSND tối cao (Điều 4 Luật HDGS của QH và HĐND);

Xét báo cáo của Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao tại các kỳ họp Quốc hội (Điều 70 Hiến pháp năm 2013; Điều 11, Điều 13 Luật HDGS của QH và HĐND);

Tổ chức các Đoàn giám sát của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Ủy ban Tư pháp của Quốc hội để tiến hành giám sát trực

1 Điều 102, 104 Hiến pháp năm 2013, Điều 20 Luật Tổ chức TAND.

2 Điều 103 Hiến pháp năm 2013.

tiếp việc thi hành và áp dụng pháp luật của cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án, thi hành án ở các cấp trong việc giải quyết các vụ án, vụ việc cụ thể (Điều 16, Điều 41 Luật HĐGS của QH và HĐND).

Quốc hội lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm đối với Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao, Bộ trưởng Bộ Công an, Bộ trưởng Bộ Quốc phòng, Bộ trưởng Bộ Tư pháp (Điều 70 Hiến pháp năm 2013).

Phương thức thực hiện quyền kiểm sát trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án của VKSND

VKSND thực hiện kiểm sát trực tiếp việc tuân theo pháp luật của các cơ quan tư pháp trong hoạt động điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án. Khi thực hiện phương thức kiểm sát này, Viện kiểm sát với tư cách là người tiến hành tố tụng hoặc tham gia tố tụng trong việc giải quyết các vụ án, vụ việc ở các giai đoạn tố tụng và sử dụng các nhiệm vụ, quyền hạn do luật định để can thiệp trực tiếp vào việc giải quyết các vụ án, chẳng hạn VKSND có thể phê chuẩn hoặc không phê chuẩn các quyết định của cơ quan điều tra; quyết định áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ các biện pháp ngăn chặn, hủy bỏ các quyết định trái pháp luật của cơ quan điều tra, kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm... (Điều 4 Luật Tổ chức VKSND).

Phương thức thực hiện quyền giám đốc của TAND tối cao

Phương thức thực hiện quyền giám đốc của TAND tối cao là kiểm tra, xem xét hiệu lực, tính có căn cứ pháp luật, tính hợp pháp của các bản án, quyết định của TAND các cấp để tiến hành kháng nghị hay không kháng nghị và xét xử theo thủ tục giám đốc thẩm. Nếu như quyền kiểm sát việc tuân theo pháp luật của Viện kiểm sát có thể tác động trực tiếp đối với việc giải quyết các vụ án trong các giai đoạn tố tụng, thì hoạt động giám đốc của TAND tối cao chỉ ở giai đoạn xét xử của TAND các cấp.

4.4 Hậu quả pháp lý của hoạt động giám sát, kiểm sát, giám đốc

Hậu quả giám sát tối cao của Quốc hội đối với hoạt động tư pháp

Xem xét trách nhiệm, việc chấp hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội của những người đứng đầu các cơ quan tư pháp như Chánh án TAND tối cao, Viện trưởng VKSND tối cao; Quốc hội ra nghị quyết về việc miễn nhiệm, bãi nhiệm các chức danh đó, hoặc việc lấy phiếu tín nhiệm, bỏ phiếu tín nhiệm (Điều 70 Hiến pháp năm 2013).

Trong việc giám sát văn bản có quyền đình chỉ việc thi hành, bãi bỏ, hủy bỏ các văn bản của TAND tối cao, VKSND tối cao khi các văn bản này trái với Hiến pháp, luật và Nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh và nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội (Điều 70, Điều 74 Hiến pháp năm 2013);

Khi phát hiện có hành vi vi phạm pháp luật trong hoạt động tư pháp, Quốc hội có quyền kiên nghị, yêu cầu cơ quan, tổ chức hữu quan thi hành những biện pháp cần thiết để kịp thời chấm dứt, khắc phục ngay hành vi trái pháp luật.

Như vậy, hậu quả pháp lý hay còn gọi là chế tài của hoạt động giám sát của Quốc hội được trực tiếp áp dụng đối với những người đứng đầu, các cơ quan tư pháp có vị trí pháp lý cao nhất. Còn đối với các cơ quan tư pháp khác thì chế tài không được trực tiếp áp dụng mà thông qua các kiến nghị, yêu cầu đối với các cơ quan tư pháp có thẩm quyền để các cơ quan này có trách nhiệm xem xét thực hiện, khi cần thiết phải áp dụng các biện pháp do luật định, kể cả việc áp dụng các chế tài để thực hiện các yêu cầu, kiến nghị đó. Việc quy định hậu quả pháp lý trong hoạt động giám sát của Quốc hội như vậy là xuất phát từ nguyên tắc tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, tránh được sự chồng chéo về chức năng giám sát giữa Quốc hội và chức năng của các cơ quan nhà nước khác, nhất là với các hoạt động kiểm sát, giám đốc.

(Xem tiếp trang 18)

MỞ RỘNG NGUỒN PHÁP LUẬT ĐẢM BẢO QUYỀN TIẾP CẬN CÔNG LÝ TẠI VIỆT NAM*

Nguyễn Văn Quân*

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

*“Công lý bị trì hoãn là công lý bị từ chối”***

Thông tin bài viết:

Từ khóa: tiếp cận công lý; nguồn pháp luật; mở rộng nguồn pháp luật; luật thành văn; bất kháng thụ lý.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 04/06/2018

Biên tập : 18/06/2018

Duyệt bài : 25/06/2018

Article Information:

Keywords: access to justice; legal sources; extension of the legal sources

Article History:

Received : 04 Jun 2018

Edited : 18 Jun 2018

Approved : 25 Jun 2018

Tóm tắt:

Mở rộng và đa dạng hóa các loại nguồn pháp luật là điều tất yếu phải tiến hành trong một nhà nước pháp quyền - nhà nước bảo đảm quyền con người. Sự mở rộng nguồn pháp luật góp phần lấp đầy những khoảng trống mà luật thành văn chưa và không dự liệu được. Qua đó, góp phần nâng cao vị thế của Tòa án trong việc bảo vệ công lý, quyền con người, quyền công dân.

Abstract

The extension and diversification of the legal sources are a must for a state governed by the rule of law - the state guarantees the human rights. The extension of the legal sources contributes to fill in the gaps, for which the written laws yet to cover the unpredictable cases. Also, this has contributed to enhancing the position of the court in protecting justice, human rights and citizenship rights.

Dẫn nhập

Hiện nay, có nhiều cách hiểu khác nhau về tiếp cận công lý (access to justice). Phổ biến nhất, có thể hiểu là quyền được

xét xử công bằng bởi tòa án¹. Đây là *cách hiểu mang tính truyền thống* được ghi nhận từ lâu trong các văn kiện pháp lý quốc tế. Điều 8 Tuyên ngôn quốc tế về Nhân quyền

* Bài viết bổ sung và phát triển bài viết cho Hội thảo “Công lý và quyền tiếp cận công lý: những vấn đề lý luận, thực tiễn” do Viện Chính sách công và Pháp luật thuộc Liên hiệp các Hội KH&KT Việt Nam đã tổ chức ngày 18/04/2018.

** To delay Justice is Injustice - Penn, William (1693), *Some Fruits of Solitude*, Headley, 1905, tr. 86.

1 Vũ Công Giao, *Tiếp cận công lý và các nguyên lý của nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học 25, 2009, tr. 188.

(UDHR) năm 1948 quy định: “Mọi người đều có quyền được các tòa án quốc gia có thẩm quyền bảo vệ bằng các biện pháp hữu hiệu để chống lại những hành vi vi phạm các quyền cơ bản của họ đã được hiến pháp hay pháp luật quy định”. Điều 10 của Tuyên ngôn này cũng khẳng định: Mọi người đều bình đẳng về quyền được xét xử công bằng và công khai bởi một tòa án độc lập và khách quan để xác định các quyền và nghĩa vụ của họ, cũng như về bất cứ cáo buộc hình sự nào đối với họ”. Điều 6 Công ước Châu Âu về Nhân quyền năm 1950 cũng khẳng định: “Mọi người đều có quyền được xét xử công bằng và công khai trong một khoảng thời gian hợp lý, bởi một tòa án độc lập và vô tư được thành lập theo luật định”.

Chúng tôi dựa vào cách hiểu này về quyền tiếp cận công lý để phân tích mối quan hệ giữa mở rộng, đa dạng hóa các loại nguồn pháp luật và đảm bảo quyền tiếp cận công lý tại Việt Nam.

Hệ thống pháp luật Việt Nam ngày nay cơ bản vẫn dựa trên nền tảng hệ thống pháp luật của các nước XHCN² (Soviet Law), và ít nhiều thừa hưởng một số yếu tố của hệ thống dân luật (Civil law) - di sản của hơn 80 năm người Pháp cai trị. Về cơ bản, pháp luật XHCN có nhiều nét tương đồng với hệ thống dân luật - vốn đề cao pháp luật thành văn, đề cao pháp điển hóa và xem văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) là nguồn pháp luật chính³. Ở Việt Nam, lý thuyết pháp luật thực chứng Xô viết có ảnh hưởng sâu rộng và lâu dài. Đặc trưng cơ bản của thực

chứng pháp lý Xô viết là sự đề cao thái quá vai trò của VBQPPL, xuất phát từ vai trò độc tôn của nhà nước trong đời sống xã hội và pháp luật được xem là công cụ để thực hiện chuyên chính vô sản mà xem nhẹ vai trò xã hội, vai trò giải quyết các tranh chấp giữa các cá nhân⁴, pháp luật gần như đồng nghĩa với luật công - luật pháp điều chỉnh quan hệ giữa nhà nước và cá nhân⁵.

Đây có lẽ cũng là một trong những khiếm khuyết và hạn chế của hệ thống pháp luật Xô viết. Hệ thống pháp luật thành văn luôn tồn tại những điểm hạn chế nhất định, bị giới hạn bởi cái gọi là “thành văn”, tức là giới hạn trong câu chữ rõ ràng, bởi các quy định trừu tượng và khái quát của luật⁶ - văn bản của cơ quan lập pháp. Nguồn luật thành văn với sự đề cao pháp điển hóa cũng tạo ra sự thiếu hụt của quy phạm pháp luật trong một số trường hợp, vì nhà làm luật không thể dự liệu được hết mọi tình huống trong cuộc sống. Nếu chỉ dựa vào nguồn luật thành văn, sẽ dẫn tới nhiều trường hợp tòa án từ chối xét xử vì lý do chưa có luật, hoặc luật không rõ ràng. Để đảm bảo công lý của người dân, việc thừa nhận nguyên tắc “bất kháng thụ lý” và sử dụng các loại nguồn pháp luật khác ngoài luật thành văn là một đòi hỏi tất yếu và khách quan.

1. Quan niệm về nguồn pháp luật ở Việt Nam

Khi bàn về nguồn của pháp luật, có tài liệu còn sử dụng cụm từ “hình thức của pháp luật”. Theo đó, “hình thức pháp luật là cách thức mà giai cấp thống trị sử dụng để nâng

2 Đào Trí Úc, “Basic Information of Legal Research – A Case Study of Vietnam”, Project of Doing Legal Research in Asian Countries: China, India, Malaysia, Philippines, Thailand and Vietnam, Conducted by the Institute of Developing Economies (IDE-JETRO), Japan, 2003, tr. 206.

3 René David, Camille Jauffret-Spinozi, Marie Goré, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, 2016, tr.176; Gilles Cuniberti, Grands systèmes de droit contemporain: Introduction au droit comparé, LGDJ, 3ème éd., 2015, tr. 53-54.

4 Shirley Robin Letwin, On the History of the Idea of Law, Cambridge University Press, 2005, tr. 240.

5 Lý luận pháp luật Xô viết được cho là do Andrei Ianouariévitch Vychinski (1883-1954) đặt nền móng và tạo lập sự ảnh hưởng sâu sắc. Xem: Hans Kelsen, The communiste theory of law, Frederick A. Praeger, Inc, 1995, tr. 116-132.

6 Phan Nhật Thanh (Chủ biên), Tập quán pháp, tiền lệ pháp và việc đa dạng hóa hình thức pháp luật ở Việt Nam, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2017, tr. 176.

ý chí của giai cấp mình lên thành pháp luật. Trong lịch sử đã có ba hình thức pháp luật là tập quán pháp, tiền lệ pháp và văn bản pháp luật⁷. Theo chúng tôi, việc dùng thuật ngữ “hình thức của pháp luật” để nói về vấn đề nguồn của pháp luật là không thuyết phục. Tại sao vấn đề nguồn của pháp luật (tức vấn đề xem xét quy phạm pháp luật tồn tại ở đâu) lại là vấn đề hình thức của pháp luật?

Theo chúng tôi, khái niệm “hình thức của pháp luật” được dùng có lẽ do ảnh hưởng từ các tài liệu khoa học của Liên Xô, vốn được các tác giả Việt Nam tham khảo khá phổ biến. Trong các giáo trình này, các tác giả người Nga thường dùng cụm từ “*Источник (форма) права*”⁸ hoặc *источники (формы) права*⁹ được các tác giả Việt Nam dịch ra tiếng Việt là “nguồn (hình thức) của pháp luật”. Về mặt ngôn ngữ thì từ “*форма*” là một từ vay mượn trong tiếng Nga, có thể có nguồn gốc từ tiếng Pháp (forme), hoặc tiếng Anh (form). Từ này không chỉ có nghĩa là “hình thức”, “hình thể” mà còn có nghĩa là “hình dạng”, “dạng”, “kiểu”, “thể loại”... Phải chăng vì thế, các tác giả Việt Nam dùng thuật ngữ “hình thức của pháp luật” như thuật ngữ tương đương của “nguồn của pháp luật”? Theo chúng tôi, nếu dùng thuật ngữ “các dạng pháp luật” hoặc “các thể loại pháp luật” thì dễ hiểu và gần gũi hơn. Cách hiểu nguồn của pháp luật là hình thức của pháp luật dường như chỉ tồn tại trong lý luận

pháp luật kiểu Xô viết - vốn xem pháp luật là “hình thức” biểu hiện ý chí của giai cấp thống trị.

Bản chất của nguồn pháp luật là những biểu hiện, thể loại pháp luật tồn tại trong đời sống xã hội mà người ta có thể áp dụng vào trong tình huống pháp lý. Chính vì thế, ở Pháp, một nhóm các nhà luật học quan niệm rằng, nguồn của pháp luật chính là vấn đề “giải pháp cho một câu hỏi pháp lý được tìm thấy ở đâu”¹⁰. Các tác giả này cho rằng, đó là nghĩa hẹp của khái niệm nguồn pháp luật, bên cạnh nghĩa rộng là “tất cả những yếu tố ảnh hưởng tới sự hình thành nên pháp luật”¹¹. Cách hiểu theo nghĩa hẹp là cách hiểu về “nguồn của pháp luật thực định” - những quy tắc xử sự chung tồn tại ở một thời điểm cụ thể, trong một không gian cụ thể¹². Dù còn nhiều tranh cãi về khái niệm “pháp luật”, nhưng số đông vẫn quan niệm, pháp luật là “hệ thống các quy tắc xử sự chung”¹³ (các quy phạm) nên khi nói về nguồn của pháp luật là chúng ta xem xét các quy định của pháp luật tồn tại ở đâu, đó có phải là căn cứ được sử dụng để điều chỉnh các vấn đề cụ thể của đời sống hay không và đây chính là nội hàm của khái niệm “nguồn của pháp luật”. Đây cũng là quan điểm của một số học giả Việt Nam hiện nay¹⁴.

Ảnh hưởng của khoa học pháp lý Xô viết đối với quan điểm về nguồn pháp luật của các nhà luật học Việt Nam là điều không

7 Trường đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Lý luận Nhà nước và pháp luật, Nxb. Công an nhân dân 2008, tr. 81.

8 M.H.Марченко, *Теория государства и права*, Проспект, 2004, tr.504. Т.Н. Радько, *Теория государства и права. Учебник для бакалавров*, Проспект, 2012, Chương 7; С.С. Алексеев, *Теория государства и права*, Норма, 2005.

9 A. В. Мелехин, *Теория государства и права*: Учебник, Маркет ДС, 2007, tr. 276.

10 Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux avec le concours de Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit civil: Introduction générale*, Nxb. LGDJ, 4ème édition, 1994, n 236; tr. 192.

11 Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux avec le concours de Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit civil: Introduction générale*, Sdd, n 236, tr. 194.

12 Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux avec le concours de Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit civil: Introduction générale*, Sdd, n237, tr. 195.

13 Hoàng Thị Kim Quế, Giáo trình Lý luận về nhà nước và pháp luật, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2015, tr. 295.

14 Hoàng Thị Kim Quế, Giáo trình Lý luận về nhà nước và pháp luật, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2015, tr. 328. “Nguồn pháp luật là những hình thức chính thức thể hiện các quy tắc bắt buộc chung được nhà nước thừa nhận có giá trị pháp luật để áp dụng vào việc giải quyết các vụ việc trong thực tiễn pháp luật, là những cơ sở được sử dụng trong xây dựng, ban hành pháp luật, cơ sở hình thành nên nội dung pháp luật”.

cần phải bàn cãi. Sự tương đồng về khái niệm nguồn của pháp luật giữa các tác giả Việt Nam và Liên Xô có thể dễ dàng nhìn thấy trong các công trình nghiên cứu về lý luận pháp luật. Từ sự ảnh hưởng về khái niệm nguồn dẫn tới sự tiếp nhận trong pháp luật thực định Việt Nam nguồn pháp luật theo mô hình Xô viết¹⁵.

Sự đề cao nguồn luật thành văn trong hệ thống pháp là một trong những đặc trưng của họ pháp luật XHCN, đã được nhiều nhà luật học so sánh chỉ ra¹⁶. Có thể tóm lược lại một số nét như sau:

Trong pháp luật XHCN, tính tối cao, thậm chí có thể gọi là độc tôn của pháp luật thành văn là một nguyên tắc không phải bàn cãi và nghi ngờ đối với các nhà lý luận¹⁷. Theo đó, luật pháp là “những gì do các cơ quan được Hiến pháp trao cho quyền tạo ra luật, tức là (...) các cơ quan lập pháp”¹⁸, và tại các nước XHCN, hình thức điển hình mà pháp luật thể hiện là hình thức lập pháp, phù hợp với các nguyên tắc XHCN của chế độ chính trị¹⁹.

Có thể đưa ra một số căn nguyên lý giải cho sự đề cao luật thành văn trong hệ

thống pháp luật XHCN như sau:

Dưới góc độ Hiến pháp, “nền dân chủ XHCN dựa trên sự tập trung tất cả quyền lực nhân dân vào cơ quan đại diện tối cao của quyền lực nhà nước, có khả năng biểu thị một cách trọn vẹn lợi ích của nhân dân lao động”²⁰. Bản thân pháp luật không hề có mục đích tự thân mà là một phương tiện để xây dựng xã hội cộng sản của tương lai. Cương lĩnh chuyển đổi nhanh chóng và sâu sắc các quan hệ xã hội chỉ có thể được tiến hành thông qua pháp luật”²¹. Nhà nước do giai cấp thống trị nắm giữ, còn pháp luật là công cụ để nhà nước quản lý xã hội, bảo vệ quyền và lợi ích của giai cấp cầm quyền²². Một cách tự nhiên, luật thành văn trở thành nguồn quan trọng nhất trong tay các nhà quản lý. Nhìn rộng hơn, việc quốc hữu hóa và kế hoạch hóa nền kinh tế đòi hỏi việc quốc hữu hóa - nhà nước hóa và kế hoạch hóa việc làm luật - vốn là công cụ trong tay nhà nước để quản lý mọi mặt của đời sống xã hội.

Ngoài ra, chúng ta có thể chỉ ra thêm một căn nguyên của việc đề cao một cách tuyệt đối luật thành văn. Đó là sự độc tôn của

15 Có thể dễ dàng tìm thấy sự ảnh hưởng của quan niệm về nguồn pháp luật của các nhà luật học Xô viết trong các nghiên cứu của các tác giả Việt Nam được xuất bản vào giai đoạn trước đây. Ví dụ : Đinh Văn Mậu, Phạm Hồng Thái, Lý luận chung về nhà nước và pháp luật, Nxb. Tổng hợp Đồng Nai, 2005, tr. 271.

Tại Liên bang Nga ngày nay có nhiều thay đổi trong nhận thức về nguồn của pháp luật cũng như sự thừa nhận các loại nguồn khác ngoài luật thành văn. Xem: M.H. Марченко, Источники права. Учебное пособие, Проспект, 2013; William Butler, Russian Law, Oxford University Press, 2009.

16 Có thể tham khảo nghiên cứu có tính hệ thống về nguồn pháp luật tại các nước XHCN: George C. Guins, Soviet Law and Soviet Society, The. Hague, Martinus Nijhoff, 1954, tr.69-79; Hubert Izdebski, Les sources du droit dans les pays socialistes européens (Histoire, théorie, pratique), Revue Internationale de droit comparé. Vol. 38 N°1, Janvier-mars 1986. tr. 7-56 ; René David, Camille Jauffret-Spinosi, Marie Goré, Les grands systèmes de droit contemporains, Sdd, tr.176.

17 Hubert Izdebski, Les sources du droit dans les pays socialistes européens (Histoire, théorie, pratique), Sdd, tr.18.

18 I. SZABÓ, “Le droit socialiste. (Introduction)”, Introduction aux droits socialistes, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1971. p. 95 et 97, dẫn bởi Hubert Izdebski, Les sources du droit dans les pays socialistes européens (Histoire, théorie, pratique), Sdd.

19 Hubert Izdebski, Les sources du droit dans les pays socialistes européens (Histoire, théorie, pratique), Sdd.

20 Lev Samoilovich JAWITSCH, The General Theory of Law. Social and Philosophical Problems, Moscou, Progress, 1981. tr. 121.

21 S. ROZMARYN, “Le système du droit de la République populaire de Pologne”. Introduction à l'étude du droit polonais, Varsovie, P.W.N., 1967, tr. 31, dẫn theo Hubert Izdebski, Les sources du droit dans les pays socialistes européens (Histoire, théorie, pratique), Sdd. Tr.19.

22 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Lý luận nhà nước và pháp luật, Nxb. Công an nhân dân, 2013, tr. 96.

luật thành văn phù hợp với nguyên tắc “tập trung dân chủ” - nguyên tắc nền tảng trong tổ chức quyền lực của các nước XHCN²³. Theo đó, mọi hoạt động của công dân cũng như bộ máy nhà nước được chỉ đạo, điều hành thống nhất từ trên xuống dưới.

Sự đề cao vai trò của luật thành văn còn xuất phát từ một căn nguyên sâu xa hơn là quan niệm về pháp luật: Về cơ bản, có hai quan niệm (mô hình) khác nhau về pháp luật. Quan niệm thứ nhất (legal centralisme) cho rằng, pháp luật là luật của nhà nước. Điều này có nghĩa rằng, pháp luật là hệ thống các quy tắc xử sự do nhà nước ban hành và công nhận. Trường phái thứ hai (legal pluralism) cho rằng, pháp luật bao gồm của luật của nhà nước ban hành và “luật” không do nhà nước ban hành²⁴. Mô hình tập trung là quan niệm ủng hộ sự nhất nguyên của pháp luật với ba tiêu chí cụ thể: 1) pháp luật chỉ là luật của nhà nước; 2) pháp luật nhà nước là cách thức tốt nhất trong việc điều chỉnh hành vi; và 3) pháp luật nhà nước chiếm vị trí tối cao trong hệ thống các quy phạm, và hệ thống các quy phạm khác chỉ là nguồn hỗ trợ cho pháp luật nhà nước²⁵. Quan niệm thứ hai (legal pluralism) cho rằng pháp luật bao gồm cả luật của nhà nước ban hành và luật không do nhà nước ban hành, thừa nhận các dạng thức khác nhau của pháp luật.

Dưới góc độ luật học so sánh, có thể thấy rằng, do chịu ảnh hưởng của họ pháp luật XHCN, một phần nào đó là của họ pháp luật châu Âu lục địa, hệ thống pháp luật Việt Nam về cơ bản đi theo mô hình tập trung²⁶.

2. Sự đề cao luật thành văn và hệ lụy

Xu hướng đề cao luật thành văn không chỉ là đặc điểm cơ bản của hệ thống pháp

luật kiểu Xô viết mà còn là đặc điểm nổi bật của hệ thống dân luật.

Luật thành văn có nhiều ưu điểm như tính chặt chẽ, ổn định, xuất phát từ tính khát quát, trừu tượng²⁷ của các quy phạm do các nhà lập pháp đặt ra. Tuy nhiên, bản thân tính khát quát, trừu tượng của luật thành văn lại chứa đựng một số giới hạn, hạn chế không thể tránh khỏi²⁸:

- Về lý luận lẫn thực tiễn, một quy phạm pháp luật phải chứa được quy tắc xử sự chung (khái quát), thế nhưng việc áp dụng các quy tắc xử sự chung này cho mọi trường hợp, kể cả các trường hợp đặc biệt lại là điều không thể. Đây chính là điểm khiến cho văn bản pháp luật dễ dàng bộc lộ khuyết điểm. Thực tế cho thấy, các tình huống pháp luật xảy ra thường ở những không gian, thời gian và hoàn cảnh sống rất khác nhau. Bởi vậy, không phải lúc nào quy phạm pháp luật thành văn cũng có thể áp dụng được, hoặc là do khó vận dụng vào các tình huống đa dạng của đời sống; hoặc là do quy định không phù hợp với thực tiễn.

- Ngoài ra, VBQPPL thường dễ bị lạc hậu so với cuộc sống. Bởi vì, VBQPPL phản ánh ý chí của nhà làm luật vào một thời điểm cụ thể, là kết quả của một quy trình phức tạp. Trong khi đó, cuộc sống luôn vận động, biến đổi. VBQPPL suy cho cùng chỉ là sự phản ứng của con người trước những thay đổi của xã hội. Do đó, các VBQPPL luôn đi sau cuộc sống, dù nhà làm luật có tài giỏi đến như thế nào. Như vậy, dù có hoàn thiện đến đâu thì VBQPPL cũng không thể điều chỉnh hiệu quả, kịp thời các quan hệ xã hội mới phát sinh. Tức là nếu chỉ dựa vào duy nhất nguồn pháp luật thành văn thì sẽ dễ dẫn

23 Hoàng Thị Kim Quê, Giáo trình Lý luận về nhà nước và pháp luật, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2015, tr. 184.

24 Phan Nhật Thanh, Luật tập quán và quyền con người, Nxb. Hồng Đức, 2013, tr. 89.

25 D. J. Galligan, Law in Modern Society, Oxford University Press, 2017, tr. 173-174, dẫn theo Phan Nhật Thanh, Luật tập quán và quyền con người, Nxb. Hồng Đức, 2013, tr. 89.

26 Phan Nhật Thanh, Luật tập quán và quyền con người, Sdd, tr.209.

27 Jean- Claude Bécane, Michel Couderc, Jean-Louis Héryn, La Loi, Dalloz, 2ème éd, 2010, tr. 33.

28 Jean- Claude Bécane, Michel Couderc, Jean-Louis Héryn, La Loi, Sdd, tr. 56.

tới tình trạng thiếu luật, tạo ra những khoảng trống luật pháp²⁹.

Luật gia Portalis, một trong bốn tác giả của Bộ luật Dân sự (BLDS) Pháp năm 1804 đã đúc kết về những “thiếu sót”, “lỗ hổng” của luật thành văn như sau: “Đòi hỏi của xã hội rất phong phú, sự trao đổi giữa con người vô cùng năng động, lợi ích của các cá nhân là rất đa dạng và quan hệ giữa con người với nhau là rất phong phú, cho nên nhà làm luật không thể nào làm hết mọi thứ. Ngay cả trong những lĩnh vực thuộc về nhà làm luật, cũng có hàng loạt những chi tiết vượt ra ngoài khả năng của họ, vì lý do những chi tiết này quá gây tranh cãi hoặc thay đổi thường xuyên để có thể đưa vào luật”³⁰, và rằng “một đạo luật cho dù trọn vẹn đến đâu cũng không thể nào giải quyết được hàng nghìn câu hỏi mà người thẩm phán bất ngờ phải đối mặt”³¹.

Tòa án có nghĩa vụ áp dụng pháp luật. Sẽ là dễ dàng nếu quy phạm pháp luật được tuyên bố rõ ràng trong một văn bản luật. Tòa án hành động không dựa theo cảm tính cá nhân mà chỉ căn cứ vào quy định pháp luật đã dự liệu cho trường hợp đó. Để tránh sự tùy tiện của tòa án, luật phải quy định rõ ràng, dự liệu các trường hợp. Nhưng đây là điều không thể nào thực hiện được trong một xã hội có nhiều biến đổi và phức tạp.

Tòa án thực hiện chức năng đảm bảo công lý nhưng trong hệ thống pháp luật tuyệt đối hóa luật thành văn sẽ dẫn tới trường hợp Tòa án từ chối xét xử vì lý do không có luật, chưa có luật hoặc luật không rõ ràng. Người dân trông chờ vào Tòa án để đảm bảo, thực thi công lý nhưng nhiều khi bị từ chối thụ lý. Và công lý bị trì hoãn là công lý bị chối từ!

Nói tóm lại, luật thành văn dù có chặt chẽ, rõ ràng, ổn định song cũng ẩn chứa những hạn chế cố hữu là cứng nhắc, giáo điều và nhiều khi đi sau thực tiễn cuộc sống. Chính những điểm yếu này làm cho VBQPPL, dù rất cần thiết vẫn không hoàn toàn đủ để điều chỉnh các quan hệ xã hội. Muốn khắc phục những hạn chế kể trên, cần có nhiều giải pháp mà một trong những giải pháp quan trọng là đa dạng hóa nguồn pháp luật. Như vậy, công lý chỉ có thể được bảo đảm với sự thừa nhận các căn cứ pháp lý khác ngoài luật thành văn như: vận dụng điều luật tương tự; dựa vào phong tục, tập quán; căn cứ án lệ, hoặc tiền lệ pháp và xét xử theo lẽ công bằng.

3. Tòa án và chức năng xét xử, bảo vệ và bảo đảm công lý

Sống có pháp luật đồng nghĩa với việc nhà làm luật phải đảm bảo cho xã hội luôn có đủ pháp luật để tuân theo. Nhưng tiếc thay, đòi hỏi này là bất khả thi đối với nhà làm luật. Nhận thức là cái có sau thực tại. Nhà làm luật thông minh, tài giỏi đến đâu cũng không thể nhận biết, dự kiến hết mọi sự đổi thay đang diễn biến không ngừng trong xã hội. Trong lúc đó, công lý và công bằng đối với con người giống như nhu cầu về cơm ăn, nước uống. Không thể nêu lý do không có luật định mà từ chối việc phân định công lý và công bằng. Bởi vì, tòa án là chỗ dựa của người dân trong việc bảo vệ công lý, quyền con người. Ở Việt Nam, nhiệm vụ bảo vệ, bảo đảm công lý của tòa án đã lần đầu tiên trong lịch sử được hiến định hóa (Khoản 3, Điều 102, Hiến pháp năm 2013). Mỗi khi người dân có tranh chấp và khởi kiện đến tòa án thì tòa án không được từ chối giải quyết vì bất cứ lý do gì³².

29 Nguyễn Văn Hiến, Hoàng Công Dũng, Một số vấn đề về pháp luật, bản chất của pháp luật và nguồn của pháp luật, trong sách Bàn về hệ thống pháp luật, Nxb. Chính trị Quốc gia, H., 2014, tr. 25 dẫn bởi Phan Nhật Thanh (Chủ biên), Tập quán pháp, tiền lệ pháp và việc đa dạng hóa hình thức pháp luật ở Việt Nam, Sdd.

30 Portalis, Exposé des motifs du Titre préliminaire, Fenet, Tome IV, tr. 43

31 Portalis, Exposé des motifs du Titre préliminaire, Sdd.

32 Trần Văn Độ, Vị trí và chức năng của Tòa án trong Hiến pháp, xem : <http://moj.gov.vn/qt/cacchuyenmuc/ctv/news/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=9>, truy cập ngày 20/03/2018.

Tuy nhiên, thực tiễn có thể có trường hợp tòa án từ chối xét xử vì lý do không có luật hoặc luật quy định không rõ ràng. Để tránh tình huống này, nguyên tắc *bất kháng thụ lý* được đề ra.

Bất kháng thụ lý là một nguyên tắc cơ bản của pháp luật tổ tụng dân sự (TTDS) của hầu hết các nước trên thế giới, bao gồm hệ thống luật thành văn và luật bất thành văn (hay châu Âu lục địa - Civil Law và Thông luật - Common Law). Nguyên tắc này xuất phát từ châm ngôn “Luật pháp không tự thân quan tâm đến các tiểu tiết” (de minimis non curat lex)³³.

Theo đó, nguyên tắc cơ bản trong hệ Common Law là khi phát sinh một vụ việc mà tòa án không tìm thấy án lệ hay quy định của pháp luật thành văn thì tòa án đó tự thấy nghĩa vụ phải tìm đến các nguyên tắc của chính sách công cộng, và châm ngôn đó được sử dụng như các hỗ trợ sáng tạo để thiết lập các án lệ mới trong thẩm quyền của tòa án. Điều 4 của Bộ luật Napoléon năm 1804 cũng có cách tiếp cận tương tự khi quy định: “Thẩm phán nào từ chối xét xử, với lý do luật không quy định, quy định không rõ ràng hoặc không đầy đủ, thì có thể bị truy tố về tội từ chối công lý (xét xử)”. Điều 10 Bộ luật TTDS của Québec quy định: “Tòa án không được từ chối xét xử vì lý do luật không quy định, luật tối nghĩa hay thiếu sót”³⁴. Một án lệ của Tòa án liên bang Canada³⁵ - có tính ràng buộc cao nhất - cho rằng, “bất kỳ sự thiếu sót nào đối với lẽ công bằng có ảnh hưởng đến tiến trình tố tụng có thể bị xem

như là sự chối từ công lý (xét xử).

Nguyên tắc này cũng được thừa nhận trong nhiều bộ luật tại Việt Nam trước năm 1945 và ở miền Nam Việt Nam trước năm 1975³⁶. Khoản 2 Điều 14 BLDS năm 2015 đã ghi nhận nguyên tắc này, theo đó: “Tòa án không được từ chối giải quyết vụ, việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng; trong trường hợp này, quy định tại Điều 5 và Điều 6 của Bộ luật này được áp dụng”. Điều 5 BLDS năm 2015 quy định về áp dụng tập quán pháp, Điều 6 quy định về áp dụng tương tự pháp luật.

Khoản 2, Điều 4, Bộ luật TTDS cũng khẳng định “Tòa án không được từ chối yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng... [...]. Việc giải quyết vụ việc dân sự quy định tại khoản này được thực hiện theo các nguyên tắc do BLDS và Bộ luật này quy định”.

Như vậy, ngoài nguồn lập pháp (luật thành văn), pháp luật dân sự Việt Nam thừa nhận các nguồn khác: tập quán, các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, án lệ, lẽ công bằng. Đây là quy định có tính “cách mạng”, thể hiện tinh thần hội nhập quốc tế, tiếp thu những chuẩn mực pháp luật tiên bộ của thế giới, và đồng thời cũng là quay trở về với những giá trị đã được nhiều thế hệ đi trước đúc kết (áp dụng án lệ, tập quán đã có từ thời Pháp thuộc và ở miền Nam trước 1975). Việc mở rộng, đa dạng hóa nguồn pháp luật để tòa án tham chiếu là một bước tiến dài trong việc bảo đảm quyền tiếp cận công lý của công dân.

33 Lê Quang Vy, Lương Văn Trung, Lẽ công bằng, công lý và tòa án. Xem: <http://www.thesaigontimes.vn/132061/Le-cong-bang-cong-ly-va-vai-tro-cua-toa-an.html>, truy cập ngày 22/03/2018.

34 <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/ShowDoc/cs/C-25.01>, truy cập ngày 25/03/2018.

35 Phán quyết Corpuz Ledda c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2012 CF 811, au paragraphe 14. Xem: <https://www.canlii.org/fr/ca/cfpi/doc/2012/2012cf811/2012cf811.pdf>, truy cập ngày 26/03/2018.

36 Điều 5 của BLDS Bắc Kỳ quy định: “Phàm Thẩm phán lấy cớ rằng luật không quy định, không rõ hay là không đủ mà thoái thác không xét xử thì có thể bị truy tố về tội danh bất kháng thụ lý”. Điều 4 Bộ Dân luật gian yếu Nam Kỳ 1883 quy định: “Thẩm phán nào từ chối phán xét vì lý do luật không quy định vẫn đề hay luật tối nghĩa hoặc bất túc sẽ bị truy tố về tội bất kháng thụ lý”.

4. Kiến nghị về mở rộng nguồn của pháp luật

Thứ nhất, việc thừa nhận nguyên tắc “bất kháng thụ lý” trong hệ thống pháp luật Việt Nam là bước tiến quan trọng trong việc đảm bảo quyền tiếp cận công lý của người dân. Tuy nhiên, để cho nguyên tắc tiến bộ và văn minh này được tôn trọng trên thực tế, nhà làm luật cũng cần đặt ra biện pháp chế tài đối với thẩm phán khi từ chối thụ lý vì lý do chưa có điều luật để áp dụng hoặc vì lý do luật không rõ ràng, bên cạnh các vi phạm về thời hạn giải quyết vụ việc, mà có thể tạo nhiều hệ lụy lớn về kinh tế, chính trị và xã hội. Công lý bị trì hoãn là công lý bị từ chối và bất kháng thụ lý cũng là một sự từ chối công lý rõ ràng, vô lý và thiếu trách nhiệm.

Trong Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015, hiện chưa có quy định về tội từ chối xét xử (công lý), dù đã có Chương XXIV về các tội xâm phạm hoạt động tư pháp. Chế tài hiện tại đối với các hành vi này có lẽ vẫn chỉ là trách nhiệm hành chính hoặc trách nhiệm kỷ luật.

Thứ hai, việc thừa nhận án lệ như một

loại nguồn của pháp luật Việt Nam là một bước đi tiến bộ, nhưng chưa phải là điểm dừng bởi đằng sau đó là một quá trình dài xem xét về việc lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ một cách phù hợp, chính xác để quy định này đảm bảo tính hiệu quả cao nhất trong thực tiễn thì mới góp phần đảm bảo quyền tiếp cận công lý của người dân.

Để án lệ trở thành một nguồn thực thụ của pháp luật - góp phần bảo đảm quyền tiếp cận công lý của người dân, cần phải trao quyền giải thích pháp luật cho tòa án. Chức năng chính của án lệ là bổ khuyết sự thiếu sót, không rõ ràng và lạc hậu của pháp luật. Và chỉ có thể có án lệ đúng nghĩa khi trao quyền giải thích pháp luật cho cơ quan tư pháp, mà người trực tiếp thực hiện quyền này là các thẩm phán. Việc giải thích pháp luật chỉ nhằm mục đích áp dụng pháp luật vào các trường hợp cụ thể của đời sống xã hội, chứ không nên xuất phát từ ý chí của nhà lập pháp khi làm luật. Ngoài ra, cần phải thay đổi tư duy về việc sử dụng án lệ trong giảng dạy và đào tạo luật. Theo đó, cần đưa kiến thức chuyên sâu về án lệ trong các lớp đào tạo nghiệp vụ xét xử■

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Jean- Claude Bécane, Michel Couderc, Jean-Louis Hérin, *La Loi*, Dalloz, 2^{ème} éd, 2010.
2. René David, Camille Jauffret-Spinosi, Marie Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 2016.
- Trần Văn Độ, *Vị trí và chức năng của Tòa án trong Hiến pháp*, xem : <http://moj.gov.vn/qt/cacchuyenmuc/ctv/news/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=9>, truy cập ngày 20/03/2018.
- Trần Ngọc Đường, *Thực trạng và nhu cầu giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh trong thời gian tới từ thực tiễn hoạt động của Quốc hội*, Hội thảo *Giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh theo Hiến pháp năm 2013* của Viện Nghiên cứu Lập pháp, Hà Nội, 6/2016.
- Gilles Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporain: Introduction au droit comparé*, LGDJ, 3^{ème} éd., 2015.
- D. J. Galligan, *Law in Modern Society*, Oxford University Press, 2017.
- Vũ Công Giao, “*Tiếp cận công lý và các nguyên lý của nhà nước pháp quyền*”, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học 25, năm 2009.
- Jacques Ghestin, Gilles Goubeaux avec le concours de Muriel Fabre-Magnan, *Traité de Droit civil: Introduction générale*, Nxb. LGDJ, 4^{ème} édition, 1994
- Shirley Robin Letwin, *On the History of the Idea of Law*, Cambridge University Press, 2005.
- Hans Kelsen, *The communiste theory of law*, Frederick A. Praeger, Inc, 1995,
3. Hubert Izdebski, *Les sources du droit dans les pays socialistes européens (Histoire, théorie, pratique)*, Revue Internationale de droit comparé. Vol. 38 N°1, Janvier-mars 1986.
4. Lev Samoïlovich JAWITSCH, *The General Theory of Law. Social and Philosophical Problems*, Moscou, Progress, 1981.
5. Đinh Văn Mậu, Phạm Hồng Thái, *Lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tổng hợp Đồng Nai, 2005

6. Trường đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Lý luận Nhà nước và pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân 2008.
- M.H.Марченко, *Теория государства и права*, Проспект, 2004.
- T.H. Радько, *Теория государства и права*. Учебник для бакалавров, Проспект, 2012.
- C.C. Алексеев, *Теория государства и права*, Норма, 2005.
- A. В. Мелехин, *Теория государства и права: Учебник*, Маркет ДС, 2007.
- Portalis, *Exposé des motifs du Titre préliminaire*, Fenet, Tome IV.
- Hoàng Thị Kim Quế, *Giáo trình Lý luận về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2015.
- Phan Nhật Thanh, *Luật tập quán và quyền con người*, Nxb. Hồng Đức, 2013.
- Phan Nhật Thanh (Chủ biên), *Tập quán pháp, tiền lệ pháp và việc đa dạng hóa hình thức pháp luật ở Việt Nam*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2017.
- Đào Trí Úc, “Basic Information of Legal Research – A Case Study of Vietnam”, *Project of Doing Legal Research in Asian Countries: China, India, Malaysia, Philippines, Thailand and Vietnam*, Conducted by the Institute of Developing Economies (IDE-JETRO), Japan, 2003.
- Lê Quang Vy, Lương Văn Trung, *Lẽ công bằng, công lý và tòa án*.
- Xem: <http://www.thesaigontimes.vn/132061/Le-cong-bang-cong-ly-va-vai-tro-cua-toa-an.html>, truy cập ngày 22/03/2018.

PHÂN BIỆT GIÁM SÁT CỦA QUỐC HỘI...

(Tiếp theo trang 9)

Hậu quả kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động tư pháp

Trong công tác kiểm tra điều tra: phê chuẩn, không phê chuẩn các quyết định của cơ quan điều tra; quyết định áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ các biện pháp ngăn chặn, hủy bỏ các quyết định trái pháp luật của cơ quan điều tra. Quyết định đình chỉ hoặc tạm đình chỉ điều tra. Yêu cầu cơ quan điều tra khắc phục các vi phạm pháp luật trong hoạt động điều tra...

Trong công tác kiểm sát xét xử: kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm các bản án, quyết định của TAND theo quy định của pháp luật. Yêu cầu TAND cùng các cấp áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời theo quy định của pháp luật, kiến nghị với TAND cùng cấp và cấp dưới khắc phục những vi phạm pháp luật trong hoạt động xét xử.

Trong công tác kiểm sát thi hành án: kháng nghị, yêu cầu TAND, cơ quan thi hành án áp dụng các biện pháp cần thiết bảo đảm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp

luật của Tòa án được thi hành đúng pháp luật, đầy đủ, nhanh chóng, kịp thời.

Hậu quả giám đốc của TAND tối cao đối với TAND các cấp

Kháng nghị các bản án, quyết định đã có hiệu lực của TAND các cấp để xét xử lại theo trình tự giám đốc thẩm, tái thẩm (Điều 20 Luật Tổ chức TAND).

Trong việc xét xử theo trình tự giám đốc thẩm, tái thẩm, TAND tối cao có quyền cải, sửa, hủy bỏ toàn bộ hay một phần các bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, giao lại cho TAND các cấp giải quyết hoặc ra phán quyết trong những trường hợp do luật định.

Trình bày trên đây cho thấy hoạt động giám sát, kiểm tra, giám đốc có tính chất và nội dung rất khác nhau. Do đó, có thể khẳng định rằng về lý luận cũng như trên thực tế, chưa bao giờ Quốc hội giao việc thực hiện chức năng giám sát, nhất là giám sát hoạt động của các cơ quan tư pháp cho các cơ quan nhà nước khác thực hiện ■

GIỚI HẠN TRÁCH NHIỆM PHÁP LÝ ĐỐI VỚI HÀNH VI XÂM HẠI TÍNH MẠNG, SỨC KHỎE NGƯỜI KHÁC

Hoàng Minh Khôi*

* TS. Cơ sở Đại học Nội vụ Hà Nội tại TP. Hồ Chí Minh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: năng lực pháp luật, tính mạng, sức khỏe, trách nhiệm pháp lý

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 02/07/2018

Biên tập : 22/07/2018

Duyệt bài : 30/07/2018

Tóm tắt:

Pháp luật Việt Nam xác định trách nhiệm bảo hộ đối với tính mạng, sức khỏe của con người nói chung và công dân nói riêng (gọi chung là con người - công dân), nhưng chưa quy định cụ thể thời điểm được pháp luật thừa nhận là con người - công dân. Việc xác định thời điểm phát sinh năng lực pháp luật của một cá nhân rất quan trọng và cần được minh thị vì nó đồng thời đề ra giới hạn trách nhiệm pháp lý đối với hành vi gây tổn hại đến tính mạng, sức khỏe của người khác trong quan hệ pháp luật hình sự, hành chính, dân sự.

Article Infomation:

Keywords: legal capacity; human life; health; legal liability

Article History:

Received : 02 Jul. 2018

Edited : 22 Jul. 2018

Approved : 30 Jul. 2018

Abstract

The Vietnamese laws define the responsibility for the protection of human life and health in general and of its citizens in particular (generally known as person - citizens), but the particular point of time admitting as person - citizens is not specified by the laws. The point-time determination for a person's legal capacity is crucial important and should be demonstrated because it simultaneously sets the limits on his liability for acts that harm the lives and well-being of other person in the criminal, administrative and civil law relations.

1. Đặt vấn đề

Trong xã hội pháp quyền nói chung, con người khi sinh ra đã xuất hiện quan hệ pháp luật đầu tiên: năng lực pháp luật. Đó là khả năng của cá nhân hưởng quyền và có nghĩa vụ theo quy định của pháp luật. Năng lực

pháp luật của cá nhân xuất hiện từ sau khi con người sinh ra và chấm dứt khi người đó chết¹. Thời điểm xác lập năng lực pháp luật của một cá nhân cũng là thời điểm pháp luật xác lập quyền bảo hộ và bảo đảm về quyền đối với một cá nhân với tư cách là

1 Quan hệ pháp luật thứ hai của cá nhân là năng lực hành vi của cá nhân do pháp luật quy định, bằng các hành vi của chính mình thực hiện quyền và nghĩa vụ pháp lý và tự chịu trách nhiệm về những hành vi ấy. Năng lực hành vi của các cá nhân xuất hiện muộn hơn so với năng lực pháp luật bởi nó chỉ xuất hiện khi con người đạt tới độ tuổi và điều kiện về ý thức theo quy định của pháp luật trong từng trường hợp cụ thể. Ví dụ, theo Điều 3 của Bộ luật Lao động năm 2012 thì “Người lao động là người từ đủ 15 tuổi trở lên”.

một *con người* - xét theo quan hệ pháp luật nói chung, và là một *công dân* - xét theo pháp luật quốc tịch của một quốc gia nhất định. Như vậy, khi năng lực pháp luật được xác lập, một trẻ sơ sinh được thừa nhận là *con người - công dân*, thì bất kỳ hành vi nào gây tổn hại tính mạng, sức khỏe của trẻ đó sẽ phải chịu trách nhiệm pháp lý đối với hành vi và hậu quả mà nó đã gây ra. Vấn đề đặt ra là, năng lực pháp luật của một trẻ sơ sinh được tính từ thời điểm nào, khi “lọt lòng mẹ” sau bao nhiêu phút, giờ, ngày kể từ trước khi sinh ra, khi còn trong bào thai thì tính từ thai kỳ tháng nào? Quyền con người về tính mạng, sức khỏe là bất khả xâm phạm, nhưng cũng không phải là vô hạn mà nó có thể và cần được giới hạn theo chế độ pháp lý riêng biệt. Chính vì vậy, Hiến pháp năm 2013, một mặt xác lập việc bảo hộ quyền con người - công dân, mặt khác cũng nêu rõ: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng” (Khoản 2 Điều 14). Việc giới hạn quyền con người, quyền công dân nếu tiếp cận từ góc độ thời điểm phát sinh quyền được pháp luật bảo hộ về tính mạng, sức khỏe đối với một con người - công dân khi mới sinh ra, đối chiếu với những trường hợp cụ thể trong đời sống thực tế rất cần và nên được minh thị - đặc biệt là trong xây dựng và áp dụng pháp luật hình sự - về giới hạn trách nhiệm pháp lý đối với người có hành vi bị coi là đã xâm hại tính mạng, sức khỏe của một con người - công dân. Đây cũng là vấn đề còn bỏ ngỏ lâu nay trong pháp luật hình sự nói riêng, cũng như trong hệ thống pháp luật ở nước ta nói chung.

2. Quy định của Bộ luật Hình sự năm 1999 (được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2009)

Trước đây, Điều 104 Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 1999 (được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2009) về “Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác” quy định phạt cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ sáu

tháng đến ba năm đối với một số trường hợp, trong đó bao gồm: hành vi phạm tội đối với nhiều người (hai người trở lên) và đối với trẻ em, phụ nữ đang có thai.

Xét cơ cấu tội danh và hình phạt của điều luật là cấu thành cơ bản tại Khoản 1 được áp dụng đối với trường hợp phạm tội ít nghiêm trọng. Cụ thể, đối với hành vi gây thương tích hoặc gây tổn hại sức khỏe (dưới 11%) đối với phụ nữ mà người có hành vi xâm hại biết là đang mang thai. Theo quy định của điều luật thì trường hợp đang mang thai (dù là sắp sinh) cũng chỉ được xem là tình trạng bất lợi về sức khỏe của người bị xâm hại và thai nhi chưa phải là một thực thể con người - công dân. Vì thế, điều luật đã tách bạch hai trường hợp khác nhau: “Phạm tội đối với nhiều người” được xếp trước trường hợp phạm tội “Đối với phụ nữ mà biết là có thai”. Như vậy, thai nhi dù đã hình thành đầy đủ như con người trong bào thai thì vẫn chưa phải là con người - công dân về pháp lý và có thể xem đây như là giới hạn trách nhiệm pháp lý cho người có hành vi phạm tội.

Bên cạnh đó, Điều 94 BLHS 1999 về “Tội giết con mới đẻ” quy định: “Người mẹ nào do ảnh hưởng nặng nề của tư tưởng lạc hậu hoặc trong hoàn cảnh khách quan đặc biệt mà giết *con* mới đẻ hoặc vứt bỏ đứa trẻ đó dẫn đến hậu quả đứa trẻ chết, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến hai năm hoặc phạt tù từ ba tháng đến hai năm”. Đây là tội danh có chủ thể đặc biệt bởi hai yếu tố: chủ thể phạm tội là người mẹ, lỗi do tư tưởng lạc hậu và nạn nhân là con mới đẻ của chính người mẹ phạm tội. Tuy nhiên, cụm từ “con mới đẻ” là một khái niệm định tính, thiếu sự rõ ràng. Để có thể xác định rõ trách nhiệm pháp lý làm cơ sở áp dụng hình phạt đối với người phạm tội, cần phải có quy định yếu tố định lượng về thời gian trong khái niệm “con mới đẻ” là ngay sau khi sinh ra (“lọt lòng mẹ”) bao nhiêu phút, giờ, ngày... mà đứa trẻ còn sống và được xác nhận là phát triển bình thường cho đến thời điểm hành vi tước đoạt hoặc bỏ mặc sự sống của đứa trẻ đó được thực hiện. Rất tiếc là BLHS 1999 không có điều khoản giải thích định lượng của cụm từ này.

3. Quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung một số điều năm 2017)

Bộ luật Hình sự năm 2015 (BLHS 2015) cơ bản kế thừa từ BLHS 1999; do đó, nội dung điều luật về các Tội giết người (Điều 123), Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác (Điều 134) không có gì khác biệt so với cùng tội danh của BLHS 1999. Riêng hành vi giết con mới đẻ hoặc vứt con mới đẻ lại được luật mới sửa đổi tội danh, bổ sung điều khoản và điều chỉnh nội dung điều luật. Cụ thể, Điều 124 BLHS 2015 quy định về Tội giết hoặc vứt bỏ con mới đẻ như sau: “1/ Người mẹ nào do ảnh hưởng nặng nề của tư tưởng lạc hậu hoặc trong hoàn cảnh khách quan đặc biệt mà giết con do mình đẻ ra trong 07 ngày tuổi, thì bị phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm. 2/ Người mẹ nào do ảnh hưởng nặng nề của tư tưởng lạc hậu hoặc trong hoàn cảnh khách quan đặc biệt mà vứt bỏ con do mình đẻ ra trong 07 ngày tuổi dẫn đến hậu quả đứa trẻ chết, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 02 năm hoặc bị phạt tù từ 03 tháng đến 02 năm”.

Quy định nói trên thể hiện một số vấn đề bất cập sau:

Thứ nhất, quy định này định lượng thời gian cho cấu thành Tội danh giết hoặc vứt con mới đẻ, là: “trong 7 ngày tuổi”. Điều đó có nghĩa, nếu đứa trẻ đã sinh ra từ hơn 7 ngày tuổi trở lên bị người mẹ đẻ giết hoặc vứt bỏ dẫn đến hậu quả đứa trẻ chết thì người mẹ có hành vi giết hoặc vứt con mới đẻ sẽ phải chuyển sang chịu trách nhiệm pháp lý về tội danh “Giết người” (Điều 123) - tội danh nguy hiểm nhất trong Chương XIV BLHS 2015 quy định về các tội danh xâm

hại tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của con người. Có thể tiên lượng được khả năng định lượng “trong 7 ngày tuổi” sẽ là tình tiết gây nhiều dư luận và tranh tụng gay gắt trong những vụ án có tội danh này xảy ra trên thực tiễn; vì khó mà hiểu được căn cứ vào cơ sở khoa học/pháp lý nào mà các BLHS 2015 đưa ra định lượng nêu trên mà không phải là 01 ngày, 02 ngày hoặc 03 ngày tuổi²... Bên cạnh đó, theo quy định của Điều 1 Luật Trẻ em năm 2016, “Trẻ em là người dưới 16 tuổi”. Như vậy, sẽ rất khó khăn nếu phải tìm kiếm sự thống nhất khi so sánh khái niệm “Trẻ em” theo Luật Trẻ em và khái niệm “Con mới đẻ” là trong 7 ngày tuổi của BLHS 2015.

Thứ hai, việc bổ sung định lượng trong 7 ngày tuổi tại Điều 124 tuy là nhằm làm rõ giới hạn cho yếu tố cấu thành tội danh “Giết con mới đẻ” phân định với tội danh “Giết người”, song, cụm từ chỉ thời lượng đó cần được tính từ thời điểm nào đến thời điểm nào: “ngay khi lọt lòng mẹ”, sau 01 giờ, 02 giờ hay từ đủ 24 giờ như quy định tại Nghị định số 158/2005/NĐ-CP trước đây. Đáng tiếc, Luật Hộ tịch năm 2014 và Nghị định số 123/2015/NĐ-CP ngày 15/11/2015 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Hộ tịch được kế thừa từ Nghị định số 158/2005/NĐ-CP không còn đề cập vấn đề này - một thai nhi sau khi sinh ra thì tính từ thời điểm nào được xem là một con người - công dân có năng lực pháp luật và được hưởng quyền bảo hộ của pháp luật. Bởi lẽ, xét theo chức năng của *luật chuyên ngành* thì Luật Hộ tịch là luật có thẩm quyền xác lập thời điểm pháp lý bắt đầu năng lực pháp luật của con người - công dân khi mới sinh ra³. Trên cơ sở này,

(Xem tiếp trang 30)

2 Trẻ sơ sinh hay con mới đẻ là thuật ngữ chỉ về một trẻ em được sinh ra trong vòng một giờ, ngày, hoặc một vài tuần nhất định từ khi lọt lòng. Trẻ sơ sinh (từ tiếng La tinh: neonatus) đề cập đến một trẻ sơ sinh trong 28 ngày đầu tiên sau khi sinh. Thuật ngữ "sơ sinh" bao gồm trẻ sơ sinh thiếu tháng, và trẻ sơ sinh đủ tháng và thuật ngữ này có nguồn gốc từ tiếng Latin là từ infans có nghĩa là "không thể nói" hoặc "không nói nên lời" Nó thường được dùng để chỉ trẻ em trong độ tuổi từ 1 tháng và 12 tháng. Nguồn: Từ điển Wikipedia.

3 Theo tinh thần và lời văn của Điều 14 và Điều 20 Hiến pháp năm 2013 thì ngoại trừ những quyền và nghĩa vụ riêng biệt cho công dân Việt Nam, còn lại mọi “con người” bao gồm: người nước ngoài, người không quốc tịch đều được hưởng các “quyền con người” như công dân Việt Nam. Do vậy, bài viết dùng cụm thuật ngữ con người - công dân ở trường hợp này là nhằm nêu rõ những nội dung về quyền con người mà Luật Hộ tịch xác lập cho công dân, nếu không thuộc trường hợp riêng biệt thì mọi con người đều hưởng các quyền đó như áp dụng với công dân, cụ thể trong việc xác lập thời điểm năng lực pháp luật nêu trên.

NHẬN DIỆN TÍNH HỢP PHÁP VÀ TÍNH HỢP LÝ CỦA CÁC BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC HẬU QUẢ TRONG NGHỊ ĐỊNH CỦA CHÍNH PHỦ

Cao Vũ Minh*

* TS. Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: biện pháp khắc phục hậu quả, hình thức xử phạt, vi phạm hành chính, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 17/04/2018

Biên tập : 04/05/2018

Duyệt bài : 09/05/2018

Article Information:

Keywords: remedial measures; penalty modality; administrative violation, Law on Handling of Administrative Violations of 2012.

Article History:

Received : 17 Apr. 2018

Edited : 04 May 2018

Approved : 09 May 2018

1. Phân loại các biện pháp khắc phục hậu quả

Nhằm đảm bảo hiệu quả công tác đấu tranh, phòng chống vi phạm hành chính (VPHC) thì xử phạt hành chính được xem là một giải pháp hữu hiệu. Biện pháp cưỡng chế được áp dụng chủ yếu và bắt buộc đối với VPHC là các hình thức xử phạt.

Tóm tắt:

Xử phạt vi phạm hành chính là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức vi phạm hành chính. Bên cạnh các biện pháp khắc phục hậu quả được nêu trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, Nghị định của Chính phủ còn quy định thêm rất nhiều các biện pháp khắc phục hậu quả khác. Bài viết phân tích một số bất cập, hạn chế về biện pháp khắc phục hậu quả do Chính phủ quy định đồng thời đề xuất phương hướng hoàn thiện.

Abstract

Penalty of the administrative violations is the actions by the competent person to apply the penalty modality, remedial measures to the concerned individuals, entities committing acts of the administrative violations. Apart from the remedial measures in the Law on Handling Administrative Violations of 2012, the related Decree issued by Government also provides several further remedial measures. This article provides analysis of some inadequacies and limitations on the remedial measures as stipulated by the Government and also the orientational recommendations for further improvements.

Điểm a khoản 1 Điều 3 Luật Xử lý VPHC năm 2012 (Luật năm 2012) quy định “mọi VPHC phải được phát hiện, ngăn chặn kịp thời và phải bị xử lý nghiêm minh, *mọi hậu quả do VPHC gây ra phải được khắc phục* theo đúng quy định của pháp luật”. Với tư duy đó, nếu chỉ áp dụng các hình thức xử phạt thì mới nhằm đến mục đích răn đe,

trừng phạt đối với chủ thể vi phạm nhưng lại chưa tối ưu hóa được vai trò của Nhà nước trong việc phục hồi những quan hệ xã hội bị VPHC xâm hại. Vì vậy, bên cạnh việc áp dụng các hình thức xử phạt, pháp luật còn quy định các biện pháp nhất định nhằm khắc phục hậu quả do VPHC gây ra. Theo đó, *biện pháp khắc phục hậu quả được hiểu là hình thức cưỡng chế do Nhà nước tiến hành, buộc chủ thể VPHC phải thực hiện những nghĩa vụ pháp lý nhất định nhằm hạn chế hoặc khôi phục lại tình trạng ban đầu do VPHC gây ra.*

Căn cứ khoản 1 Điều 28 Luật năm 2012, có thể chia biện pháp khắc phục hậu quả thành hai nhóm: *i.* các biện pháp khắc phục hậu quả do luật định; *ii.* các biện pháp khắc phục hậu quả do văn bản dưới luật quy định.

** Các biện pháp khắc phục hậu quả do luật định:*

a) Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu;

b) Buộc tháo dỡ công trình, phần công trình xây dựng không có giấy phép hoặc xây dựng không đúng với giấy phép;

c) Buộc thực hiện biện pháp khắc phục tình trạng ô nhiễm môi trường, lây lan dịch bệnh;

d) Buộc đưa ra khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa XHCN Việt Nam hoặc tái xuất hàng hoá, vật phẩm, phương tiện;

đ) Buộc tiêu hủy hàng hóa, vật phẩm gây hại cho sức khỏe con người, vật nuôi, cây trồng và môi trường, văn hóa phẩm có nội dung độc hại;

e) Buộc cải chính thông tin sai sự thật hoặc gây nhầm lẫn;

g) Buộc loại bỏ yếu tố vi phạm trên hàng hoá, bao bì hàng hóa, phương tiện kinh doanh, vật phẩm;

h) Buộc thu hồi sản phẩm, hàng hóa không bảo đảm chất lượng;

i) Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC hoặc buộc nộp lại số tiền bằng trị giá tang vật, phương tiện VPHC đã bị tiêu thụ, tẩu tán, tiêu hủy trái quy định của pháp luật;

Các biện pháp khắc phục hậu quả này được định danh chính thức trong Luật năm 2012. Ngoài ra, Luật năm 2012 cũng quy định cụ thể các chủ thể có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả và các biện pháp khắc phục hậu quả cụ thể mà chủ thể đó có quyền áp dụng. Trên cơ sở đó, Chính phủ ban hành nghị định xử phạt VPHC trong các lĩnh vực quy định cụ thể hành vi vi phạm bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả tương xứng. Tuy vẫn tồn tại những hạn chế nhất định¹, song nhìn chung các biện pháp khắc phục hậu quả do luật định tương đối đầy đủ và hợp lý.

** Các biện pháp khắc phục hậu quả khác do nghị định quy định*

Các biện pháp khắc phục hậu quả khác do nghị định quy định khá nhiều, tản mạn rải rác trong gần 70 nghị định quy định xử phạt VPHC trong các lĩnh vực. Theo đó, Chính phủ xác định hơn 200 biện pháp khắc phục hậu quả khác nhau như: “buộc phải hạ phần hàng quá tải, dỡ phần hàng vượt quá kích thước quy định theo hướng dẫn của lực lượng chức năng tại nơi phát hiện vi phạm”², “buộc đảm bảo quyền lợi của thí sinh đối với hành vi làm mất bài thi”³, “buộc nộp lại đất, đá, cát, sỏi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi VPHC”⁴...

1 Cao Vũ Minh - Nguyễn Nhật Khanh, “Quy định pháp luật về biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt VPHC”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 6, 2017.

2 Nghị định số 46/2016/NĐ-CP ngày 26/5/2016 về xử phạt VPHC trong lĩnh vực giao thông đường bộ và đường sắt.

3 Nghị định số 138/2013/NĐ-CP ngày 22/10/2013 về xử phạt VPHC trong lĩnh vực giáo dục.

4 Nghị định số 104/2017/NĐ-CP ngày 14/9/2017 xử phạt VPHC trong lĩnh vực phòng, chống thiên tai; khai thác và bảo vệ công trình thủy lợi; đê điều.

2. Tính hợp pháp và tính hợp lý trong các biện pháp khắc phục hậu quả theo quy định của nghị định

Thứ nhất, các biện pháp khắc phục hậu quả có tính chất cấm đoán, hạn chế quyền con người, quyền công dân không phù hợp với Hiến pháp và luật.

Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 quy định: “quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Theo nguyên tắc hiến định này, chỉ có văn bản luật mới có thể đặt ra quy định hạn chế quyền, lợi ích hợp pháp của công dân. Vì vậy, ngoài Quốc hội, các cơ quan nhà nước khác không có thẩm quyền ban hành các văn bản pháp luật hạn chế quyền, lợi ích hợp pháp của công dân cũng như xác định nghĩa vụ mới cho công dân.

Với quy định: “các biện pháp khắc phục hậu quả khác do Chính phủ quy định”, Luật năm 2012 ủy quyền lập pháp cho Chính phủ quy định chi tiết các biện pháp khắc phục hậu quả trong từng lĩnh vực chuyên ngành. Tuy nhiên, cần lưu ý là việc ủy quyền lập pháp phải thực hiện đúng phạm vi, nguyên tắc, nội dung đã được luật định. Điều quan trọng là những biện pháp này không được hạn chế quyền con người, quyền công dân. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, có nhiều biện pháp khắc phục hậu quả do Chính phủ quy định đã “tự ý” cắt xén các quyền cũng như thêm các nghĩa vụ mới cho công dân.

Ví dụ, Điều 35 Nghị định số 95/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 88/2015/NĐ-CP) xử phạt VPHC trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng, quy định phạt tiền từ 80.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng đối với hành vi “ở lại nước ngoài trái phép sau khi hết hạn Hợp đồng lao động, hết hạn cư trú”. Vi phạm này đồng thời bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả là “buộc

về nước” và “cấm đi làm việc ở nước ngoài trong thời hạn 02 năm”. Theo chúng tôi, “buộc về nước” đáp ứng đầy đủ các tiêu chí để gọi là biện pháp khắc phục hậu quả. Tuy nhiên, “cấm đi làm việc ở nước ngoài trong thời hạn 02 năm” được áp dụng với tư cách là một biện pháp khắc phục hậu quả thì hoàn toàn không thỏa đáng.

Theo quy định của Điều 35 Hiến pháp năm 2013, “công dân có quyền làm việc, lựa chọn nghề nghiệp, việc làm và nơi làm việc”. Làm việc ở trong nước hay ở nước ngoài là một quyền hiến định của công dân. Vì vậy, quyền làm việc chỉ bị hạn chế trong sáu trường hợp vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng. Hành vi “ở lại nước ngoài trái phép sau khi hết hạn Hợp đồng lao động, hết hạn cư trú” tuy VPHC nhưng không rơi vào sáu trường hợp bị hạn chế quyền. Do đó, biện pháp “cấm đi làm việc ở nước ngoài trong thời hạn 02 năm” quy định trong Nghị định số 95/2013/NĐ-CP là không phù hợp với Hiến pháp năm 2013.

Bên cạnh đó, Điều 42 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006 quy định, người lao động đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng phải thỏa mãn các điều kiện: *i.* có năng lực hành vi dân sự đầy đủ; *ii.* tự nguyện đi làm việc ở nước ngoài; *iii.* có ý thức chấp hành pháp luật, tư cách đạo đức tốt; *iv.* đủ sức khỏe theo quy định của pháp luật Việt Nam và yêu cầu của nước tiếp nhận người lao động; *v.* đáp ứng yêu cầu về trình độ ngoại ngữ, chuyên môn, kỹ thuật, tay nghề và các điều kiện khác theo yêu cầu của nước tiếp nhận người lao động; *vi.* được cấp chứng chỉ về bồi dưỡng kiến thức cần thiết; *vii.* không thuộc trường hợp cấm xuất cảnh theo quy định của pháp luật Việt Nam. Pháp luật Việt Nam quy định công dân Việt Nam ở trong nước chưa được xuất cảnh nếu thuộc trường hợp “đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc có liên quan đến công tác điều tra tội phạm”, “đang có nghĩa vụ chấp hành bản án hình sự, dân sự, kinh tế”, “vì lý do ngăn chặn

dịch bệnh nguy hiểm lây lan”⁵... Nếu công dân không thuộc các trường hợp đã nêu thì đương nhiên không bị cấm xuất cảnh. Do đó, nếu cá nhân có hành vi “ở lại nước ngoài trái phép sau khi hết hạn Hợp đồng lao động, hết hạn cư trú” đã bị xử phạt và bị “buộc về nước” thì không thể cấm họ đi làm việc ở nước ngoài trong thời hạn 02 năm. Biện pháp cấm đoán này là trái với Điều 42 Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng năm 2006.

Ngoài ra, quy định về biện pháp “cấm đi làm việc ở nước ngoài trong thời hạn 02 năm” còn bất hợp lý vì không có khả năng khôi phục lại tình trạng ban đầu do VPHC đã gây ra. Vì vậy, biện pháp này được áp dụng nhằm ngăn ngừa vi phạm mới chứ không thể khắc phục hậu quả do vi phạm cũ gây ra. Do đó, không thể xem đây là biện pháp khắc phục hậu quả.

Khoản 7 Điều 27 Nghị định số 96/2014/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng quy định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “không cho mở rộng phạm vi, quy mô và địa bàn hoạt động trong thời gian chưa khắc phục xong vi phạm” đối với hành vi “che giấu, thanh toán đối với những khoản tiền có nguồn gốc bất hợp pháp”. Theo chúng tôi, việc áp dụng biện pháp “không cho mở rộng phạm vi, quy mô và địa bàn hoạt động trong thời gian chưa khắc phục xong vi phạm” là không thỏa đáng, vi phạm quyền tự do kinh doanh của cá nhân, tổ chức.

Điều 30 Luật Các tổ chức tín dụng (TCTD) năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm

2017) quy định: “tùy theo loại hình hoạt động, sau khi được Ngân hàng Nhà nước chấp thuận bằng văn bản, TCTD được thành lập: chi nhánh, văn phòng đại diện, đơn vị sự nghiệp ở trong nước, kể cả tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi đặt trụ sở chính”. Đối với chi nhánh, văn phòng đại diện thì điều kiện thành lập được quy định trong Thông tư số 40/2011/TT-NHNN ngày 15/12/2011. Tuy nhiên, Thông tư số 40/2011/TT-NHNN không có bất kỳ quy định nào cấm thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện trong thời gian chưa khắc phục xong hậu quả của VPHC. Nghị định số 96/2014/NĐ-CP quy định biện pháp không cho mở rộng phạm vi, quy mô và địa bàn hoạt động với nội dung cấm thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện là không phù hợp với Luật Các TCTD năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). Một điều đáng để suy ngẫm là trong khi pháp luật quy định rất rõ thẩm quyền của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước quyết định cấp Giấy phép thành lập chi nhánh, văn phòng đại diện nhưng quyền này lại có thể bị phủ định bởi Chánh Thanh tra, giám sát ngân hàng; Cục trưởng Cục Thanh tra, giám sát ngân hàng khi các chủ thể này áp dụng biện pháp “không cho mở rộng phạm vi, quy mô và địa bàn hoạt động trong thời gian chưa khắc phục xong vi phạm”⁶. Vậy tại sao Chánh Thanh tra, giám sát ngân hàng; Cục trưởng Cục Thanh tra, giám sát ngân hàng là cấp dưới của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước lại có quyền phủ định quyết định của cấp trên?⁷. Đây là một điều không thực sự hợp lý dưới góc độ triển khai thực hiện quyền lực nhà nước.

5 Xem thêm Điều 21 Nghị định số 136/2007/NĐ-CP về xuất cảnh, nhập cảnh của công dân Việt Nam (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 94/2015/NĐ-CP) quy định các trường hợp công dân Việt Nam ở trong nước chưa được xuất cảnh.

6 Theo Nghị định số 96/2014/NĐ-CP thì Chánh Thanh tra, giám sát ngân hàng; Cục trưởng Cục Thanh tra, giám sát ngân hàng có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “không cho mở rộng phạm vi, quy mô và địa bàn hoạt động trong thời gian chưa khắc phục xong vi phạm”.

7 Khoản 2 Điều 17 Luật Thanh tra năm 2010 quy định: “Chánh Thanh tra bộ do Bộ trưởng bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức sau khi thống nhất với Tổng Thanh tra Chính phủ”. Khoản 8 Điều 24 Nghị định số 123/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/9/2016 về chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ, cơ quan ngang Bộ quy định: “Bộ trưởng quyết định bổ nhiệm, miễn nhiệm, cách chức, cho từ chức, đình chỉ công tác, khen thưởng, kỷ luật người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu: vụ, cục, thanh tra, văn phòng, các đơn vị sự nghiệp công lập thuộc Bộ và phòng thuộc vụ (nếu có), phòng thuộc Thanh tra Bộ, phòng thuộc Văn phòng Bộ theo quy định của pháp luật”.

Thứ hai, một số biện pháp khắc phục hậu quả “hành chính hóa” các quan hệ dân sự, không phù hợp với các văn bản do Quốc hội ban hành.

Trong hoạt động xử phạt VPHC, nhiều quan hệ dân sự đã bị “hành chính hóa” và kéo theo đó là việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả đối với các quan hệ dân sự này. Về mặt lý luận, việc áp dụng quy phạm pháp luật của luật hành chính để giải quyết những vấn đề cụ thể của ngành luật khác như kinh tế, dân sự là không chính xác. Quan hệ pháp luật hành chính sử dụng đặc trưng phương pháp điều chỉnh quyền uy - phục tùng khác hẳn với quan hệ pháp luật dân sự đề cao yếu tố thỏa thuận. Do đó, dùng phương pháp mệnh lệnh “can thiệp” vào những quan hệ dân sự đề cao sự tự nguyện của các bên đã gây ảnh hưởng đáng kể đến quyền tự do ý chí, tự chủ thỏa thuận của các chủ thể trong xã hội.

Trách nhiệm hành chính là trách nhiệm pháp lý của cá nhân, tổ chức trước Nhà nước. Do vậy, việc phải thực hiện biện pháp chế tài của cá nhân, tổ chức VPHC là trách nhiệm của họ trước Nhà nước chứ không phải trước một tổ chức hay cá nhân cụ thể nào trong xã hội. Đây là điểm khác biệt giữa trách nhiệm hành chính với trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Trong trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng, việc phải thực hiện các biện pháp chế tài của tổ chức, cá nhân bị truy cứu trách nhiệm dân sự là nghĩa vụ của họ trước một cá nhân, tổ chức cụ thể có các quyền và lợi ích dân sự bị xâm hại⁸. Vì vậy, Điều 13 Luật năm 2012 quy định: “người VPHC nếu gây ra thiệt hại thì phải bồi thường. Việc bồi thường thiệt hại được thực hiện theo quy định của pháp luật về dân sự”. Tuy nhiên, vẫn tồn tại nhiều

nghị định xử phạt VPHC quy định việc bồi thường thiệt hại là một biện pháp khắc phục hậu quả.

Cụ thể, Nghị định số 155/2016/NĐ-CP quy định, “buộc bồi thường thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm gây ra theo quy định của pháp luật” là một biện pháp khắc phục hậu quả là chưa hợp lý. Điều 602 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 quy định: “Chủ thể làm ô nhiễm môi trường mà gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật, kể cả trường hợp chủ thể đó không có lỗi”. Như vậy, bồi thường thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm gây ra được xác định là một trường hợp cụ thể của bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Trong trường hợp này, cá nhân, tổ chức bị thiệt hại có quyền khởi kiện ra Tòa án để yêu cầu bồi thường thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm gây ra. Vì lẽ đó, thẩm quyền “buộc bồi thường thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm gây ra” sẽ do Tòa án quyết định thông qua thủ tục tố tụng. Điều này cũng được quy định trực tiếp trong Luật Bảo vệ môi trường năm 2014⁹. Do đó, Nghị định số 155/2016/NĐ-CP “cho phép” nhiều chủ thể, thậm chí đến Thanh tra viên chuyên ngành bảo vệ môi trường, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành bảo vệ môi trường của Sở Tài nguyên và Môi trường, Tổng cục Môi trường, Bộ Tài nguyên và Môi trường đang thi hành công vụ¹⁰ có quyền áp dụng “buộc bồi thường thiệt hại do hành vi gây ô nhiễm gây ra” như một biện pháp khắc phục hậu quả là không phù hợp với quy định của BLDS năm 2015 và Luật Bảo vệ môi trường năm 2014.

Nghị định số 155/2016/NĐ-CP, Nghị định số 134/2013/NĐ-CP quy định biện pháp khắc phục hậu quả “buộc bồi thường toàn bộ số tiền bị thiệt hại” đối với vi phạm

8 Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam, Trần Minh Hương (chủ biên), Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2012, tr. 328.

9 Điều 161 Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 quy định: “Tranh chấp liên quan đến bồi thường thiệt hại do ô nhiễm môi trường gây ra sẽ được thực hiện theo quy định của pháp luật về giải quyết tranh chấp dân sự ngoài hợp đồng”.

10 Khoản 1 Điều 50 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 xử phạt VPHC trong lĩnh vực bảo vệ môi trường.

trong lĩnh vực điện lực¹¹. Về bản chất, quan hệ giữa bên bán điện và khách hàng sử dụng điện là một quan hệ dân sự (hợp đồng giữa bên bán điện và bên mua điện)¹². Do đó, nếu VPHC trong lĩnh vực điện lực gây ra thiệt hại cho cá nhân, tổ chức thì bên vi phạm phải bồi thường theo pháp luật dân sự. Việc Nghị định số 134/2013/NĐ-CP quy định cho nhiều chủ thể áp dụng “buộc bồi thường toàn bộ số tiền bị thiệt hại” với tư cách một biện pháp khắc phục hậu quả là không phù hợp với quy định của Luật Điện lực năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2012)¹³.

Trương tự, Nghị định số 178/2013/NĐ-CP xử phạt VPHC về an toàn thực phẩm quy định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả: “buộc chịu mọi chi phí cho việc xử lý ngộ độc thực phẩm, khám, điều trị người bị ngộ độc thực phẩm” đối với hành vi “kinh doanh dịch vụ ăn uống, thức ăn đường phố không bảo đảm an toàn thực phẩm dẫn đến ngộ độc thực phẩm” và “cơ sở sản xuất, kinh doanh nơi có cơ sở chế biến suất ăn sẵn, căng tin kinh doanh ăn uống, bếp ăn tập thể, bếp ăn, nhà hàng ăn uống của khách sạn, khu nghỉ dưỡng, nhà hàng ăn uống xảy ra ngộ độc thực phẩm”¹⁴. Tuy nhiên, “buộc chịu mọi chi phí cho việc xử lý ngộ độc thực phẩm, khám, điều trị người bị ngộ độc thực phẩm” được áp dụng với tư cách là biện pháp khắc phục hậu quả như quy định trong Nghị định số 178/2013/NĐ-CP là không chính xác. Điều 6 Luật An toàn thực phẩm năm 2010 quy định: “tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh thực phẩm vi phạm pháp luật về an toàn thực phẩm thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý VPHC hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự, nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường và khắc phục hậu quả

theo quy định của pháp luật”. Khoản 5 Điều 53 Luật An toàn thực phẩm năm 2010 làm rõ hơn: “tổ chức, cá nhân cung cấp thực phẩm mà gây ngộ độc phải chịu toàn bộ chi phí điều trị cho người bị ngộ độc và bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật về dân sự”.

Qua các quy định trên, có thể khẳng định, việc cung cấp thực phẩm gây ngộ độc cho người tiêu dùng thì phải bồi thường. Tuy nhiên, việc bồi thường này phải theo pháp luật dân sự chứ không thể theo chế tài xử phạt VPHC. Trong khi đó, Điều 608 BLDS năm 2015 còn khẳng định: “cá nhân, pháp nhân sản xuất, kinh doanh hàng hóa, dịch vụ không bảo đảm chất lượng hàng hóa, dịch vụ mà gây thiệt hại cho người tiêu dùng thì phải bồi thường”. Việc bồi thường này bao gồm các khoản: *i.* chi phí hợp lý cho việc cứu chữa, bồi dưỡng, phục hồi sức khỏe và chức năng bị mất, bị giảm sút của người bị thiệt hại; *ii.* thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút của người bị thiệt hại; *iii.* chi phí hợp lý và phần thu nhập thực tế bị mất của người chăm sóc người bị thiệt hại trong thời gian điều trị; *iv.* thiệt hại khác do luật quy định¹⁵. Do đó, “chi phí cho việc xử lý ngộ độc thực phẩm, khám, điều trị người bị ngộ độc thực phẩm” chỉ là một khoản chi phí trong bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng và “buộc chịu mọi chi phí cho việc xử lý ngộ độc thực phẩm, khám, điều trị người bị ngộ độc thực phẩm” phải được thực hiện theo thủ tục tố tụng dân sự chứ không phải theo thủ tục hành chính.

Khác với Nghị định số 178/2013/NĐ-CP, Nghị định số 55/2009/NĐ-CP xử phạt VPHC về bình đẳng giới quy định “người

11 Điểm d khoản 12 Điều 12 Nghị định số 134/2013/NĐ-CP ngày 17/10/2013 xử phạt VPHC trong lĩnh vực điện lực, an toàn đập thủy điện, sử dụng năng lượng tiết kiệm và hiệu quả.

12 Điều 46 Luật Điện lực năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2012).

13 Cao Vũ Minh, Bất cập trong quy định về xử phạt VPHC trong lĩnh vực điện lực”, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 07, 2018.

14 Khoản 2 Điều 20, khoản 3 Điều 21, khoản 3 Điều 22 Nghị định số 178/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 xử phạt VPHC về an toàn thực phẩm.

15 Điều 590 Bộ luật dân sự năm 2015.

thực hiện VPHC gây thiệt hại cho tổ chức, cá nhân, ngoài bị xử phạt VPHC còn phải bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật dân sự¹⁶. Rõ ràng, cách quy định như Nghị định số 55/2009/NĐ-CP là hợp lý hơn so với Nghị định số 178/2013/NĐ-CP. Tuy nhiên, bên cạnh điều khoản vừa nêu, Nghị định số 55/2009/NĐ-CP lại quy định thêm biện pháp khắc phục hậu quả: “*buộc chịu mọi chi phí khám bệnh, chữa bệnh hợp lý trong trường hợp hành vi VPHC gây thiệt hại về sức khỏe, tinh thần*”¹⁷. Theo các quy định này, người vi phạm vừa bị áp dụng pháp luật khắc phục hậu quả “*buộc chịu mọi chi phí khám bệnh, chữa bệnh hợp lý trong trường hợp hành vi VPHC gây thiệt hại về sức khỏe, tinh thần*” vừa bị “*bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật dân sự*”. Nếu vậy, ranh giới giữa hai chế tài này như thế nào? Thiết nghĩ, các khoản chi phí khám bệnh, chữa bệnh nếu muốn xác định có *hợp lý* hay không chỉ có thể được thực hiện bởi tòa án thông qua thủ tục tố tụng tố tụng nghiêm ngặt chứ không thể thực hiện thông qua thủ tục hành chính.

Thứ ba, nhiều biện pháp khắc phục hậu quả không khả thi, không rõ ràng nên khó áp dụng vào thực tiễn.

Hiện nay, trong các nghị định có rất nhiều các biện pháp khắc phục hậu quả nhưng không mang tính khả thi. Từ đó, dẫn đến tình trạng khó áp dụng vào thực tiễn. Ví dụ, Nghị định số 103/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 41/2017/NĐ-CP) quy định các biện pháp khắc phục hậu quả mang tiêu chí định tính nên rất khó xác định trên thực tế. Ví dụ, biện pháp khắc phục hậu quả “*chuyên giao số thủy sinh quý hiếm có nguy cơ tuyệt chủng bị thương cho cơ sở cứu hộ để chữa trị, phục hồi và thả về môi trường sống khi đủ điều kiện*” rất khó được áp dụng trong thực tế. Về thực tiễn,

phải nhận thức rằng việc xác định tiêu chí “*khi đủ điều kiện*” là không hề đơn giản. Bên cạnh đó, tiêu chí “*khi đủ điều kiện*” được đánh giá trên cơ sở nào và ai là người có thẩm quyền đánh giá thì lại không được quy định cụ thể. Ngoài ra, biện pháp “*buộc tiếp tục nuôi thủy sản đến khi kết quả kiểm nghiệm dư lượng hóa chất, kháng sinh dưới mức giới hạn tối đa cho phép*” cũng không khả thi bởi thủ tục, cơ chế kiểm tra, giám sát việc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả chưa được pháp luật quy định. Có lẽ vì sự phức tạp và bất khả thi nên mặc dù Nghị định số 103/2013/NĐ-CP (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 41/2017/NĐ-CP) liệt kê “*chuyên giao số thủy sinh quý hiếm có nguy cơ tuyệt chủng bị thương cho cơ sở cứu hộ để chữa trị, phục hồi và thả về môi trường sống khi đủ điều kiện*”, “*buộc tiếp tục nuôi thủy sản đến khi kết quả kiểm nghiệm dư lượng hóa chất, kháng sinh dưới mức giới hạn tối đa cho phép*” là biện pháp khắc phục hậu quả nhưng Nghị định số 103/2013/NĐ-CP (sửa đổi bởi Nghị định số 41/2017/NĐ-CP) lại không quy định bất cứ hành vi nào bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả này.

Nghị định số 144/2013/NĐ-CP xử phạt VPHC về bảo trợ, cứu trợ xã hội và bảo vệ, chăm sóc trẻ em quy định biện pháp khắc phục hậu quả: “*buộc thực hiện ngay các biện pháp để khắc phục tình trạng thiếu an toàn*”. Mặc dù ý nghĩa của biện pháp này là lớn lao, tuy nhiên, trong trường hợp này, việc sử dụng từ “*ngay*” là không hợp lý vì không có tiêu chí đánh giá cụ thể thế nào là “*ngay*”. Sự hạn chế về kỹ thuật lập pháp khi không giải thích rõ ràng thế nào là “*thực hiện ngay các biện pháp để khắc phục tình trạng thiếu an toàn*” đã làm cho quy định này trở nên thiếu tính khả thi khi áp dụng trong thực tế.

Thứ tư, các biện pháp khắc phục hậu quả trong nghị định tuy nhiều nhưng không

16 Điểm c khoản 3 Điều 5 Nghị định số 55/2009/NĐ-CP ngày 10/6/2009 xử phạt VPHC về bình đẳng giới.

17 Khoản 4 Điều 5 Nghị định số 55/2009/NĐ-CP xử phạt VPHC về bình đẳng giới.

bao quát được hết các hành vi vi phạm. Từ đó dẫn đến thực trạng là nhiều VPHC lẽ ra phải áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả để khôi phục lại tình trạng ban đầu do VPHC gây ra nhưng lại không bị áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả tương ứng.

Điều 8 Nghị định số 159/2013/NĐ-CP xử phạt VPHC về nội dung thông tin trong hoạt động báo chí chỉ quy định áp dụng duy nhất biện pháp khắc phục hậu quả: “buộc cải chính, xin lỗi” mà không áp dụng các biện pháp khác. Như vậy, đối với những vi phạm như “đăng, phát thông tin sai sự thật gây ảnh hưởng nghiêm trọng”, “đăng, phát thông tin xuyên tạc, vu khống nhằm xúc phạm danh dự, uy tín của tổ chức, danh dự, nhân phẩm của cá nhân”... thì người có thẩm quyền xử phạt chỉ có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “buộc cải chính, xin lỗi”. Trong các trường hợp này, “buộc cải chính, xin lỗi” là cần thiết. Tuy nhiên, nếu chỉ cải chính, xin lỗi bằng một bài viết ngắn và “để mặc” sự tồn tại của các thông tin sai sự thật, xuyên tạc, vu khống, kích động bạo lực, dâm ô, đồi trụy thì trong nhiều trường hợp còn lợi bất cập hại. Nhằm khôi phục lại tình trạng ban đầu mà vi phạm đã gây ra thì nhà làm luật cần phải quy định rõ ràng bên cạnh áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “buộc cải chính, xin lỗi”, còn phải áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả: “buộc gỡ bỏ xuất bản phẩm điện tử vi phạm các quy định của pháp luật”. Để lấp lỗ hổng này, Điều 42 Luật Báo chí năm 2016 quy định thêm biện pháp: “đối với báo chí điện tử, ngoài việc đăng, phát lời cải chính, xin lỗi còn phải gỡ bỏ ngay thông tin sai sự thật đã đăng, phát”. Tuy nhiên, biện pháp “buộc gỡ bỏ ngay thông tin” chỉ áp dụng đối với các thông tin sai sự thật. Bất cập này dẫn đến thực trạng là người có thẩm quyền xử phạt bị “trói tay” khi không tìm

thấy cơ sở pháp lý vững chắc để buộc người vi phạm phải gỡ bỏ bài viết “kích động bạo lực, dâm ô, đồi trụy”, “tiết lộ bí mật đời tư khi chưa được sự đồng ý của người đó” bởi trong trường hợp này, các thông tin có thể không sai sự thật nên không thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều 42 Luật Báo chí năm 2016¹⁸.

Điều 14 Nghị định số 148/2013/NĐ-CP xử phạt VPHC trong lĩnh vực dạy nghề quy định hành vi “thi tốt nghiệp thay người khác” sẽ bị phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng. Ngoài chế tài phạt tiền, vi phạm này không bị áp dụng bất cứ hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả nào khác. Tuy nhiên, nếu xảy ra trường hợp thi thay người khác, đã có kết quả đậu, được cấp văn bằng, chứng chỉ nghề, sau đó mới phát hiện hành vi vi phạm thì giải quyết thế nào?

Theo quy định của Nghị định số 148/2013/NĐ-CP, người thi thay chỉ bị phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng. Tuy nhiên, nếu chỉ xử phạt người thi thay mà không xử phạt người nhờ thi thay thì chẳng khác nào thỏa hiệp với tư duy “phạt và đồng ý cho tồn tại”. Trong trường hợp này lẽ ra phải quy định áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả: “buộc thu hồi văn bằng, chứng chỉ nghề đã cấp” thì mới khôi phục được tình trạng ban đầu do VPHC gây ra. Tuy Điều 3 Nghị định số 148/2013/NĐ-CP có quy định biện pháp khắc phục hậu quả “buộc thu hồi văn bằng, chứng chỉ nghề đã cấp” nhưng biện pháp này lại không được áp dụng đối với vi phạm “thi tốt nghiệp thay người khác” được quy định tại Điều 14 Nghị định số 148/2013/NĐ-CP. Điều này dẫn đến thực trạng là không xử lý dứt điểm VPHC và cũng không phù hợp với nguyên tắc “mọi hậu quả do VPHC gây ra phải được khắc

18 Các thông tin “kích động bạo lực”, “tiết lộ bí mật đời tư khi chưa được sự đồng ý của người đó” có thể không phải là thông tin sai sự thật nhưng việc đăng, phát những thông tin này mang tính tiêu cực cho xã hội nên bị xử phạt. Tuy nhiên, theo Điều 42 Luật Báo chí năm 2016, nếu đó không phải là thông tin sai sự thật thì cơ quan nhà nước không có quyền yêu cầu chủ thể vi phạm gỡ bỏ thông tin này.

phục theo đúng quy định của pháp luật” được quy định tại Điều 3 Luật Xử lý VPHC năm 2012.

Thứ năm, việc áp dụng sai các biện pháp khắc phục hậu quả theo quy định của nghị định gây thiệt hại cho cá nhân, tổ chức lại không được Nhà nước bồi thường là một vấn đề cần được nghiên cứu hoàn thiện.

Nhà nước pháp quyền là nhà nước đề cao công lý và lẽ phải. Điều này đòi hỏi khi ban hành một quyết định hành chính hay thực hiện một hành vi hành chính trái pháp luật thì các chủ thể thực hiện chức năng quản lý nhà nước vẫn phải chịu trách nhiệm pháp lý. Một trong những trách nhiệm được đề cập đến đó là trách nhiệm bồi thường của Nhà nước.

Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017 quy định Nhà nước có trách

trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong trường hợp *áp dụng một trong các biện pháp khắc phục hậu quả trái pháp luật*. Tuy nhiên, Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017 chỉ “gói gọn” trách nhiệm bồi thường trong việc áp dụng trái pháp luật một trong các biện pháp khắc phục hậu quả do Luật này quy định¹⁹. Ở đây đặt ra câu hỏi: trong trường hợp người có thẩm quyền áp dụng trái pháp luật các biện pháp khắc phục hậu quả theo quy định của nghị định mà gây thiệt hại cho cá nhân, tổ chức thì Nhà nước có trách nhiệm bồi thường hay không? Vấn đề này cần được nghiêm túc nghiên cứu để có những giải pháp hoàn thiện Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017. ■

GIỚI HẠN TRÁCH NHIỆM PHÁP LÝ...

(Tiếp theo trang 21)

luật chuyên ngành khác dựa vào đó để vận dụng trong những quy phạm của mình. Vì vậy, trường hợp BLHS 2015 đưa ra giới hạn thời điểm “trong 7 ngày tuổi” ở tội danh như đã nêu là chưa rõ ràng về cơ sở khoa học/pháp lý.

Tóm lại, Nhà nước cần có quy định xác định rõ thời điểm phát sinh năng lực pháp luật của một con người - công dân sau khi sinh ra, có như vậy thì việc xác định trách nhiệm pháp lý trong thực tiễn sẽ rõ ràng và thuận lợi hơn cho việc áp dụng xử lý - không chỉ riêng đối với pháp luật hình sự mà còn rất ý nghĩa với các quan hệ pháp luật hành chính, pháp luật dân sự, thừa kế, con nuôi...

Ví dụ, nếu xảy ra trường hợp một người mẹ (quốc tịch Việt Nam) giết con mới đẻ hoặc là đồng phạm với kẻ khác giết con mới đẻ ở quốc gia khác có chênh lệch múi giờ với Việt Nam từ một, vài phút đến một ngày thì định lượng “trong 7 ngày tuổi” của BLHS 2015 có thể làm phát sinh những rắc rối về xung đột pháp luật trong truy cứu trách nhiệm hình sự và một số định chế pháp lý về bồi thường dân sự, bảo hiểm, thừa kế liên quan. Do đó, để hoàn thiện hệ thống pháp quyền, không thể không khắc phục những “lỗ hổng” pháp lý như nêu trên. ■

19 Khoản 3 Điều 17 Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017 quy định:

“Nhà nước có trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong trường hợp áp dụng một trong các biện pháp khắc phục hậu quả VPHC sau đây trái pháp luật:

- Buộc tháo dỡ công trình, phần công trình xây dựng không có phép hoặc xây dựng không đúng với giấy phép;
- Buộc loại bỏ yếu tố vi phạm trên hàng hóa, bao bì hàng hóa, phương tiện kinh doanh, vật phẩm;
- Buộc thu hồi sản phẩm, hàng hóa không bảo đảm chất lượng”.

HOÀN THIỆN LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013 NHẪM BẢO ĐẢM LỢI ÍCH NGƯỜI SỬ DỤNG ĐẤT NÔNG NGHIỆP

Nguyễn Thành Luân*

* NCS. Trường Đại học Luật Hà Nội.

Thông tin bài viết:

Từ khóa: định giá đất; hạn mức tích tụ ruộng đất; quyền sử dụng đất nông nghiệp sử dụng đất nông nghiệp; thời hạn sử dụng đất; thu hồi đất.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 06/04/2018

Biên tập : 12/07/2018

Duyệt bài : 17/07/2018

Article Infomation:

Keywords: land valuation; land accumulation limit; agricultural land use right; term of land use; land acquisition

Article History:

Received : 06 Apr. 2018

Edited : 12 Jul. 2018

Approved : 17 Jul. 2018

Tóm tắt:

Tính từ năm 1987 đến nay, chỉ trong vòng 30 năm, Luật Đất đai đã được sửa đổi, bổ sung 5 lần (vào các năm 1993, 1998, 2001, 2003 và 2013), trong đó, nội dung quy định về quyền sử dụng đất nông nghiệp luôn được chú trọng. Tiếp nối các Luật Đất đai năm 1993 và 2003, Luật Đất đai năm 2013 (có hiệu lực từ ngày 01/07/2014) đã có nhiều sửa đổi quan trọng trong chính sách pháp luật về quyền sử dụng đất nông nghiệp. Tuy nhiên, cùng với sự phát triển của kinh tế - xã hội, thực tiễn thi hành pháp luật về đất đai luôn phát sinh những đòi hỏi sửa đổi, cải cách trong xây dựng và thi hành pháp luật về quyền sử dụng đất nông nghiệp.

Abstract

Since 1987, within 30 years, the Law on Land has been amended 5 times (in 1993, 1998, 2001, 2003 and 2013), in which the provisions on agricultural land is always focused. Following the Laws on Land of 1993 and 2003, the Law on Land of 2013 (effective as of July 1, 2014) has included several important amendments to the legal provisions on agricultural land use rights. However, along with the socio-economic developments, the practice of enforcement of the law on land has always required the reforms and reform in the development and enforcement of the legal regulations on the agricultural land use rights.

1. Về hạn mức tích tụ và tập trung đất nông nghiệp

Ở Việt Nam, vấn đề hạn mức tích tụ ruộng đất và tập trung đất nông nghiệp luôn là vấn đề phức tạp, gây ra nhiều tranh cãi

trong quá trình xây dựng và hoàn thiện Luật Đất đai. Với tư cách là đại diện sở hữu toàn dân đối với đất đai, Nhà nước một mặt phải thúc đẩy việc tích tụ ruộng đất hợp lý để phục vụ cho sản xuất lớn¹, nhưng mặt khác

¹ Điều này cũng phù hợp với quan điểm của Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội 2011-2020 tại Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XI: “Khuyến khích tập trung ruộng đất, phát triển trang trại, doanh nghiệp nông nghiệp phù hợp về quy mô và điều kiện của từng vùng”.

cũng phải ngăn chặn những hiện tượng tập trung ruộng đất một cách tiêu cực, dẫn đến độc quyền sử dụng đất đai, bóc lột người lao động, làm giảm hiệu quả sử dụng đất nông nghiệp (SDĐNN). Nghiên cứu pháp luật của các nước trên thế giới cho thấy, ngay cả những quốc gia thừa nhận nhiều hình thức sở hữu về đất đai (trong đó có sở hữu tư nhân) cũng vẫn xây dựng các quy định pháp luật về hạn điền, như Nhật Bản, Hàn Quốc², những quốc gia thuộc khu vực Đông Á, có điểm tương đồng với Việt Nam là đất chật, người đông. Quỹ đất nông nghiệp hạn chế, khó có khả năng tăng thêm, và thậm chí còn phải chia sẻ cho quá trình phát triển thương mại, công nghiệp đòi hỏi các quốc gia này phải có một chế độ sử dụng đất đai hợp lý.

Ở Việt Nam, Luật Đất đai năm 1993 đưa ra quy định về hạn mức SDĐNN của cá nhân, hộ gia đình theo hướng không chế diện tích đất tối đa mà mỗi cá nhân, hộ gia đình được phép sử dụng dưới mọi hình thức (bao gồm cả đất được giao, được nhận chuyển quyền...). Đến Luật Đất đai năm 2003, cách hiểu về hạn mức sử dụng đất được thay đổi theo hướng không hạn chế diện tích sử dụng, mà chỉ hạn chế diện tích đất được giao (hạn mức giao đất) và được chuyển nhượng, tặng cho... (hạn mức nhận chuyển quyền). Cách quy định như vậy tỏ ra linh hoạt và hợp lý hơn so với việc không chế diện tích đất sử dụng thực tế: một cá nhân, hộ gia đình nếu như có nhu cầu sử dụng đất nhiều hơn hạn mức giao đất, sẽ phải chuyển sang thuê đất, và phải chịu nghĩa vụ tài chính với Nhà nước nặng hơn so với đất trong hạn mức. Điều đó sẽ buộc người SDĐNN phải tính toán, suy nghĩ, tìm ra giải pháp khai thác diện tích đất nông nghiệp thực sự hiệu quả, mang lại năng suất cao.

Về hạn mức giao đất nông nghiệp,
Luật Đất đai năm 2013 tiếp tục kế thừa gần

như toàn bộ các quy định của Luật Đất đai năm 2003. Cụ thể hơn, Điều 129 Luật Đất đai năm 2013 chỉ là kết quả của việc luật hóa các quy định của Điều 69 Nghị định 181/2004/NĐ-CP hướng dẫn thi hành Luật Đất đai năm 2003. Có khác chăng, thay vì chỉ đưa ra giới hạn trần của hạn mức giao đất và giao cho Chính phủ quy định chi tiết hạn mức giao đất với từng loại đất và từng vùng bằng Nghị định như quy định tại khoản 6 Điều 70 Luật Đất đai năm 2003 thì Luật Đất đai năm 2013 đã để Quốc hội trực tiếp quy định. Đây là điều dễ hiểu, vì sau 10 năm thi hành Luật Đất đai năm 2003, thực tiễn cho thấy, hạn mức giao đất nông nghiệp được đặt ra tại Nghị định 181/2004/NĐ-CP là phù hợp, do đó cần phải được quy định cứng trong luật như một sự đảm bảo pháp lý chắc chắn hơn cho việc giao đất nông nghiệp của Nhà nước hiện nay.

Về hạn mức nhận chuyển quyền SDĐNN, đây là bước tiến có tính đột phá của Luật Đất đai năm 2013, khi cho phép hạn mức nhận chuyển quyền SDĐNN lên đến mức không quá 10 lần hạn mức giao đất. So với quy định trong Nghị quyết 1126/2007/NQ-UBTVQH11 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, hạn mức nhận chuyển quyền SDĐNN của cá nhân, hộ gia đình đã tăng lên từ 3 đến 5 lần (tùy loại đất và tùy vùng). Điều này mở ra khả năng tích tụ ruộng đất để nâng cao trình độ canh tác và hiệu quả kinh tế. Nhằm đảm bảo sự linh hoạt của chính sách tích tụ ruộng đất, quy định về hạn mức nhận chuyển quyền sử dụng đất trước đây do Chính phủ trình Ủy ban Thường vụ Quốc hội quyết định³, nay đã được quy định khung trong Luật Đất đai năm 2013, và Quốc hội giao cho Chính phủ quy định cụ thể đối với từng vùng và từng thời kỳ.

Tóm lại, so với Luật Đất đai năm 2003, quy định về hạn mức giao đất trong

² Nguyễn Thị Kiều Oanh, Về hạn mức đất nông nghiệp đối với hộ gia đình, cá nhân theo dự thảo Luật Đất đai sửa đổi, Tạp chí Khoa học Pháp lý, Số Đặc san 01/2013.

³ Khoản 3, Điều 71 Luật Đất đai năm 2003.

Luật Đất đai năm 2013 không thay đổi về nội dung, nhưng về hình thức thể hiện thì đã có sự thay đổi lớn. Theo quy định của Luật Đất đai năm 2013, Quốc hội đã “thu hồi” lại thẩm quyền quy định hạn mức giao đất nông nghiệp của Chính phủ. Đây là biện pháp phù hợp, nhất là trong bối cảnh quỹ đất nông nghiệp chưa được Nhà nước giao cho cá nhân, hộ gia đình chỉ còn rất hạn chế⁴, trong khi đa số nông dân vẫn chưa có khả năng tiếp cận với quyền SĐĐNN thông qua thị trường bất động sản (cho thuê, chuyển nhượng quyền sử dụng đất...). Hạn mức giao đất nông nghiệp (đã trải qua kiểm nghiệm thực tiễn 10 năm thi hành Luật Đất đai 2003) vẫn được giữ nguyên, song việc giao đất cần được quản lý chặt chẽ hơn, tránh sự tùy tiện. Vì vậy, cần thiết phải có chế tài mạnh dành cho cả chủ thể sử dụng đất và chủ thể có thẩm quyền giao đất, nhằm đảm bảo đất nông nghiệp được giao đúng đối tượng có nhu cầu canh tác.

2. Về thời hạn sử dụng đất nông nghiệp

Bên cạnh những thay đổi về hạn mức tích tụ ruộng đất, Luật Đất đai năm 2013 cũng có một thay đổi đáng kể liên quan đến thời hạn sử dụng đất, đó là nâng thời hạn giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất trồng cây hàng năm, đất nuôi trồng thủy sản, đất làm muối cho cá nhân, hộ gia đình trực tiếp sản xuất từ 20 lên 50 năm. Một mặt, quy định này thể hiện rõ quan điểm của Đảng trong Nghị quyết 19-NQ/TW ngày 03/10/2012 của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI về tiếp tục đổi mới chính sách pháp luật về đất đai, theo đó “tiếp tục giao đất, cho thuê đất nông nghiệp cho hộ gia đình, cá nhân sử dụng có thời hạn theo hướng kéo dài hơn quy định hiện hành”. Mặt khác, quy định này còn đảm bảo sự bình đẳng giữa người sử dụng đất trồng cây hàng năm, nuôi trồng thủy sản, làm muối với người sử

dụng đất trồng cây lâu năm hay đất rừng sản xuất (đã được hưởng thời hạn sử dụng đất lên đến 50 năm từ Luật Đất đai năm 2003); cũng như giữa hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất với các tổ chức kinh tế sử dụng đất (được hưởng thời hạn sử dụng đất 50 năm, thậm chí lên đến 70 năm đối với dự án có vốn đầu tư lớn nhưng thu hồi vốn chậm, dự án đầu tư vào địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn hay đặc biệt khó khăn). Rõ ràng, không thể chỉ căn cứ vào cách thức canh tác cây ngắn ngày hay dài ngày, hay giữa cá nhân, hộ gia đình với tổ chức kinh tế để quy định thời hạn sử dụng đất. Trong nhiều trường hợp, đầu tư vào canh tác cây hàng năm hay nuôi trồng thủy sản còn tốn kém hơn so với đầu tư cây lâu năm, do đó thời hạn sử dụng đất quá ngắn sẽ làm người nông dân hạn chế đầu tư vào đất đai, thậm chí còn có thể làm cho họ khai thác một cách quá mức dẫn đến sự kiệt quệ của đất đai. Nâng cao thời hạn sử dụng đất trồng cây hàng năm, đất nuôi trồng thủy sản, đất làm muối lên 50 năm sẽ giúp tạo tâm lý gắn bó, lâu dài cho người sử dụng, thúc đẩy việc đầu tư vào canh tác trên đất, nhằm mang lại năng suất và hiệu quả kinh tế cao hơn.

Tuy nhiên, Luật Đất đai năm 2013 vẫn còn những bất cập về vấn đề thời hạn sử dụng đất. Theo quy định của Luật Đất đai năm 2013, thời hạn sử dụng các nhóm đất nông nghiệp nói chung đều đã nâng lên đến 50 năm, tuy nhiên, Điều 37 vẫn giữ quy định kỳ quy hoạch là 10 năm. Điều này cho thấy, tầm nhìn quy hoạch vẫn chưa theo kịp với tốc độ phát triển của nền kinh tế, dễ dẫn đến sự mất ổn định trong sử dụng, khai thác đất đai, trong đó có đất nông nghiệp. Nhìn rộng ra, mặc dù đã được gia tăng thời hạn sử dụng đất, song ở Việt Nam hiện nay, đa số đất nông nghiệp vẫn là đất sử dụng có thời hạn. Có chuyên gia nhận định, so với đất ở,

⁴ Quyết định số 2282/QĐ-BTNMT ngày 08/12/2011 của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường về phê duyệt và công bố kết quả kiểm kê diện tích đất đai tính đến ngày 01/01/2011 xác định: 25,07 triệu ha đất nông nghiệp trên tổng số 26,23 triệu ha đất nông nghiệp trên cả nước đã được giao cho các đối tượng sử dụng (chiếm 95,6%).

đất kinh doanh được Nhà nước công nhận là ổn định lâu dài, thì đất nông nghiệp thường chỉ có thời hạn sử dụng là 50 năm, lại bị hạn chế bởi hạn mức giao đất, nên quyền tài sản của nông hộ đối với đất nông nghiệp đang được Nhà nước bảo hộ ở mức kém hơn, dễ bị Nhà nước thu hồi hơn⁵. Đã xuất hiện những quan điểm cho rằng, để phù hợp với quy định pháp luật của Cộng đồng kinh tế chung ASEAN (AEC) mà Việt Nam là thành viên, nên kéo dài thời hạn SDĐNN đến 99 năm, thậm chí là vĩnh viễn⁶.

Từ kinh nghiệm quốc tế, cũng như những bài học của lịch sử, có thể thấy rằng, việc gia tăng thời hạn SDĐNN lên mức cao hơn so với quy định hiện hành của Luật Đất đai năm 2013 là hoàn toàn khả thi và có thể mang lại nhiều lợi ích như: thúc đẩy việc đầu tư, gia tăng giá trị sản phẩm, nâng cao hiệu quả canh tác và bồi dưỡng đất đai.

3. Về định giá đất và thu hồi đất nông nghiệp

Một trong những vấn đề nóng bỏng, nhức nhối trong suốt 10 năm thi hành Luật Đất đai năm 2003 là vấn đề định giá đất và thu hồi đất nông nghiệp. Chính cơ chế định giá đất chưa phù hợp đã góp phần tạo ra nhiều bất cập trong thu hồi đất, đặc biệt là đất nông nghiệp.

So với Luật Đất đai năm 2003, các quy định về định giá đất của Luật Đất đai năm 2013 đã có nhiều sửa đổi, bổ sung quan trọng, cụ thể là:

Thứ nhất, bổ sung Điều 112 quy định về các nguyên tắc định giá đất: (i) theo mục đích sử dụng đất hợp pháp tại thời điểm định giá; (ii) theo thời hạn sử dụng đất; (iii) phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường của loại đất có cùng mục đích sử dụng đã chuyển nhượng, giá trúng đấu giá quyền sử dụng đất đối với những nơi có đấu giá

quyền sử dụng đất hoặc thu nhập từ việc sử dụng đất; (iv) cùng một thời điểm, các thửa đất liền kề nhau có cùng mục đích sử dụng, khả năng sinh lợi, thu nhập từ việc sử dụng đất tương tự như nhau thì có mức giá như nhau. Chính phủ quy định cụ thể các phương pháp định giá đất như phương pháp so sánh, phương pháp chiết trừ, phương pháp thu nhập, phương pháp thặng dư, phương pháp hệ số điều chỉnh và hoàn cảnh áp dụng các phương pháp⁷.

Thứ hai, bổ sung quy định về khung giá đất. Khung giá đất được Chính phủ ban hành định kỳ 05 năm một lần đối với từng loại đất, theo từng vùng. Trong thời gian thực hiện khung giá đất mà giá đất phổ biến trên thị trường tăng từ 20% trở lên so với giá tối đa hoặc giảm từ 20% trở lên so với giá tối thiểu trong khung giá đất thì Chính phủ điều chỉnh khung giá đất cho phù hợp.

Thứ ba, sửa đổi quy định về xây dựng bảng giá đất tại Điều 114: “Căn cứ nguyên tắc, phương pháp định giá đất và khung giá đất, UBND cấp tỉnh xây dựng và trình Hội đồng nhân dân cùng cấp thông qua bảng giá đất trước khi ban hành. Bảng giá đất được xây dựng định kỳ 05 năm một lần và công bố công khai vào ngày 01 tháng 01 của năm đầu kỳ”.

Tuy nhiên, có thể nói rằng, nhìn tổng thể, cách định giá đất theo Luật Đất đai năm 2013 vẫn chưa thể bám sát diễn biến của thị trường, do: (1) thị trường đất nông nghiệp hoạt động rất ẽo uột và chưa có tổ chức nên hầu như không thể thu thập được thông tin tin cậy về giá đất, ngoại trừ cách lấy giá quy định từ bảng giá đất của UBND tỉnh⁸; (2) quản lý nhà nước về đất đai chưa ngăn chặn được tình trạng đầu cơ, đặc biệt là đầu cơ đất nông nghiệp ở những khu vực sắp được

⁵ Phạm Duy Nghĩa, Giáo trình Luật Kinh tế, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2015, tr. 119-120.

⁶ Trần Thị Cúc, Nguyễn Phúc Thiện, Bảo đảm thực thi quyền SDĐNN trong quá trình hội nhập quốc tế, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 06/2016.

⁷ Điều 4, Điều 5 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP.

⁸ Trần Thị Minh Châu, Chính sách đất nông nghiệp ở Việt Nam, Tạp chí Cộng sản số 06/2011.

thu hồi để xây dựng khu đô thị, khu công nghiệp... dẫn đến tình trạng bong bóng bất động sản, giá đất bị đẩy lên quá cao so với giá trị thực.

Nhìn rộng ra, các quy định về căn cứ thu hồi đất của Luật Đất đai năm 2013 dù đã thu hẹp nhiều so với Luật Đất đai 2003 nhưng vẫn đang cho phép nhiều chủ thể có thẩm quyền thu hồi đất, cũng như nhiều trường hợp thu hồi đất, đặc biệt là thu hồi đất để phục vụ phát triển kinh tế. Về việc sử dụng cơ chế thu hồi đất để thực hiện các dự án phục vụ phát triển kinh tế, có một lập luận thường được người nông dân sử dụng trong các tranh chấp đất đai diễn ra trong quá trình 10 năm thi hành Luật Đất đai năm 2003 là: nếu như Nhà nước thu hồi đất để xây dựng các công trình công cộng, vì lợi ích quốc gia, lợi ích cộng đồng như trường học, bệnh viện, nghĩa trang, doanh trại bộ đội... thì người dân sẵn sàng chấp hành quyết định thu hồi, sẵn sàng nhận tiền đền bù theo khung giá Nhà nước quy định. Nhưng nếu như Nhà nước thu hồi đất để giao cho doanh nghiệp xây dựng khu đô thị, nhà chung cư... thì người dân phải được đền bù theo giá thỏa thuận với doanh nghiệp. Nhà nước chỉ có thể đứng ra làm trung gian đàm phán, chứ không thể dùng quyền lực nhà nước để áp đặt, gây thiệt thòi cho người dân. Dĩ nhiên, lập luận này chỉ nên được xem như một nguyên tắc chung của Luật Đất đai, và có thể xây dựng một số ngoại lệ nhất định. Nhưng khi nhìn lại những tranh chấp đất đai nóng bỏng trong thời gian vừa qua, không thể không thấy sự cần thiết phải sửa đổi lại các quy định về căn cứ thu hồi đất của Luật Đất đai năm 2013, theo hướng hạn chế, tiến tới chấm dứt việc thu hồi đất để thực hiện dự án phục vụ phát triển kinh tế - nguyên nhân chính dẫn đến đa số các tranh chấp về đất đai giữa người nông dân với Nhà nước.

Trong quá trình thu hồi đất nông

NGHIỆP, cũng cần đặc biệt chú ý đến chuyển đổi việc làm và tái định cư cho người nông dân. Theo thống kê của Bộ Nông nghiệp và phát triển nông thôn, cứ mỗi ha đất bị thu hồi sẽ làm 10 lao động nông thôn mất việc làm. Mỗi năm có khoảng 73,3 ngàn ha đất nông nghiệp bị thu hồi, nghĩa là chừng 70 vạn lao động nông nghiệp phải thay đổi việc làm⁹. Đây là một vấn đề cần đặc biệt chú ý trong quá trình thu hồi đất. Ngay cả khi đền bù cho người nông dân một số tiền lớn, mà không chú trọng việc chuyển đổi việc làm cho họ, sẽ dễ dẫn đến những tệ nạn, bất ổn xã hội ở chính những gia đình vừa được đền bù.

Qua phân tích trên, có thể thấy rằng: để chính sách pháp luật về quyền SDĐNN có thể thực sự đi vào đời sống và phát huy hiệu quả, rất cần những biện pháp đồng bộ, nhằm tăng cường sự bảo hộ của Nhà nước đối với đất nông nghiệp, cũng như gia tăng địa vị pháp lý của người SDĐNN trong một thị trường đất đai cởi mở và minh bạch. Theo chúng tôi, cần thiết phải lưu ý đến các biện pháp:

Thứ nhất, cần từng bước mở rộng hạn mức tích tụ đất nông nghiệp theo hướng gia tăng hạn mức nhận chuyển quyền SDĐNN.

Thứ hai, cần tăng thêm thời hạn SDĐNN, chú trọng xây dựng các quy hoạch dài hạn để bảo đảm sử dụng ổn định, lâu dài cho người SDĐNN.

Thứ ba, sửa đổi, bổ sung các quy định, cơ chế định giá đất nông nghiệp, hạn chế các trường hợp thu hồi đất không vì lợi ích quốc gia, lợi ích cộng đồng. Trao thêm cho người nông dân quyền được đàm phán, thương lượng giá đất với chủ đầu tư dự án phát triển kinh tế, hướng tới xây dựng thị trường đất nông nghiệp rộng rãi, lành mạnh và minh bạch■

⁹ Phạm Thu Thủy, Những vấn đề đặt ra thực tiễn áp dụng pháp luật về thu hồi đất nông nghiệp, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật số 03/2014.

TẠI SAO CẦN TĂNG THUẾ TIÊU THỤ ĐẶC BIỆT ĐỐI VỚI THUỐC LÁ?

Phan Thị Hải*

Phạm Thị Duyên Thảo**

* Bác sỹ, Phó Giám đốc Quỹ phòng, chống tác hại thuốc lá

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

Thông tin bài viết:

Từ khóa: thuế thuốc lá, tác hại của thuốc lá, sức khỏe cộng đồng

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 17/08/2018

Biên tập : 31/08/2018

Duyệt bài : 04/09/2018

Article Infomation:

Keywords: tobacco taxation; harmful effects of tobacco; community health

Article History:

Received : 17 Aug. 2018

Edited : 31 Aug. 2018

Approved : 04 Sep. 2018

Tóm tắt:

Sử dụng thuốc lá đang gây ra gánh nặng bệnh tật và kinh tế nặng nề cho Việt Nam. Trong khi xu hướng sử dụng thuốc lá và những hệ lụy của nó đang không ngừng gia tăng thì thuế và giá thuốc lá ở Việt Nam lại đang ở mức thấp nhất so với các nước trên thế giới và trong khu vực, điều này khiến sức mua thuốc lá đang không ngừng gia tăng. Bài viết này phân tích sự bất cập về thuế và giá thuốc lá, tính cấp thiết của việc tăng thuế tiêu thụ đặc biệt đối với thuốc lá tại Việt Nam.

Abstract

Tobacco utization is causing a severe and serious burden of economics and diseases for Vietnam. While harmful effects by tobacco utization are constantly on an uptrend, the imposible taxes and tobacco prices in Vietnam are at the lowest level in comparison to those in a number of countries in the world and in the region, which leads to the cigarettes purchase is increasing. This article provides analysis of the inadequacies of tobacco taxation and prices in Viet Nam and the urgency of increase of excise taxes imposed on tobacco in Vietnam.

1. Tiêu dùng thuốc lá cao, tín hiệu báo động về sức khỏe cộng đồng

Theo điều tra toàn cầu năm 2015 về sử dụng thuốc lá ở người trưởng thành (trên 15 tuổi) mặc dù tỷ lệ hút thuốc có xu hướng giảm nhưng với 15,6 triệu người hút thuốc, Việt Nam hiện đứng thứ 3 trong khu

vực ASEAN và đứng thứ 9 trên thế giới về số người hút thuốc cao nhất; trung bình cứ hai nam giới trưởng thành thì có một người hút thuốc, tỷ lệ hút thuốc ở thanh thiếu niên (15-24 tuổi) là 24,3%; bên cạnh đó, có 28,5 triệu người không hút thuốc bị tiếp xúc với khói thuốc thụ động ở nhà và 5,9 triệu người không hút thuốc bị tiếp xúc với khói thuốc

thu động tại nơi làm việc¹.

Tại Việt Nam, theo ước tính của Tổ chức Y tế thế giới (WHO), mỗi năm có trên 40.000 ca tử vong vì các bệnh do thuốc lá gây ra; con số này sẽ tăng lên thành 70.000 ca/năm vào năm 2030, nếu Việt Nam không thực hiện ngay các biện pháp phòng chống tác hại thuốc lá hiệu quả (mà chính sách thuế và giá đóng góp 60% giảm tiêu dùng thuốc lá trong tổng số các giải pháp)². Các bệnh có nguyên nhân chính từ sử dụng thuốc lá gây ra tử vong hàng đầu ở Việt Nam là đột quỵ, mạch vành, bệnh phổi tắc nghẽn mãn tính và ung thư phổi³.

Vấn đề đáng lo ngại nữa là phần lớn những người hút thuốc lá Việt Nam bắt đầu hút thuốc từ khi còn rất trẻ. Năm 2015, theo điều tra toàn cầu về sử dụng thuốc lá ở người trưởng thành, có tới 56% người Việt Nam hút thuốc bắt đầu hút thuốc trước tuổi 20. Năm 2014, theo điều tra toàn cầu về sử dụng thuốc lá ở thanh thiếu niên, có tới 17,9% nam thanh thiếu niên và 5,4% nữ thanh thiếu niên ở Việt Nam trong lứa tuổi từ 13 -15 đã từng sử dụng thuốc lá, trong đó 17% hút thuốc trước tuổi lên 10⁴. Hệ lụy hút thuốc lá ở người trẻ tuổi là khả năng nghiện thuốc khi trưởng thành cao hơn và tác hại đối với sức khỏe sinh sản và sức khỏe của các thế hệ sau cũng lớn hơn.

2. Sử dụng thuốc lá gây gánh nặng về kinh tế cho hộ gia đình và quốc gia

Hút thuốc lá gây ra bệnh tật và tử vong sớm, vì thế tạo ra gánh nặng về chi phí y tế đối với gia đình và xã hội. Chi phí y tế do tác hại của việc hút thuốc lá là tất cả các khoản chi tiêu hay thu nhập bị mất đi vì bệnh tật do

thuốc lá gây ra. Các khoản chi phí này bao gồm: chi phí trực tiếp cho điều trị bệnh (viện phí, chi phí mua thuốc, máu...), chi phí trực tiếp không cho điều trị bệnh (chi phí đi lại, thuê người chăm sóc, ở trọ...) và chi phí gián tiếp (thu nhập bị mất đi do giảm năng suất lao động vì nghỉ sớm và tử vong sớm, do việc chăm sóc người thân bị bệnh). Cho đến nay, nhiều quốc gia đã tổ chức nghiên cứu về mức độ bệnh tật và ước tính chi phí y tế do tác hại của việc hút thuốc đối với gia đình, đối với hệ thống y tế nói riêng và xã hội nói chung để từ đó đưa ra các khuyến nghị về chính sách kiểm soát thuốc lá cũng như các chính sách chăm sóc sức khỏe quốc gia. Các nghiên cứu đều có chung kết luận là: hút thuốc lá tạo ra một gánh nặng rất lớn cho gia đình và xã hội do tác hại của việc hút thuốc gây ra. Tổng chi phí y tế do tác hại của việc hút thuốc chiếm từ 6% đến 15% tổng chi phí y tế tại các nước phát triển và ở các nước đang phát triển như Trung Quốc, tỷ lệ này là 3,1%⁵.

Tại Việt Nam, theo kết quả nghiên cứu của nhóm nghiên cứu thuộc Đại học Y tế công cộng và HealthBridge Canada tại Việt Nam, tổng chi phí cho điều trị và mất khả năng lao động vì bệnh tật và tử vong sớm cho 5 nhóm bệnh bao gồm ung thư phổi, ung thư đường tiêu hóa hô hấp trên, bệnh phổi tắc nghẽn mãn tính, đột quỵ và nhồi máu cơ tim do hút thuốc lá gây ra là hơn 24.000 tỷ đồng, chiếm 0,97% tổng GDP của cả nước vào năm 2011, chi phí y tế trực tiếp cho khám và điều trị nội trú và ngoại trú là hơn 12.464 tỷ đồng, chi phí do tử vong sớm vì các bệnh liên quan đến hút thuốc lá là 9.563 tỷ đồng và tổn thất do mất khả năng

1 Bộ Y tế, Điều tra toàn cầu về sử dụng thuốc lá ở người trưởng thành ở Việt Nam, 2015.

2 Lyvy DT, Bales S, Lam NT, Nikolayev L. The role of public policies in reducing smoking and deaths caused by smoking in Vietnam: results from the Vietnam tobacco policy simulation model. Soc Sci Med. 2006; 62(7):1819-1830. 10.1016/j.socscimed.2005.08.043.

3 Bui N Linh, Nguyen TT Nhung, Tran K Long, Vos Theo, Norman Rosana, Nguyen T Huong. Risk factors of burden of disease: a comparative assessment study for evidence-based health policy making in Vietnam. The Lancet.381:S23. 10.1016/S0140-6736(13)61277-5.

4 Bộ Y tế, Điều tra toàn cầu về sử dụng thuốc lá ở thanh thiếu niên ở Việt Nam, 2014.

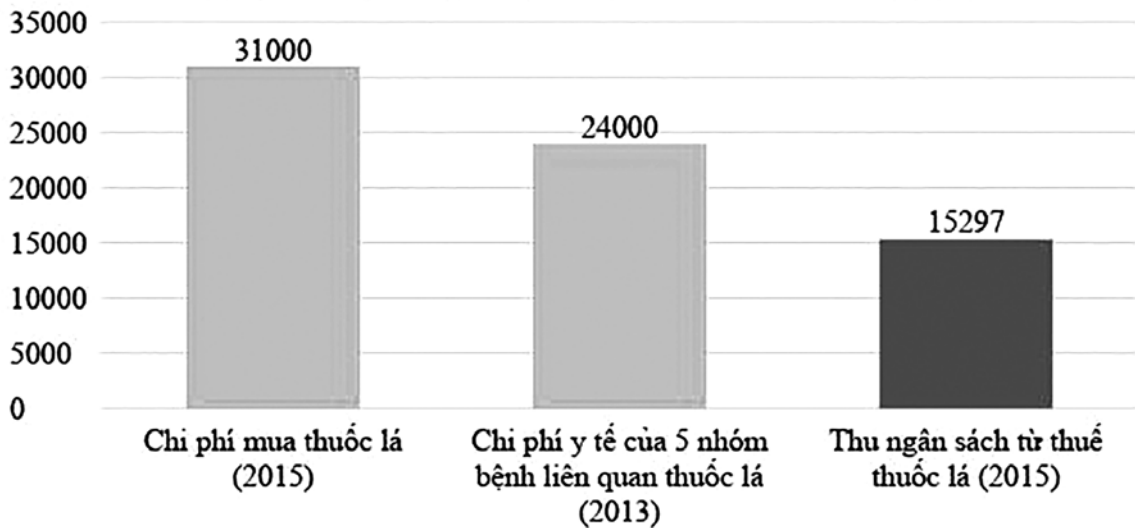
5 Phạm Hoàng Anh, Lê Thị Thu. Gánh nặng bệnh tật và chi phí y tế của các bệnh liên quan đến thuốc lá. Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 20 (276) 10/2015.

lao động vì bệnh tật liên quan đến thuốc lá là 2.653 tỷ đồng⁶.

Gánh nặng của khoản chi phí điều trị

người nghèo hút thuốc và người nghèo có xu hướng hút thuốc nhiều hơn người giàu. Theo điều tra mức sống hộ gia đình năm 2006, tỷ

Biểu đồ 1: So sánh thu ngân sách và chi phí của thuốc lá (tỷ đồng)



nội trú được chia cho ba bên: nhà nước, cơ quan bảo hiểm và gia đình người bệnh. Chi phí của Nhà nước và các cơ quan bảo hiểm chiếm 46% - 67% tổng chi phí tùy theo từng nhóm bệnh. Tính trung bình ngân sách nhà nước trả 40% chi phí điều trị nội trú, gia đình trả 40,8% và 19,2% chi phí điều trị nội trú là từ bảo hiểm y tế.⁷

Năm 2015, tổng số tiền người dân Việt Nam bỏ ra mua thuốc lá lên tới 31 nghìn tỉ đồng (GATS 2015)⁷. Số tiền này tương ứng với 2,4 triệu tấn gạo (năm 2015), đủ nuôi sống 14,3 triệu người trong một năm.

Mặc dù ngành công nghiệp thuốc lá có những đóng góp cho ngân sách quốc gia (khoảng 16.000 tỷ đồng năm 2015), nhưng phần đóng góp của ngành công nghiệp thuốc lá không đủ để bù đắp những tổn thất kinh tế và sức khỏe do sử dụng thuốc lá gây ra đối với các cá nhân, gia đình và xã hội.

Đáng lo ngại là có một tỷ lệ đáng kể

lệ hút thuốc ở nhóm thu nhập thấp nhất là 54,8% cao hơn so với mức của nhóm thu nhập cao nhất (43,5%). Hệ lụy của việc sử dụng thuốc lá ở người nghèo là làm gia tăng đói nghèo vì:

+ Thứ nhất, sử dụng thuốc lá lấy đi một phần ngân sách hộ gia đình mà lẽ ra đã có thể dùng cho những tiêu dùng thiết yếu như lương thực, thực phẩm, giáo dục, mua sắm tư liệu sản xuất, là những điều kiện cần thiết giúp họ giảm nghèo.

+ Thứ hai, người nghèo sử dụng thuốc lá cũng dễ mắc bệnh hơn do điều kiện dinh dưỡng và chăm sóc sức khỏe hạn chế. Khi mắc bệnh, do áp lực kinh tế, họ thường có xu hướng bỏ qua những dấu hiệu sớm của bệnh và chỉ quan tâm khi mọi chuyện trở nên quá muộn. Việc điều trị các bệnh như ung thư, tim mạch ở giai đoạn muộn thường có kết quả rất hạn chế, vô cùng tốn kém, và thường vượt quá khả năng kinh tế của phần lớn các bệnh nhân nghèo.

6 Hoang Anh PT, Thu T Le, Ross H, Quynh Anh N, Linh BN, Minh NT. Direct and indirect costs of smoking in Vietnam. *Tob Control*. 2016;25(1):96-100. 10.1136/tobaccocontrol-2014-051821.

7 Bộ Y tế, Điều tra toàn cầu về sử dụng thuốc lá ở người trưởng thành ở Việt Nam, 2015.

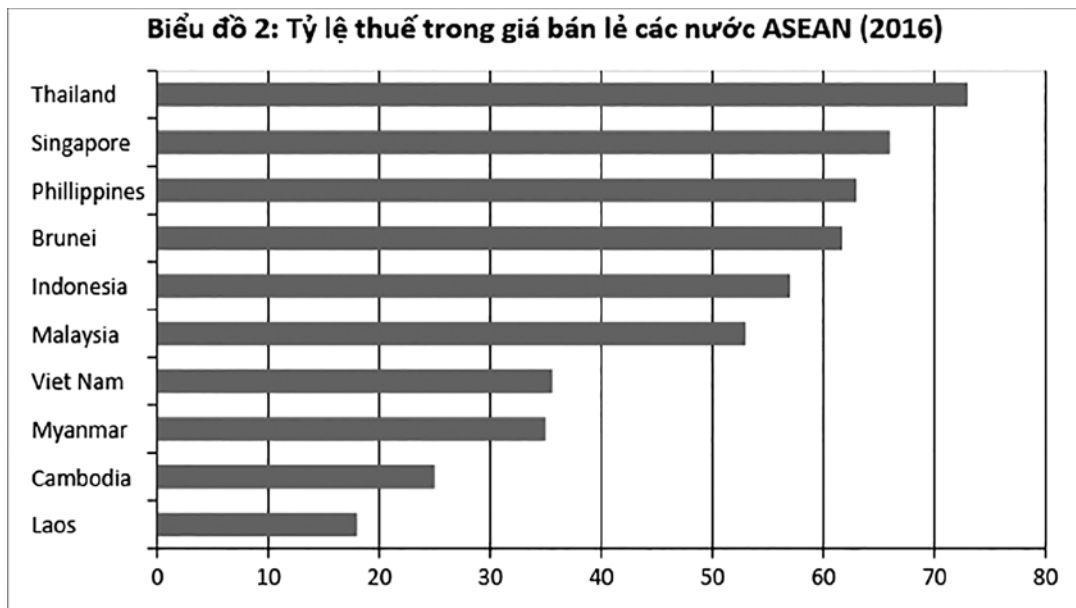
+ Thứ ba, sự suy giảm khả năng lao động, sự thiếu vắng lực lượng lao động chính do ốm đau và/hoặc mất sớm khiến cho thu nhập của các hộ gia đình này ngày càng suy giảm, gánh nặng cơm áo rơi vào phụ nữ và trẻ em. Những đứa trẻ trong những gia đình này sẽ phải bỏ học để bắt đầu lao động kiếm sống từ rất sớm và có một vòng xoay nghèo đói mới lại bắt đầu.

3. Sự bất cập về thuế và giá thuốc lá

USD) và thấp hơn so với tất cả các nước còn lại trong khu vực ASEAN.

Trong khi xu hướng sử dụng thuốc lá và những hệ lụy của nó đang không ngừng gia tăng thì giá thực của thuốc lá lại đang có xu hướng giảm đi.

Mặc dù giá bán lẻ của thuốc lá có tăng theo thời gian nhưng thu nhập của người dân đang gia tăng nhanh hơn. Nếu lấy mốc là năm 2005 thì trong giai đoạn 2015 - 2016, trong



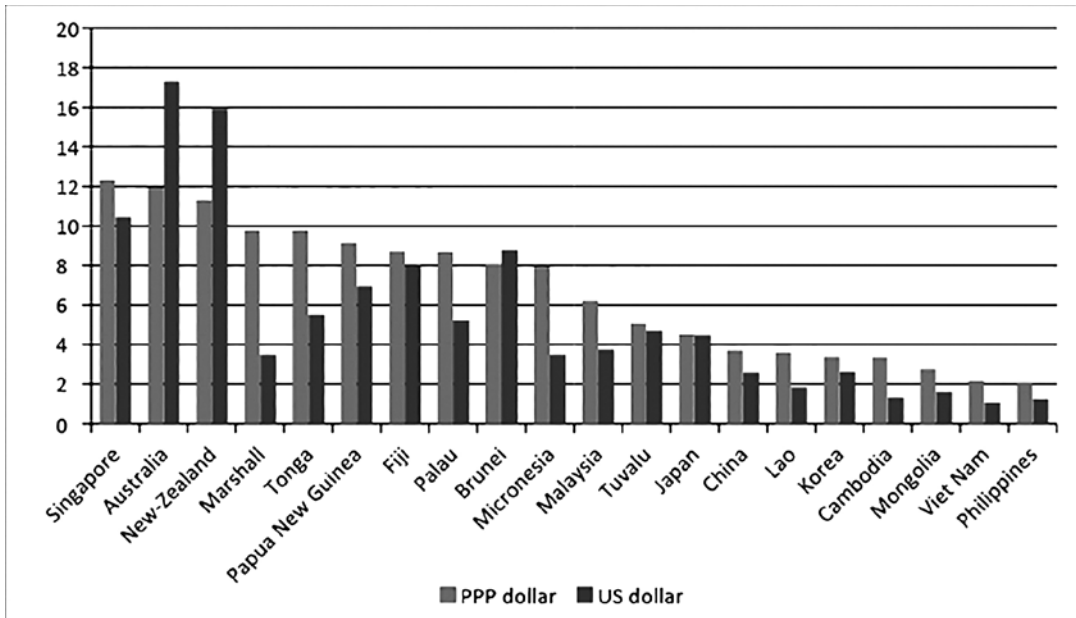
Nguồn: WHO Global Tobacco Control Report 2017

Theo luật thuế hiện hành, thuế tiêu thụ đặc biệt (TTĐB) của thuốc lá bằng 70% giá xuất xưởng. Tuy nhiên, khi tính theo chuẩn quốc tế là “tỷ lệ trong giá bán lẻ”, thì tỷ lệ thuế Việt Nam (bao gồm cả thuế VAT) chỉ chiếm khoảng 35,6% giá bán lẻ. Tỷ lệ này thấp hơn rất nhiều so với trung bình thế giới (56%) và so với đa số các nước ASEAN (Thái Lan 73%, Singapore 66%, Philippines 63%, Brunei 61,7%). Chính vì thuế thấp nên giá thuốc lá ở Việt Nam cũng thuộc loại rẻ nhất so với các nước trên thế giới và trong khu vực. Theo báo cáo của Tổ chức Y tế thế giới năm 2017, giá trung bình một bao Marlboro 20 điếu ở Việt Nam chỉ khoảng 1,1 USD, chỉ cao hơn một chút so với Campuchia (~ 1

khí thu nhập theo đầu người tăng gấp 4,7 lần thì giá thuốc lá chỉ tăng 2,2 lần (số liệu của Tổng cục Thống kê và Báo cáo của WHO).

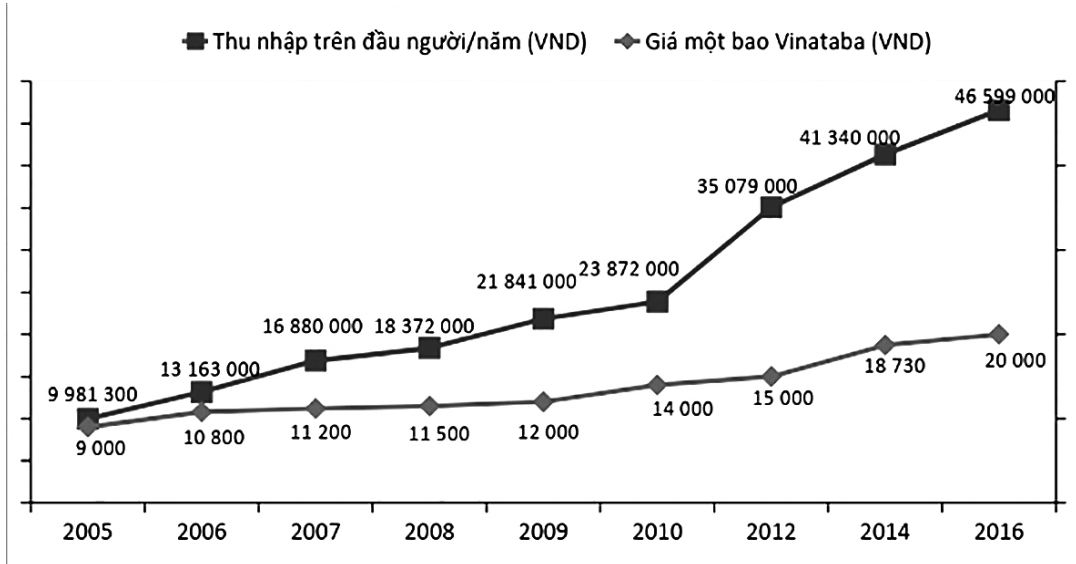
Phân tích sức mua thuốc lá bằng chỉ số “Giá thuốc lá tính theo phần trăm thu nhập quốc dân trên đầu người”, hay nói cách khác là tỷ lệ phần trăm thu nhập cần thiết để mua được 100 bao thuốc lá (20 điếu) cho thấy, nếu như năm 2005 người dân phải bỏ 9% thu nhập để mua 100 bao thuốc lá Vinataba, nhưng đến năm 2016 người dân chỉ còn phải bỏ ra 4,3% thu nhập là có thể mua được 100 bao thuốc lá Vinataba. Điều này cho thấy giá thuốc lá đang rẻ đi so với thu nhập trong khi sức mua thuốc lá của người Việt Nam vẫn đang trên đà gia tăng.

Biểu đồ 3: Giá một bao thuốc lá nhãn phổ biến nhất, tính theo đô la quốc tế Việt Nam so với các nước khu vực Tây Thái Bình Dương 2014



Nguồn: WHO. Báo cáo Kiểm soát Thuốc lá Toàn cầu 2015

Biểu đồ 4: Giá bán lẻ thuốc lá và thu nhập đầu người tại Việt Nam 2005-2016



Nguồn: Số liệu từ Tổng cục Thống kê và các Báo cáo toàn cầu của WHO về kiểm soát thuốc lá

4. Tăng thuế thuốc lá: Biện pháp hiệu quả nhất giảm tiêu dùng và tăng thu ngân sách

Do những tác hại khôn lường của việc hút thuốc lá đối với sức khỏe con người, các quốc gia trong đó có Việt Nam đã và đang

tích cực thực hiện các biện pháp phòng, chống tác hại của thuốc lá. Trong số các biện pháp này, tăng thuế đối với thuốc lá là biện pháp hiệu quả giúp giảm tiêu dùng thuốc lá và mang lại nhiều lợi ích khác không chỉ cho

người hút, cho gia đình họ mà còn cho toàn xã hội. Tăng thuế thuốc lá có hai lợi ích cơ bản: (1) làm giảm sử dụng thuốc lá, giảm chi phí khám chữa bệnh do sử dụng thuốc lá, qua đó giảm bệnh tật, tử vong và gánh nặng kinh tế do việc sử dụng thuốc lá; (2) tăng thu cho ngân sách nhà nước. Chính vì vậy, tăng thuế được gọi là biện pháp có lợi đôi đường: lợi cho sức khỏe người dân và lợi cho Nhà nước.

Tăng thuế làm giảm tiêu dùng thuốc lá, ngăn ngừa thanh thiếu niên bắt đầu hút thuốc

Bằng chứng từ các nước cho thấy, việc tăng thuế và giá thuốc lá có tác động mạnh đến giảm nhu cầu. Thuế cao hơn sẽ được chuyển hóa vào giá và làm tăng giá thuốc lá. Người tiêu dùng phản ứng với sự tăng giá bằng cách bỏ thuốc, hoặc giảm số lượng điều hút. Đối với một bộ phận dân cư, giá thuốc cao hơn sẽ giúp họ không bắt đầu hút thuốc. Theo Ngân hàng Thế giới (năm 2003), trung bình giá một bao thuốc lá tăng 10% sẽ làm

giảm nhu cầu sử dụng thuốc lá 4% tại các nước có thu nhập cao và 8% tại các nước có thu nhập trung bình và thấp. Tại Việt Nam theo ước tính, giá thuốc tăng 10% sẽ làm giảm tiêu dùng thuốc lá 5%⁸.

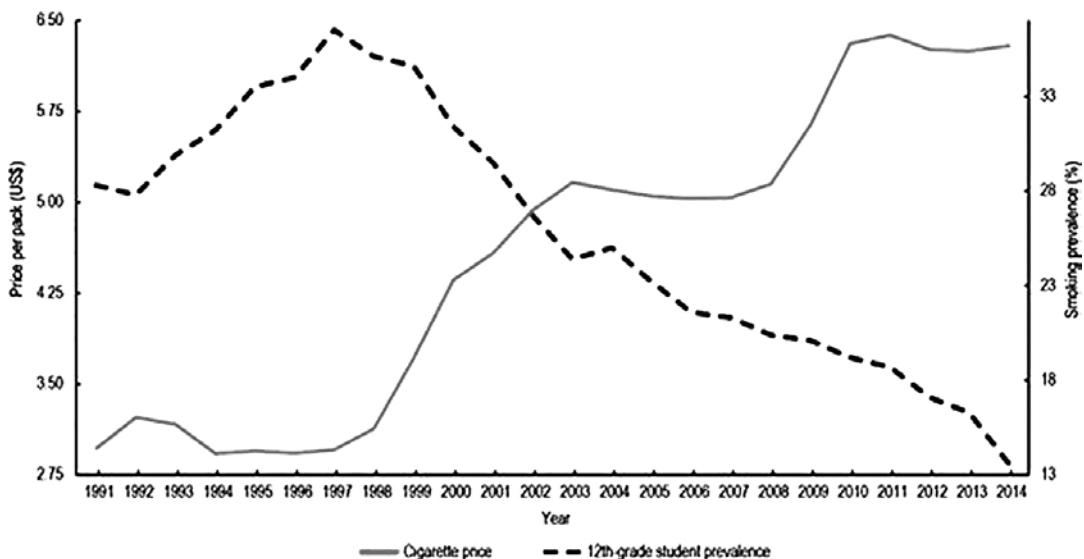
Biện pháp tăng thuế rất có hiệu quả với nhóm thanh thiếu niên. Theo ước tính, khi giá thuốc lá tăng 10% thì sẽ giảm sử dụng thuốc lá khoảng 10% hoặc nhiều hơn ở nhóm trẻ tuổi (tác động mạnh hơn so với nhóm trưởng thành)⁹.

Một số liệu điều tra ở Mỹ cho thấy, tỷ lệ hút thuốc trong nhóm học sinh lớp 12 giảm tương ứng với mức tăng giá thuốc lá qua các năm (Hình 4).

Tăng thuế thuốc lá làm tăng nguồn thu cho ngân sách nhà nước

Số thu từ thuế thuốc lá đối với ngân sách nhà nước phụ thuộc vào hai yếu tố, đó là tỷ lệ thuế/mức thuế suất và mức độ co giãn của cầu theo giá thuốc lá. Nếu mức thuế suất

Hình 4: Xu hướng giá thuốc lá và tỷ lệ hút thuốc ở học sinh lớp 12, Hoa Kỳ, 1991-2014



Nguồn: United states National Cancer Institute & WHO. 2016

8 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, Hỏi đáp về thuế thuốc lá tại Việt Nam, 2018.

9 World Bank. Curbing The Tobacco Epidemic: Governments and the Economics of Tobacco Control. Washington DC: World Bank; 1999.

càng cao sẽ làm giá thuốc lá tăng và số thu thuế trên mỗi bao tăng. Bên cạnh đó, tăng thuế sẽ có tác động làm tăng giá bán lẻ và giảm lượng tiêu dùng thuốc lá, nên thay đổi trong số thu ngân sách sẽ bằng tỷ lệ tăng của thuế và giá trừ đi tỷ lệ giảm của sản lượng.

Việc tăng thuế thuốc lá sẽ làm tiêu dùng thuốc lá giảm đi, tuy nhiên doanh thu thuế vẫn tăng vì lý do sau:

- Thuốc lá là loại hàng hoá có tính gây nghiện nên tốc độ giảm tiêu dùng sẽ chậm hơn so với tốc độ tăng giá.

- Do sự gia tăng dân số nên ngay cả khi tỷ lệ hút thuốc giảm vẫn luôn có một số người mới gia nhập thị trường và tổng số người hút sẽ giảm nhưng rất chậm.

Ở Thổ Nhĩ Kỳ, năm 2010, do dân số tăng, nên ngay cả khi tỷ lệ hút thuốc giảm vẫn luôn có một số người mới gia nhập thị trường, do đó, tổng số người hút giảm nhưng rất chậm. Khi tăng thuế, đã làm tăng giá thuốc lá mạnh hơn, giá thuốc lá bán đến tay người dùng tăng khoảng hơn gấp đôi. Kết quả, doanh thu thuế thuốc lá của Chính phủ tăng khoảng hơn 40% từ 11 tỷ TL năm 2009 lên thành 15,9 tỷ TL năm 2011. Trong khi tiêu dùng thuốc lá giảm đáng kể, từ 5,3 tỷ bao năm 2009 xuống còn 4,5 tỷ bao năm 2011¹⁰.

Ở Nam Phi, trong giai đoạn 1991-2012 thuế thuốc lá (sau khi đã trừ lạm phát) đã tăng từ mức 2 Rands (1USD = 12,7 Rands) lên mức 10 Rands mỗi bao. Kết quả là thu thuế thuốc lá đã tăng từ 3 tỷ Rands lên gần 12 tỷ Rands trong cùng giai đoạn¹¹.

Ở Thái Lan, từ năm 1993-2015, thuế thuốc lá đã tăng từ 55% lên 87% giá bán buôn đã có thuế (tương đương mức tăng từ 120% giá xuất xưởng lên thành 670% giá xuất xưởng như cách tính thuế của Việt Nam). Kết quả, thu ngân sách từ thuế

thuốc lá tăng gấp 4 lần (từ 500 triệu USD năm 1993 lên 2,1 tỷ USD năm 2015, tỷ lệ hút thuốc chung giảm từ 32% (năm 1991) xuống còn 19,9% (năm 2015), trong khi sản lượng thuốc lá không thay đổi nhiều, dao động quanh con số 2 tỷ bao mỗi năm¹².

Tại Việt Nam, năm 2008 (sau khi áp dụng mức thuế mới 65% - tăng 10% so với mức thuế 55% năm 2007), doanh thu từ thuế thuốc lá đã tăng hơn 1.000 tỷ đồng so với năm 2007 (từ 6.500 tỷ VND lên 7.500 tỷ VND) mặc dù tiêu dùng trong năm 2008 giảm khoảng 3% so với 2007. Tuy nhiên việc tăng thuế chỉ trong một năm duy nhất không có nhiều tác dụng, vì các năm sau đó thuế không tăng nên tiêu dùng lại tiếp tục trở lại xu hướng tăng như trước đó. Năm 2016 (sau khi áp dụng mức thuế mới 70% - tăng 5% so với mức thuế 65% năm 2015), thu thuế thuốc lá năm 2016 ước tính tăng khoảng 4% so với năm 2015. Do mức tăng thuế nhỏ nên tác động tới tiêu dùng hầu như không đáng kể¹³.

Theo ước tính của Ngân hàng Thế giới, trên phạm vi toàn cầu khi thuế tăng 10% sẽ giúp tăng thu thuế thuốc lá của chính phủ thêm 7%. Theo tổ chức Y tế thế giới, chính phủ các nước trên thế giới có thể thu thêm 141 tỷ đô la Mỹ từ thuế thuốc lá nếu tăng thuế với mức trung bình là 0,8 USD mỗi bao¹⁴. Ở các quốc gia nơi mà tỷ lệ thuế trong giá bán lẻ thấp như ở Việt Nam, tăng thuế thuốc lá thường không dẫn tới một mức tăng lớn trong giá bán thuốc lá hay mức giảm mạnh đối với tiêu dùng, nhưng lại sẽ làm tăng doanh thu từ thuế thuốc lá ở mức rất đáng kể cho quốc gia đó■

10 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, tddd, 2018.

11 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, tddd, 2018.

12 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, tddd, 2018.

13 Bộ Y tế, WHO, HealthBridge, tddd, 2018.

14 World Health Organization. World No Tobacco Day 2017 brochure: "Tobacco threatens us all: protect health, reduce poverty and promote development". 2017.

XÁC ĐỊNH PHÁP LUẬT ÁP DỤNG ĐỐI VỚI HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI

Bùi Thị Thúy Hà*

* Thị uỷ Quảng Yên, tỉnh Quảng Ninh

Thông tin bài viết:

Từ khóa: hợp đồng xây dựng, quyền lựa chọn luật áp dụng.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 15/08/2018

Biên tập : 22/08/2018

Duyệt bài : 31/08/2018

Article Infomation:

Keywords: construction contract, choice of governing law.

Article History:

Received : 15 Aug. 2018

Edited : 22 Aug. 2018

Approved : 31 Aug. 2018

Tóm tắt:

Hợp đồng xây dựng là một loại hợp đồng dân sự có đối tượng rất rộng và chủ thể có thể là các pháp nhân thương mại và pháp nhân phi thương mại (nhà nước, cơ quan nhà nước...). Trường hợp hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài thì việc lựa chọn pháp luật áp dụng chưa được pháp luật Việt Nam quy định một cách thống nhất.

Abstract

A construction contract is a type of civil contracts covering a very wide scope of objects and the subjects may be a legal entity and a non-commercial commercial legal entity (state, state agency, etc.). Where a construction contract with a foreign party, the optional selection of governing laws is not uniformly regulated by the Vietnamese law.

1. Quyền lựa chọn luật áp dụng đối với hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài

Khả năng áp dụng pháp luật nước ngoài và lựa chọn áp dụng pháp luật nước ngoài đối với hợp đồng xây dựng chỉ xảy ra khi đó là hợp đồng có yếu tố nước ngoài. Vì vậy, trước khi xem xét quyền lựa chọn áp dụng đối với hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài, cần xác định yếu tố nước ngoài của hợp đồng xây dựng.

1.1 Căn cứ xác định hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài

Hợp đồng xây dựng là một loại hợp đồng dân sự khá phức tạp có đối tượng rất rộng và chủ thể có thể là các pháp nhân thương mại và pháp nhân phi thương mại (nhà nước, cơ quan nhà nước...). Hợp đồng xây dựng có bản chất là một hợp đồng dịch vụ nhằm “thực hiện một phần hay toàn bộ công việc trong hoạt động đầu tư xây

dựng”¹, nhưng đối tượng chịu sự tác động của dịch vụ lại thường là bất động sản. Hợp đồng dịch vụ là lĩnh vực trong đó các bên có thể tự do định đoạt nội dung của hợp đồng, cũng như cơ quan giải quyết tranh chấp và pháp luật áp dụng, nếu hợp đồng đó có yếu tố nước ngoài. Nhưng hợp đồng xây dựng lại liên quan đến bất động sản nên rất có thể quyền tự do lựa chọn pháp luật bị giới hạn, thậm chí bị triệt tiêu.

Tùy theo tiêu chí được sử dụng mà có thể phân chia hợp đồng thành các loại khác nhau². Nếu dựa trên đối tượng, tính chất, nội dung của hợp đồng, đó có thể là hợp đồng tư vấn xây dựng, hợp đồng thi công xây dựng công trình, hợp đồng cung cấp thiết bị công nghệ, hợp đồng thiết kế và thi công xây dựng công trình, hợp đồng thiết kế và cung cấp thiết bị công nghệ, hợp đồng cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng công trình, hợp đồng thiết kế - cung cấp thiết bị công nghệ và thi công xây dựng công trình, hợp đồng chìa khóa trao tay, hợp đồng cung cấp nhân lực, máy và thiết bị thi công... Nếu dựa trên hình thức giá hợp đồng, có thể chia thành hợp đồng trọn gói, hợp đồng theo đơn giá cố định, hợp đồng theo đơn giá điều chỉnh, hợp đồng theo thời gian, hợp đồng theo giá kết hợp. Nếu dựa trên mối quan hệ của các bên tham gia trong hợp đồng, có thể chia thành hợp đồng thầu chính, hợp đồng thầu phụ, hợp đồng giao khoán nội bộ và hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài.

Theo quy định tại điểm d khoản 3 Điều 3 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP ngày 22/04/2015 của Chính phủ quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng (Nghị định 37), hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài là hợp

đồng “được ký kết giữa một bên là nhà thầu nước ngoài với nhà thầu trong nước hoặc chủ đầu tư trong nước”. Như vậy, căn cứ nước ngoài của hợp đồng xây dựng được dựa trên quốc tịch của chủ thể. Hợp đồng xây dựng có sự tham gia của nhà thầu nước ngoài thì được coi là hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài.

Cách quy định dựa trên tiêu chí quốc tịch của nhà thầu nước ngoài là hẹp so với quy định tại khoản 2 Điều 663 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS). Cụ thể, theo quy định này, hợp đồng có thể được coi là hợp đồng có yếu tố nước ngoài nếu thỏa mãn một trong các điều kiện sau: a) Có ít nhất một bên trong hợp đồng là cá nhân, pháp nhân nước ngoài; b) Các bên trong hợp đồng đều là công dân Việt Nam, pháp nhân Việt Nam nhưng việc xác lập, thay đổi, thực hiện hoặc chấm dứt hợp đồng xảy ra tại nước ngoài; c) Các bên tham gia hợp đồng là công dân Việt Nam, pháp nhân Việt Nam nhưng đối tượng của hợp đồng ở nước ngoài.

Có thể nói rằng, quy định của Nghị định 37 dựa trên tiêu chí quốc tịch của nhà thầu nước ngoài là quá hẹp và không phù hợp với tính chất của một số loại hợp đồng xây dựng, như hợp đồng cung cấp thiết bị công nghệ, hợp đồng cung cấp máy và thiết bị... Đối với các hợp đồng này, theo quy định của Nghị định 37, nếu bên cung cấp thiết bị, máy móc, công nghệ là doanh nghiệp Việt Nam thì những hợp đồng này không có yếu tố nước ngoài, nhưng theo quy định của BLDS và Luật Thương mại năm 2005 lại là các hợp đồng có yếu tố nước ngoài, nếu có sự dịch chuyển hàng hóa từ nước ngoài vào Việt Nam³.

1 Khoản 1 Điều 2 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP ngày 22/04/2015 của Chính phủ quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng.

2 Việc phân loại hợp đồng xây dựng được quy định tại Điều 3 Nghị định 37.

3 Khoản 1 Điều 27 Luật Thương mại năm 2005 quy định: “Mua bán hàng hoá quốc tế được thực hiện dưới các hình thức xuất khẩu, nhập khẩu, tạm nhập, tái xuất, tạm nhập và chuyên khẩu”. Điều 28 Luật Thương mại sau đó đưa ra các định nghĩa về xuất khẩu và nhập khẩu hàng hóa cho phép xác định rõ hơn yếu tố quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa. Cụ thể, khoản 1 quy định rằng “xuất khẩu hàng hóa là việc hàng hoá được đưa ra khỏi lãnh thổ Việt Nam hoặc

Theo quy định của khoản 2 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, “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”. Trong trường hợp nêu trên, BLDS là “văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn” Nghị định 37, nên việc xác định yếu tố nước ngoài của hợp đồng xây dựng được dựa trên quy định của khoản 2 Điều 663 BLDS.

1.2 Khả năng lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài

Quy định của BLDS về quyền lựa chọn pháp luật được chia thành hai nhóm sau:

- Nhóm thứ nhất đặt ra nguyên tắc chung, theo đó “pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được xác định theo lựa chọn của các bên” (khoản 2 Điều 664).

- Nhóm thứ hai bao gồm các quy định cho từng lĩnh vực chuyên biệt. Cụ thể, theo quy định của khoản 1 Điều 683, “các bên trong quan hệ hợp đồng được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng...”. Như vậy, cứ hợp đồng có yếu tố nước ngoài là các bên được quyền tự do lựa chọn pháp luật mà không cần phân biệt đó là hợp đồng dân sự hay hợp đồng thương mại, hợp đồng mua bán hàng hóa hay hợp đồng cung cấp dịch vụ. Ngoài ra, theo quy định của đoạn 2 khoản 1 Điều 769 BLDS năm 2005, hợp đồng được giao kết và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam thì các bên không được phép lựa chọn áp dụng pháp luật nước ngoài, vì hợp đồng đó “phải tuân theo pháp luật Cộng

hòa XHCN Việt Nam”. BLDS hiện hành đã sửa đổi quy định này. Vì vậy, chỉ cần hợp đồng có yếu tố nước ngoài là các bên có thể lựa chọn pháp luật áp dụng, mà không cần quan tâm đến việc hợp đồng đó có giao kết và thực hiện hoàn toàn tại Việt Nam hay không.

Theo quy định của BLDS, các bên trong hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài có quyền lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng của mình. Tuy nhiên, quyền tự do lựa chọn pháp luật là một quyền có giới hạn⁴. Cụ thể, trong trường hợp hợp đồng có đối tượng là bất động sản, theo khoản 4 Điều 683 BLDS, “pháp luật áp dụng đối với việc chuyển giao quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản là bất động sản, thuê bất động sản hoặc việc sử dụng bất động sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ là pháp luật của nước nơi có bất động sản”. Như vậy, ngay cả khi hợp đồng xây dựng có liên quan đến bất động sản ở Việt Nam (xây dựng một công trình chẳng hạn), nhưng không thuộc trường hợp bị giới hạn lựa chọn pháp luật áp dụng (tức liên quan đến “chuyển giao quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản là bất động sản, thuê bất động sản hoặc việc sử dụng bất động sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ”) thì các bên vẫn được quyền lựa chọn pháp luật áp dụng.

Tuy nhiên, Điều 11 Nghị định 37 quy định, hợp đồng xây dựng “phải áp dụng hệ thống pháp luật của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam và tuân thủ các quy định của Nghị định này”. Nói cách khác, các bên tham gia hợp đồng xây dựng không được quyền lựa chọn pháp luật áp dụng. Điều này mâu thuẫn với BLDS.

đưa vào khu vực đặc biệt nằm trên lãnh thổ Việt Nam được coi là khu vực hải quan riêng theo quy định của pháp luật”. Trong khi đó, theo khoản 2, “nhập khẩu hàng hóa là việc hàng hoá được đưa vào lãnh thổ Việt Nam từ nước ngoài hoặc từ khu vực đặc biệt nằm trên lãnh thổ Việt Nam được coi là khu vực hải quan riêng theo quy định của pháp luật”. Yếu tố quốc tế của hợp đồng mua bán hàng hóa được thể hiện thông qua sự dịch chuyển qua biên giới của hàng hóa.

4 Về các giới hạn của quyền lựa chọn pháp luật áp dụng, xem: Ngô Quốc Chiến, “Về điều kiện có hiệu lực của điều khoản lựa chọn pháp luật áp dụng cho quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 17 năm 2016.

Ngoài ra, khoản 1 Điều 664 BLDS năm 2015 quy định: “Pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được xác định theo [...] luật Việt Nam”. Như vậy, chỉ có văn bản luật (chứ không bao gồm văn bản dưới luật) được quy định về xác định luật áp dụng cho các quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài. Nói cách khác, việc xác định luật áp dụng phải dựa trên văn bản luật, chứ không phải dựa trên Nghị định, là văn bản dưới luật.

Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 663 BLDS quy định: “Trường hợp luật khác có quy định về pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không trái với quy định từ Điều 664 đến Điều 671 của Bộ luật này thì luật đó được áp dụng, nếu trái thì quy định có liên quan của Phần thứ năm của Bộ luật này được áp dụng”.

Quy định nêu trên trừu tượng cho hai tình huống:

Thứ nhất, nếu pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài được quy định trong các luật chuyên ngành không trái với quy định của BLDS năm 2015 thì phải ưu tiên áp dụng quy định của luật chuyên ngành so với quy định của BLDS;

Thứ hai, nếu quy định của luật chuyên ngành trái với quy định của BLDS thì phải áp dụng quy định của BLDS.

Có quan điểm cho rằng, quy định như trên của BLDS năm 2015 là nhằm xây dựng BLDS thành một bộ luật gốc của hệ thống luật tư⁵. Vì vậy, việc xác định xem các bên có được quyền lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng xây dựng hay không phải dựa vào BLDS, chứ không phải dựa vào văn bản luật chuyên ngành (vì văn bản luật chuyên ngành “trái” với các quy định của BLDS).

Theo chúng tôi, hợp đồng xây dựng là hợp đồng dân sự nên việc BLDS năm 2015 cho phép các bên trong hợp đồng được quyền lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng của mình là hợp lý. Tuy nhiên, hợp đồng xây dựng rất đa dạng về đối tượng và hình thức, nên việc cho phép các bên lựa chọn pháp luật áp dụng đối với mọi loại hợp đồng là không phù hợp với yêu cầu bảo vệ các giá trị cơ bản của hệ thống pháp luật Việt Nam. Ví dụ, việc cho phép các bên lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng xây dựng một tòa nhà tại Việt Nam là không phù hợp do hợp đồng này có liên quan đến bất động sản, vốn là một lĩnh vực thuộc chủ quyền quốc gia và pháp luật của nước nơi có bất động sản cần phải được áp dụng. Ngoài ra, hợp đồng này còn liên quan đến các quy định về tiêu chuẩn xây dựng, an toàn lao động,... nên việc cho phép các bên lựa chọn áp dụng pháp luật nước ngoài cũng là không phù hợp. Trong trường hợp này, cần phải áp dụng các quy phạm có tính chất áp dụng bắt buộc. Tòa án có thể sẽ xem xét loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài mà các bên lựa chọn đối với một số hợp đồng có đối tượng là bất động sản và liên quan đến các quy chuẩn xây dựng và an toàn lao động dựa trên yêu cầu về bảo vệ các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam quy định tại điểm a, khoản 1 Điều 670 BLDS năm 2015⁶.

2. Xác định luật áp dụng đối với hợp đồng xây dựng có yếu tố nước ngoài theo quy phạm xung đột

Trên thực tế, có thể xảy ra trường hợp các bên được quyền chọn nhưng đã không lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng của mình. Trong trường hợp này, việc xác định pháp luật áp dụng phải dựa trên các quy

5 Vụ Pháp luật Quốc tế – Bộ Tư pháp, 2014, “Báo cáo Định hướng sửa đổi phần thứ Bảy BLDS năm 2005”, Tọa đàm góp ý sửa đổi BLDS, Hà Nội, 25/02/2014. Xem thêm: Ủy ban Pháp luật của Quốc hội, 2015, “Báo cáo số: 3301/BC-UBPL13 ngày 17/8/2015 về Một số vấn đề lớn và dự kiến tiếp thu, giải trình về dự thảo BLDS (sửa đổi)”.

6 Quy định rằng pháp luật nước ngoài sẽ không được áp dụng nếu “Hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam”.

phạm xung đột trong điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên hoặc trong pháp luật Việt Nam.

Hiện nay, Việt Nam chưa tham gia bất kỳ điều ước quốc tế nào về luật áp dụng đối với hợp đồng xây dựng. Trên bình diện song phương, Việt Nam đã ký kết 17 Hiệp định tương trợ tư pháp song phương⁷, trong đó 11 hiệp định được ký kết trước năm 2008 có phạm vi điều chỉnh rộng, tức điều chỉnh cả vấn đề luật áp dụng và thẩm quyền xét xử⁸. Như vậy, đối với hợp đồng xây dựng mà nhà thầu có quốc tịch của quốc gia là thành viên hiệp định, thì cần phải áp dụng các quy phạm xung đột trong các hiệp định liên quan để xác định pháp luật áp dụng.

Theo quy định của khoản 1 Điều 683 BLDS, “trường hợp các bên không có thỏa thuận về pháp luật áp dụng thì pháp luật của nước có mối liên hệ gần bó nhất với hợp đồng đó được áp dụng”. Tuy nhiên, BLDS không định nghĩa thế nào là “nước có mối liên hệ gần bó nhất với hợp đồng” mà sử dụng phương pháp liệt kê một số trường hợp tiêu biểu. Liên quan đến hợp đồng dịch vụ thì nước có mối liên hệ gần bó nhất với hợp đồng là “Pháp luật của nước nơi người cung cấp dịch vụ cư trú nếu là cá nhân hoặc nơi thành lập” (điểm b khoản 2). Như vậy, do có bản chất là hợp đồng dịch vụ, nên trong trường hợp các bên không lựa chọn pháp luật áp dụng thì pháp luật áp dụng đối với hợp đồng xây dựng sẽ là pháp luật của nước mà nhà thầu cư trú hoặc thành lập. Quy định này sẽ dẫn tới việc áp dụng pháp luật nước ngoài nếu một bên là nhà thầu nước ngoài. Nói cách khác, nhà thầu nước ngoài là nhà cung cấp dịch vụ và vì vậy pháp luật của

nước của người cung cấp dịch vụ được áp dụng. Quy định này không phù hợp với tất cả các loại hợp đồng xây dựng, bởi như đã phân tích ở trên, hợp đồng xây dựng có thể có đối tượng là bất động sản trên lãnh thổ Việt Nam hoặc có liên quan đến các quy định về tiêu chuẩn xây dựng, an toàn lao động của Việt Nam nên không thể áp dụng pháp luật nước ngoài.

Vì vậy, chúng tôi cho rằng, khi giải quyết các vụ việc dân sự về hợp đồng xây dựng, Tòa án cũng cần vận dụng quy định cho phép loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài như đã nêu ở trên. Ngoài ra, Tòa án cũng cần vận dụng khoản 3 Điều 683 BLDS để loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài. “Trường hợp chứng minh được pháp luật của nước khác với pháp luật được nêu tại khoản 2 Điều này có mối liên hệ gần bó hơn với hợp đồng thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước đó” (khoản 3 Điều 683). Nội dung của quy định này cho thấy, mặc dù pháp luật cần phải được áp dụng là pháp luật của nước mà nhà thầu có quốc tịch (theo khoản 2), nhưng pháp luật của nước đó sẽ không được áp dụng mà thay vào đó là áp dụng pháp luật Việt Nam, nếu chứng minh được rằng, hợp đồng xây dựng có mối liên hệ gần bó hơn với Việt Nam.

Trong thời gian xa hơn, khi Việt Nam xây dựng luật tư pháp quốc tế, chúng tôi cho rằng, cần bổ sung quy định về loại trừ áp dụng pháp luật nước ngoài do phải áp dụng các quy phạm bắt buộc của nước có Tòa án xét xử vụ việc. Quy phạm bắt buộc được quy định trong văn bản pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới và khu vực, được gọi bằng các tên khác nhau như: quy phạm

(Xem tiếp trang 64)

7 Có thể xem danh sách và nội dung của các hiệp định này tại: <https://lanhsuvietsnam.gov.vn/Lists/BaiViet/B%C3%A0i%20vi%E1%BA%BFt/DispForm.aspx?List=dc7c7d75-6a32-4215-afeb-47d4bee70eee&ID=414> (truy cập ngày 16/05/2018).

8 Đó là các hiệp định với Ba Lan, Bê-la-rút, Hungary, Bungary, Cu Ba, Lào, Mông Cổ, Nga, Tiệp Khắc (Séc và Slovakia kế thừa), Triều Tiên, Ucraina. Sáu hiệp định còn lại được ký kết sau năm 2008 và chỉ điều chỉnh vấn đề xác định thẩm quyền. Đó là các hiệp định với Pháp, Trung Quốc, Đài loan, An-giê-ri, Campuchia, Ca-đắc-xtan.

PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ DỊCH VỤ LOGISTICS TRONG HOẠT ĐỘNG THƯƠNG MẠI ĐIỆN TỬ

Tạ Thị Thùy Trang*

* ThS. Trường Đại học Thương mại

Thông tin bài viết:

Từ khóa: logistics; bất cập pháp luật; hoạt động thương mại điện tử.

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 05/07/2018

Biên tập : 23/07/2018

Duyệt bài : 31/07/2018

Article Information:

Keywords: logistics; shortcoming of laws; e-commerce activities

Article History:

Received : 05 Jul. 2018

Edited : 23 Jul. 2018

Approved : 31 Jul. 2018

Tóm tắt:

Pháp luật về dịch vụ logistics có tác động sâu sắc đến hoạt động thương mại điện tử tại Việt Nam. Những tác động này đã, đang diễn ra cùng với sự phổ biến và sự phát triển với tốc độ chóng mặt của cuộc sống số. Dịch vụ này là nền tảng vững chắc cho sự phát triển và khẳng định giá trị của thương mại điện tử. Vì vậy, Nhà nước cần có những biện pháp thích hợp để hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật về logistics trong thương mại điện tử.

Abstract

The legal regulations on logistics services have provided profound influences on e-commerce activities in Vietnam. These influences have been developing with the wide popularity and developments of the digital life. These logistics services have provided the solid foundation for the development and valuable roles of the e-commerce. Therefore, it is required the Government to take appropriate measures to improve and increase the effectiveness of the law enforcements on logistics in e-commerce.

1. Khái niệm logistics

Thương mại điện tử là việc tiến hành một phần hay toàn bộ hoạt động thương mại bằng phương tiện điện tử. Thương mại điện tử vẫn mang bản chất như các hoạt động thương mại truyền thống, tuy nhiên, thông qua các phương tiện điện tử mới, các hoạt động thương mại được thực hiện nhanh và hiệu quả hơn, giúp tiết kiệm chi phí và mở rộng không gian kinh doanh. Cuốn theo xu hướng mua sắm trực tuyến, dịch vụ logistics đã ra đời, phát triển nhanh chóng và đang từng ngày trở thành hoạt động quan

trọng và cần thiết cho các doanh nghiệp thương mại điện tử. Ví dụ, người mua hàng ở Sài Gòn bằng điện thoại có thể đặt hàng tại một website ở Hà Nội và thông tin được truyền đi với tốc độ gần như lập tức. Tất nhiên, hàng hoá không "tự nhiên" chạy qua quãng đường hơn 1.000 km. Logistic thay mô hình vận tải truyền thống và là cầu nối để rút ngắn giới hạn địa lý đó. Logistics là sự phát triển cao của dịch vụ giao nhận kho vận, dịch vụ vận tải đa phương thức... Dịch vụ logistics đã chứng minh được những ưu điểm nổi trội của mình và những lợi ích đó

có thể khiến cho khách hàng hoàn toàn yên tâm và thỏa mãn về sự phong phú và tính hiệu quả của dịch vụ.

Luật Thương mại năm 2005, lần đầu tiên, đưa ra khái niệm về dịch vụ logistics như sau: “Dịch vụ logistics là hoạt động thương mại, theo đó thương nhân tổ chức thực hiện một hoặc nhiều công việc bao gồm nhận hàng, vận chuyển, lưu kho, lưu bãi, làm thủ tục hải quan, các thủ tục giấy tờ khác, tư vấn khách hàng, đóng gói bao bì, ghi ký mã hiệu, giao hàng *hoặc các dịch vụ khác có liên quan đến hàng hóa* theo thỏa thuận với khách hàng để hưởng thù lao. Dịch vụ logistics được phiên âm theo tiếng Việt là dịch vụ lô-gi-stíc” (Điều 233).

Mặc dù có nhiều quan điểm khác nhau nhưng các khái niệm về dịch vụ logistics có thể chia làm hai nhóm:

Nhóm định nghĩa hẹp (định nghĩa của Luật Thương mại năm 2005), coi logistics gần như tương tự với hoạt động vận chuyển hàng hóa. Tuy nhiên, cũng cần chú ý là định nghĩa trong Luật Thương mại có tính mở, thể hiện trong đoạn in nghiêng “*hoặc các dịch vụ khác có liên quan tới hàng hóa*”. Khái niệm logistics trong một số lĩnh vực chuyên ngành cũng được coi là có nghĩa hẹp, tức là chỉ trong phạm vi, đối tượng của ngành đó. Theo trường phái này, bản chất của dịch vụ logistics là việc tập hợp các yếu tố hỗ trợ cho quá trình vận chuyển sản phẩm từ nơi sản xuất tới nơi tiêu thụ. Dịch vụ logistics mang nhiều yếu tố vận tải, người cung cấp dịch vụ logistics theo đó không có nhiều khác biệt so với người cung cấp dịch vụ vận tải đa phương thức.

Nhóm định nghĩa rộng có tác động từ giai đoạn tiền sản xuất cho tới khi hàng hóa tới tay của người tiêu dùng cuối cùng. Theo đó, dịch vụ logistics gắn liền cả quá trình nhập nguyên, nhiên vật liệu làm đầu vào cho quá trình sản xuất, sản xuất ra hàng hóa và đưa vào các kênh lưu thông, phân phối đến tay người tiêu dùng cuối cùng. Nhóm

định nghĩa này góp phần phân định rõ ràng giữa các nhà cung cấp từng dịch vụ đơn lẻ như dịch vụ vận tải, giao nhận, khai thuê hải quan, phân phối, dịch vụ hỗ trợ sản xuất, tư vấn quản lý... với một nhà cung cấp dịch vụ logistics chuyên nghiệp, người sẽ đảm nhận toàn bộ các khâu trong quá trình hình thành và đưa hàng hóa tới tay người tiêu dùng cuối cùng. Như vậy, nhà cung cấp dịch vụ logistics chuyên nghiệp đòi hỏi phải có chuyên môn, nghiệp vụ vững vàng để cung cấp dịch vụ mang tính “trọn gói” cho các nhà sản xuất. Đây là một công việc mang tính chuyên môn hóa cao. Ví dụ, khi một nhà cung cấp dịch vụ logistics cho nhà sản xuất thép, anh ta sẽ chịu trách nhiệm cân đối sản lượng của nhà máy và lượng hàng tồn kho để nhập phôi thép, tư vấn cho doanh nghiệp về chu trình sản xuất, kỹ năng quản lý và lập các kênh phân phối, các chương trình marketing, xúc tiến bán hàng để đưa sản phẩm đến với người tiêu dùng.

Thương mại điện tử đang bước vào giai đoạn tăng trưởng mạnh mẽ chưa từng có và xu hướng này sẽ bùng nổ với sự phát triển của thương mại điện tử di động. Người tiêu dùng có thể tìm mua online mọi thứ, từ đồ cổ cho tới nội thất, hàng tạp hóa, thiết bị điện tử... và người bán có thể bán mọi lúc mọi nơi, chuỗi cửa hàng bán lẻ cũng được đồng bộ hóa cùng hệ thống online. Trong xu hướng dịch chuyển từ thương mại truyền thống sang thương mại điện tử của kinh tế thế giới hiện đại, ngành dịch vụ hậu cần cũng có những thay đổi nhanh chóng và theo kịp xu hướng đó. Kết quả là ngành dịch vụ hậu cần điện tử (e-Logistics) ra đời. *Dịch vụ hậu cần điện tử, về căn bản, cũng là dịch vụ hậu cần, nhưng sự luân chuyển của dòng thông tin giữa các mắt xích - từ nhà cung cấp đầu tiên đến người tiêu dùng cuối cùng - được thực hiện thông qua môi trường internet.* Tuy nhiên, hiện nay Việt Nam chưa ban hành luật e-logistics nên khi nhắc tới logistics hay e-logistics thì vẫn bản pháp luật điều chỉnh trực tiếp vẫn là Luật Thương mại năm 2005.

2. Thực trạng của pháp luật về dịch vụ logistics trong hoạt động thương mại điện tử

Dịch vụ logistics đóng vai trò quan trọng trong sự phát triển của thương mại điện tử và kinh tế Việt Nam. Hơn 30% dân số tại Việt Nam được dự báo sẽ chuyển sang mua sắm trực tuyến vào năm 2020¹, cho thấy nhu cầu giao hàng của ngành thương mại điện tử sẽ tăng đáng kể trong thời gian tới. Theo báo cáo mới đây của *We Are Social* (một công ty tại Anh chuyên thực hiện các thống kê và đánh giá về thông tin kỹ thuật số, di động và các lĩnh vực liên quan), tổng số người dùng Internet ở Việt Nam vào tháng 01/2018 là 64 triệu người, tăng khoảng 27%, cho thấy Internet đang trở thành một phần không thể thiếu trong cuộc sống của nhiều người Việt Nam². Điều đó cũng khẳng định tầm quan trọng của logistics trong thương mại điện tử và đòi hỏi một hệ thống pháp luật hoàn chỉnh đáp ứng nhu cầu điều chỉnh lĩnh vực này. Nghiên cứu thực trạng hệ thống pháp luật Việt Nam về logistics cho thấy một số vấn đề sau:

Thứ nhất, pháp luật hiện hành còn thiếu quy định về khái niệm e-logistics, gây khó hiểu và khó thực hiện. Logistics cũng như thương mại điện tử đang bùng nổ và là xu hướng phát triển trong thời gian tới. Tuy nhiên, hiện nay, do chưa nghiên cứu sâu, có nhiều người vẫn hiểu chưa đúng và chưa phân biệt được hai khái niệm e-logistics và logistics. Ngoài ra, không ít người còn đồng nhất hai khái niệm này với nhau. Nhằm lần sẽ dẫn đến việc đánh giá không đúng vị trí, vai trò của hai hoạt động logistics và e-logistics trong thương mại điện tử cũng như hạ thấp chức năng của chúng.

Thứ hai, việc phân loại các hoạt động logistics còn nằm rải rác ở nhiều văn bản

pháp luật khác nhau dẫn đến khó khăn trong công tác quản lý và áp dụng để xác định các hoạt động logistics. Như chúng ta đã biết, dịch vụ logistics góp phần mở rộng thị trường thương mại điện tử, các nhà sản xuất muốn chiếm lĩnh và mở rộng thị trường cho sản phẩm của mình phải cần sự hỗ trợ của dịch vụ logistics. Dịch vụ này có tác dụng như cầu nối trong vận chuyển hàng hóa trên các tuyến đường đến các thị trường mới đúng yêu cầu về thời gian và địa điểm đặt ra nên doanh nghiệp có thể khai thác và mở rộng thị trường nhanh và mạnh hơn. Bởi vậy, ngoài việc cần thiết phải bổ sung định nghĩa về dịch vụ e-logistics, việc phân loại dịch vụ logistics cũng cần có quy định thống nhất. Hiện nay, việc phân loại thường theo phương pháp liệt kê, trình bày được quy định ở quá nhiều văn bản, cụ thể:

Theo quy định của Luật Thương mại năm 2005, logistics bao gồm nhận hàng, vận chuyển, lưu kho, lưu bãi, làm thủ tục hải quan, các thủ tục giấy tờ khác, tư vấn khách hàng, đóng gói bao bì, ghi ký mã hiệu, giao hàng hoặc các dịch vụ khác có liên quan đến hàng hóa³.

Căn cứ Quyết định số 10/2007/QĐ-TTg ngày 23/01/2007 của Thủ tướng Chính phủ về Hệ thống ngành kinh tế của Việt Nam 2007, có thể nhóm một số phân ngành kinh tế thuộc dịch vụ logistics như: 4912 (vận tải hàng hóa đường sắt), 4933 (vận tải hàng hóa bằng đường bộ), 4940 (vận tải đường ống), 5012 (vận tải hàng hóa ven biển và viễn dương), 5022 (vận tải hàng hóa đường thủy nội địa), 5120 (vận tải hàng hóa hàng không), 5210 (kho bãi và lưu giữ hàng hóa), 5221 (hoạt động dịch vụ hỗ trợ trực tiếp cho vận tải đường sắt và đường bộ), 5222 (hoạt động dịch vụ hỗ trợ trực tiếp cho vận tải đường thủy), 5223 (hoạt động dịch vụ hỗ trợ trực tiếp cho vận tải hàng không), 5224 (bốc

1 <http://thegioihoinhap.vn/cong-nghe/startup/den-nam-2020-viet-nam-se-co-khoang-30-dan-so-tham-gia-mua-sam-online/>

2 <http://enternews.vn/tmdt-va-co-hoi-cho-cac-hang-giao-vantai-viet-nam-130384.html>

3 Điều 233, Luật Thương mại 2005.

xếp hàng hóa), 5229 (hoạt động dịch vụ hỗ trợ khác liên quan đến vận tải), 5310 (buu chính), 5320 (chuyên phát), và 8292 (dịch vụ đóng gói).

Trong khi đó, theo quy định của Điều 3 Nghị định số 163/2017/NĐ-CP ngày 30/12/2017 của Chính phủ về kinh doanh dịch vụ logistics, dịch vụ logistics bao gồm: 1. Dịch vụ xếp dỡ container, trừ dịch vụ cung cấp tại các sân bay; 2. Dịch vụ kho bãi container thuộc dịch vụ hỗ trợ vận tải biển; 3. Dịch vụ kho bãi thuộc dịch vụ hỗ trợ mọi phương thức vận tải; 4. Dịch vụ chuyển phát; 5. Dịch vụ đại lý vận tải hàng hóa; 6. Dịch vụ đại lý làm thủ tục hải quan (bao gồm cả dịch vụ thông quan); 7. Dịch vụ khác, bao gồm các hoạt động sau: kiểm tra vận đơn, dịch vụ môi giới vận tải hàng hóa, kiểm định hàng hóa, dịch vụ lấy mẫu và xác định trọng lượng; dịch vụ nhận và chấp nhận hàng; dịch vụ chuẩn bị chứng từ vận tải; 8. Dịch vụ hỗ trợ bán buôn, hỗ trợ bán lẻ bao gồm cả hoạt động quản lý hàng lưu kho, thu gom, tập hợp, phân loại hàng hóa và giao hàng; 9. Dịch vụ vận tải hàng hóa thuộc dịch vụ vận tải biển; 10. Dịch vụ vận tải hàng hóa thuộc dịch vụ vận tải đường thủy nội địa; 11. Dịch vụ vận tải hàng hóa thuộc dịch vụ vận tải đường sắt; 12. Dịch vụ vận tải hàng hóa thuộc dịch vụ vận tải đường bộ; 13. Dịch vụ vận tải hàng không; 14. Dịch vụ vận tải đa phương thức; 15. Dịch vụ phân tích và kiểm định kỹ thuật; 16. Các dịch vụ hỗ trợ vận tải khác; 17. Các dịch vụ khác do thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics và khách hàng thỏa thuận phù hợp với nguyên tắc cơ bản của Luật Thương mại.

Ngoài ra, tháng 5/2007, Việt Nam cùng các nước thành viên ASEAN cũng đã nhất trí xây dựng lộ trình hội nhập ngành dịch vụ logistics trong ASEAN. Dịch vụ logistics trong ASEAN⁴ gồm 11 phân ngành

sau: 1. Dịch vụ xếp dỡ hàng hóa trong vận tải biển (có mã phân loại trong Bảng phân loại các hàng hóa và dịch vụ chủ yếu của Liên hiệp quốc là 741-CPC 741); 2. Dịch vụ kho bãi (CPC 742); 3. Dịch vụ đại lý vận tải hàng hóa (CPC 748); 4. Các dịch vụ hỗ trợ khác (CPC 749); 5. Dịch vụ chuyển phát (CPC 7512**); 6. Dịch vụ đóng gói (CPC 876); 7. Dịch vụ thông quan (không có trong phân loại của CPC); 8. Dịch vụ vận tải hàng hóa quốc tế bằng đường biển, loại trừ vận tải ven bờ; 9. Dịch vụ vận tải hàng không (được đàm phán trong khuôn khổ Hội nghị các quan chức cao cấp về vận tải trong ASEAN); 10. Dịch vụ vận tải đường sắt quốc tế (CPC 7112); 11. Dịch vụ vận tải đường bộ quốc tế (CPC 7213).

Như vậy, phần lớn các văn bản trên đều phân loại hoạt động logistics theo hướng từng ngành vận tải riêng biệt. Cách phân loại này sẽ làm mất đi bản chất thương mại của hoạt động logistics và dễ dẫn đến sự nhầm lẫn giữa hoạt động này với hoạt động vận chuyển thông thường.

Thứ ba, hiện nay, hệ thống pháp luật Việt Nam điều chỉnh logistics trong hoạt động thương mại điện tử chưa đồng bộ, thiếu nhất quán về trách nhiệm và giới hạn quản lý giữa các cơ quan nhà nước trong việc quản lý hoạt động logistics. Tuy logistics được xem là “yếu tố then chốt” phát triển sản xuất, thúc đẩy phát triển các ngành dịch vụ khác⁵, nhưng đến nay chưa được quản lý vào một đầu mối thống nhất. Logistics thực ra không phải là một ngành nghề riêng biệt mà nó chính là một chuỗi hoạt động bao gồm rất nhiều công việc khác nhau liên quan đến nhiều ngành nghề như: vận tải, đóng gói, làm thủ tục thuế, hải quan... Vì vậy, các doanh nghiệp đăng ký kinh doanh dịch vụ logistics đang phải tuân thủ cùng lúc ít nhất hai tầng điều kiện kinh doanh: điều kiện cho ngành

4 Báo cáo Logistics Việt Nam 2017, Nxb. Công thương, tr. 31.

5 Quyết định 175/QĐ-TTg ngày 27/1/2011 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt chiến lược tổng thể phát triển khu vực dịch vụ của Việt Nam đến năm 2020.

riêng lẻ trong chuỗi và điều kiện chung của chuỗi logistics khi bị gọi là ngành nghề kinh doanh. Mỗi hoạt động này tương ứng với một ngành, nghề kinh doanh và được điều chỉnh bởi pháp luật chuyên ngành với cơ quan có thẩm quyền quản lý riêng biệt. Điều này thực sự chưa hợp lý vì vừa không phục vụ mục tiêu quản lý nhà nước, vừa làm tăng chi phí tuân thủ của doanh nghiệp.

Thứ tư, như chúng ta đã biết, mục tiêu quản lý nhà nước về phân cấp quản lý là sự phân định thẩm quyền, trách nhiệm giữa các cấp chính quyền trên cơ sở bảo đảm sự phù hợp giữa khối lượng và tính chất thẩm quyền nhằm tăng cường chất lượng, hiệu lực, hiệu quả của hoạt động quản lý nhà nước và giảm chi phí tuân thủ cho doanh nghiệp. Trong khi đó, quy định về phân cấp quản lý hoạt động logistics như hiện nay sẽ gây chông chéo trong thẩm quyền quản lý và gây tổn kém cho doanh nghiệp khi phải đối mặt với nhiều thủ tục hành chính xin phép cho hoạt động kinh doanh này. Ví dụ, theo quy định của Nghị định 87/2009/NĐ-CP về vận tải đa phương thức và Nghị định 89/2011/NĐ-CP (sửa đổi Nghị định 87/2009/NĐ-CP), Bộ Giao thông Vận tải được giao là cơ quan cấp giấy phép kinh doanh vận tải đa phương thức - một hoạt động quan trọng của dịch vụ logistics, trong khi đó, theo quy định của Luật Thương mại năm 2005, Bộ Công thương là cơ quan quản lý nhà nước về logistics, việc đăng ký kinh doanh logistics lại do Sở Kế hoạch và Đầu tư thực hiện. Mặt khác, theo quy định của Điều 8 Luật Giao dịch điện tử năm 2005, nếu hoạt động logistics thông qua các phương tiện điện tử thì hoạt động này còn chịu sự quản lý của Bộ Bưu chính Viễn thông và Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi diễn ra hoạt động giao dịch điện tử. Như vậy, chỉ riêng một hoạt động vận tải thông qua phương tiện điện tử tại một địa phương nhất định trong chuỗi hoạt động

dịch vụ logistics đã có tới bốn cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý chuyên biệt. Điều đó đồng nghĩa với việc để thực hiện hoạt động này, doanh nghiệp phải thông qua rất nhiều thủ tục hành chính với các khoản phí, lệ phí chính thức và không chính thức không hề nhỏ.

Thứ tư, một số quy định của pháp luật hiện hành về vận chuyển hàng hóa truyền thống không phù hợp với trong hoạt động thương mại điện tử. Ví dụ: Khoản 1 Điều 3 Thông tư liên tịch số 64/2015/TTLT-BTC-BCT-BCA-BQP ngày 08/5/2015 của Bộ Tài chính, Bộ Công thương, Bộ Công an và Bộ Quốc phòng về chế độ hóa đơn, chứng từ đối với hàng hóa nhập khẩu lưu thông trên thị trường quy định: "Đối với hàng hóa nhập khẩu đang trên đường vận chuyển, đang bày bán, để tại kho, bến, bãi, điểm tập kết (trừ các trường hợp quy định tại Khoản 2 Điều này) thì cơ sở sản xuất, kinh doanh hàng hóa nhập khẩu, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan phải xuất trình đầy đủ hóa đơn, chứng từ chứng minh tính hợp pháp của hàng hóa theo quy định của pháp luật và Thông tư này ngay tại thời điểm kiểm tra. Nếu không có hóa đơn chứng minh nguồn gốc rõ ràng của hàng hóa thì sẽ bị xử phạt hành chính, có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự tội buôn lậu. Về hành vi vận chuyển hàng hóa trên đường mà không có hóa đơn, chứng từ thì sẽ bị xử phạt hành chính về hành vi này đồng thời sẽ bị tạm giữ số hàng hóa không có hóa đơn chứng từ đó... Tuy nhiên, cùng với sự bùng nổ của hoạt động thương mại điện tử, thương mại điện tử một ngày có hàng trăm đơn hàng (ví dụ, *adayroi.com*⁶ một ngày có thể xử lý lên đến 1.500 đơn hàng), có đơn hàng chỉ vài chục nghìn đồng thì thực sự rất khó có thể kẹp hóa đơn cho từng đơn hàng.

3. Kiến nghị

Nhìn chung, logistics tác động đến quyết định mua hàng của từng khách hàng,

6 *Adayroi.com* là website thương mại điện tử của Công ty cổ phần dịch vụ Thương mại tổng hợp Vincommerce, một thành viên của tập đoàn Vingoup.

đến doanh số, lượng hàng bán ra của từng doanh nghiệp và sự phát triển bền vững của toàn xã hội nói chung và thương mại điện tử nói riêng. Điều này đòi hỏi các nhà quản lý phải chú ý, xem xét tổng thể các tác động có thể có. Qua nghiên cứu thực trạng của pháp luật Việt Nam về dịch vụ logistics, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị như sau:

Thứ nhất, xây dựng khái niệm về e-logistics theo hướng quy định cụ thể các nội dung của dây chuyền logistics thương mại trong quản lý dây chuyền cung ứng hiện đại. Đó là “quá trình lập kế hoạch, thực hiện và kiểm soát có hiệu quả sự luân chuyển, lưu kho hàng hóa, các dịch vụ và thông tin có liên quan từ điểm gốc đến nơi tiêu dùng theo đúng yêu cầu của khách hàng”⁷. Sự phát triển của công nghệ thông tin và thương mại điện tử đang làm thay đổi lối sống, thói quen mua sắm, đặc thù sản xuất kinh doanh và tất yếu đòi hỏi sự đổi mới tiên phong của lĩnh vực logistics, vốn được coi là mắt xích quan trọng nối giữa các khâu trong hoạt động sản xuất với nhau và giữa sản xuất với tiêu dùng. Đặc thù của mô hình e-logistics là có độ phủ thị trường rộng, độ phân tán hàng hóa cao, quy mô nhỏ lẻ, tần suất mua lớn, mặt hàng đa dạng, thường yêu cầu thời gian giao hàng nhanh chóng, miễn phí và thu tiền tận nơi. Các dòng di chuyển hàng hóa lúc này mở rộng đáng kể về phạm vi, khoảng cách, tính phức tạp, nên e-logistics có những khác biệt rất lớn với logistics truyền thống. Vì vậy, có thể định nghĩa “E-logistics là toàn bộ các hoạt động nhằm hỗ trợ việc di chuyển hàng hóa từ nơi cung ứng đến nơi tiêu dùng thông qua các giao dịch điện tử”.

Thứ hai, cần bổ sung quy định về thẩm quyền quản lý dịch vụ logistics nhằm bảo đảm sự kiểm soát hoạt động này từ phía cơ quan nhà nước, đồng thời tránh tình trạng chồng chéo giữa các cơ quan có thẩm quyền quản lý. Chúng ta có thể nghiên cứu tiếp

cận giải pháp này theo phương án loại bỏ logistics ra khỏi Danh mục ngành nghề đầu tư, kinh doanh có điều kiện và thành lập Ủy ban điều phối liên ngành về logistics. Theo đó, sẽ có sự tách bạch về quản lý nhà nước đối với e-logistics và logistics truyền thống. Phương án này là phù hợp với quy luật khách quan cũng như xu hướng phát triển của xã hội, bởi lẽ trong điều kiện hiện nay, với việc nhiều bộ, ngành liên quan đến việc quản lý logistics thương mại và khi chưa có phân định rõ trách nhiệm của từng bộ, ngành; pháp luật chưa thật minh bạch, việc thành lập Ủy ban này là một việc làm cần thiết. Điều này sẽ giúp cho hoạt động quản lý ngành đạt hiệu quả cao hơn, góp phần thúc đẩy nhanh sự phát triển của ngành dịch vụ logistics của Việt Nam, tạo thuận lợi cho việc nâng cao giá trị và năng lực cạnh tranh của thương mại nước ta nói riêng và nền kinh tế nói chung.

Thứ ba, mỗi một hình thức kinh doanh đều có đặc điểm riêng, nếu chúng ta tiếp tục quản lý theo cách không phân biệt logistics truyền thống và e-logistics sẽ khó đảm bảo được quyền lợi của người kinh doanh. Do đó, cần phân loại hoạt động quản lý nhà nước về logistics thành hai loại sau: hoạt động logistics truyền thống và e-logistics. Đồng thời, Nhà nước cần ban hành các chính sách linh hoạt phù hợp với hoạt động thương mại cụ thể.

Rõ ràng pháp luật về dịch vụ logistics có tác động sâu sắc đến hoạt động thương mại điện tử tại Việt Nam. Những tác động này đã, đang diễn ra cùng với sự phổ biến và sự phát triển với tốc độ chóng mặt của cuộc sống số. Dịch vụ này là nền tảng vững chắc cho sự phát triển và khẳng định giá trị của thương mại điện tử. Vì vậy, Nhà nước ta cần có những biện pháp thích hợp để hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực thi pháp luật về logistics trong thương mại điện tử ■

7 Định nghĩa trong What's It All About? (OK Brook, IL; Council of Logistics Management, 1993), theo Fundamentals of Logistics Management, Douglas M. Lambert, James R. Stock và Lisa M. Ellram, tr. 3.

CHỐNG PHÁT NGÔN THÙ GHÉT, PHỈ BĂNG TRÊN INTERNET Ở HOA KỲ, LIÊN MINH CHÂU ÂU VÀ NHỮNG GIÁ TRỊ THAM KHẢO CHO VIỆT NAM¹

Vũ Công Giao*

Nguyễn Đình Đức*

* PGS. TS. Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội

** Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội

Thông tin bài viết:

Từ khóa: Phát ngôn thù ghét, phỉ báng; Internet, Hoa Kỳ, Liên minh châu Âu, Việt Nam

Lịch sử bài viết:

Nhận bài : 07/04/2018

Biên tập : 12/07/2018

Duyệt bài : 17/07/2018

Article Information:

Keywords: hate speech, defamation; internet, United States; European Union; Vietnam

Article History:

Received : 07 Apr. 2018

Edited : 12 Jul. 2018

Approved : 17 Jul. 2018

Tóm tắt:

Quyền tự do ngôn luận (hay tự do biểu đạt) nằm trong số những quyền cơ bản của con người được ghi nhận trong Tuyên ngôn Quốc tế Nhân quyền (UDHR, 1948) và Công ước về các Quyền Dân sự & Chính trị (ICCPR, 1966). Sự bùng nổ của Internet và mạng xã hội khiến cho các quốc gia phải chịu một áp lực ngày càng lớn trong việc tìm ra câu trả lời cho một câu hỏi không mới: Ranh giới nào cho tự do ngôn luận? Chỉ khi giải quyết được câu hỏi này thì mới có thể có những biện pháp căn cơ để giải quyết vấn nạn sử dụng phát ngôn thù ghét, phỉ báng có tính chất kích động tràn lan trên Internet. Những phân tích kinh nghiệm của Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu đang sử dụng để đối phó với hành vi phát ngôn thù ghét, phỉ báng trên Internet có giá trị tham khảo hữu ích cho Việt Nam trong việc hoàn thiện các quy phạm pháp luật về giới hạn của hai quyền tự do này trên môi trường Internet phù hợp với xu thế trên thế giới.

Abstract

Freedom of speech (or freedom of expression) is one of the fundamental human rights recognized in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR, 1948) and the International Convention on Civil and Political Rights (ICCPR), 1966). The explosion of internet and social media has provided several countries with increasing pressure to find an answer to a repeated question: What is the boundary for free speech? Only once this question is clearly addressed can the radical measures be taken for the problem of the use of hate speech, defamation rampantly used on agitation purpose in the internet. The analysis, experience of the United States and the European Union used to deal with the hate speech, defamation on internet are good references for Vietnam for the improvements of legal norms on the boundary of these two freedoms in the internet environment so that it would be in consistent with the world's trend.

1 Bài viết này thuộc phạm vi Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ “Hoàn thiện pháp luật về quản lý thông tin trên mạng - Thực trạng và giải pháp” của Viện Nghiên cứu Lập pháp (năm 2017-2019), do ThS. Trần Thị Hoa làm Chủ nhiệm.

1. Quan niệm phát ngôn thù ghét, phỉ báng theo luật nhân quyền quốc tế

Theo luật nhân quyền quốc tế, quyền tự do ngôn luận là một quyền con người cơ bản, có vị trí rất quan trọng trong hệ thống các quyền con người, song không phải là một quyền tuyệt đối.

Điều 19 của Tuyên ngôn thế giới về Nhân quyền (UDHR) 1948 quy định: “Mọi người đều có quyền tự do ngôn luận và bày tỏ ý kiến; kể cả tự do bảo lưu quan điểm mà không bị can thiệp; cũng như tự do tìm kiếm, tiếp nhận và truyền bá các ý tưởng và thông tin bằng bất kỳ phương tiện truyền thông nào, và không có giới hạn về biên giới”.

Quy định trên không nêu ra những hạn chế của quyền tự do biểu đạt. Mặc dù vậy, cũng giống như các quyền khác, tự do biểu đạt cần được xem xét dưới góc độ của Điều 29 UDHR, trong đó nêu rằng: “1. Mọi người đều có nghĩa vụ đối với cộng đồng là nơi duy nhất mà nhân cách của bản thân họ có thể phát triển tự do và đầy đủ; 2. Khi hưởng thụ các quyền và tự do của mình, mọi người chỉ phải tuân thủ những hạn chế do luật định, nhằm mục đích bảo đảm sự công nhận và tôn trọng thích đáng đối với các quyền và tự do của người khác, cũng như nhằm đáp ứng những yêu cầu chính đáng về đạo đức, trật tự công cộng và phúc lợi chung trong một xã hội dân chủ; 3. Trong mọi trường hợp, việc thực hiện các quyền tự do này cũng không được trái với các mục tiêu và nguyên tắc của Liên hiệp quốc”.

Công ước quốc tế về các Quyền dân sự, chính trị (ICCPR) tái khẳng định quyền tự do biểu đạt tại Điều 19, nhưng đồng thời nêu rõ, việc thực hiện quyền này đòi hỏi phải *kèm theo những nghĩa vụ và trách nhiệm đặc biệt* và đề cập đến những hạn chế và giới hạn của quyền này ngay trong nội dung của điều luật, cụ thể như sau: “1. Mọi người đều có quyền giữ quan điểm của mình mà không bị ai can thiệp; 2. Mọi người có quyền tự do ngôn luận. Quyền này bao gồm tự do tìm kiếm, tiếp nhận và truyền đạt mọi thông tin,

ý kiến, không phân biệt lĩnh vực, hình thức tuyên truyền bằng miệng, bằng bản viết, in, hoặc dưới hình thức nghệ thuật, thông qua bất kỳ phương tiện thông tin đại chúng nào tùy theo sự lựa chọn của họ; 3. Việc thực hiện những quyền quy định tại khoản 2 điều này *kèm theo những nghĩa vụ và trách nhiệm đặc biệt*. Do đó, việc này có thể phải chịu một số hạn chế nhất định, tuy nhiên, những hạn chế này phải được quy định trong pháp luật và là cần thiết để: a) Tôn trọng các quyền hoặc uy tín của người khác; b) Bảo vệ an ninh quốc gia hoặc trật tự công cộng, sức khỏe hoặc đạo đức của xã hội”.

Những hạn chế nêu ở Khoản 3 Điều 19 ICCPR trên thực tế là những hạn chế mang tính tổng quát cho nhiều quyền, tự do khác. Do tính chất đặc biệt của quyền tự do ngôn luận, ngoài những hạn chế nêu ở Khoản 3 Điều 19, Điều 20 ICCPR bổ sung những hạn chế khác gắn với quyền này khi nêu rõ: “1. Mọi hình thức tuyên truyền cho chiến tranh đều bị pháp luật nghiêm cấm; 2. Mọi chủ trương gây thù ghét dân tộc, chủng tộc hoặc tôn giáo để kích động sự phân biệt đối xử về chủng tộc, sự thù địch hoặc bạo lực đều phải bị pháp luật nghiêm cấm”.

Từ những phân tích nêu trên, có thể thấy rằng, *phát ngôn thù ghét, phỉ báng đều là những hành động vượt quá khuôn khổ hợp pháp, chính đáng của tự do ngôn luận theo pháp luật quốc tế*. Những phát ngôn như vậy có thể bị cấm và việc cấm những phát ngôn đó sẽ không bị xem là vi phạm quyền tự do biểu đạt theo luật nhân quyền quốc tế.

2. Khái niệm phát ngôn thù ghét, phỉ báng trên Internet

Ngày nay, Internet đã trở thành môi trường sinh hoạt và làm việc phổ biến của đa số cư dân trên khắp thế giới. Chính vì vậy, những hình thức biểu đạt trên Internet dần được công ghét như những hình thức biểu đạt truyền thống. Thậm chí, với mạng xã hội, ảnh hưởng của những biểu đạt trên Internet từ lâu đã vượt ra khỏi biên giới quốc gia. Internet tạo điều kiện cho tự do

ngôn luận, thể hiện ở sự giao lưu, trao đổi thông tin, kiến thức giữa con người với con người được thực hiện một cách dễ dàng hơn bao giờ hết, qua đó thúc đẩy sự tiến bộ của các xã hội và trên toàn thế giới, nhưng cũng là công cụ để một số nhóm, đặc biệt là các nhóm khủng bố, sử dụng để kích động bạo lực và thù địch. Một cách thông thường hơn, môi trường Internet cũng bị những cá nhân có ý thức, tư cách đạo đức hạn chế lợi dụng để bôi nhọ, vu khống, phỉ báng người khác.

Trước tình hình trên, trong thời gian gần đây, nhiều quốc gia và tổ chức quốc tế đã có những nỗ lực để ngăn chặn tình trạng lợi dụng tự do ngôn luận để phát ngôn thù ghét, phỉ báng trên Internet. Đi đầu trong vấn đề này là Liên minh Châu Âu (EU), với việc ban hành *Bộ Quy tắc ứng xử trên Internet* trong đó có sự cam kết tham gia của bốn công ty lớn nhất thế giới về Internet là Facebook, Twitter, Youtube và Microsoft². Trong đó bộ Quy tắc đó, EU sử dụng khái niệm “phát ngôn thù ghét” (hate speech) tương tự như đã được nêu trong khoản 1 Điều 1 Quyết định Khung của Hội đồng châu Âu ban hành năm 2008 về chống lại các hình thức và biểu đạt phân biệt chủng tộc và bài ngoại bằng luật hình sự³, cụ thể đó là:

- Các hình thức ngôn luận “công khai, có nội dung bạo lực và thù địch chống lại một nhóm người hoặc một thành viên của một nhóm dựa trên đặc điểm về chủng tộc, màu da, nguồn gốc, tôn giáo hoặc niềm tin, hoặc nguồn gốc gia hoặc dân tộc”.

- [không loại trừ] các hình thức “phổ biến, phân phối tài liệu, tranh ảnh và các chất liệu khác” [có mục đích như trên]

- Công khai hoài nghi, phủ nhận hoặc giảm nhẹ tính nguy hiểm của các tội ác diệt

chủng, các tội ác chống lại nhân loại và tội ác chiến tranh như được quy định trong Quy chế của Tòa án Hình sự Quốc tế (Điều 6, 7 và 8) và các tội ác quy định tại Điều 6, Hiến chương của Tòa án Quân sự quốc tế, khi hành vi được thực hiện theo cách có thể kích động bạo lực hoặc thù ghét đối với nhóm kể trên hoặc thành viên của một nhóm như vậy.

Từ khái niệm trên của EU và kết hợp với một số định nghĩa khác, có thể xác định khái niệm về “phát ngôn thù ghét”: *Là hành vi biểu đạt và tuyên truyền các nội dung trên mọi phương tiện có thể kích động phản ứng thù ghét, bạo lực với một nhóm người hay một thành viên của một nhóm người dựa trên các đặc điểm về chủng tộc, tôn giáo, màu da, nguồn gốc, quốc tịch và dân tộc.*

Về khái niệm phỉ báng (defamation), cuốn từ điển pháp luật nổi tiếng Black’s Law định nghĩa: là hành vi chỉ trích danh tiếng, nhân cách của một cá nhân bằng những tuyên bố sai sự thật và có ác ý. Hành vi này có thể được thể hiện thông qua lời nói (slander) và chữ viết hay bản in (libel)⁴. Tương tự, Luật Phỉ báng năm 2009 của Ai-len định nghĩa “phỉ báng” là những tuyên bố gây tổn hại danh tiếng của một người trong xã hội, còn Luật Hình sự của Séc-bi thì quy định “phỉ báng” là hành vi bày tỏ hay phổ biến những điều không đúng sự thật về một người, khiến danh dự, uy tín của người đó bị tổn hại⁵. Ngoài ra, còn một vài định nghĩa khác trong pháp luật của các nước châu Âu, nhưng nhìn chung, không có khác biệt đáng kể so với định nghĩa đã nêu trên trong cuốn từ điển Black’s Law.

Từ những phân tích ở trên, có thể thấy, mặc dù đều là những nội dung biểu đạt nhưng “phát ngôn thù ghét” và “phỉ báng” có sự khác biệt rõ ràng. Trong khi phát ngôn

2 Thông cáo báo chí của Ủy ban Châu Âu về việc “Ủy ban Châu Âu và các công ty CNTT thông báo về Quy tắc ứng xử về nhát ngôn thù hận trái pháp luật trên mạng”, 31/5/2016, Bi, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_en.htm

3 Article 1, COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2008/913/JHA of 28 November 2008

4 <https://thelawdictionary.org/defamation/>

5 Patti McCracken, Insult Law report, World Press Freedom Committee & Freedom House, 2012, tr. 16–22.

thù ghét là những biểu đạt có tính chất kích động, hướng tới các đối tượng nằm trong các nhóm chủng tộc, tôn giáo, màu da, nguồn gốc, quốc tịch và dân tộc cụ thể, nhằm chia rẽ, gây xung đột giữa các dân tộc, chủng tộc, tôn giáo hoặc các nhóm, thì sự phỉ báng thường nhắm tới một cá nhân, nhằm hạ nhục hay làm tổn hại danh dự, nhân phẩm, uy tín của người đó. Một sự biểu đạt sẽ được coi là phỉ báng khi đồng thời mang những yếu tố sau: (i) Được phổ biến đến bên thứ ba; (ii) Nội dung không đúng sự thật; (iii) Gây ảnh hưởng xấu tới danh dự, danh tiếng của người bị phỉ báng; (iv) Hành vi thể hiện sự cố ý của người phỉ báng.

Theo tinh thần của luật nhân quyền quốc tế, phát ngôn thù ghét, phỉ báng trên Internet hay ngoài Internet đều có thể bị hạn chế, ngăn cấm bởi pháp luật, bất luận được thể hiện dưới hình thức hay trong môi trường biểu đạt nào. Đây cũng là quy định trong pháp luật của một số nước. Ví dụ, Điều 171, 172 Luật Hình sự của Séc-bi quy định tội danh “phỉ báng” thông qua cả các hình thức truyền thông khác (*other media*), trong đó bao gồm cả mạng xã hội (*social media*)⁶.

3. Quy định của pháp luật Hoa Kỳ về chống phát ngôn thù ghét, phỉ báng trên Internet

Tự do ngôn luận được xem là một trong những giá trị truyền thống của nền dân chủ Mỹ, vì vậy, nó được bảo vệ bằng Tu chính án Thứ nhất (First Amendment). Khác với cách tiếp cận của EU, trong đó nhấn mạnh sự giới hạn của tự do ngôn luận để bảo vệ quyền của những người khác, cũng như để ràng buộc trách nhiệm của người sử dụng quyền tự do ngôn luận, Tu chính án Thứ nhất của Hiến pháp Mỹ nhấn mạnh tầm quan trọng của tự do ngôn luận thông qua

việc ấn định nghĩa vụ của Nhà nước (Quốc hội) phải bảo vệ quyền này: “Quốc hội sẽ không ban hành luật nào để hạn chế quyền tự do ngôn luận hay tự do báo chí”⁷.

Cần thấy rằng, với quy định như trên, thực chất Tu chính án Thứ nhất của Hiến pháp Mỹ chỉ có mục đích ngăn chặn nhà nước có những hành động tùy tiện tước bỏ hay hạn chế quyền tự do ngôn luận chứ không đồng nghĩa với việc xác định tự do ngôn luận có tính chất tuyệt đối. Nhưng trong thực tế, quyền tự do ngôn luận không được xem là quyền tuyệt đối ở Hoa Kỳ, tuy các giới hạn của quyền này được quy định theo cách thức và mức độ khác biệt so với châu Âu.

Về cách thức, khác với châu Âu khi vấn đề được quy định cụ thể trong các văn bản pháp luật (của EU và của các nước thành viên), sự giới hạn của tự do ngôn luận ở Mỹ được thể hiện chủ yếu qua án lệ của các Tòa án, đặc biệt là Tòa tối cao, trong các vụ kiện về những hành vi “phỉ báng” và “phát ngôn thù ghét”. Trong vụ *Chaplinsky kiện Chính quyền bang New Hampshire* (1942)⁸, lần đầu tiên các hành vi phỉ báng, phát ngôn thù ghét được quy định cụ thể thông qua phán quyết của Tòa án Tối cao Hoa Kỳ, trong đó nêu rằng, có một số phát ngôn mà chính quyền có thể ngăn chặn và trừng phạt người thực hiện mà không bị xem là vi hiến, bao gồm các phát ngôn có tính chất khiêu dâm (*lewd and obscene*), tục tĩu (*profane*), phỉ báng (*libelous*), xúc phạm (*insulting*) và những từ ngữ gây hấn (*fightings words*). Tòa cũng định nghĩa “những từ ngữ gây hấn” (*fighting words*) là những câu từ do một người đưa ra nhằm chỉ trích trực tiếp một cá nhân khác mà có khả năng kích động bạo lực với người nghe⁹.

6 Patti McCracken, tài liệu đã dẫn, tr 22.

7 Gudmundur Alfredsson & Asbjørn Eide: “Tuyên ngôn Quốc tế Nhân quyền 1948, Mục tiêu chung của nhân loại”, 2017, Nxb. Thanh Niên, tr. 401.

8 *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), tại <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/case.html>

9 *Chaplinsky v. New Hampshire*, tài liệu đã dẫn.

Phán quyết của Tòa án tối cao Hoa Kỳ trong vụ việc trên được xem là một động thái nhằm đề cao trật tự và đạo đức xã hội ở nước này¹⁰. Kể từ đó, trong một số vụ việc khác, ví dụ như vụ *Beauharnais kiện Chính quyền bang Illinois* (1952)¹¹, Tòa án Tối cao tiếp tục giữ quan điểm nêu trên, thậm chí nhấn mạnh rằng bất kỳ phát ngôn nào nằm trong nhóm bị giới hạn nếu được thực hiện đều không được Hiến pháp bảo vệ, bất kể tính xác thực và khả năng gây hại của những tuyên bố đó¹².

Tuy nhiên, cách giải thích mang tính trừu tượng ở trên đã thay đổi kể năm 1964, sau vụ *Sullivan kiện báo New York Times*¹³, trong đó Tòa án Tối cao đã ra phán quyết (mà trở thành án lệ được áp dụng cho các vụ kiện về “phi báng” cho tới tận ngày nay), rằng các quan chức (public officials) và người của công chúng (public figures)¹⁴ muốn thắng kiện phải chứng minh rằng

những lời phi báng của bị đơn là sai, đồng thời phải chứng minh được cái sai đó là có ác ý hoặc thiếu thận trọng, coi thường sự thật¹⁵. Ba năm sau, trong vụ *Gertz kiện Công ty Robert Welch*¹⁶, Tòa án Tối cao tiếp tục đưa ra phán quyết cụ thể hơn đối với người dân bình thường (private figure) trong các vụ kiện về “phi báng”, trong đó bên nguyên đơn nếu là dân thường thì chỉ cần chứng minh rằng bên phi báng mình đã coi thường sự thật. Như vậy, Tòa đã cho rằng trong vấn đề này cần có cách xử lý khác biệt giữa quan chức, người của công chúng và dân thường, bởi: *thứ nhất*, dân thường khó có đủ nguồn lực để tự chứng minh theo tiêu chuẩn của quan chức và người của công chúng; *thứ hai*, hai đối tượng quan chức và người của công chúng đã tình nguyện chấp nhận các rủi ro khi trở thành tâm điểm của công chúng trong khi người dân thường thì không chọn rủi ro này¹⁷.

10 Geoffrey R. Stone: “Hate Speech and the U.S. Constitution”, 1994, University of Chicago Law school, tr. 78-80.

11 *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), tại <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>

12 Cụ thể về vụ *Beauharnais* kiện bang Illinois (1952): Do có hành vi rải truyền đơn với nội dung phân biệt chủng tộc tại Hội đồng thành phố Chicago, *Beauharnais* bị Tòa án bang kết án theo luật của Illinois. Anh này kháng cáo nhưng Tòa án Tối cao tiếp tục khẳng định phán quyết của tòa cấp dưới, vì cho rằng mặc dù hành động của *Beauharnais* chưa tạo ra thiệt hại rõ ràng nào nhưng sự phi báng không được Hiến pháp bảo vệ và như vậy là đủ để kết án.

13 *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), tại <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>.

Tóm tắt vụ việc này như sau: Năm 1964, *Sullivan* là một nhân viên cảnh sát tại Alabama đã khởi kiện báo *New York Times* đã đưa ra những tuyên bố không chính xác về mình, khi miêu tả rằng ông đã đàn áp các sinh viên da đen trong cuộc biểu tình chống phân biệt chủng tộc. Sau khi xác định những tuyên bố đó là sai sự thật, Tòa án bang đã tuyên *Sullivan* được bồi thường 500,000 USD. Tuy nhiên, Tòa Tối cao sau đó đã hủy kết quả phiên tòa này và giải thích rằng, dựa trên nền tảng của cam kết quốc gia đối với nguyên tắc tranh luận về vấn đề công sẽ không bị ngăn cấm và phải cởi mở, những tuyên bố sai sự thật sẽ khó có thể tránh khỏi trong những cuộc tranh luận tự do. Và kể cả sai sự thật thì những tuyên bố này cũng thuộc quyền tự do ngôn luận. Nếu yêu cầu mọi tuyên bố đều phải có tính xác thực thì sẽ dẫn tới tình trạng tự kiểm duyệt (self-censorship) và ngăn cản sự chỉ trích của mọi người, những yếu tố này sẽ hạn chế các cuộc tranh luận về lĩnh vực công.

14 Jonathan Friendly: “DOES A 'PUBLIC FIGURE' HAVE A RIGHT TO PRIVACY? WELL...”, *New York Times*, 1983, <https://www.nytimes.com/1983/06/12/weekinreview/does-a-public-figure-have-a-right-to-privacy-well.html>, bỏ sung cụm từ “public figures” khi dẫn lại phán quyết của tòa.

15 Geoffrey R. Stone: tài liệu đã dẫn, University of Chicago Law school, tr. 79.

16 *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323 (No. 72-617), tại <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/323>.

Tóm tắt vụ kiện này như sau: Một tờ báo của Cộng đồng John Birch đã xuất bản những thông tin sai sự thật về *Elmer Gertz*, một luật sư đại diện cho một gia đình có người bị bắn chết bởi cảnh sát Chicago. Tờ báo này đưa ra những tuyên bố rằng *Gertz* tham gia các tổ chức cộng sản đã có hoạt động chống Chính phủ và đã từng có tiền án hình sự. Sau đó *Gertz* đã khởi kiện tờ báo này vì tội phi báng vì ông không tham gia hoạt động trong các tổ chức mà báo nêu và chưa từng có tiền án hình sự. Tâm điểm của vụ kiện xoay quanh tranh luận liệu *Gertz* có phải là “nhân vật của công chúng” không vì ông từng tham gia các vụ kiện cảnh sát và đã công bố các bài viết về lợi ích công.

17 Jeff Kosseff: “Private or Public? Eliminating the *Gertz* defamation test”, *Journal of Law, Technology & Policy*, Vol. 2011, No. 2, tr. 255-256.

Theo luật pháp Hoa Kỳ, ở cấp Liên bang, phỉ báng và vu khống không phải là tội hình sự, mặc dù đến nay vẫn còn hơn 20 tiểu bang quy định một số hình thức phỉ báng có thể là tội hình sự. Tuy nhiên, khái niệm và quy định về tội phỉ báng của các bang không đồng nhất. Một số bang ngoài việc quy định phải nộp tiền phạt thì bị cáo còn thể phải ngồi tù (imprisonment) hoặc bị buộc làm việc nặng (hard labor)¹⁸. Dù vậy, xu hướng ở Hoa Kỳ là các bang là dần bỏ quy định phỉ báng là tội hình sự, chẳng hạn như như bang Columbia đã bỏ quy định này từ năm 2001, Arkansas từ năm 2005, Colorado từ năm 2012, Georgia từ năm 2015,...

Đối với “phát ngôn thù ghét”, xu hướng thu hẹp chế tài cũng diễn ra kể từ sau vụ *Đảng quốc xã Mỹ kiện Chính quyền hạt Skokie* năm 1977¹⁹ và sau đó là vụ *R.A.V kiện Chính quyền thành phố St. Paul* năm 1992²⁰. Trong các vụ việc này, Tòa án Tối cao giải thích rằng Tu chính án Thứ nhất ngăn chặn chính quyền cấm những phát ngôn mà đơn thuần chỉ thể hiện sự không tán thành với một vấn đề nào đó. Luật hình sự Mỹ chỉ xem việc bị cáo có động cơ “không thể chấp nhận”, “dựa trên sự thù địch” là tình tiết tăng nặng và có thể chịu trách nhiệm hình

sự bởi những động cơ này xúc phạm một nhóm người nhất định hoặc một cá nhân dựa trên chủng tộc, tôn giáo và dân tộc; nhưng không cho phép áp dụng hình phạt đối với những phát ngôn (bao gồm cả việc biểu đạt qua biểu tượng như mặc quần áo, mang các biểu tự có chữ *vạn* hoặc *đốt chữ thập*)²¹. Tinh thần này cũng được thể hiện khi Hoa Kỳ phê chuẩn Công ước quốc tế về Xóa bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc (ICERD) và nước này đã bảo lưu Điều 4 trong đó quy định cấm tuyên truyền phân biệt chủng tộc²².

Về ứng xử trên Internet, Luật Ứng xử truyền thông của Hoa Kỳ, tại Điều 230 quy định rằng: Không một nhà cung cấp hoặc người sử dụng dịch vụ vi tính nào sẽ được coi là người phát ngôn, người xuất bản của bất kỳ thông tin nào khác với thông tin mà nhà cung cấp dịch vụ tạo ra. Như vậy, có thể hiểu rằng tại Hoa Kỳ, các nhà cung cấp dịch vụ, các công ty mạng xã hội được miễn trừ trách nhiệm đối với các phát ngôn của người sử dụng.

Tóm lại, có thể thấy đối với Hoa Kỳ, quan điểm về sự giới hạn của “phát ngôn thù ghét”, “phỉ báng” đang dần hẹp lại, chủ yếu bởi niềm tin vào tầm quan trọng của quyền tự do ngôn luận, sau đó là xuất phát từ tư

18 Bill Kenworthy & Beth Chesterman: “CRIMINAL-LIBEL STATUTES, STATE BY STATE”, 10/8/2006, <http://www.newseuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-the-press/criminal-libel-statutes-state-by-state/>

19 National Socialist Party of America v. Village of Skokie (1977), tại <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/national-socialist-party-america-v-village-skokie/>

Tóm tắt vụ việc: Ở hạt Skokie bang Illinois vào năm 1977 có hơn 5.000 người Do Thái là nạn nhân của Chiến tranh thế giới thứ 2 sinh sống trong cộng đồng 40.000 người Do Thái ở đây. Frank Collin là lãnh đạo của Đảng Quốc xã Mỹ (National Socialist Party of America – một đảng theo tư tưởng phát - xít) đã thông báo với các viên chức của Skokie rằng Đảng này sẽ diễu hành với quần áo cùng biểu tượng của Đảng Quốc xã Đức dưới thời Hitler và biểu ngữ có thông điệp: “Tự do ngôn luận cho người da trắng”. Các viên chức Skokie đã ngăn cản cuộc diễu hành này với lý do nó nhằm “cố vũ sự hận thù với niềm tin hoặc với tổ tiên của người Do Thái” và “công kích phần lớn cư dân tại Skokie và hướng tới bạo lực và trả thù”. Tòa Tối cao Illinois ra phán quyết rằng việc ngăn cản cuộc diễu hành này là vi phạm Tu chính án Thứ nhất.

20 A.V. v. City of St. Paul, 505 U.S. 377R (No. 90-7675), tại <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/377>

Tóm tắt vụ việc: Tại thành phố St. Paul, bang Minnesota, vào năm 1992, một thanh niên đã đốt chữ thập trên bãi cỏ của một gia đình da đen. Toà án thành phố đã buộc tội thanh niên đó vì luật hình sự của bang Minnesota cấm những hành vi như đốt chữ thập, cắm biểu tượng chữ vạn, hay các biểu tượng khác được xem là kích động, gây hận thù dựa trên đặc điểm chủng tộc, màu da, tín ngưỡng, tôn giáo và giới tính. Tuy nhiên Tòa án Tối cao đã vô hiệu hóa quy định này của thành phố St. Paul với lý do phán quyết như vậy đã hạn chế tự do ngôn luận.

21 Geoffrey R. Stone: tài liệu đã dẫn, 1994, University of Chicago Law school, tr. 81.

22 Gudmundur Alfredsson & Asbjørn Eide: tài liệu đã dẫn, 2017, NXB. Thanh Niên, tr. 402.

duy rằng việc hạn chế nội dung ngôn luận sẽ không hiệu quả bằng các việc làm thiết thực khác của chính quyền như giáo dục, thay đổi chính sách, hay tìm cách hướng dẫn để những người khác phản ứng với các phát ngôn phi báng một cách hòa bình, hoặc tạo điều kiện để người dân được tiếp cận công lý để đảm bảo quyền của mình khi bị phi báng. Tuy nhiên, đối với châu Âu, quan điểm về sự giới hạn của những tự do này vẫn được duy trì bởi bối cảnh lịch sử cũng như tư duy pháp luật có phần khác biệt với Hoa Kỳ.

4. Quy định của Liên minh châu Âu về chống phát ngôn thù ghét, phi báng trên Internet

Phải trải qua sự tàn phá của chủ nghĩa phát - xít, các quốc gia Châu Âu có phản ứng mạnh mẽ hơn so với Hoa Kỳ trong việc chống lại mọi hình thức tuyên truyền các tư tưởng kích động. Quyết định Khung của Hội đồng EU ban hành năm 2008 về chống lại các hình thức và biểu đạt phân biệt chủng tộc và bài ngoại bằng luật hình sự là một minh chứng rõ ràng nhất về quyết tâm hạn chế những phát ngôn thù ghét và kích động. Khoản 2 Điều 3 của Quyết định này nêu rằng, mỗi quốc gia thành viên của EU cần thực hiện những biện pháp cần thiết để đảm bảo rằng các điều khoản tại Điều 1 (Các nội dung biểu đạt bị cấm) sẽ bị trừng phạt bởi các chế tài hình sự từ 1 đến 3 năm tù. Điều 17 Công ước Châu Âu về Nhân quyền (ECHR) được các toà án quốc gia của châu lục này áp dụng, cũng như trong các vụ án được đưa ra trước Toà án Nhân quyền châu Âu, qua đó cho phép các cơ quan chức năng được hạn chế quyền tự do ngôn luận của cá nhân mà có nội dung ủng hộ chủ nghĩa Quốc xã, nhằm bảo vệ quyền của những người khác²³.

Bộ Quy tắc Ứng xử của EU và các công ty công nghệ thông tin (CNTT) lớn như Facebook, Youtube, Twitter và Microsoft

tập trung vào việc hạn chế những phát ngôn thù ghét trên Internet bằng các cam kết hành động của các công ty đó, chứ không miễn trừ trách nhiệm của các công ty này như ở Hoa Kỳ. Bộ Quy tắc bao gồm những cam kết chính sau:

- Các công ty CNTT phải có quy trình rõ ràng và hiệu quả để xem xét các thông báo về phát ngôn thù ghét bất hợp pháp trên các dịch vụ của họ để có thể xóa hoặc vô hiệu hóa quyền truy cập vào nội dung đó. Các công ty CNTT cần có các quy tắc hoặc Nguyên tắc Cộng đồng trong đó nêu rõ rằng họ cấm quảng bá việc kích động bạo lực và hành vi thù địch.

- Các công ty CNTT kiểm tra lại phần lớn các thông báo hợp lệ để loại bỏ phát ngôn thù ghét bất hợp pháp trong vòng chưa đầy 24 giờ và xóa hoặc vô hiệu quyền truy cập vào nội dung đó, nếu thấy cần thiết.

- Các công ty CNTT giáo dục và nâng cao nhận thức của người dùng về các loại nội dung không được đăng theo quy tắc và nguyên tắc cộng đồng của họ. Việc sử dụng hệ thống thông báo có thể được sử dụng như một công cụ để thực hiện việc này.

- Các công ty CNTT xây dựng quy trình hợp tác với cơ quan chức năng của các quốc gia thành viên trong việc cung cấp thông tin về phát ngôn thù ghét bất hợp pháp trên mạng.

- Các công ty CNTT khuyến khích các tổ chức xã hội tham gia phát hiện và thông báo các phát ngôn thù ghét bất hợp pháp trên mạng thông qua các chuyên gia của mình.

- Các công ty CNTT phối hợp với các tổ chức xã hội trong việc đào tạo, nâng cao nhận thức nhân viên chống lại các luận điệu, định kiến kích động cũng như hỗ trợ các tổ chức trong việc tuyên truyền chống lại các luận điệu này bằng cách tăng phạm vi tiếp cận, quảng bá các nội dung của họ²⁴.

23 Gudmundur Alfredsson & Asbjørn Eide: tài liệu đã dẫn, 2017, Nxb. Thanh Niên, tr. 402.

24 Thông cáo báo chí của Ủy ban Châu Âu về việc “Ủy ban Châu Âu và các công ty IT thông báo về Quy tắc ứng xử về phát ngôn thù hận trái pháp luật trên mạng”, 31/5/2016, Bỉ, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_en.htm

Đối với từng quốc gia, các quy định về chống phát ngôn thù ghét thường nằm trong các đạo luật bảo vệ trật tự công như Luật Hình sự, Luật Trật tự công và thường được xếp cùng các nội dung chống “phỉ báng”, “bôi nhọ”. Điều này ngoài việc đáp ứng được Điều 10 của ECHR trong đó quy định giới hạn của quyền tự do biểu đạt phải chịu các thủ tục, điều kiện, hạn chế hoặc hình phạt theo quy định của pháp luật trong các trường hợp cần thiết, còn tuân thủ Điều 4 ICERD về việc bắt buộc các quốc gia thành viên coi hành vi tuyên truyền các ý tưởng về dựa trên thù ghét hay ưu việt chủng tộc là tội phạm²⁵.

Tại Hà Lan, khoản c và d Điều 137 Luật Hình sự nước này cấm các hành vi phỉ báng công cộng, bao gồm hình thức lời nói, viết, minh họa kích động thù ghét dựa trên chủng tộc, tôn giáo, xu hướng tính dục²⁶.

Tại Pháp, các quy định chống phát ngôn thù ghét nằm trong Luật Báo chí năm 1981, theo đó hình sự hóa các hành vi kích động phân biệt chủng tộc, thù ghét và bạo lực với lý do nguồn gốc hoặc là thành viên của một nhóm dân tộc, quốc gia, tôn giáo, chủng tộc²⁷.

Tại Đan Mạch, khoản b, Điều 266 Luật Hình sự quy định việc biểu đạt và tuyên truyền thù ghét chủng tộc, đe dọa, xúc phạm bằng ngôn ngữ hướng tới công chúng hoặc một nhóm người là tội phạm²⁸.

Tại Anh, Luật về Trật tự công cộng năm 1986 quy định tội danh đối với hành vi của một người sử dụng những lời lẽ đe dọa, lạm dụng, lăng mạ hoặc có hành vi nhằm khuấy động ghét thù chủng tộc hoặc có khả năng khuấy động ghét thù chủng tộc.

Tại Áo, Luật Hình sự quy định tội danh cho các hành vi cổ vũ thù ghét chủng tộc, kích động ghét thù qua truyền thông và xỉ nhục, phỉ báng²⁹.

Tại Đức, cụ thể hơn, Đạo luật Mạng xã hội được ban hành năm 2017 áp dụng với những mạng xã hội có trên 2 triệu người sử dụng quy định rõ ràng trách nhiệm của các công ty CNTT cung cấp dịch vụ mạng xã hội với nội dung mà người sử dụng đăng³⁰. Các công ty này phải có đại diện ở nước Đức để hợp tác với cơ quan chức năng. Luật này yêu cầu trong vòng chưa đầy 24 tiếng kể từ khi nhận được phản ánh của người dùng, các nhà cung cấp dịch vụ phải xóa bỏ những nội dung trái pháp luật. Những nội dung này tương thích với các nội dung bị cấm trong Luật Hình sự như xúc phạm danh dự cá nhân, giới tính, danh dự của thành viên các nhóm tôn giáo và chủng tộc. Nếu cần cân nhắc, các công ty này có 7 ngày để xác định nội dung. Khoản tiền phạt cho các vi phạm có thể lên tới 50 triệu Euro³¹.

Đối với hành vi phỉ báng, ngoài việc quy định tội danh phỉ báng giữa các cá nhân, một số quốc gia trong Liên minh Châu Âu vẫn hình sự hóa các hành vi phỉ báng, xúc

25 Rebecca Thomas: “Legislative Provisions for Hate Crime across EU Member States”, 6/2004, Institute for Conflict Research.

26 Rebecca Thomas, tài liệu đã dẫn.

27 Rebecca Thomas, tài liệu đã dẫn.

28 Rebecca Thomas, tài liệu đã dẫn.

29 Gudmundur Alfredsson & Asbjørn Eide: tài liệu đã dẫn, 2017, NXB. Thanh Niên, tr. 402.

30 Jenny Gesley: Germany: Social Media Platforms to Be Held Accountable for Hosted Content Under “Facebook Act”, Library of Congress, 11/7/2017, <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-social-media-platforms-to-be-held-accountable-for-hosted-content-under-facebook-act/> hoặc bản tiếng Anh luật này tại: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/NetzDG_engl.pdf

31 Jenny Gesley: Germany: Social Media Platforms to Be Held Accountable for Hosted Content Under “Facebook Act”, Library of Congress, 11/7/2017, <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-social-media-platforms-to-be-held-accountable-for-hosted-content-under-facebook-act/> hoặc bản tiếng Anh luật này tại: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/NetzDG_engl.pdf

phạm danh dự của các yếu nhân như Tổng thống, Hoàng gia. Cụ thể:

Tại Pháp, Điều 26 Luật Báo chí năm 1881 quy định việc phỉ báng Tổng thống qua các hình thức như: diễn thuyết, la hét, đe dọa nơi công cộng hoặc tại các buổi mít tinh nơi công cộng, trên các văn bản, bản in, bản vẽ, huy hiệu thông qua việc bán, phân phối, trưng bày nơi công cộng hoặc qua các phương tiện truyền thông điện tử có thể bị phạt số tiền là 45.000 Euro³².

Tại Ý, theo Điều 278 Luật Hình sự, việc xúc phạm danh dự của Tổng thống có thể phải chịu mức án tù từ 1 đến 5 năm³³.

Tại Tây Ban Nha, khoản 3 Điều 490 Luật Hình sự quy định tội danh cho các hành vi vu khống hoặc xúc phạm nhà vua, hoặc bất kỳ tổ tiên hoặc hậu duệ của ông, của Hoàng hậu hoặc chồng của Hoàng hậu, của người nhiếp chính hoặc hoàng thái tử, trong việc thực hiện của mình hoặc trách nhiệm của mình hoặc vì những bổn phận đó, có thể bị phạt tù từ sáu tháng đến hai năm nếu mức độ nghiêm trọng, hoặc phạt tiền từ 6 đến 12 tháng tiền lương ở mức độ không nghiêm trọng³⁴.

Tại Thổ Nhĩ Kỳ, Điều 299, Luật Hình sự quy định tội danh xúc phạm Tổng thống có thể bị phạt từ 1 tới 4 năm tù, và nếu xúc phạm nơi công cộng sẽ tăng thêm 6 tháng tù giam³⁵.

Như vậy, có thể thấy quy định về phỉ báng, phát ngôn ghét thù Châu Âu (kể cả quy định chung của cả khối và quy định riêng của từng quốc gia trong khối) đều cụ thể và nghiêm khắc hơn nhiều so với Hoa Kỳ. Tuy nhiên, không vì thế mà quyền tự do ngôn luận của người dân châu Âu bị hạn chế mà trái lại, một số quốc gia còn được

đánh giá là đi đầu về quy định bảo đảm pháp lý cho quyền tự do ngôn luận³⁶, ví dụ như các quốc gia Bắc Âu. Việc quy định chặt chẽ hơn về trách nhiệm của các công ty cung cấp dịch vụ Internet cũng như trách nhiệm của người dân trong việc sử dụng quyền tự do ngôn luận của mình tập trung vào mục tiêu hạn chế tối đa sự lan truyền của các tư tưởng kích động ghét thù, sự phỉ báng, tấn công cá nhân và coi đây là nghĩa vụ của toàn xã hội, từ đó bảo đảm quyền tự do ngôn luận đúng nghĩa của người dân và tạo cơ sở để xây dựng một xã hội thực sự dân chủ, văn minh.

5. Một số giá trị tham khảo cho Việt Nam

Bối cảnh lịch sử của Việt Nam có nhiều nét tương đồng so với Châu Âu hơn là với Hoa Kỳ bởi cùng phải trực tiếp chịu sự tàn phá của chiến tranh, thậm chí trong một khoảng thời gian dài hơn. Chính vì vậy, trong tương lai gần, các quy định về việc chống phỉ báng, bôi nhọ và kích động của Châu Âu có thể gần gũi với những quy định của Việt Nam hơn là với Hoa Kỳ. Nhưng ở tương lai xa hơn, những nền tảng lý luận của John Stuart Mill về tự do biểu đạt được thể hiện trong pháp luật Mỹ có thể là nguồn tham khảo tốt cho Việt Nam nhằm tận dụng hiệu quả các tranh luận công khai về lợi ích công. Có thể tóm tắt một số điểm mà Việt Nam có thể học tập từ cả EU và Hoa Kỳ để hoàn thiện pháp luật về vấn đề này như sau:

- Không cần thiết phải xây dựng một bộ luật riêng quy định tội danh phỉ báng như nước Đức mà có thể lồng ghép vào các bộ luật đã có sẵn;

- Cần xây dựng tiêu chuẩn rõ ràng về các khái niệm phát ngôn thù ghét, kích động, phỉ báng, bôi nhọ và các hình thức biểu đạt;

- Việc chống phỉ báng, bôi nhọ hay

32 Patti McCracken, Insult Law Report, World Press Freedom Committee & Freedom House, 2012, tr. 7~31.

33 Patti McCracken, tài liệu đã dẫn, tr. 7~31.

34 Patti McCracken, tài liệu đã dẫn, tr. 7~31.

35 Patti McCracken, tài liệu đã dẫn, tr. 7~31.

36 Thụy Điển, Phần Lan đã thông qua Sắc lệnh Tự do Xuất bản năm 1766, quy định những hình thức bảo vệ quyền tự do biểu đạt tiên tiến nhất châu Âu. Dẫn từ Gudmundur Alfredsson & Asbjorn Eide: tài liệu đã dẫn, tr. 395.

phát ngôn thù ghét, kích động trên Internet không thể hiệu quả nếu thiếu vai trò của các công ty CNTT và các tổ chức xã hội. Về vấn đề này, sự hợp tác giữa các công ty CNTT và các tổ chức xã hội tại Châu Âu là một điển hình tốt, trong đó khả năng lọc, kiểm duyệt nội dung khách quan nhất thuộc về các tổ chức xã hội. Các công ty chỉ cung cấp giải pháp kỹ thuật bởi họ là người cung cấp và kiểm soát dịch vụ mà người dân sử dụng cũng như môi trường để người dân thực hiện quyền tự do biểu đạt của mình trên Internet;

- Cần có sự kết hợp giữa cơ quan chức năng và các công ty CNTT, tuy nhiên cơ quan chức năng chỉ nên làm nhiệm vụ giám sát việc thực thi của công ty CNTT chứ không nên tham gia vào việc kiểm duyệt;

- Xu hướng phi hình sự hóa tội “phi báng” đang dần phát triển cả ở Hoa Kỳ và EU cũng như các nước khác trên thế giới và Việt Nam nên tham khảo xu hướng này vì đó là “luật chơi” chung của cộng đồng quốc tế. Điều này là bởi thực tế, việc hình sự hóa tội “phi báng” tại các quốc gia trên thế giới dường như tập trung vào các nhà báo, nhà

hoạt động xã hội tham gia phản biện và chỉ trích chính quyền. Ngoài ra, việc áp dụng luật hình sự dường như không phù hợp với nguyên tắc tỷ lệ (proportionality) về việc hạn chế hợp lý các quyền con người. Đối với người dân, các vụ kiện dân sự về phi báng phát huy hiệu quả tốt hơn;

- Cần có tiêu chuẩn rộng hơn về phi báng, bồi nhọ đối với “người của công chúng” hay “quan chức” so với giữa người dân thường để tạo điều kiện cho công chúng tranh luận về các vấn đề lợi ích công, đạo đức, trật tự công liên quan mà không phải e ngại về việc bị kết tội. Đồng thời cũng cần có khái niệm cụ thể để phân biệt hành vi được xem là phi báng, bồi nhọ đối với “người của công chúng” hay “quan chức”. Trong vấn đề này, các kinh nghiệm của nước Mỹ rất đáng để học tập, vì nó giúp duy trì tính phản biện mạnh mẽ của xã hội đối với các cán bộ nhà nước, chính sách công, những người nổi tiếng có ảnh hưởng tới đạo đức xã hội■...

TÀI LIỆU THAM KHẢO:

Bill Kenworthy & Beth Chesterman: “CRIMINAL-LIBEL STATUTES, STATE BY STATE”, 10/8/2006, <http://www.newseuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-the-press/criminal-libel-statutes-state-by-state/>

Geoffrey R. Stone: “Hate Speech and the U.S. Constitution”, 1994, University of Chicago Law school.

Gudmundur Alfredsson & Asbjørn Eide (bản dịch tiếng Việt): “Tuyên ngôn Quốc tế Nhân quyền 1948, Mục tiêu chung của nhân loại”, 2017, Nxb. Thanh Niên.

Jeff Kosseff: “Private or Public? Eliminating the Gertz defamation test”, Journal of Law, Technology & Policy, Vol. 2011, No. 2.

Jenny Gesley: Germany: Social Media Platforms to Be Held Accountable for Hosted Content Under “Facebook Act”, Library of Congress, 11/7/2017, <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/germany-social-media-platforms-to-be-held-accountable-for-hosted-content-under-facebook-act/>

Jonathan Friendly: “DOES A 'PUBLIC FIGURE' HAVE A RIGHT TO PRIVACY? WELL...”, New York Times, 1983, <https://www.nytimes.com/1983/06/12/weekinreview/does-a-public-figure-have-a-right-to-privacy-well.html>

1. Patti McCracken, Insult Law report, World Press Freedom Committee & Freedom House, 2012.

2. Quyết định Khung của Hội đồng EU ban hành năm 2008 về chống lại các hình thức và biểu đạt phân biệt chủng tộc và bài ngoại bằng luật hình sự số 2008/913/JHA ban hành ngày 28/11/2008.

3. Rebecca Thomas: “Legislative Provisions for Hate Crime across EU Member States”, 6/2004, Institute for Conflict Research

Thông cáo báo chí của Ủy ban Châu Âu về việc “Ủy ban Châu Âu và các công ty IT thông báo về Quy tắc ứng xử về phát ngôn thù hận trái pháp luật trên mạng”, 31/5/2016, Bỉ, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1937_en.htm

Từ điển Black’s Law: <https://thelawdictionary.org/>

Toà án tối cao Hoa Kỳ, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), tại <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/case.html>

Toà án tối cao Hoa Kỳ, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), tại <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/343/250/>

Toà án tối cao Hoa Kỳ, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), tại <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>.

Toà án tối cao Hoa Kỳ, *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323 (No. 72-617), tại <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/418/323>.

Toà án tối cao Hoa Kỳ, *National Socialist Party of America v. Village of Skokie* (1977), tại <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/national-socialist-party-america-v-village-skokie/>

Toà án tối cao Hoa Kỳ, *A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377R (No. 90-7675), tại <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/505/377>

Ủy ban châu Âu (EC), COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2008/913/JHA of 28 November 2008.

XÁC ĐỊNH PHÁP LUẬT...

(Tiếp theo trang 47)

mệnh lệnh hay quy phạm cảnh bị (*règles impératives* hay *lois de police et de sûreté* trong hệ thống pháp luật Pháp); quy phạm ưu tiên bắt buộc (*mandatory rules* tại một số quốc gia thuộc *Common Law* và *overriding mandatory provisions* tại Liên minh châu Âu). Về bản chất, các quy phạm này được Tòa án áp dụng trực tiếp để điều chỉnh quan

hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, mà không cần tính đến pháp luật được áp dụng theo sự lựa chọn của các bên hay theo sự dẫn chiếu của quy phạm xung đột. Quy phạm bắt buộc sẽ giúp cho Tòa án vận dụng khi cần thiết để loại trừ việc áp dụng pháp luật nước ngoài đối với hợp đồng xây dựng mà các bên lựa chọn hoặc quy phạm xung đột của Việt Nam dẫn chiếu tới⁹■

9 Chẳng hạn, Tòa Tối cao Pháp (Cass., ch. mixte, 30 novembre 2007, *Agintis et a. c. Basell*, n° 06-14006) đã y chuẩn bản án của Tòa án Phúc thẩm không áp dụng pháp luật của Đức mà các bên trong hợp đồng xây dựng đã lựa chọn. Cụ thể, Công ty Basell của Pháp, chủ thầu, ký hợp đồng thầu phụ với công ty Salzgitter Anlagenbau GmbH của Đức để thực hiện việc xây dựng một nhà xưởng tại Pháp. Các bên đã thỏa thuận lựa chọn pháp luật của Đức. Thỏa thuận lựa chọn pháp luật này phù hợp với Công ước Roma năm 1980 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng mà cả Pháp và Đức đều là thành viên. Tuy nhiên, khi tranh chấp xảy ra và được xét xử trước Tòa án Pháp, Tòa án đã không áp dụng pháp luật của Đức mà các bên đã lựa chọn, vì “liên quan đến việc xây dựng một căn nhà tại Pháp, các quy định bảo vệ nhà thầu phụ của Luật ngày 31/12/1975 về thầu phụ phải được coi là luật cảnh bị theo nghĩa của Điều 3 và Điều 7 của Công ước Roma năm 1980 về luật áp dụng đối với nghĩa vụ hợp đồng, và vì vậy phải được áp dụng trực tiếp”. Bản thân trong nội luật của Pháp cũng có quy định về loại trừ pháp luật áp dụng pháp luật nước ngoài do phải áp dụng quy phạm cảnh bị. Cụ thể, Điều 3 BLDS 1804 quy định: “Các luật cảnh bị bắt buộc tất cả những người sống trên lãnh thổ [Pháp]. Các bất động sản, kể cả được nắm giữ bởi người nước ngoài, đều phải tuân theo pháp luật Pháp”.

