

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

ISSN 1859 - 2953

www.nclp.org.vn

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



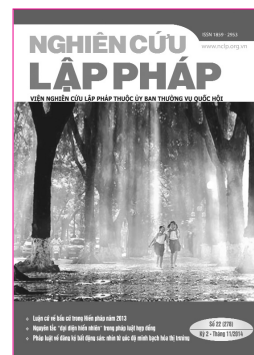
- ❖ Luận cứ về bầu cử trong Hiến pháp năm 2013
- ❖ Nguyên tắc “đại diện hiển nhiên” trong pháp luật hợp đồng
- ❖ Pháp luật về đăng ký bất động sản: nhìn từ góc độ minh bạch hóa thị trường

Số 22 (278)

Kỳ 2 - Tháng 11/2014

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Mục lục 11/2014

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

- 3** Luận cứ về bầu cử trong Hiến pháp năm 2013
PGS,TS. Phan Trọng Hòa
- 11** Xây dựng và hoàn thiện mô hình quan hệ giữa Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp
PGS,TS. Trịnh Đức Thảo – TS. Trần Thái Dương

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- 21** Cụ thể hóa một số quy phạm hiến định vào Dự thảo II Phần chung Bộ luật Hình sự (sửa đổi)
GS,TSKH. Lê Văn Cẩm
- 29** Nguyên tắc “đại diện hiến nhiên” trong pháp luật hợp đồng
TS. Nguyễn Quốc Vinh
- 33** Cầm giữ tài sản có phải là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự?
TS. Bùi Đức Giang

CHÍNH SÁCH

- 41** Pháp luật về đăng ký bất động sản: nhìn từ góc độ minh bạch hóa thị trường
Võ Minh Trí

THỰC TIỄN PHÁP LUẬT

- 47** Hoàn thiện chế định đại diện trong hợp đồng thương mại
Phan Thị Hồng

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ

- 56** Nguyên tắc ngoài lãnh thổ trong pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ và việc xem xét lại đối tượng điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh Việt Nam
Dương Văn Học

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP:

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

TỔNG BIÊN TẬP

TS. PHẠM VĂN HÙNG

TRỤ SỞ:

27A VÕNG THỊ - TÂY HỒ - HÀ NỘI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

THIẾT KẾ:

HOÀNG NHI

GIẤY PHÉP XUẤT BẢN:

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

PHÁT HÀNH - QUẢNG CÁO

HÀ NỘI: 080-43363

TÀI KHOẢN:

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

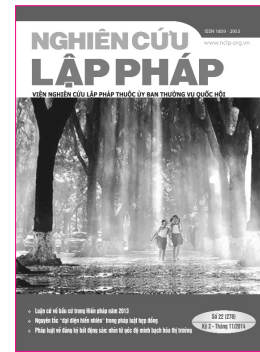
IN TẠI CÔNG TY CỔ PHẦN IN TÂY HỒ

GIÁ: 19.500 ĐỒNG

Ảnh bìa: ST

NGHIÊN CỨU LẬP PHÁP

www.nclp.org.vn



Legis 11/2014

STATE AND LAW

- 3** Premise of election in the 2013 Constitution
Prof, Dr. Phan Trong Hao

- 11** Building and improving the relationship model between the Party and the judicial authorities and agencies involved in the implementation of judicial power
Prof, Dr. Trinh Duc Thao – Dr. Tran Thai Duong

DISCUSSION OF BILLS

- 21** Concretize certain constitutional rules on the General part of the second amendment draft of the Penal Code
Prof, Dr. Le Van Cam
- 29** Principle of “apparent authority” in the contract laws
Dr. Nguyen Quoc Vinh
- 33** Would the asset retaining be a measure to secure the implementation of a civil obligation?
Dr. Bui Đức Giang

POLICIES

- 41** Legislation on registration of property: from the perspective of market transparency
Vo Minh Tri

POLICIES

- 47** Completing the laws of agency in the commercial contracts
Phan Thi Hong

FOREIGN EXPERIENCE

- 56** Principle of “extra-territorial application” of the United States competition law and a revision of the objects of regulation in Vietnam competition law
Duong Van Hoc

EDITORIAL:

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

EDITOR-IN-CHIEF:

Dr. PHAM VAN HUNG

OFFICE:

27A VONG THI - TAY HO - HA NOI
ĐT: 080-43362 / 44078
FAX: 080-48486
Email: nclp@qh.gov.vn
Website: www.nclp.org.vn

DESIGN:

HOANG NHI

LICENSE OF PUBLISHMENT:

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

DISTRIBUTION:

HA NOI: 080-43363

ACCOUNT NUMBER:

0011000467735
LEGISLATIVE STUDY MAGAZINE
VIETCOMBANK

PRINTED BY: TAYHO PRINTING
JOINT STOCK COMPANY

Price: 19,500 VND

LUẬN CỨ VỀ BẦU CỬ TRONG HIẾN PHÁP NĂM 2013

PHAN TRỌNG HÀO*

Trong nhà nước dân chủ, bầu cử được tiến hành để xác định quyền cho những người đại diện nắm giữ những cương vị chính trị. Một vấn đề quan trọng của Hiến pháp là quy định việc nhân dân lựa chọn (bằng cách bầu) đại diện của mình để giữ những chức danh nhà nước ở trung ương và địa phương - cơ sở để cho rằng, nhà nước được nhân dân trao quyền và nhà nước thực hiện quyền lực chừng nào nhân dân còn tín nhiệm. Như vậy, bầu cử là phương thức được sử dụng để quyền lực nhà nước thiết lập ra bởi nhân dân. Vì thế, việc phản ánh trung thực ý chí của nhân dân là vấn đề cốt lõi của mọi cuộc bầu cử.

1. Bầu cử và vai trò của bầu cử

1.1. Bầu cử là quá trình các cử tri của cả nước đưa ra quyết định của họ theo các cách thức mà pháp luật quy định để chọn ra các đại biểu đại diện cho mình nắm giữ các chức vụ trong cơ quan dân cử của chính quyền ở trung ương và địa phương trong phạm vi lãnh thổ của đất nước.

Ở nước ta, các cuộc bầu cử có tính chất pháp lý rất quan trọng: là một khâu thiết yếu để thành lập các cơ quan quyền lực nhà nước từ trung ương đến địa phương; là phương thức để nhân dân thực hiện quyền lực của mình. Bầu cử ở nước ta gồm bầu cử Quốc hội (ở trung ương) và bầu cử HĐND các cấp (ở địa phương).

Mặt khác, thuật ngữ bầu cử ở nước ta được hiểu là có liên hệ mật thiết với khái niệm dân chủ, trong đó những cuộc bầu cử

tự do và công bằng là phương thức bảo đảm cho việc tôn trọng các quyền tự do, dân chủ. Trong một nền dân chủ, quyền lực của nhà nước chỉ được thực thi khi có sự nhất trí của người dân. Cơ chế căn bản để chuyển sự nhất trí đó thành quyền lực nhà nước là tổ chức bầu cử tự do và công bằng.

Bầu cử cũng được hiểu là cách thức nhân dân trao quyền cho Nhà nước.

Quyền bầu cử là một quyền cơ bản của công dân được ghi nhận trong Hiến pháp. Công dân Việt Nam không phân biệt dân tộc, nam, nữ, thành phần xã hội, tín ngưỡng, tôn giáo, trình độ văn hóa, nghề nghiệp, thời hạn cư trú, đủ 18 tuổi trở lên đều có quyền bầu cử. Người đang bị tước quyền bầu cử theo bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật, người đang phải chấp hành hình phạt tù, người đang bị tạm giam và

* PGS, TS. Thư ký khoa học chuyên trách, Hội đồng Lý luận Trung ương

người mất năng lực hành vi dân sự thì không được ghi tên vào danh sách cử tri để bầu cử¹.

1.2. Vai trò của bầu cử

Ý chí nhân dân là vấn đề quan trọng nhất của bầu cử, bởi vì, chỉ khi bầu cử mang ý chí nhân dân thì ý nghĩa dân chủ đích thực của nó mới đạt được.

Thứ nhất, bầu cử có vai trò hợp pháp hoá chính quyền

Chỉ bằng ý chí nhân dân thể hiện trong bầu cử, chính quyền mới được hợp pháp hóa. Bầu cử là phương thức hợp pháp hóa chính quyền văn minh tiến bộ và có tính phổ biến nhất trong thời đại ngày nay.

Tại khoản 3 Điều 21 Tuyên ngôn toàn thế giới về Nhân quyền của Đại hội đồng Liên hiệp quốc năm 1948 đã nêu rõ: “Ý chí của nhân dân là cơ sở tạo nên quyền lực của chính quyền; ý chí này được thể hiện qua các cuộc bầu cử định kỳ và thực sự, theo nguyên tắc bỏ phiếu phổ thông và bình đẳng và được thực hiện qua bỏ phiếu kín hoặc qua các thủ tục bỏ phiếu tự do tương tự”².

Điều 25 của *Công ước quốc tế về các Quyền Dân sự và Chính trị* (1996) đã trịnh trọng tuyên bố: “Mọi công dân, không có bất kỳ sự phân biệt nào... và không có bất kỳ sự hạn chế bất hợp lý nào, đều có quyền và cơ hội để: (1) Tham gia điều hành các công việc xã hội một cách trực tiếp hoặc thông qua những đại diện do họ tự do lựa chọn; (2) Bầu cử và ứng cử trong các cuộc bầu cử định kỳ chân thực, bằng phổ thông đầu phiếu, bình đẳng và bỏ phiếu kín, nhằm đảm bảo cho cử tri được tự do bày tỏ ý

nguyện của mình; (3) Được tiếp cận với các dịch vụ công cộng ở đất nước mình trên cơ sở bình đẳng”³.

Hội nghị an ninh và hợp tác châu Âu (CSCE) khẳng định: Ý chí của nhân dân thông qua bầu cử định kỳ và chân thực là nền tảng cho thẩm quyền và tính hợp pháp của quyền lực nhà nước.

Như vậy, ý chí của nhân dân là nền tảng của quyền lực nhà nước. Thông qua bầu cử, nhân dân lựa chọn cho mình người đại diện và uỷ thác quyền lực cho họ.

Lịch sử phát triển của nhà nước trên thế giới đã trải qua nhiều cách tổ chức chính quyền mà không qua bầu cử. Dân chủ, xét dưới góc độ tổ chức bộ máy nhà nước có nghĩa nhân dân là chủ thể của quá trình tổ chức. Do vậy, các phương thức tổ chức không thể hiện được bản chất đó như truyền ngôi thế tập, sử dụng bạo lực... đang thay đổi theo hướng chuyển sang bầu cử. Trong thế giới hiện đại, các chính quyền thành lập không qua bầu cử, bất luận dù nhằm mục đích gì (kể cả được coi là chính đáng) thường không được các quốc gia, các tổ chức quốc tế công nhận, hoặc có chăng chỉ là sự thừa nhận hết sức dè dặt. Ngược lại, một chính quyền do người dân thành lập thông qua bầu cử theo những nguyên tắc tiến bộ: tự do, công bằng và trung thực, thì về nguyên tắc, chính quyền đó được coi là hợp pháp và được đón nhận một cách tự nhiên trong hoạt động chính trị và trong cộng đồng quốc tế.

Ở Việt Nam, tại phiên họp đầu tiên của

1 *Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội quy định người bị tước quyền bầu cử theo bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật, người phải chấp hành hình phạt tù, người bị tạm giam và người mất năng lực hành vi dân sự nếu đến trước thời điểm bỏ phiếu 24 giờ được khôi phục lại quyền bầu cử, được trả tự do hoặc cơ quan có thẩm quyền xác nhận không còn trong tình trạng mất năng lực hành vi dân sự thì có quyền được bổ sung vào danh sách cử tri và được phát thẻ cử tri.*

Ngược lại, người có tên trong danh sách cử tri mà đến thời điểm bắt đầu bỏ phiếu bị tòa án tước đoạt quyền bầu cử, phải chấp hành hình phạt tù, bị bắt giam hoặc mất năng lực hành vi dân sự, thì UBND xã, phường, thị trấn xóa tên người đó trong danh sách cử tri và thu hồi thẻ cử tri.

2 <http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2009/05/03/2808/>: Tuyên bố này được thông qua và công bố theo Nghị quyết số 217 (III) ngày 10/12/1948 của Đại hội đồng Liên hiệp quốc.

3 http://hcr.hcmulaw.edu.vn/index.php?option=com_content&view=article&id=11:cong-c-quc-t-v-cac-quyn-dan-s-chinh-tr-1966&catid=6:b-lut-nhan-quyn-quc-t&Itemid=20.

Công ước này được Đại hội đồng Liên hiệp quốc thông qua ngày 16/12/1966; có hiệu lực từ ngày 23/3/1976. Việt Nam gia nhập 24/9/1982.

Chính phủ lâm thời, ngày 3/9/1945, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã chỉ ra rằng: “Phải bầu ngay Quốc hội, càng sớm càng tốt. Bên trong thì nhân dân tin tưởng thêm vào chế độ mình. Trước thế giới, Quốc hội do dân bầu ra sẽ có một giá trị pháp lý không ai có thể phủ nhận được”; “Chỉ có Tổng tuyển cử mới để cho dân chúng có dịp muốn nói hết những ý muốn của họ và chỉ có Chính phủ lập ra bởi Tổng tuyển cử mới là đại diện chân chính và trung thành của toàn thể quốc dân. Sau hết cũng chỉ có Tổng tuyển cử mới có thể cấp cho nước Việt Nam một Hiến pháp mới, ấn định rõ ràng quyền lợi của quốc dân và Chính phủ mới phá tan được hết những nghi ngờ ở trong cũng như ở ngoài với chính quyền nhân dân”.

Thắng lợi của Tổng tuyển cử đánh dấu sự trưởng thành của Nhà nước cách mạng Việt Nam, mở ra triển vọng của một thời kỳ mới, thời kỳ đất nước ta có một Quốc hội mới, một Chính phủ thống nhất, một bản Hiến pháp tiến bộ và một hệ thống chính quyền hoàn toàn đầy đủ danh nghĩa về mặt pháp lý để đại diện cho nhân dân Việt Nam về đối nội và đối ngoại.

Sau giải phóng miền Nam, thống nhất đất nước, để thực hiện thống nhất nước nhà về mặt nhà nước, Hội nghị hiệp thương chính trị thống nhất Tổ quốc (từ ngày 15 đến 21/11/1975) đã quyết định Tổng tuyển cử trên phạm vi cả nước bầu ra Quốc hội chung cho cả nước. Quốc hội xác định thể chế nhà nước, bầu ra các cơ quan lãnh đạo của Nhà nước và quy định Hiến pháp mới của nước Việt Nam thống nhất. Do vậy, Quốc hội khóa VI do nhân dân cả nước bầu ra (ngày 25/4/1976) là người đại diện hợp pháp cho toàn thể nhân dân Việt Nam.

Thứ hai, bầu cử là nền tảng của nền dân chủ

Bầu cử kiến tạo chế độ đại diện - phương thức cơ bản thực hiện quyền lực nhân dân trong nhà nước pháp quyền. Trong nhà nước pháp quyền, ý chí của nhân dân là cội nguồn của quyền lực nhà nước. Đối với công dân, bầu cử là quyền chính trị quan trọng của họ chỉ khi nó dân chủ và mở rộng (tự do). Bầu cử tự do, dân chủ làm tăng tính hiện thực của quyền tham gia quản lý nhà nước và xã hội (đối với quyền bầu cử bị động), tăng vai trò thực sự của công dân trong diễn đàn chính trị pháp lý để thành lập nhà nước (đối với thực hiện quyền bầu cử chủ động)⁴.

Hiến pháp năm 1946 coi việc “thực hiện một chính quyền mạnh mẽ và sáng suốt của nhân dân” là một trong ba nguyên tắc của chính thể mới và nền dân chủ nhân dân. Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi năm 2001) cũng khẳng định “Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân”. Điều này như một nguyên lý phổ biến trên thế giới trong việc xây dựng nhà nước pháp quyền thực thi dân chủ.

Trong một nền dân chủ đại diện, bầu cử tự do và công bằng đóng vai trò nền tảng để nhân dân quyết định cơ cấu chính trị và chính sách tương lai của họ. Nếu nhân dân không tín nhiệm các nhà lãnh đạo, họ có quyền bỏ phiếu bãi nhiệm các nhà lãnh đạo đó vào thời điểm ấn hành các cuộc bầu cử.

Về bản chất, bầu cử không những là con đường kiến thiết chế độ đại diện mà nó cũng chính là phương thức để nhân dân loại bỏ những người đại diện. Do vậy, để nhân dân giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước,

4 Theo quan niệm truyền thống của khoa học Luật Hiến pháp, quyền bầu cử chủ động là quyền công dân tham gia bầu cử với tư cách cử tri, những người bỏ phiếu; còn quyền bầu cử bị động (hay thụ động) là quyền công dân tham gia vào bầu cử với tư cách ứng cử viên, những người được bỏ phiếu.

chế ngự sự tha hóa, lạm quyền của quyền lực nhà nước một cách có hiệu quả, đồng thời đối với việc đổi mới chế độ bầu cử, cần xây dựng cơ chế cụ thể và hữu hiệu quyền bãi nhiệm đại biểu dân cử của nhân dân. Điều 7 Hiến pháp năm 1992 quy định: “Đại biểu Quốc hội bị cử tri hoặc Quốc hội bãi nhiệm và đại biểu HĐND bị các cử tri và HĐND bãi nhiệm khi đại biểu đó không còn xứng đáng với sự tín nhiệm của nhân dân”. Chính vì tầm quan trọng của việc khẳng định chủ quyền nhân dân, trong quá trình đổi mới hệ thống chính trị, đổi mới bộ máy nhà nước ở nước ta không thể không nói tới đổi mới chế độ bầu cử.

Nhân dân là chủ thể của quyền lực nhà nước là một đặc điểm quan trọng của nhà nước pháp quyền. Quyền lực của nhân dân là tối thượng. Bản thân nhà nước không tự nhiên có quyền mà do nhân dân ủy quyền; quyền lực của người cầm quyền có thể bị tước bỏ, quyền lực của nhân dân thì không ai có thể tước bỏ được.

Mặt khác, bầu cử, thực chất là sự chuyển giao quyền lực nhân dân sang nhà nước. Bằng bầu cử, nhân dân lựa chọn thành lập ra cơ quan đại diện và ủy thác quyền lực cho họ. Tuy nhiên, cũng chính trong quá trình chuyển giao quyền lực ấy mà phát sinh một hệ lụy ngoài mong muốn của nhân dân: mặc dù được nhân dân ủy thác trao cho quyền lực, song không phải ở đâu, bao giờ, nhà nước (thông qua các cơ quan nhà nước) cũng phản ánh ý chí, nguyện vọng của nhân dân và không phải bao giờ quyền lực nhà nước cũng được thực hiện trong phạm vi, mức độ mà nhân dân trao cho. Do vậy, quyền lực nhà nước cần phải được kiểm soát và giới hạn, nhằm loại trừ một nghịch lý là quyền lực nhà nước của nhân dân nhưng lại đe dọa chính nhân dân. Vì thế, bầu cử không chỉ đơn thuần là việc lựa chọn người đại diện, mà còn là phương thức quan trọng để nhân dân giám sát, thậm chí chế ngự quyền lực nhà nước. Bầu cử là phương thức giám

sát trực tiếp của nhân dân đối với cơ quan dân cử.

Thứ ba, bầu cử phản ánh tương quan lực lượng chính trị xã hội

Một chế độ bầu cử dân chủ cần bảo đảm tính cân đối, hợp lý, đại diện rộng rãi cho các bộ phận trong cơ cấu xã hội. Đến lượt nó, tính cân đối, hợp lý trong bầu cử, trước hết phụ thuộc vào bản chất, đặc điểm của chế độ chính trị, phụ thuộc vào tương quan lực lượng giữa các giai cấp, tầng lớp trong xã hội và phụ thuộc vào “thiết kế” của nhà làm luật.

Chế độ bầu cử dân chủ là chìa khóa cho đồng thuận xã hội, là phương thức quan trọng để hòa hợp dân tộc. Diễn biến chính trị ở nhiều quốc gia trong lịch sử thế giới hiện đại đã cho chúng ta thấy rằng, để giải quyết khủng hoảng chính trị hay những xung đột xã hội, một trong những việc thường được các nước tiến hành là tổ chức tổng tuyển cử, vì kết quả bầu cử thể hiện “mẫu số chung” giữa các phe phái, các lực lượng, các bộ phận xã hội trong việc lựa chọn chính quyền. Tuy nhiên, cũng cần chú ý rằng, không phải tất cả các cuộc bầu cử đều phản ánh ý chí chung đó. Nếu có sự gian lận, dối trá trong bầu cử, hay bầu cử được tiến hành trong điều kiện bạo loạn, niềm tin của nhân dân bị giảm sút, hoặc việc lựa chọn một “mô hình” bầu cử không phù hợp, thì chế độ bầu cử không những không giải quyết được các mâu thuẫn xã hội, mà ngược lại, nó có thể lại làm gia tăng các xung đột xã hội. Do vậy, bất luận trong xã hội nào, chế độ bầu cử không những cần dựa trên các nguyên tắc của bầu cử tự do, tiến bộ và công bằng, mà nó cần được thiết kế phù hợp với điều kiện, đặc điểm của mỗi thể chế chính trị, mỗi dân tộc, mỗi quốc gia.

Xây dựng đồng thuận xã hội chính là việc đi tìm tiếng nói chung của các lực lượng, các giai cấp, các sắc tộc, các tín ngưỡng, các bộ phận trong cơ cấu xã hội. Thông qua bầu cử, tiếng nói chung đó được

chuyển hóa thành cơ quan đại diện. Chính vì vậy, Nghị viện/Quốc hội được nhân dân trao cho chức năng lập pháp. Thông qua hoạt động lập pháp, sự đồng thuận được cơ quan đại diện chuyển hóa thành pháp luật, thành các quyết sách của Nhà nước. Nhà khai sáng kiệt xuất Jean-Jacques Rousseau đã viết: “Lập pháp là đỉnh cao nhất của sự hoàn thiện mà sức mạnh tập thể có thể đạt tới”⁵. Chế độ bầu cử có vai trò nền tảng để kiến tạo sức mạnh tập thể đó.

Thực tế cho thấy, những con số trong tỷ lệ phiếu bầu phản ánh mối tương quan lực lượng trên chính trường và là câu chuyện “được - mất” của các lực lượng chính trị trong xã hội. Tuy nhiên, tương quan lực lượng chính trị xã hội chỉ được phản ánh, đánh giá đúng, khách quan nếu bầu cử công khai, không gian lận. Đã gian lận trong bầu cử thì không thể nói đến ý chí nhân dân. Ở các quốc gia phát triển và trong thể chế chính trị đa nguyên đa đảng, nếu như ý chí của nhân dân được phản ánh trung thực, kết quả bầu cử là thước đo của sự phát triển và giá trị của các xu hướng chính trị, phục vụ nhu cầu thông tin chính trị của mọi cá nhân và tổ chức trong xã hội⁶.

2. Khái lược lịch sử bầu cử Quốc hội ở Việt Nam

Với thắng lợi của cuộc Cách mạng tháng Tám năm 1945, nhân dân ta đã đập tan xiềng xích của chế độ thực dân. Ngày 2/9/1945, Chủ tịch Hồ Chí Minh long trọng đọc Tuyên ngôn độc lập, khai sinh Nhà nước Việt Nam dân chủ cộng hoà, nhà nước công nông đầu tiên ở Đông Nam Á.

Với tầm nhìn xa trông rộng, Chủ tịch Hồ Chí Minh cho rằng, Tổng tuyển cử là một dịp cho toàn thể quốc dân tự do lựa

chọn người có tài, có đức để gánh vác công việc nước nhà, song Tổng tuyển cử phải bảo đảm tính hợp pháp, tính chính thống của bộ máy nhà nước. Ngày 8/9/1945, Chủ tịch Chính phủ lâm thời ban hành Sắc lệnh số 14/SL về việc Tổng tuyển cử Quốc dân đại hội. Ngày 17/10/1945, Chủ tịch Chính phủ lâm thời ký Sắc lệnh số 51/SL quy định thể lệ Tổng tuyển cử. Đây là sắc lệnh quan trọng đầu tiên ở nước ta quy định về bầu cử. Cùng với việc ban hành các sắc lệnh về Tổng tuyển cử, Chính phủ lâm thời cũng công bố bản Dự thảo sửa đổi Hiến pháp đầu tiên để nhân dân tham gia đóng góp ý kiến. Ngày 26/9/1945, Chủ tịch Chính phủ lâm thời đã ban hành Sắc lệnh số 39/SL về lập một Ủy ban dự thảo thể lệ Tổng tuyển cử. Chỉ trong vòng một tháng rưỡi, Ủy ban này đã soạn thảo xong bản dự thảo. Ngày 02/12/1945, Chủ tịch Chính phủ lâm thời ban hành tiếp Sắc lệnh số 71/SL và Sắc lệnh số 72/SL để bổ khuyết Sắc lệnh số 51/SL về thủ tục ứng cử và bổ sung số đại biểu bầu cho một số tỉnh. Ngày 18/12/1945, Chủ tịch Chính phủ lâm thời ban hành Sắc lệnh số 76 quyết định hoãn việc Tổng tuyển cử đến ngày 06/01/1945 (trước đây, Sắc lệnh số 51/SL ngày 17/10/1945 quy định thể lệ Tổng tuyển cử vào ngày 23/12/1945). Tiếp đến là Nghị định số 161 ngày 29/12/1945 và Nghị định số 31 ngày 28/01/1946 của Bộ Nội vụ quy định thể lệ bầu cử HĐND và Ủy ban hành chính xã, tỉnh, huyện, kỳ.

Kế thừa và phát huy tinh thần của các văn bản trên, hầu hết các bản Hiến pháp của Nhà nước ta đều quy định bầu cử Quốc hội, bầu cử HĐND theo các nguyên tắc: *phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín* (Điều 4 Hiến pháp năm 1959; Điều 7 Hiến pháp năm 1980; Điều 7 Hiến pháp năm

5 Jean-Jacques Rousseau, *Bản về kế ước xã hội*, Nxb. TP. Hồ Chí Minh, 1992, tr. 72 (Hoàng Thanh Đạm dịch).

6 Để đảm bảo quyền tự do thông tin, có những quốc gia cho phép các tổ chức (ví dụ các cơ quan truyền thông) thăm dò dư luận trước bầu cử. Mặt khác, cũng có nước (như Singapore...) cấm thăm dò dư luận trước bầu cử vì cho rằng thông tin đó có thể ảnh hưởng tới kết quả bầu cử.

1992; Điều 7 Hiến pháp năm 2013; riêng Hiến pháp năm 1946 chưa quy định nguyên tắc bỏ phiếu bình đẳng). Các nguyên tắc bầu cử còn được cụ thể hoá trong các đạo luật về bầu cử đại biểu Quốc hội: Luật năm 1959, Luật năm 1980, Luật năm 1992, Luật năm 1997 (sửa đổi, bổ sung năm 2001); trong các đạo luật về bầu cử đại biểu HĐND: Sắc lệnh số 63/SL, ngày 22/12/1945 của Chủ tịch Chính phủ lâm thời Việt Nam Dân chủ Cộng hoà về tổ chức các HĐND và Ủy ban hành chính; Sắc lệnh số 04/SL, ngày 20/7/1957 của Chủ tịch nước Việt Nam Dân chủ Cộng hoà về bầu cử HĐND và Ủy ban hành chính các cấp; Sắc lệnh số 136/SL ngày 29/11/1949 ấn định thể lệ bầu và kiện toàn các HĐND thị xã và thành phố; Pháp lệnh quy định thể lệ bầu cử HĐND các cấp, ngày 18/01/1961; Pháp lệnh quy định một số điểm về bầu cử và tổ chức HĐND và Ủy ban hành chính các cấp trong thời chiến, ngày 01/4/1967; Luật Bầu cử đại biểu HĐND năm 1989; Luật Bầu cử đại biểu HĐND năm 1994; Luật Bầu cử đại biểu HĐND năm 2003.

Riêng bản Hiến pháp năm 1946, quy định về việc bỏ phiếu tự do: “Chế độ bầu cử phổ thông đầu phiếu. Bỏ phiếu phải tự do, trực tiếp và kín” (Điều 17). Đây chính là sự kế thừa từ Tổng tuyển cử ngày 06/01/1946. Trong phiên họp đầu tiên của Chính phủ lâm thời đã đề ra sáu nhiệm vụ cấp bách, trong đó nhiệm vụ thứ ba là: tiến hành Tổng tuyển cử tự do theo phổ thông đầu phiếu trong cả nước để bầu ra Quốc hội đầu tiên⁷.

Những năm năm mươi của thế kỷ trước, trong điều kiện kháng chiến và củng cố chính quyền địa phương, Chính phủ ban hành một số văn bản mới về bầu cử. Thông tư số 314/TTg ngày 04/10/1953 của Thủ tướng Chính phủ quy định về bầu cử Ủy ban hành chính kháng chiến, quy định giải tán

HĐND xã, triệu tập Hội nghị đại biểu nhân dân xã thay cho HĐND.

Thành công của cuộc Tổng tuyển cử năm 1946 là cơ sở mang tính xuất phát điểm cho chế độ bầu cử ở nước ta những năm tiếp theo và sau này. Bài học kinh nghiệm rút ra từ cuộc Tổng tuyển cử ấy không chỉ thể hiện ở kết quả bầu cử, mà quan trọng hơn là “đường đi, nước bước”, nội dung và tinh thần của các nguyên tắc bầu cử được áp dụng trong Tổng tuyển cử. Chế độ bầu cử đã trở thành công cụ phát huy quyền làm chủ của người dân, góp phần quan trọng vào việc xây dựng, củng cố khối đại đoàn kết dân tộc. Chế độ bầu cử đã trở thành công cụ pháp lý thành lập các cơ quan bầu cử, hợp pháp hoá vai trò lãnh đạo của Đảng về công tác cán bộ đối với bộ máy nhà nước.

3. Một số vấn đề về bầu cử được quy định trong Hiến pháp 2013

Thực tiễn của Việt Nam cũng như hầu hết các nước trên thế giới đều cho thấy, dù bằng hình thức bầu cử nào, trực tiếp hay thông qua đại biểu của mình thì quyền bầu cử, nhất là quyền bầu ra bộ máy nhà nước vẫn là một trong những quyền quan trọng nhất của mỗi công dân và cũng là yếu tố quan trọng nhất góp phần quyết định có hay không quyền lực nhà nước của nhân dân.

Về nguyên tắc bầu cử

Khoản 1 Điều 7 Hiến pháp 2013 quy định: “Việc bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND được tiến hành theo nguyên tắc phổ thông, bình đẳng, trực tiếp và bỏ phiếu kín”. Nguyên tắc phổ thông thể hiện tính toàn dân, toàn diện, công khai và dân chủ rộng rãi của bầu cử. Bầu cử là công việc của mọi công dân, là sự kiện chính trị trọng đại của xã hội, đòi hỏi sự bảo đảm để công dân thực hiện quyền bầu cử, ứng cử. Nguyên tắc bình đẳng bảo đảm để mọi công dân có khả

⁷ Văn phòng Quốc hội, Kỷ yếu hội thảo “Quá trình hình thành, phát triển của Quốc hội trong sự nghiệp đổi mới”, Hà Nội, 2001, tr. 12.

năng như nhau tham gia bầu cử, nghiêm cấm mọi sự phân biệt, nhằm bảo đảm sự khách quan trong bầu cử, không thiên vị. Để bảo đảm nguyên tắc bình đẳng, Nhà nước có các biện pháp bảo đảm để đồng bào dân tộc thiểu số và phụ nữ chiếm tỷ lệ thích đáng trong bộ máy của mình. Nguyên tắc bầu cử trực tiếp bảo đảm để cử tri trực tiếp lựa chọn người đủ tín nhiệm vào cơ quan quyền lực nhà nước bằng lá phiếu của mình, không qua khâu trung gian. Cùng với các nguyên tắc khác, nguyên tắc này là điều kiện cần thiết bảo đảm tính khách quan của bầu cử. Nguyên tắc bỏ phiếu kín bảo đảm cho cử tri tự do lựa chọn, để sự lựa chọn đó không bị ảnh hưởng bởi những điều kiện và yếu tố bên ngoài.

Các nguyên tắc bầu cử nêu trên thống nhất với nhau, bảo đảm cho cuộc bầu cử khách quan, dân chủ, thể hiện đúng nguyện vọng của cử tri khi lựa chọn. Các nguyên tắc bầu cử còn quy định quyền và trách nhiệm của cử tri trong bầu cử, trách nhiệm của Nhà nước phải bảo đảm những quy định về bầu cử.

Về quyền bầu cử của công dân

Quyền bầu cử là quy định của pháp luật về khả năng của công dân thực hiện quyền lựa chọn người đại biểu của mình ở cơ quan quyền lực nhà nước. Quyền bầu cử bao gồm việc đề cử, giới thiệu người ứng cử, bỏ phiếu, tức là khả năng chủ động trong lựa chọn của công dân.

Ở nước ta, quyền bầu cử được coi là quyền chính trị rất quan trọng, là vinh dự của công dân. Công dân thực hiện quyền đó tự nguyện. Vì tính chất quan trọng của quyền bầu cử nên quyền bầu cử chỉ được quy định cho những người bình thường về mặt thân kinh, đạt đến độ chín của sự phát triển tâm, sinh lý nhằm bảo đảm cho họ có sự lựa chọn chính xác và độc lập. Tại Khoản 1 Điều 17 của Hiến pháp 2013 quy định: “Công dân nước Cộng hòa XHCN Việt Nam là người có quốc tịch Việt Nam”. Điều 27 của Hiến pháp 2013 quy định: “Công dân đủ

mười tám tuổi trở lên có quyền bầu cử và đủ hai mươi một tuổi trở lên có quyền ứng cử vào Quốc hội, HĐND”. Ngoài các quy định về độ tuổi là cần thiết bảo đảm độ chín chắn trong sự lựa chọn của cử tri, pháp luật nước ta không quy định điều kiện nào khác.

Về bầu HĐND và UBND

Điều 6 Hiến pháp năm 1992 quy định: “Nhân dân sử dụng quyền lực nhà nước thông qua Quốc hội và HĐND là những cơ quan đại diện cho ý chí và nguyện vọng của nhân dân, do nhân dân bầu ra và chịu trách nhiệm trước nhân dân”. Những quy định trên đây là đúng đắn nhưng còn chung chung, chưa cho ta thấy được phương thức thực hiện quyền lực nhà nước của nhân dân trong bầu cử.

Khắc phục hạn chế này, Hiến pháp 2013 đã quy định rõ hơn, cụ thể hơn các phương thức để nhân dân thực hiện quyền lực nhà nước *bằng dân chủ trực tiếp, bằng dân chủ đại diện* thông qua Quốc hội, HĐND và thông qua các cơ quan khác của Nhà nước (Điều 6). Về mặt bầu cử, cho dù được tiến hành dưới hình thức dân chủ trực tiếp hay dân chủ đại diện thông qua đại biểu của mình thì quyền bầu cử, nhất là quyền bầu ra bộ máy nhà nước là một trong những quyền quan trọng nhất của mỗi công dân có tuổi từ mười tám trở lên, vì nó là yếu tố góp phần quyết định có hay không quyền lực nhà nước của nhân dân. Tại Khoản 1, Điều 123 Hiến pháp 2013 quy định: “HĐND là cơ quan quyền lực nhà nước ở địa phương, đại diện cho ý chí, nguyện vọng và quyền làm chủ của Nhân dân địa phương, do Nhân dân địa phương bầu ra, chịu trách nhiệm trước Nhân dân địa phương và cơ quan nhà nước cấp trên”. Như vậy, theo quy định này, HĐND ở địa phương nào thì do nhân dân địa phương ấy trực tiếp bầu. Nhưng trong điều kiện nhân dân không thể trực tiếp thì ít nhất cũng phải thông qua các đại biểu và cơ quan đại biểu của mình để bầu ra UBND ở các cấp theo đơn vị hành chính lãnh thổ,

điều đó là khoa học và cần thiết cho một bộ máy chính quyền của nhân dân. Về điểm này, Khoản 1 Điều 114 của Hiến pháp 2013 quy định rõ: “UBND ở cấp chính quyền địa phương do HĐND cùng cấp bầu là cơ quan chấp hành của HĐND, cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương, chịu trách nhiệm trước HĐND và cơ quan hành chính nhà nước cấp trên”.

Hiến định quyền của nhân dân trong việc trực tiếp hoặc thông qua cơ quan đại biểu của mình để bầu ra bộ máy chính quyền ở địa phương là vấn đề có ý nghĩa rất quan trọng, vì nó phản ánh tính nhân dân của Nhà nước ta.

Tuy nhiên, nếu dừng lại ở đây thì *nội hàm của dân chủ trực tiếp* và *cách thức* để nhân dân thực hiện dân chủ trực tiếp, cũng như *các quy định cụ thể* để tăng cường hơn tính hiệu quả của dân chủ đại diện, hiệu quả hoạt động của các cơ quan dân cử và bộ máy nhà nước chưa được làm rõ. Do đó, Điều 29 Hiến pháp 2013 quy định “Công dân đủ mười tám tuổi trở lên có quyền biểu quyết khi Nhà nước tổ chức trưng cầu ý dân”. Với quy định này, công dân thực hiện dân chủ thông qua *trưng cầu dân ý* cùng với bầu cử và các hình thức dân chủ trực tiếp khác.

Về Hội đồng bầu cử quốc gia

Thiết chế Hội đồng bầu cử quốc gia và thiết chế Kiểm toán Nhà nước là 2 thiết chế hoàn toàn mới trong Hiến pháp năm 2013, đều do Quốc hội thành lập. Điều 117 Hiến pháp 2013 quy định: “1- Hội đồng bầu cử quốc gia là cơ quan do Quốc hội thành lập, có nhiệm vụ tổ chức bầu cử đại biểu Quốc hội; chỉ đạo và hướng dẫn công tác bầu cử đại biểu HĐND các cấp. 2- Hội đồng bầu cử quốc gia gồm Chủ tịch, các Phó Chủ tịch và các Ủy viên. 3- Tổ chức, nhiệm vụ, quyền hạn cụ thể của Hội đồng bầu cử quốc gia và số lượng thành viên Hội đồng bầu cử quốc gia do luật định”.

Việc hiến định thiết chế Hội đồng bầu cử quốc gia trong Hiến pháp lần này nhằm

thể hiện đầy đủ, sâu sắc hơn chủ quyền nhân dân, tạo cơ chế để nhân dân thực hiện đầy đủ quyền làm chủ của mình và cũng là thể chế hoá một trong những quan điểm chỉ đạo của Hội nghị Ban Chấp hành Trung ương lần thứ năm khoá XI đặt ra trong quá trình sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 1992: “tăng cường hình thức dân chủ trực tiếp theo hướng hoàn thiện chế định bầu cử”; “nghiên cứu, bổ sung một số thiết chế độc lập như cơ quan Kiểm toán Nhà nước, cơ quan bầu cử quốc gia”. Đồng thời, nó cho thấy các nhà lập hiến mong muốn sẽ khắc phục những hạn chế của công tác bầu cử trong thời gian qua, chuyên nghiệp hóa hoạt động tổ chức bầu cử trong thời gian tới. Với việc quy định Hội đồng bầu cử quốc gia, quyền bầu cử sẽ được một cơ quan độc lập, chuyên nghiệp do Quốc hội thành lập thực hiện; bảo đảm được tính khách quan trong chỉ đạo, điều hành, tính chuyên nghiệp trong việc tổ chức công tác bầu cử; bảo đảm được sự lãnh đạo của Đảng thông qua cơ quan quyền lực cao nhất là Quốc hội, thông qua Đảng đoàn Quốc hội và thông qua việc lựa chọn nhân sự vào các cơ quan này, đồng thời khắc phục được một số hạn chế trong công tác bầu cử ở nước ta hiện nay.

Bầu cử là yếu tố quan trọng để nhân dân thực hiện quyền làm chủ và là biểu hiện, thước đo của dân chủ. Mỗi cải cách chế độ bầu cử là một việc làm phức tạp, đòi hỏi những cố gắng và phụ thuộc vào sự khát khao vươn tới dân chủ của mọi lực lượng trong xã hội và đó chính là nền tảng cho việc cải cách chính trị. Chính vì thế, dân chủ hóa hoạt động bầu cử là hoàn toàn cần thiết trong bối cảnh hoàn thiện hệ thống chính trị, xây dựng và củng cố bộ máy nhà nước của dân, do dân và vì dân ở nước ta. Tuy nhiên, mọi thay đổi về bầu cử trong Hiến pháp chỉ có ý nghĩa tích cực nếu như nó phục vụ cho việc bảo đảm ý chí nhân dân, bởi lẽ ý chí nhân dân là bản chất dân chủ của bầu cử, là nguyên tắc của mọi nguyên tắc bầu cử ■

XÂY DỰNG VÀ HOÀN THIỆN MÔ HÌNH QUAN HỆ GIỮA ĐẢNG VỚI CƠ QUAN TƯ PHÁP VÀ CÁC CƠ QUAN THAM GIA THỰC HIỆN QUYỀN TƯ PHÁP

TRỊNH ĐỨC THẢO*
TRẦN THÁI DƯƠNG**

Đảng Cộng sản Việt Nam là đảng cầm quyền, thực hiện sự lãnh đạo toàn diện đối với Nhà nước và xã hội. Đó là hiện thực khách quan của lịch sử cách mạng, đồng thời cũng là nguyên tắc nền tảng, xuyên suốt và chi phối toàn bộ nền chính trị - pháp lý ở Việt Nam. Trải qua quá trình hình thành, củng cố và phát triển, tuy nhận thức của Đảng về quan hệ giữa Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp ngày càng nâng cao, mô hình mối quan hệ này cũng được minh định hơn, nhưng hiện cũng còn không ít những vấn đề cần tiếp tục được làm rõ, cụ thể hoá hoặc nghiên cứu, thử nghiệm. Trong bối cảnh Đảng ta đang chuẩn bị cho Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII và tiếp tục lãnh đạo sự nghiệp cải cách tư pháp, việc nghiên cứu, đánh giá mô hình hiện tại, đề xuất ý kiến xây dựng và hoàn thiện mô hình quan hệ giữa Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp có ý nghĩa to lớn về lý luận và thực tiễn.

1. Về mô hình hiện tại

Mô hình quan hệ giữa Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp đã được xác lập, củng cố và ngày càng rõ nét hơn. Từ quá trình hình thành nhận thức lý luận, xây dựng thể chế và thực tiễn thi hành, có thể khái quát mô hình này như sau:

1.1. Vai trò lãnh đạo của Đảng đối với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp

- Sự lãnh đạo của Đảng nhằm bảo đảm

hoạt động của các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp theo đúng đường lối chính trị, định hướng XHCN, giữ vững bản chất của Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân; bảo đảm phát huy đầy đủ vị trí, vai trò của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp để hoàn thành chức năng, nhiệm vụ theo luật định, duy trì và bảo vệ nền pháp chế XHCN, vì sự công bằng, dân chủ và nghiêm minh trong tổ chức thi hành pháp luật.

* PGS, TS. Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh

** TS. Trường Đại học Luật Hà Nội

- Sự lãnh đạo của Đảng đối với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp có nội dung toàn diện, đó là lãnh đạo về chính trị, tư tưởng; về tổ chức, cán bộ; về định hướng công tác. Đảng lãnh đạo các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp thông qua việc định ra các nguyên tắc, quan điểm lớn làm cơ sở chính trị để xây dựng tổ chức và hoạt động của các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp; vạch ra đường lối, định hướng trong các lĩnh vực hoạt động của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp. Sự lãnh đạo của Đảng đối với các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp trước hết thể hiện ở nội dung có tính đặc thù, đó là lãnh đạo về mặt chính trị - tư tưởng. Các cơ quan và các cấp ủy thực hiện sự lãnh đạo đối với cán bộ, đảng viên của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp giữ ổn định tư tưởng, tích cực tham gia công tác xây dựng Đảng, thực hiện tốt nhiệm vụ chuyên môn, tăng cường đoàn kết, giữ gìn phẩm chất đạo đức. Thông qua lãnh đạo công tác chính trị - tư tưởng, Đảng tác động đến đội ngũ cán bộ đảng viên cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp nhằm nâng cao ý thức trách nhiệm trong công tác, nâng cao tinh thần cảnh giác cách mạng, nghiêm chỉnh thực hiện kỷ luật phát ngôn, giữ gìn bí mật của Đảng và Nhà nước, đấu tranh chống những luận điệu xuyên tạc, thông tin sai lệch về các chủ trương, quan điểm của Đảng, về sự lãnh đạo của Đảng đối với các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp... Công tác giáo dục chính trị, tư tưởng của các cấp ủy, tổ chức đảng trong các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp giúp cho cán bộ, đảng viên có nhận thức đúng đắn, bản lĩnh chính trị vững vàng để đấu tranh với mọi âm mưu,

thủ đoạn “diễn biến hoà bình” của các thế lực thù địch, phản động chống phá Đảng và Nhà nước, đấu tranh có hiệu quả với tội phạm và các hiện tượng vi phạm pháp luật khác; khắc phục những lệch lạc, sai lầm trong nhận thức và hành động về bảo đảm vai trò lãnh đạo của Đảng.

Nội dung quan trọng tiếp theo là lãnh đạo công tác tổ chức, cán bộ. Đảng đưa ra đường lối, chủ trương, thực hiện sự lãnh đạo sát sao về xây dựng, củng cố tổ chức, đào tạo, bố trí, sử dụng đội ngũ cán bộ cho cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp. Đảng lãnh đạo việc xác định chức năng, nhiệm vụ, xây dựng tổ chức, bộ máy của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp; đề ra mục tiêu và nhiều giải pháp lớn để xây dựng đội ngũ cán bộ của các cơ quan này đủ sức gánh vác nhiệm vụ trong tình hình mới. Đảng chỉ đạo sát sao việc thể chế hoá quan điểm, đường lối của Đảng thành các luật, pháp lệnh về tổ chức, chức năng, nhiệm vụ, về tiêu chuẩn, chế độ của đội ngũ cán bộ có chức danh tư pháp (thẩm phán, kiểm sát viên, điều tra viên, chấp hành viên...). Trước khi trình Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, các dự án luật, pháp lệnh về các vấn đề tổ chức bộ máy, đội ngũ cán bộ cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp đều được Bộ Chính trị xem xét, cho ý kiến về quan điểm, định hướng chính trị cần thể hiện. Chẳng hạn, về chức năng của viện kiểm sát nhân dân; về thẩm quyền xét xử của toà án nhân dân; về mô hình tổ chức và công tác quản lý toà án nhân dân địa phương; về nhiệm vụ và mô hình tổ chức của các cơ quan điều tra; về nhiệm vụ và mô hình tổ chức của các cơ quan hỗ trợ tư pháp; về tiêu chuẩn và cơ chế tuyển chọn, bổ nhiệm cán bộ tư pháp. Cùng với việc xây dựng, kiện toàn về tổ chức của các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp, Đảng cũng lãnh đạo việc xây

dựng đội ngũ cán bộ trong sạch, vững mạnh, vững vàng về chính trị, tinh thông về nghiệp vụ, bảo đảm cho hoạt động của các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp theo đúng pháp luật, giữ vững kỷ cương, ổn định chính trị, trật tự an toàn xã hội. Đảng đề ra những chủ trương, định hướng, giải pháp cụ thể nhằm đào tạo, xây dựng đội ngũ cán bộ, yêu cầu đội ngũ cán bộ phải có quan điểm chính trị đúng đắn, trình độ chuyên môn vững và phẩm chất đạo đức trong sáng, công minh, chính trực, liêm khiết. Dựa trên những quan điểm đó, Nhà nước đã ban hành các văn bản quy phạm pháp luật về cán bộ của các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp, trước hết là cán bộ có chức danh tư pháp theo hướng bảo đảm về chính trị, phẩm chất đạo đức và chuyên môn, nghiệp vụ.

Lãnh đạo, chỉ đạo định hướng công tác của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp là nội dung vô cùng quan trọng trong sự lãnh đạo của Đảng đối với các cơ quan này. Đảng xác định rõ phương hướng, mục tiêu hoạt động của các cơ quan này là phải xây dựng nền tư pháp công bằng, dân chủ, nghiêm minh, phục vụ nhân dân. Đồng thời Đảng cũng đề ra các biện pháp cụ thể và yêu cầu các cơ quan phải quán triệt và thực hiện được các mục tiêu theo định hướng đó như: nâng cao chất lượng hoạt động điều tra, kiểm sát, công tố; các biện pháp đề cao dân chủ, tranh tụng bình đẳng tại phiên tòa v.v.. Trong lãnh đạo, chỉ đạo của các cấp ủy đối với công tác chuyên môn, nghiệp vụ, Đảng cũng xác định rõ nội dung, phương thức lãnh đạo, khắc phục tình trạng hoặc buông lỏng lãnh đạo hoặc sự can thiệp không đúng pháp luật vào công việc chuyên môn, nghiệp vụ của các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp.

Công tác kiểm tra đảng đối với các tổ chức đảng và đảng viên trong các cơ quan

tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp về việc thực hiện đường lối, chủ trương của Đảng là sự bảo đảm vững chắc cho hoạt động chuyên môn, nghiệp vụ của các cơ quan này đi theo đúng định hướng chính trị của Đảng.

1.2. Cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp hoạt động độc lập

Bên cạnh việc khẳng định vai trò lãnh đạo của mình đối với các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp, Đảng cũng nhận thức được tính độc lập trong hoạt động chuyên môn, nghiệp vụ của các cơ quan này với tính cách là nguyên tắc thể hiện bản chất của nền tư pháp công bằng, dân chủ, nghiêm minh, vì nhân dân; là yếu tố cốt lõi để thiết lập và duy trì nền công lý trong Nhà nước pháp quyền, tất cả vì hạnh phúc của con người mà chúng ta đang xây dựng. Tính độc lập của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp được thể hiện ở nhiều khía cạnh nội dung, trong đó nội dung vô cùng quan trọng là độc lập trong mối quan hệ với Đảng (với các cơ quan, tổ chức, lãnh đạo đảng). Về nguyên tắc, Đảng lãnh đạo công tác xây dựng pháp luật, tuân theo pháp luật thì cũng là thực hiện đường lối, chủ trương, cũng là chịu sự lãnh đạo của Đảng. Do vậy, hoạt động chuyên môn, nghiệp vụ của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp tuân theo quy định của pháp luật mà không nhất thiết phải có sự chỉ đạo trực tiếp, thường xuyên của các cơ quan, tổ chức, cá nhân lãnh đạo các cấp ủy. Bản chất của quyền tư pháp đặt ra yêu cầu về tổ chức và hoạt động của nhánh quyền lực này cần phải được độc lập, kể cả độc lập giữa chính các cơ quan tư pháp với nhau, không chịu bất kỳ sự tác động nào ngoài niềm tin bản thân vào pháp luật và công lý. Tuy quan điểm nhận thức của Đảng, quy định chung của Hiến pháp, các đạo luật cũng đã thể hiện

được điều này nhưng việc bảo đảm tính độc lập xét xử của tòa án trên thực tế cũng đang đặt ra nhiều vấn đề cần được giải quyết một cách căn cơ, đồng bộ trong tất cả các khâu xây dựng, hoàn thiện pháp luật và tổ chức thực hiện pháp luật. Qua việc thực hiện mô hình quan hệ giữa các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp với Đảng hiện nay, chúng ta thấy có một thực tế là đối với những vụ việc có tính điển hình, phức tạp, nhạy cảm về an ninh chính trị, đối ngoại hay đạo đức xã hội thì các cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp phải báo cáo công tác, tình hình vụ việc với cơ quan, tổ chức, cấp uỷ đảng và phải thực hiện ý kiến chỉ đạo, định hướng giải quyết vụ việc của tổ chức đảng. Mô hình đó có ý nghĩa thực tiễn ở chừng mực và phạm vi nhất định, tuy nhiên cũng đưa lại những bài học cần rút kinh nghiệm sâu sắc trong hoạt động chuyên môn, nghiệp vụ của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp cũng như sự lãnh đạo của Đảng đối với các cơ quan này.

Ngoài ra, ở mức độ nhất định, việc tuân theo, chấp hành sự lãnh đạo của Đảng trong công tác chính trị - tư tưởng, công tác đào tạo, bồi dưỡng, bố trí sử dụng cán bộ tư pháp của các đảng viên trong cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp có nội dung và ý nghĩa riêng, không liên quan trực tiếp đến hoạt động chuyên môn, nghiệp vụ của cán bộ tư pháp.

Như vậy, nhìn một cách tổng thể theo mô hình hiện nay, trong mối quan hệ với Đảng, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp được xác định là chủ thể độc lập nhưng vẫn phải tuân theo sự lãnh đạo của Đảng (độc lập về chuyên môn, nghiệp vụ - độc lập khi xét xử). Tuy nhiên, tính độc lập của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp trong mối quan hệ với vai trò lãnh đạo

của Đảng được thể hiện cụ thể như thế nào và có đặc điểm riêng biệt so với các cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp và các cơ quan nhà nước khác vẫn đang là những vấn đề cần được nhận thức cụ thể và minh định hơn trong tiến trình đổi mới sự lãnh đạo của Đảng, cải cách tư pháp theo yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam hiện nay.

2. Đề xuất mô hình quan hệ giữa Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp trong điều kiện hiện nay

Từ quá trình hình thành, phát triển nhận thức của Đảng về quan hệ giữa Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp cũng như mô hình hiện tại về mối quan hệ này, trên cơ sở yêu cầu xây dựng và chỉnh đốn Đảng, xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam, cải cách tư pháp, chúng ta có thể tiếp cận được các vấn đề cần tiếp tục xây dựng và hoàn thiện mô hình quan hệ đó trên thực tế một cách phù hợp.

2.1. Mô hình vai trò lãnh đạo của Đảng đối với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp

2.1.1. Yêu cầu sự lãnh đạo của Đảng

Bối cảnh của đất nước trong thời kỳ phát triển tiếp theo là tiếp tục xây dựng, hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân, tất cả quyền lực nhà nước đều thuộc về nhân dân. Trong đó, sự lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước (tiếp tục là nguyên tắc hiến định) cần được củng cố và nâng lên tầm cao mới. Những nghiên cứu gần đây đã khẳng định rằng, chỉ với sự “hài hoà hoá” theo những nguyên tắc pháp quyền trong quan hệ giữa Đảng với Nhà nước với tính cách là đảng cầm quyền và Nhà nước pháp quyền XHCN thì mới đem lại sự đổi mới sâu sắc cho nội dung và phương thức lãnh đạo của Đảng với

Nhà nước, theo đó Đảng là đảng cầm quyền và ngày càng thể hiện thực chất tính nhân dân, trong khi Nhà nước thực hiện tốt sứ mệnh đại diện xã hội, trở thành thiết chế năng động, quản lý hiệu quả, được quần đại quần chúng ủng hộ¹.

Yêu cầu chung có tính nguyên tắc đặt ra là cần thiết lập đồng bộ chế độ pháp quyền dựa trên những nguyên tắc pháp quyền, theo đó Đảng cầm quyền là “Đảng pháp quyền” và Nhà nước là Nhà nước pháp quyền XHCN. Đồng thời với việc thiết lập chế độ pháp quyền, chúng ta cũng cần xây dựng xã hội dân chủ. Mọi cán bộ, đảng viên, công chức nhà nước đều phải là công bộc của dân, mọi quyết định của Đảng, Nhà nước đều vì hạnh phúc của nhân dân, được nhân dân tham gia xây dựng, được sàng lọc và đánh giá về tính đúng đắn bằng cơ chế phản biện xã hội. Sự uỷ nhiệm của nhân dân cho Nhà nước và cả Đảng là sự uỷ nhiệm thực chất, chính danh theo nguyên lý của nhà nước pháp quyền. Những thể chế về sự lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước và cơ quan tư pháp, các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp cũng phải bảo đảm tính hợp hiến, hợp pháp, tức là phù hợp với ý chí, lợi ích chung của nhân dân, của toàn dân tộc. Yêu cầu đó đòi hỏi phải bảo đảm tính thống nhất giữa điều lệ, cương lĩnh, đường lối chính trị của Đảng với Hiến pháp - đạo luật cơ bản, có hiệu lực pháp lý cao nhất của chế độ pháp quyền; sự thống nhất giữa các văn bản của Đảng quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của các tổ chức đảng trực tiếp lãnh đạo các cơ quan nhà nước, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp với các văn bản quy phạm pháp luật của Nhà nước. Mặt khác, cần ban hành các

văn bản quy phạm luật hoá quan hệ giữa các cơ quan các cấp của Đảng (về vai trò lãnh đạo) với các cơ quan nhà nước, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp trực tiếp chịu sự lãnh đạo của các cơ quan đó. Về thực chất, quyền lãnh đạo của Đảng đối với cơ quan nhà nước, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp chỉ thuộc về một số cá nhân - những nhà lãnh đạo cao cấp của Đảng và những đảng viên giữ các chức vụ lãnh đạo trong bộ máy nhà nước, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp cao nhất. Bởi lẽ, chỉ có những cá nhân này mới có khả năng tác động đến định hướng chính trị trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp.

2.1.2. Nội dung sự lãnh đạo của Đảng

Nội dung lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước nói chung, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp nói riêng thể hiện thẩm quyền, trách nhiệm chính trị của Đảng. Nội dung chủ yếu là việc xác định các định hướng chính trị, đề ra, chỉ đạo và kiểm tra việc thực hiện (thể chế hoá) các cương lĩnh, đường lối của Đảng thành chính sách (chiến lược, chương trình, kế hoạch, đề án...), pháp luật của Nhà nước. Mục đích của nội dung lãnh đạo này nhằm bảo đảm tính chính trị (bản chất chế độ xã hội theo định hướng XHCN) trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp. Nội dung khác không kém phần quan trọng và không thể thiếu trong sự lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước và cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp là công tác đào tạo, bồi

¹ Xem: Báo cáo tổng hợp kết quả nghiên cứu đề tài cấp bộ: "Một số vấn đề lý luận và thực tiễn cơ bản về quan hệ giữa Nhà nước với nhân dân và với Đảng cộng sản trong bối cảnh xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam giai đoạn 2011 – 2020, Viện Nhà nước và pháp luật, Viện Hàn lâm khoa học xã hội Việt Nam, Hà Nội, 2010; tr. 119.



dưỡng, rèn luyện, bố trí, sử dụng cán bộ, đảng viên. Ngày nay, hơn bao giờ hết Đảng cần xây dựng được đội ngũ cán bộ trung thành với Tổ quốc, dân tộc, với Đảng, có phẩm chất đạo đức tốt, thật sự trong sạch, có đủ năng lực cầm quyền, thạo nghề quản lý nhà nước. Bên cạnh đó, Đảng cũng phải bảo đảm hiệu quả công tác kiểm tra, giữ nghiêm kỷ luật của Đảng. Các nội dung lãnh đạo của Đảng với Nhà nước, với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp như vừa đề cập trên đây đương nhiên cần được đổi mới mạnh mẽ về phương thức cho phù hợp với điều kiện xây dựng chế độ dân chủ, pháp quyền hiện nay. Đặc biệt là những nội dung đó cần được chuyển hoá một cách thực chất thành các nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm chính trị - pháp lý cho từng chức danh người lãnh đạo, tổ chức, cơ quan cụ thể một cách hài hoà, đúng với nguyên tắc của chế độ pháp quyền.

2.1.3. Phương thức lãnh đạo của Đảng

Với tư cách là chủ thể cầm quyền trong

điều kiện một đảng, Đảng thực hiện vai trò lãnh đạo đối với Nhà nước, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp mà không làm thay, bao biện cho các cơ quan nhà nước. Trước đòi hỏi của chế độ pháp quyền, đây là nguyên tắc chung cũng dễ được thống nhất trong nhận thức chung, nhưng để thực hiện được một cách hiệu quả, thật sự là điều thách thức rất lớn hiện nay. Từ cách nhìn nhận đó, chắc chắn rằng phương thức lãnh đạo của Đảng cần phải đổi mới theo hướng chính thức hoá, chính danh hoá quyền cầm quyền, quyền lãnh đạo của Đảng thông qua cơ chế phát huy dân chủ một cách sâu sắc. Không phải vì vai trò cầm quyền, lãnh đạo của Đảng đã được thể hiện trong tiến trình lịch sử cách mạng Việt Nam hay đã được hiến định mà chúng ta có thể hoàn toàn thoả mãn. Vai trò đó của Đảng cần phải thường xuyên được chính thức, chính danh hoá thông qua các nội dung hoạt động của Đảng và bộ máy nhà nước. Đường lối chính trị, cương lĩnh của Đảng có ý nghĩa

vạch đường, chỉ lối, định hướng phát triển của đất nước, của dân tộc trong khoảng thời kỳ nhất định nhưng không phải là sự áp đặt một chiều mà chủ yếu phải là kết quả của quá trình thực hiện quyền dân chủ của người dân. Nhân dân có quyền tham gia một cách thực chất vào quá trình hoạch định, giám sát việc thực hiện cương lĩnh, đường lối chính trị của Đảng. Mặt khác, ở đây cần có sự minh định vai trò giữa Đảng và Nhà nước, theo đó Đảng tập trung thực hiện vai trò cầm quyền ở chỗ Đảng đưa ra định hướng lớn, những nguyên tắc căn bản, thể hiện và giữ đúng bản chất của chế độ chính trị - xã hội (theo lý tưởng của Đảng), còn lại phải dành quyền chủ động, sáng tạo trong việc đưa ra các chính sách, pháp luật phát triển, quản lý đất nước cho Nhà nước. Các nhà lãnh đạo Đảng phần lớn đã tham gia hoạt động nhà nước (cũng trong vai trò lãnh đạo Nhà nước), do vậy sẽ bảo đảm được tính thống nhất giữa chính sách, pháp luật của Nhà nước với đường lối chính trị, cương lĩnh của Đảng. Hoạt động của Đảng sẽ không bị trùng lặp với hoạt động của bộ máy nhà nước, hoạt động thể chế hoá của Nhà nước không đơn thuần chỉ là sự cụ thể hoá những chính sách, đường lối đã được vạch sẵn trong các nghị quyết, văn kiện đảng. Đảng không cần xác định cụ thể, chi tiết những chủ trương, chính sách phát triển đất nước hay nội dung các quy định của pháp luật, mà cần tập trung xây dựng cương lĩnh chính trị có ý nghĩa lớn lao, sâu sắc, với tầm nhìn dài hạn. Đảng cũng cần dồn sức, dày công giáo dục, rèn luyện phẩm chất đạo đức cán bộ, đảng viên. Các kỳ đại hội, hội nghị Ban chấp hành trung ương, các cơ quan, tổ chức đảng các cấp cần chủ yếu bàn và giải quyết những vấn đề về công tác xây dựng Đảng trong sạch, vững mạnh. Đảng có quyền giới thiệu các đảng viên ưu tú của Đảng để bầu hoặc bổ nhiệm vào các chức vụ lãnh đạo cơ quan nhà nước, nhưng kết quả cuối cùng của việc bầu hay bổ nhiệm này phải thể hiện được

tính công khai, dân chủ và theo đúng quy trình do pháp luật quy định. Đó cũng là một trong những khía cạnh quan trọng để đổi mới phương thức lãnh đạo của Đảng về công tác cán bộ, nhằm chính danh hoá quyền cầm quyền, quyền lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước nói chung và cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp nói riêng.

Nội dung, phương thức lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước nói chung tuy được định hình như trên nhưng lại có đặc điểm khác nhau đối với mỗi loại cơ quan thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp. Cơ quan thực hiện quyền tư pháp của Nhà nước hiện nay đã được Hiến pháp xác định rõ, là toà án nhân dân. Tuy nhiên, một số cơ quan như điều tra, viện kiểm sát, thi hành án... có vai trò vô cùng quan trọng trong việc bảo đảm hiệu quả hoạt động tư pháp và trong các văn bản của Đảng hiện nay, vẫn đang coi đó là những cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp bên cạnh sự thừa nhận vai trò trung tâm của cơ quan thực hiện quyền tư pháp (cơ quan xét xử). Nếu nội dung, phương thức lãnh đạo của Đảng đối với hai loại cơ quan thực hiện các quyền lập pháp (Quốc hội) và hành pháp (Chính phủ) có đặc điểm là mang tính trực tiếp, gắn bó chặt chẽ, sâu sắc với tổ chức và hoạt động của hai loại cơ quan đó, thì nội dung, phương thức lãnh đạo của Đảng đối với cơ quan thực hiện quyền tư pháp (toà án) lại mang điểm đặc thù nhất, trên cơ sở tính độc lập của cơ quan này. Chúng ta có thể hình dung giữa lập pháp với hành pháp có mối quan hệ vô cùng chặt chẽ, khăng khít và cũng chính điều đó đặt ra yêu cầu cần có sự gắn kết mạnh mẽ và trực tiếp vai trò lãnh đạo của Đảng đối với cả hai loại cơ quan này (tất nhiên cũng trên cơ sở tính chất của mỗi cơ quan). Trong khi đó, với tính cách là cơ quan đưa ra các phán quyết một cách khách quan, công bằng trên cơ sở quy định pháp luật và nền công lý, cơ quan tư pháp có tính

độc lập cao nhất trong mối quan hệ với các cơ quan lập pháp và hành pháp cũng như với cả Đảng. Vai trò lãnh đạo của Đảng đối với Nhà nước trước hết, chủ yếu nhất, trực tiếp nhất được thể hiện trong vai trò của Đảng đối với cơ quan lập pháp. Bản chất của Nhà nước, sự vận hành, phát triển của toàn bộ bộ máy nhà nước, của chế độ pháp quyền căn bản được thể hiện ở hệ thống pháp luật - sản phẩm do cơ quan lập pháp là cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân sáng tạo ra (cơ quan có thẩm quyền quyết định). Đảng lãnh đạo cơ quan lập pháp nghĩa là Đảng bảo đảm được yếu tố cốt tử cho mục tiêu cầm quyền của Đảng, định hướng và bảo đảm được bản chất của hệ thống pháp luật. Điều có ý nghĩa quan trọng hiện nay là Đảng lãnh đạo Quốc hội nhưng không đứng trên Quốc hội để áp đặt, chỉ đạo, điều hành Quốc hội trong những công việc cụ thể mà Đảng phải tôn trọng vị trí, vai trò của Quốc hội với tính cách là cơ quan đại diện cao nhất của nhân dân. Đảng phải tạo điều kiện để Quốc hội hoạt động hiệu quả trong vai trò mà Hiến pháp và pháp luật đã quy định. Đối với cơ quan hành pháp, Đảng cần tôn trọng, đề cao vai trò của cơ quan thực hiện quyền hành pháp đồng thời cũng là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, thống nhất quản lý đất nước về mọi mặt. Tổ chức và hoạt động của các cơ quan lãnh đạo của Đảng trong bộ máy hành pháp cũng cần đảm bảo tinh gọn, tránh sự trùng lặp chức năng, nhiệm vụ thẩm quyền, bộ máy chồng chéo, làm giảm hiệu lực của bộ máy hành pháp. Đối với cơ quan tư pháp, vai trò lãnh đạo của Đảng được thể hiện rõ nhất là ở việc đưa ra định hướng xây dựng bộ máy, nguyên tắc hoạt động, xây dựng đội ngũ cán bộ, lãnh đạo công tác chính trị - tư tưởng, đạo đức, lối sống đối với cán bộ, đảng viên. Đảng cần tôn trọng và phát huy cao độ tính độc lập về chuyên môn, nghiệp vụ của cơ quan tư pháp (hoạt động xét xử) bởi lẽ đây là loại hoạt động đặc thù và cần được bảo đảm bằng tính độc lập của loại cơ quan này.

Về mặt nguyên tắc, chúng ta dễ đi đến nhận thức thống nhất rằng bất kỳ cơ quan, tổ chức, cá nhân hay lực lượng nào cũng không có quyền can thiệp vào hoạt động xét xử; toà án, căn cứ trên quy định của pháp luật, hoàn toàn chủ động, khách quan đưa ra các phán quyết phù hợp với thực tế vụ việc. Tuy vậy, vấn đề cần giải quyết hiện nay không hẳn ở nhận thức về nội dung tính độc lập của toà án mà lại ở các yếu tố bảo đảm tính độc lập của toà án. Điều này đòi hỏi phải giải quyết hàng loạt các điều kiện, các yếu tố tác động đến tính độc lập của toà án, trong đó có cả bảo đảm sự lãnh đạo của Đảng. Trên thực tế, ngoài vai trò lãnh đạo của Đảng đối với hoạt động xét xử thông qua việc đề ra đường lối, chính sách về tổ chức và hoạt động của ngành tòa án, đổi mới công tác xét xử, đường lối xây dựng, bổ sung, sửa đổi các đạo luật liên quan đến hoạt động xét xử và tổ chức tòa án, Đảng còn chỉ đạo hoặc cho ý kiến về nguyên tắc chung, trên cơ sở quy định của pháp luật trong việc giải quyết, xử lý tội phạm liên quan đến cán bộ, đảng viên, các vụ án nghiêm trọng, phức tạp về chính trị, kinh tế - xã hội, các vụ án tham nhũng có liên quan đến cán bộ thuộc diện quản lý của các cấp ủy đảng, các vụ án có liên quan đến quan hệ đối ngoại... và trực tiếp quản lý công tác tổ chức cán bộ, trong đó có việc xem xét, quyết định nhân sự cán bộ lãnh đạo và thẩm phán tòa án các cấp. Hiện nay, cần đồng thời đổi mới mạnh mẽ nội dung, phương thức lãnh đạo của Đảng đối với tòa án cũng như đổi mới tổ chức bộ máy, hoạt động của tòa án theo nguyên tắc bảo đảm vững chắc cho tính độc lập của tòa án. Sự lãnh đạo của Đảng đối với cơ quan tư pháp phải theo tính chất đặc thù và cơ chế chính trị - pháp lý riêng mà không thể đồng nhất theo mô hình chung như đối với các cơ quan nhà nước khác (lập pháp, hành pháp).

2.2. Mô hình về tính độc lập của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp

2.2.1. Khái quát về tính độc lập của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp

Nội dung, phương thức lãnh đạo của Đảng đối với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp mới chỉ là một mặt thể hiện mô hình quan hệ giữa Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp. Mặt thứ hai chính là vai trò, trách nhiệm của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp đối với Đảng. Nguyên tắc chung ở đây được xác định là cũng phải dựa trên nền tảng căn bản của chế độ pháp quyền. Tính độc lập của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp không phải có mục đích tự thân mà chính là để bảo vệ trật tự pháp luật, bảo đảm tính khách quan, công bằng, duy trì và thực hiện nền công lý, bảo đảm các quyền con người, nền dân chủ XHCN cũng như hạnh phúc của nhân dân. Về mặt nguyên tắc, tính độc lập của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp không mâu thuẫn, đối lập với sự lãnh đạo của Đảng. Ngược lại, yêu cầu đặt ra đối với sự lãnh đạo của Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp cũng chính là một trong những bảo đảm có ý nghĩa quan trọng nhất cho tính độc lập ấy. Do vậy, thực hiện đúng nguyên tắc độc lập của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp cũng có nghĩa tôn trọng sự lãnh đạo của Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp.

2.2.2. Trách nhiệm của cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp với Đảng

Thực hiện nguyên tắc độc lập xét xử, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp cũng phải thể hiện đầy đủ trách nhiệm chính trị - pháp lý của mình trong mối quan hệ với Đảng và cấp ủy đảng. Trước hết, cơ quan tư pháp và các cơ quan

tham gia thực hiện quyền tư pháp phải tuân thủ đường lối chính trị, định hướng tổ chức, hoạt động của Đảng cũng như các quy định của pháp luật. Từ định hướng chung đó, cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp có trách nhiệm cụ thể hoá thành các chương trình, kế hoạch phù hợp nhằm xây dựng và phát triển nền tư pháp trong sạch, vững mạnh, bảo đảm công lý, vì các quyền con người, vì hạnh phúc của nhân dân. Trách nhiệm tiếp theo là cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp phải tôn trọng sự lãnh đạo, chỉ đạo của Đảng trong công tác tổ chức bộ máy, đào tạo, bồi dưỡng, bố trí sử dụng cán bộ cũng như công tác chính trị - tư tưởng, giáo dục, rèn luyện phẩm chất đạo đức, lối sống đối với các đảng viên trong cơ quan. Trong điều kiện chỉ có một đảng duy nhất cầm quyền, hơn ai hết, các cán bộ tư pháp không chỉ phải là những người giỏi về chuyên môn, nghiệp vụ xét xử mà trước hết phải là những đảng viên gương mẫu, có phẩm chất đạo đức và uy tín cao trước quần chúng nhân dân. Cán bộ xét xử (thẩm phán) trước hết cần được đặt dưới sự kiểm tra, giám sát chặt chẽ về phẩm chất đạo đức, tư cách đảng viên của tổ chức đảng có thẩm quyền. Hoạt động chuyên môn, nghiệp vụ (xét xử) có tính độc lập hoàn toàn không có nghĩa là hoạt động này được phép tách biệt, thoát li khỏi mọi sự kiểm tra, giám sát của nhân dân, của Đảng và Nhà nước. Ngược lại, càng độc lập, người thẩm phán lại càng phải nêu cao tinh thần vô tư, khách quan, công bằng, lương tâm trong sáng, trách nhiệm bảo vệ công lý, trật tự pháp luật, nền dân chủ và quyền con người. Điều đó cũng có nghĩa càng độc lập về chuyên môn, nghiệp vụ, cơ quan tư pháp, người cán bộ xét xử lại càng phải đáp ứng những yêu cầu rất cao về mặt tư cách, phẩm chất đạo đức, lương tâm nghề nghiệp. Điều đó cũng có nghĩa, bên cạnh quyền được tôn trọng, bảo đảm tính độc lập trong hoạt động chuyên

môn, nghiệp vụ, người cán bộ tư pháp cũng bị đòi hỏi phải đặt dưới sự rèn luyện, giáo dục, kiểm tra thường xuyên về lập trường chính trị - tư tưởng, về đạo đức của Đảng và nhân dân. Người cán bộ tư pháp không chỉ có trách nhiệm tuân theo pháp luật của Nhà nước mà còn phải hết sức coi trọng, tuân thủ nghiêm ngặt điều lệ Đảng, tinh thần kỷ luật, trách nhiệm của đảng viên, người cán bộ đảng.

2.3. Mô hình thể chế quan hệ giữa Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp

Mô hình quan hệ giữa Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp dựa trên nguyên tắc căn bản của chế độ pháp quyền cần được bảo đảm bởi hệ thống các thể chế cần thiết với những định hướng nội dung sau:

Xây dựng văn bản của Đảng xác định một cách đầy đủ nguyên tắc chung, nội dung, phương thức lãnh đạo của Đảng với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp, bảo đảm sự thống nhất giữa văn bản của Đảng và các văn bản quy phạm pháp luật của Nhà nước về hoạt động của các cơ quan này. Bên cạnh đó, tiếp tục làm rõ mối quan hệ, phạm vi thẩm quyền, trách nhiệm của lãnh đạo tổ chức đảng với lãnh đạo cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp; xác định những vấn đề cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp phải báo cáo đề cấp ủy đảng cho ý kiến định hướng, phối hợp công tác giữa cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp với các cơ quan khác. Cần quy định hợp lý những biện pháp chế tài (chính trị - pháp lý) cần thiết để bảo đảm cho các quy định về nghĩa vụ, trách nhiệm công tác lãnh đạo và chịu sự lãnh đạo. Điều cần chú ý ở đây là hầu hết các nước trên thế giới, ở những mức độ khác nhau, đều quy định về tính độc lập của cơ quan tư pháp (tòa án) và các tiêu chí về tính độc lập của cơ quan tư

pháp của các nước có tính phổ cập cao. Pháp luật Việt Nam hiện nay cũng cần được hoàn thiện trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm các nước để bảo đảm tính tương thích với những tiêu chí đó. Văn bản của Đảng quy định về nội dung, phương thức lãnh đạo của Đảng đối với cơ quan tư pháp và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp cũng cần phải quán triệt tinh thần này một cách thực chất. Mặt khác, Đảng cũng cần thể hiện rõ ràng, dứt khoát quan điểm tòa án chính là cơ quan thực hiện quyền tư pháp (cơ quan tư pháp) thay vì quan điểm coi tòa án là trung tâm của hệ thống các cơ quan tư pháp (trong đó có các cơ quan như cơ quan điều tra, viện kiểm sát, tòa án, thi hành án).

Cần xây dựng tiêu chí cụ thể xác định vụ án, vụ việc có tính chất quan trọng, phức tạp về chính trị, kinh tế - xã hội, tham nhũng lớn hoặc có quan hệ đối ngoại mà tòa án cần phải báo cáo cấp ủy và cấp ủy cần thiết phải cho ý kiến định hướng, chỉ đạo, quán triệt về tư tưởng, phương châm hành động.

Về thể chế tổ chức và hoạt động của tòa án, cần sớm hoàn thiện tổ chức bộ máy tòa án theo cấp xét xử, không tổ chức theo cấp hành chính; hoàn thiện mô hình tố tụng bảo đảm tính khách quan, dân chủ, công bằng, bảo đảm công lý như định hướng cải cách tư pháp mà Đảng đã đề ra.

Đảng cần định hướng và lãnh đạo việc xây dựng bộ tiêu chí về đạo đức nghề thẩm phán. Việc kiểm tra, uốn nắn, xử lý các vi phạm kỷ luật đảng đối với mỗi đảng viên - cán bộ cơ quan tư pháp trước hết phải căn cứ trên nội dung và tinh thần quy định về tiêu chuẩn đạo đức nghề thẩm phán.

Thực hiện triệt để nguyên tắc mọi người đều bình đẳng trước pháp luật, không phân biệt đảng viên hay quần chúng nhân dân, không phân biệt địa vị lãnh đạo Đảng, Nhà nước hay người dân bình thường trong toàn bộ tiến trình tố tụng tư pháp nói chung và khi tòa án xét xử, đưa ra phán quyết ■

Cụ thể hóa một số quy phạm hiến định vào Dự thảo II Phần chung Bộ luật Hình sự (sửa đổi)

LÊ VĂN CẨM*

I. Dự thảo II Phần chung Bộ luật Hình sự - BLHS (sửa đổi) ngày 21/8/2014 đã được Tổ Biên tập của Ban soạn thảo BLHS (sửa đổi) thuộc Bộ Tư pháp đưa ra tham khảo lấy ý kiến trong giới luật học (sau đây gọi là *Dự thảo II* để phân biệt với *Dự thảo I* Phần chung BLHS ngày 04/8/2014 trước đây). Sau khi đọc kỹ *Dự thảo II*, ngoài những điểm mới về cơ cấu chung ra, chúng ta còn có thể nhận thấy một số điểm mới, mà theo quan điểm của chúng tôi là tương ứng với 5 chế định cơ bản và lớn nhất của luật hình sự (mà 5 chế định này bao trùm tất cả rất nhiều các chế định nhỏ khác của luật hình sự) - đó là: 1) *Đạo luật hình sự*; 2) *Tội phạm*; 3) *Trách nhiệm hình sự* (TNHS); 4) *Các biện pháp cưỡng chế (BPCC) hình sự* hay còn gọi đầy đủ là “*hình phạt và các biện pháp tư pháp*”, 5) *Các biện pháp tha miễn* (BPTM). Ngoài ra, *Dự thảo II* còn sửa đổi, bổ sung một số điều trong Chương về *những quy định đối với người chưa thành niên phạm tội*.

II. Theo nhận thức khoa học đúng đắn thì có 5 tiêu chí quan trọng mang *tính bắt buộc tối thiểu* và *được thừa nhận chung* của các quy phạm pháp luật hình sự (PLHS) mà hoạt động lập pháp thuộc lĩnh vực tư pháp hình sự (TPHS) của các quốc gia được coi là các Nhà nước pháp quyền (NNPQ) *đích thực* cần phải bảo đảm cho được là: tính *chính xác* về mặt *khoa học* (1), tính *chặt chẽ* về mặt *kỹ thuật lập pháp* (2), tính *nhất quán* về mặt *logic pháp lý* (2), tính *đơn giản và dễ hiểu* về mặt *thuật ngữ* (3) và tính *hợp lý* (khả thi) về mặt *thực tiễn* (3). Vì vậy, chúng tôi cho rằng, để góp phần hoàn thiện hơn nữa PLHS quốc gia hiện hành trong giai đoạn phát triển đương đại của xã hội Việt Nam, các nhà khoa học - luật gia cần hưởng ứng lời yêu cầu của Đảng và Nhà nước ta là phải *cố gắng cụ thể hóa các quy định tương ứng của Hiến pháp mới năm 2013 vào trong quá trình soạn thảo các văn bản pháp luật* (VBPL) khác (trong đó có PLHS), mà bài viết này là một cố gắng nhỏ nhằm thực hiện điều đó.

* GS, TSKH. Giám đốc Trung tâm Tội phạm học & Luật Hình sự của Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội.

III. Về đạo luật hình sự. Việc nghiên cứu một số điều khoản có liên quan đến chế định đạo luật hình sự trong *Dự thảo II* cho phép đưa ra một bình luận như sau:

1. Lần đầu tiên *Dự thảo II* đã: 1) Ghi nhận một Điều 2 mới riêng biệt với tên gọi “Giải thích từ ngữ” để giải nghĩa chỉ có 3 thuật ngữ như “Luật hình sự” (và từ này đã được dùng trong tất cả các điều luật có liên quan), “Người phạm tội” và “Pháp nhân phạm tội” là gì (?); 2) Mở rộng nguồn của luật hình sự theo hướng các quy định cụ thể về tội phạm và hình phạt (Phần riêng) không chỉ duy nhất trong BLHS, mà còn trong cả một số Luật chuyên ngành khác; 3) Bổ sung thêm khoản 4 vào Điều 6 mới “Nguyên tắc xử lý” về trách nhiệm của Nhà nước bảo vệ cá nhân, tổ chức khi họ tham gia đấu tranh phòng chống tội phạm và đây có thể coi là sự bổ sung *ưu việt nhất* của chế định đang nghiên cứu.

2. Tên gọi Chương I vẫn là “Điều khoản cơ bản” nhưng theo chúng tôi, nên chăng cần thay tên gọi này bằng tên gọi “Đạo luật hình sự” (vì tất cả 5 chế định lớn và quan trọng như đã nêu trên của luật hình sự đều là những chế định “cơ bản” cả và chúng đều bao gồm trong đó *rất nhiều* điều khoản, chứ không phải chỉ có *một* Điều khoản nào hết), đồng thời cần phân chia và ghi nhận bổ sung trong Chương này (ngoài Điều đầu tiên về giải thích từ ngữ) các chế định nhỏ và các quy phạm tương ứng theo 4 Mục nhỏ – nguồn và nhiệm vụ của PLHS (2 điều), đường lối xử lý hình sự và trách nhiệm đấu tranh phòng chống tội phạm (2 điều), các nguyên tắc của PLHS (8 điều), hiệu lực của đạo luật hình sự và dẫn độ người phạm tội (4 điều),

3. Nguồn của PLHS Việt Nam.

3.1. Do việc mở rộng nguồn luật hình sự của chúng ta cần phải và chỉ thuộc lĩnh vực thứ nhất (1) là *PLHS thực định*, chứ không thể bao gồm cả *thực tiễn áp dụng* PLHS và *khoa học* luật hình sự (như trong *Dự thảo II*) vì khi nói đến thuật ngữ “*Luật hình sự*” thì quan điểm khoa học được thừa nhận chung cho rằng: nó là một *ngành luật* hay là một *môn học* trong hệ thống các môn học của nghề luật và là một phạm trù *rất rộng* chứa đựng trong mình nó 3 lĩnh vực rất lớn là: 1) *PLHS thực định* trong hệ thống pháp luật của một quốc gia; 2) *Thực tiễn áp dụng* nó (tức là áp dụng các quy phạm của PLHS thực định) và: 3) *Khoa học* (hay còn gọi là *lý luận*) *luật hình sự* trong hệ thống các chuyên ngành khoa học pháp lý (KHPL). Các chuyên ngành luật khác về TPHS (như luật TTHS hay luật THAHS) cũng đều có 3 lĩnh vực này.

3.2. Vì vậy, “*BLHS và các quy định về tội phạm và hình phạt trong những Luật chuyên ngành*” (như giải thích trong *Dự thảo II*) chỉ bao gồm duy nhất phạm trù đầu tiên là *PLHS thực định* (1), chứ không thể nào bao gồm trong nó cả hai phạm trù sau là *thực tiễn áp dụng* PLHS (2) và *khoa học* luật hình sự (3).

3.3. Nên quy định rõ ràng và dứt khoát cho thế giới thấy rõ *bản chất* của PLHS Việt Nam được xây dựng dựa trên những nền tảng nào, tức là các quy phạm của PLHS quốc gia căn cứ vào những văn bản nào (?). Trước hết, đó là PLHS quốc gia phải dựa vào Luật cơ bản có hiệu lực pháp lý cao nhất, tức là *phải dựa vào Hiến pháp* vì Hiến pháp năm 2013 (Điều 119) quy định: “*Mọi văn bản pháp luật khác phải phù hợp với Hiến pháp*, tức là nó phải không được trái với *Hiến pháp* với tư cách là *đạo luật cơ bản*

và quan trọng nhất của bất kỳ một quốc gia nào. Ngay như ở Trung Quốc, kinh nghiệm lập pháp hình sự cho thấy, BLHS năm 1979 của quốc gia này ghi nhận rõ là “Bộ luật này được ban hành trên cơ sở Hiến pháp...” (Điều 1).

3.4. Mặt khác, do tình hình tội phạm quốc tế và tội phạm xuyên quốc gia (nhất là các tội phạm về ma túy, buôn người, buôn lậu qua biên giới, v.v..) ngày càng gia tăng, để bảo đảm sự thuận lợi cho việc áp dụng PLHS quốc gia, đồng thời tranh thủ được sự ủng hộ của cộng đồng quốc tế và các quốc gia thành viên Liên hiệp quốc khi áp dụng PLHS Việt Nam để đấu tranh chống các loại tội phạm này, nhất thiết chúng ta cần phải khẳng định thiện chí của Việt Nam sao cho họ thấy được PLHS nước ta có tuân thủ các nguyên tắc và các quy phạm được thừa nhận chung của pháp luật quốc tế trong lĩnh vực này (chứ không phải là “luật rừng” như ở một số nước bị coi là kém phát triển khác ở Châu Á và Châu Phi).

4. *Nhiệm vụ* của PLHS Việt Nam. Theo chúng tôi, cần quy định hết sức *ngắn gọn* nhưng vẫn *đầy đủ* vì Điều 1 BLHS năm 1999 hiện hành tuy liệt kê các khách thể loại được bảo vệ rất dài, nhưng vẫn thiếu và đặc biệt là cần bảo đảm *tính thống nhất về mặt logic pháp lý* sao cho các khách thể loại mà PLHS Việt Nam có nhiệm vụ phải bảo vệ tại Điều về *nhiệm vụ* của PLHS thuộc Chương I đồng thời chính là các khách thể loại mà tội phạm xâm hại đến trong khái niệm *tội phạm*. Điều về *khái niệm tội phạm* thuộc Chương II sau này, mà cụ thể đó là 4 nhóm khách thể loại lớn nhất và quan trọng là: 1) *Những cơ sở (nền tảng) của chế độ Hiến pháp* (vì trong Hiến pháp 2013 đã ghi nhận đầy đủ các lĩnh vực do Hiến pháp điều chỉnh

như: chế độ chính trị, kinh tế, xã hội, văn hóa, giáo dục, khoa học, công nghệ và môi trường, cũng như các thiết chế của bộ máy nhà nước); 2) *Nhân thân* (nếu viết ngắn gọn hoặc có thể viết đầy đủ là “*tính mạng, sức khỏe, danh dự và nhân phẩm*”); 3) Các quyền và tự do của con người và của công dân; 4) *Hòa bình và an ninh của nhân loại* (mà nội dung khách thể loại này đã được ghi nhận tại Điều 12 Hiến pháp năm 2013). Ngoài ra, cũng cần bảo đảm tính *chính xác* về mặt khoa học và tính *chặt chẽ* về mặt kỹ thuật lập pháp để khẳng định đầy đủ rằng, để thực hiện nhiệm vụ đó, PLHS Việt Nam không chỉ quy định các tội phạm và các hình phạt, mà còn cả các *chế định pháp lý hình sự khác* nữa (như: các biện pháp tư pháp, miễn TNHS - miễn hình phạt, miễn - giảm hoặc hoãn chấp hành hình phạt, án tích, TNHS của người chưa thành niên phạm tội, v.v..),

5. *Chế định các nguyên tắc của PLHS*. Mặc dù là một chế định chủ yếu và quan trọng nhất xuyên suốt tất cả các chế định nhỏ (thuộc chế định lớn về đạo luật hình sự), cũng như các chế định lớn khác thuộc Phần chung PLHS, nhưng rất tiếc là trong BLHS năm 1999 và trong *Dự thảo II* vẫn *hoàn toàn thiếu các quy phạm về nguyên tắc* của PLHS Việt Nam. Đặc biệt, trong khi *Hiến pháp năm 2013* đã tiếp thu và ghi nhận một quy phạm rất quan trọng của pháp luật quốc tế trong lĩnh vực TPHS có liên quan đến chế định các nguyên tắc của PLHS như: “*Không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm*” (khoản 3 Điều 31 Hiến pháp năm 2013) v.v..

6. *Chế định hiệu lực của đạo luật hình sự Việt Nam* và chế định *dẫn độ người phạm tội*: Các điều khoản về *hiệu lực của đạo luật hình sự* cũng không có thay đổi gì lớn và

mặc dù nó chính là một chế định *nhỏ* thuộc chế định *lớn* (đạo luật hình sự) nhưng lại vẫn như trong BLHS năm 1999 là tách nó thành một Chương II riêng biệt với tên gọi như cũ (mà lẽ ra cần phải đưa nó vào chung với các quy định về đạo luật hình sự).

IV. Về khái niệm tội phạm. Điều về *khái niệm tội phạm* (khoản 1 Điều 10 mới trong *Dự thảo II*) vẫn còn một loạt nhược điểm quan trọng chưa khắc phục được đã tồn tại trong BLHS năm 1985 trước đây và BLHS năm 1999 hiện hành như:

1. Các khách thể loại mà tội phạm xâm hại đến vẫn còn *liệt kê rất dài* (nhưng vẫn còn thiếu), đồng thời cũng *chưa nhất quán* (chưa đồng nhất) với các khách thể loại mà BLHS có nhiệm vụ phải bảo vệ tại Điều 1. Và đặc biệt, nhược điểm lớn nhất là *vẫn còn thiếu một loạt khách thể loại quan trọng hàng đầu được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013* (như đã nêu trên).

2. Trong điều luật mang tên khái niệm *tội phạm* mà lại bao gồm cả hành vi được nhà làm luật cho rằng “không phải là tội phạm” (khoản 2 Điều 10) mà thật ra cần phải loại bỏ. Ngoài ra, nên chăng cần bổ sung thêm khoản 2 về hành vi như thế nào thì bị quy định là tội phạm trong PLHS.

V. Nội dung những kiến giải lập pháp cụ thể. Từ những suy ngẫm trên đây, để góp phần cụ thể hóa tư tưởng của Hiến pháp năm 2013 vào PLHS quốc gia theo quan điểm của chúng tôi, mô hình lý luận của những *kiến giải lập pháp cụ thể* cho các điều khoản trong Chương I “Đạo luật hình sự” sẽ có cơ cấu gồm 4 Mục nhỏ với 17 Điều luật và cho một Điều “Khái niệm tội phạm” thuộc

Chương II “Về tội phạm” của Phần chung BLHS (sửa đổi) sẽ bao gồm các quy phạm với nội dung như sau:

“Chương I

VỀ ĐẠO LUẬT HÌNH SỰ (mới)

Điều 1. Giải thích các thuật ngữ

Các thuật ngữ sử dụng trong pháp luật hình sự Việt Nam được hiểu như sau:

1. *Pháp luật hình sự Việt Nam*: là *Bộ luật Hình sự* này, cũng như *những Luật chuyên ngành* có quy định tội phạm và hình phạt (Nếu theo Phương án II tại Điều 2 dưới đây).

2. *Phần chung pháp luật hình sự Việt Nam*: là Phần chung Bộ luật Hình sự Việt Nam

3. *Phần riêng pháp luật hình sự Việt Nam*: là *Phần các tội phạm* Bộ luật Hình sự Việt Nam, cũng như *các quy định về tội phạm và hình phạt* trong những Luật chuyên ngành của Việt Nam (Nếu theo Phương án của *Dự thảo II* Phần chung BLHS sửa đổi, tức là Phương án II tại Điều 2 dưới đây).

4. *Các biện pháp cưỡng chế hình sự*: là *các hình phạt và các biện pháp tư pháp* được quy định trong pháp luật hình sự.

5. *Người phạm tội*: là cá nhân *người* đã trực tiếp thực hiện tội phạm, cũng như *người* tổ chức, *người* xúi giục hoặc *người* giúp sức *đã tham gia* vào việc thực hiện tội phạm trong vụ đồng phạm,

6. *Pháp nhân phạm tội*: là bất kỳ đơn vị *kinh tế* nào (có thể là cơ quan, tổ chức hoặc doanh nghiệp) *đã có lỗi* để cho cá nhân thực hiện tội phạm vì *lợi ích của pháp nhân* đó.

7. *Chủ thể phạm tội*: là người phạm tội, cũng như *pháp nhân* phạm tội.

1 Hoặc là thay thuật ngữ “trách nhiệm hình sự” bằng “tội phạm, hình phạt và các chế định pháp lý hình sự khác”

2 Từ đây, khi sử dụng thuật ngữ “pháp luật hình sự” là được hiểu theo nghĩa rộng của Phương án II tại khoản 1 Điều 2.

Mục 1

**Nguồn và nhiệm vụ của pháp luật
hình sự Việt Nam (mới)**

Điều 2. Pháp luật hình sự Việt Nam

(mới, khoản 1 và khoản 2 có 2 phương án)

1 Phương án I (khi nguồn trực tiếp để giải quyết vấn đề trách nhiệm hình sự được hiểu theo nghĩa hẹp - chỉ có và duy nhất là Bộ luật Hình sự):

1. Pháp luật hình sự Việt Nam bao gồm Bộ luật này; bất kỳ một Luật mới nào quy định *trách nhiệm hình sự*¹ phải được đưa vào Bộ luật này.

2. Bộ luật này dựa trên Hiến pháp Việt Nam, cũng như các nguyên tắc và các quy phạm được thừa nhận chung của pháp luật quốc tế trong lĩnh vực tư pháp hình sự.

1 Phương án II (khi nguồn trực tiếp để giải quyết vấn đề trách nhiệm hình sự được hiểu theo nghĩa rộng như Dự thảo II Phần chung BLHS sửa đổi - ngoài BLHS ra, còn bao gồm những Luật chuyên ngành khác có ghi nhận tội phạm và hình phạt):

1. *Pháp luật hình sự* Việt Nam bao gồm Bộ luật này, cũng như *những Luật chuyên ngành* có quy định tội phạm và hình phạt².

2. Pháp luật hình sự Việt Nam dựa trên Hiến pháp Việt Nam, cũng như *các nguyên tắc và các quy phạm được thừa nhận chung của pháp luật quốc tế* trong lĩnh vực tư pháp hình sự.

3. Các Nghị quyết của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật hình sự nếu không mâu thuẫn với các quy định của Bộ luật này đều có hiệu lực bắt buộc đối với tất

cả các pháp nhân và thể nhân trên lãnh thổ cả nước (hoặc có thể không có khoản 3).

Điều 3. Nhiệm vụ của pháp luật hình sự Việt Nam

1. Pháp luật hình sự Việt Nam có nhiệm vụ bảo vệ *những cơ sở của chế độ Hiến pháp* Việt Nam, *nhân thân*³ các quyền và tự do của con người và của công dân, cũng như *hòa bình và an ninh của nhân loại* tránh khỏi sự xâm hại của tội phạm, đồng thời giáo dục mọi người *ý thức chấp hành nghiêm chỉnh* pháp luật, đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm.

2. Để thực hiện nhiệm vụ đó, pháp luật hình sự Việt Nam quy định những hành vi nào nguy hiểm cho xã hội là các tội phạm, các *hình phạt*, cũng như *các biện pháp tư pháp*⁴ và các chế định pháp lý hình sự khác có thể được áp dụng đối với những người phạm tội.

Mục 2

Đường lối xử lý về hình sự và trách nhiệm đấu tranh phòng, chống tội phạm

(Gồm hai điều 4-5 mới và vẫn giữ nguyên như nội dung tương ứng của hai Điều 3-4 BLHS năm 1999)

.....

Mục 3

Các nguyên tắc của pháp luật hình sự Việt Nam (mới)

Điều 6. Hệ thống các nguyên tắc của pháp luật hình sự Việt Nam

Pháp luật hình sự Việt Nam dựa trên các nguyên tắc pháp chế, bình đẳng trước luật hình sự, công minh, nhân đạo, không tránh khỏi trách nhiệm, trách nhiệm do lỗi, trách nhiệm của cá nhân và *pháp nhân*.

³ Hoặc là thay thuật ngữ "nhân thân" bằng các thuật ngữ "tính mạng, sức khỏe, danh dự và nhân phẩm".

⁴ Hoặc là thay nhóm thuật ngữ "hình phạt, các biện pháp tư pháp" bằng "các biện pháp cưỡng chế hình sự".

Điều 7. Nguyên tắc pháp chế

1. Tính chất tội phạm của hành vi, cũng như tính phải chịu hình phạt và các hậu quả pháp lý hình sự khác của nó phải do pháp luật hình sự quy định.

2. Không được áp dụng pháp luật hình sự theo nguyên tắc tương tự.

Điều 8. Nguyên tắc bình đẳng trước pháp luật hình sự

Những người phạm tội đều *bình đẳng trước pháp luật hình sự, không phân biệt giới tính, dân tộc, tôn giáo, chính kiến, nghề nghiệp, địa vị xã hội và tình trạng tài sản.*

Điều 9. Nguyên tắc công minh

1. *Hình phạt, các biện pháp tư pháp³ và các chế định pháp lý hình sự khác được áp dụng đối với người phạm tội cần đảm bảo sự công minh, tức là phải phù hợp với tính chất và mức độ nghiêm trọng của hậu quả tội phạm đã xảy ra, động cơ và mục đích phạm tội, mức độ lỗi, cũng như nhân thân của người đó.*

2. *Không ai có thể phải chịu trách nhiệm hình sự hai lần về cùng một tội phạm.*

Điều 10. Nguyên tắc nhân đạo

1. *Hình phạt, các biện pháp tư pháp⁴ và các chế định pháp lý hình sự khác được áp dụng đối với người phạm tội không nhằm mục đích gây nên những đau đớn về thể xác và hạ thấp nhân phẩm con người.*

2. Mức độ trách nhiệm hình sự của người phạm tội là người chưa thành niên, phụ nữ có thai hoặc nuôi con nhỏ, người mà năng lực trách nhiệm hình sự bị hạn chế, người đã quá già yếu hoặc mắc bệnh hiểm nghèo cần phải được giảm nhẹ hơn so với mức độ trách nhiệm hình sự của người phạm tội là người bình thường.

Điều 11. Nguyên tắc không tránh khỏi trách nhiệm

Người phạm tội, cũng như pháp nhân phạm tội đều phải chịu trách nhiệm hình sự

theo các quy định của pháp luật hình sự Việt Nam.

Điều 12. Nguyên tắc trách nhiệm do lỗi

Không ai có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về những hành vi nguy hiểm cho xã hội (bằng hành động hoặc không hành động), cũng như về việc gây nên thiệt hại mà không phải do lỗi của mình.

Điều 13. Nguyên tắc trách nhiệm của cá nhân và pháp nhân

1. Chỉ cá nhân người nào có lỗi trong việc thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội mà pháp luật hình sự quy định là tội phạm mới phải chịu trách nhiệm hình sự.

2. Chỉ pháp nhân nào *có lỗi trong việc để cho cá nhân thực hiện* hành vi nguy hiểm cho xã hội mà pháp luật hình sự quy định là tội phạm vì *lợi ích của pháp nhân đó* mới phải chịu trách nhiệm hình sự.

Mục 4

Hiệu lực của đạo luật hình sự và dẫn độ người phạm tội

Điều 14. Hiệu lực của đạo luật hình sự đối với những người phạm tội trên lãnh thổ nước Cộng hòa XHCN Việt Nam

1. Người phạm tội trên lãnh thổ nước Cộng hòa XHCN Việt Nam phải chịu trách nhiệm hình sự theo các quy định của pháp luật hình sự Việt Nam.

2. (Về cơ bản nội dung khoản 2 này có thể giữ nguyên như nội dung khoản 2 Điều 5 BLHS năm 1999 hiện hành, chỉ thay bốn từ cuối cùng “con đường ngoại giao” bằng các từ “theo các quy phạm của pháp luật quốc tế”).

3. Người nước ngoài nếu không thuộc đối tượng nêu tại khoản 2 Điều này và người không có quốc tịch thường trú tại Việt Nam phạm tội ở trên lãnh thổ nước Cộng hòa XHCN Việt Nam nhưng chưa bị kết án ở nước ngoài, thì có thể phải chịu trách nhiệm hình sự tại Việt Nam theo pháp luật hình sự

Việt Nam nếu như tội ấy nhằm chống Việt Nam và điều đó được quy định trong các hiệp ước quốc tế về dẫn độ tội phạm và tương trợ tư pháp hình sự mà Việt Nam đã ký kết. Trong trường hợp không có hiệp ước tương ứng thì giải quyết theo các quy phạm của pháp luật quốc tế.

Điều 15. Hiệu lực của đạo luật hình sự đối với những người phạm tội ngoài lãnh thổ nước Cộng hoà XHCN Việt Nam

1. Công dân Việt Nam và người không có quốc tịch thường trú tại Việt Nam phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hoà XHCN Việt Nam nhưng chưa bị kết án ở nước ngoài, thì có thể phải chịu trách nhiệm hình sự tại Việt Nam theo các quy định của pháp luật hình sự Việt Nam. Trong trường hợp đã bị kết án nhưng chưa chấp hành hình phạt thì có thể được miễn hoặc giảm việc chấp hành hình phạt tại Việt Nam theo các quy định của pháp luật hình sự Việt Nam.

2. Người nước ngoài không thuộc đối tượng nêu tại khoản 2 Điều 14 Bộ luật này và người không có quốc tịch không thường trú tại Việt Nam phạm tội ở ngoài lãnh thổ nước Cộng hoà XHCN Việt Nam nhưng chưa bị kết án ở nước ngoài, thì có thể phải chịu trách nhiệm hình sự tại Việt Nam theo pháp luật hình sự Việt Nam nếu như tội ấy nhằm chống Việt Nam và điều đó được quy định trong các hiệp ước quốc tế về dẫn độ tội phạm và tương trợ tư pháp hình sự mà Việt Nam đã ký kết. Trong trường hợp không có hiệp ước tương ứng thì giải quyết theo các quy phạm của pháp luật quốc tế.

Điều 16. Hiệu lực của đạo luật hình sự về thời gian

1. Điều luật quy định tính chất tội phạm và tính phải chịu hình phạt của một hành vi là điều luật đang có hiệu lực trong thời gian hành vi đó được thực hiện.

2. Thời gian phạm tội là thời điểm thực

hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội mà pháp luật hình sự Việt Nam quy định là tội phạm và không phụ thuộc vào thời điểm xảy ra hậu quả của tội phạm đó.

3. Điều luật quy định tính chất tội phạm của hành vi hoặc hình phạt mới nặng hơn, hoặc tình tiết tăng nặng mới hay thu hẹp phạm vi áp dụng các chế định pháp lý hình sự không có lợi cho người phạm tội, thì không có hiệu lực hồi tố, tức là không được áp dụng đối với những người đã thực hiện hành vi tương ứng trước khi điều luật đó có hiệu lực, cũng như những người đang chấp hành hình phạt hoặc đã chấp hành xong hình phạt nhưng vẫn chưa được xóa án tích.

4. Điều luật xoá bỏ tính chất tội phạm của hành vi hoặc tình tiết tăng nặng, hay quy định hình phạt mới nhẹ hơn hoặc tình tiết giảm nhẹ mới hay mở rộng phạm vi áp dụng các chế định pháp lý hình sự có lợi cho người phạm tội, thì có hiệu lực hồi tố, tức là được áp dụng đối với những người đã thực hiện hành vi tương ứng trước khi điều luật đó có hiệu lực, cũng như những người đang chấp hành hình phạt hoặc đã chấp hành xong hình phạt nhưng vẫn chưa được xoá án.

Điều 17. Dẫn độ người phạm tội (mới)

1. Công dân Việt Nam phạm tội trên lãnh thổ nước ngoài mà nước đó là một bên trong Hiệp ước quốc tế về dẫn độ tội phạm và tương trợ tư pháp hình sự đã ký kết với nước Cộng hoà XHCN Việt Nam, thì vấn đề dẫn độ người phạm tội được giải quyết theo các quy định của Hiệp ước ấy và của pháp luật hình sự Việt Nam trong lĩnh vực tư pháp hình sự. Trong trường hợp Hiệp ước tương ứng có quy định khác thì áp dụng quy định của Hiệp ước ấy.

2. Người nước ngoài và người không có quốc tịch phạm tội trên lãnh thổ nước ngoài nhưng đang ở trên lãnh thổ Việt Nam mà nước đó yêu cầu dẫn độ để truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc chấp hành hình phạt, thì

vấn đề dẫn độ người phạm tội được giải quyết theo các quy định của Hiệp ước quốc tế về dẫn độ tội phạm và tương trợ tư pháp hình sự mà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam đã ký kết với nước đó. Trong trường hợp không có Hiệp ước tương ứng thì giải quyết theo các quy phạm được thừa nhận chung của pháp luật quốc tế trong lĩnh vực tư pháp hình sự.

Chương II

TỘI PHẠM (mới)

Mục 5

Khái niệm tội phạm và phân loại tội phạm

Điều 18. Khái niệm tội phạm

1.

• *Phương án I* (Ghi nhận cụ thể các khách thể loại bị xâm hại khi liệt kê toàn bộ các khách thể loại được bảo vệ tại Điều về nhiệm vụ của PLHS Việt Nam):

Tội phạm là hành vi nguy hiểm cho xã hội (hành động hoặc không hành động) được quy định trong pháp luật hình sự do người có năng lực trách nhiệm hình sự và đủ tuổi chịu trách nhiệm hình sự thực hiện một cách có lỗi (cố ý hoặc vô ý), xâm phạm đến

những cơ sở của chế độ hiến pháp Việt Nam, nhân thân⁵, các quyền và tự do của con người và của công dân, cũng như hòa bình và an ninh của nhân loại tránh khỏi sự xâm hại của tội phạm.

• *Phương án II* (Ghi nhận ngắn gọn các khách thể loại bị xâm hại):

Tội phạm là hành vi nguy hiểm cho xã hội (hành động hoặc không hành động) được quy định trong pháp luật hình sự do người có năng lực trách nhiệm hình sự và đủ tuổi chịu trách nhiệm hình sự thực hiện một cách có lỗi (cố ý hoặc vô ý), xâm phạm đến *các lợi ích được bảo vệ bằng pháp luật hình sự*.

2. *Hành vi nguy hiểm cho xã hội được quy định trong pháp luật hình sự là hành vi gây nên thiệt hại hoặc tạo ra sự đe dọa thực tế gây nên thiệt hại cho các lợi ích được bảo vệ bằng pháp luật hình sự (mới)*".

...

Tiếp theo là Điều 19 “Phân loại tội phạm” của Mục 5 và 16 Điều khác thuộc các Mục 6 “Nhiều tội phạm” (4 Điều), Mục 7 “Lỗi” (4 Điều), Mục 8 “Các giai đoạn thực hiện tội phạm” (5 Điều) và Mục 9 “Đồng phạm” (5 Điều) cũng đều thuộc Chương II này ■



5 Hoặc là thay thuật ngữ “nhân thân” bằng “tính mạng, sức khỏe, danh dự và nhân phẩm”.

NGUYÊN TẮC “ĐẠI DIỆN HIỂN NHIÊN” TRONG PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG

NGUYỄN QUỐC VINH*

Đặt vấn đề

Gần đây, trên các phương tiện thông tin đại chúng có tranh luận về một vụ án kinh tế. Nội dung chính tranh luận là *một ngân hàng có phải chịu trách nhiệm cho khoản tiền gửi của bên thứ ba hay không, khi bên này giao dịch với một nhân viên của ngân hàng mình*. Bài viết này thông tin về một khái niệm mới trong pháp luật hợp đồng theo thông lệ quốc tế. Đó là khái niệm “đại diện hiển nhiên”. Mục đích duy nhất của bài viết là cung cấp cho các nhà làm luật và cơ quan tòa án Việt Nam thông tin để tham khảo xem hệ thống pháp luật nước ngoài xử lý thế nào đối với vụ việc tương tự, để có thể hoàn thiện hệ thống pháp luật dân sự của Việt Nam trong tương lai. Tác giả không có bất kỳ ngụ ý hay ám chỉ nào cho bất cứ bên nào trong vụ tranh chấp nêu trên. Những dẫn chiếu dưới đây chỉ nhằm giúp người đọc dễ hiểu.

Một vấn đề quan trọng liên quan đến hiệu lực của giao dịch dân sự là: Liệu người mà mình giao dịch có thẩm quyền hay không? Đó có phải là người đã được người có quyền cho phép hợp lệ? Nếu không thì, như một nguyên tắc chung của mọi hệ thống, phần đại diện vượt quá thẩm quyền không có hiệu lực ràng buộc (vô hiệu) đối

với người được đại diện. Người đại diện vượt quá phạm vi thẩm quyền/ủy quyền phải tự chịu trách nhiệm cho hành vi của mình đối với bên thứ ba.

Tuy nhiên, vấn đề là ở chỗ, làm thế nào để một bên thứ ba có thể biết được rằng, người mà mình đang giao dịch có thẩm quyền hay đã được ủy quyền hợp lệ hay chưa? Người được đại diện (cho dễ hình dung, ví dụ: *một ngân hàng*) có thể phát ngôn dễ dàng hay đưa ra những giấy tờ nội bộ để cho rằng, mình không hề biết gì về giao dịch đã xác lập hay người đại diện cho mình đã vượt quá thẩm quyền đại diện. Ví dụ: người đại diện chỉ có thẩm quyền giao dịch đến một mức tiền nào đó hay giao dịch phải thỏa mãn quy trình nội bộ ngân hàng.v.v.. Hậu quả là, người được đại diện cho rằng, giao dịch giữa người đại diện và bên thứ ba không có hiệu lực ràng buộc với mình. Tác hại ở chỗ, tuy hợp đồng vẫn có hiệu lực ràng buộc giữa người đại diện và bên thứ ba (cho dễ hình dung, ví dụ: đó là *nhân viên ngân hàng và người gửi tiền*), nhưng trên thực tế, người đại diện không có khả năng để thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của mình (đó là *thanh toán tiền gửi và tiền lãi cho bên gửi tiền*). Như vậy, trong nhiều

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

trường hợp, bên thứ ba là bên chịu thiệt hại cuối cùng. Đây không phải là khó khăn riêng của Việt Nam mà trước đây, nhiều quốc gia khác đã mắc phải.

Nguyên tắc đại diện hiển nhiên

Nhằm mục đích bảo vệ bên thứ ba ngay tình (tức là không biết và không thể biết người đại diện mà mình giao dịch cùng có đủ thẩm quyền hay không), hệ thống pháp lý nhiều nước đã thiết kế nên nguyên tắc *đại diện hiển nhiên* (tiếng Anh là *apparent agency/apparent representation* và tiếng Nhật là đại diện biểu kiến - *dairi hyoken*). Nguyên tắc này có nội dung cơ bản như sau:

“... Hợp đồng khi được lập bởi người đại diện vượt quá thẩm quyền của mình sẽ không ràng buộc người được đại diện trừ trường hợp người này (người được đại diện) thừa nhận/chấp thuận hành vi đã thực hiện của người đại diện. Tuy nhiên, *người được đại diện sẽ chịu ràng buộc, kể cả khi không thừa nhận, nếu bằng lời nói hoặc hành vi của mình đã cho phép một người hiện diện ra với thế giới bên ngoài như là đại diện của mình và bên thứ ba, bằng suy luận hợp lý, tin rằng người này là người đại diện (của người được đại diện), vì thế đã giao kết hợp đồng.* Trong trường hợp này, thân chủ (người được đại diện) không thể vô hiệu việc đại diện “hiển nhiên” này nếu (việc vô hiệu) gây tổn thất cho bên thứ ba”.¹

Tại Nhật Bản, các nhà làm luật đã thiết kế nên 3 điều luật rất quan trọng trong Bộ luật Dân sự (BLDS) Nhật Bản. Đó là các điều: Điều 109 “Đại diện biểu kiến”, Điều 110 “Đại diện biểu kiến khi vượt quá thẩm quyền” và Điều 112 “Đại diện biểu kiến khi hết thẩm quyền đại diện”.

Điều 109 quy định rằng: “Người khiến cho bên thứ ba tin tưởng rằng mình đã trao quyền đại diện nhất định cho một người khác phải chịu trách nhiệm cho hành vi

trong phạm vi được cho là ủy quyền của người này đối với bên thứ ba”. Vì vậy, bất kể có hay không hành vi ủy quyền thực, nếu một người (người được đại diện) khiến bên thứ ba tin rằng anh ta đã trao quyền đại diện cho một người khác – người đại diện cho mình (bằng quảng cáo trên báo chí, thông báo, giấy ủy quyền chung, ủy quyền không, cho phép sử dụng con dấu hay trụ sở v.v..) thì người này sẽ bị ràng buộc bởi giao dịch xác lập giữa người đại diện cho mình và bên thứ ba trong phạm vi được cho là ủy quyền đại diện. Trong một vụ án nổi tiếng tại Nhật Bản, nhân viên làm việc tại Tòa sơ thẩm Tokyo đã lập một văn phòng trong khuôn viên của Tòa và đặt tên là “Văn phòng phúc lợi của Tòa sơ thẩm”. Nguyên đơn bán văn phòng phẩm cho văn phòng này nhưng văn phòng không thanh toán. Nguyên đơn kiện Nhà nước Nhật Bản với lập luận rằng, Tòa sơ thẩm Tokyo và cơ quan trên nó là Nhà nước Nhật Bản và Nhà nước Nhật Bản phải chịu trách nhiệm cho giao dịch của văn phòng này, vì đã khiến cho nguyên đơn tin tưởng rằng đó thực sự là một cơ quan thuộc Tòa sơ thẩm. Dù thực tế không có mối liên quan chính thức nào giữa Văn phòng phúc lợi và Tòa sơ thẩm, nhưng Tòa án tối cao Nhật Bản vẫn tuyên rằng Tòa sơ thẩm đã tạo cho Văn phòng phúc lợi vẻ bề ngoài rằng, Văn phòng là một bộ phận của Tòa và vì vậy, Tòa sơ thẩm có trách nhiệm phải thanh toán cho nguyên đơn.²

Điều 110 BLDS Nhật Bản quy định: “Nếu người đại diện đã có hành vi vượt quá thẩm quyền của mình và bên thứ ba có lý do chính đáng để tin rằng người đại diện có thẩm quyền để thực hiện hành vi đó thì quy định của Điều 109 sẽ được áp dụng tương tự”. Trường hợp tại Điều 110 khác Điều 109 ở chỗ là người đại diện thực tế đã được ủy quyền đại diện. Tuy nhiên người đại diện khi

1 Hugh Beale & Arthur Hartkamp et al., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, trang 927 (Hart Publishing Co., 2002).

2 TATC Nhật Bản, Minshū 11-2-227, ngày 07/02/1957.

thực hiện đại diện đã vượt quá phạm vi thẩm quyền của mình. Trong một vụ án, người đại diện được ủy quyền đi đăng ký sở hữu miếng đất. Để đăng ký, người được đại diện đã trao giấy tờ và con dấu cho người đại diện. Tuy nhiên, thay vì đăng ký, người đại diện lại đem bán miếng đất cho bên thứ ba. Tòa án tối cao đã phán quyết cho phép bên mua thứ ba được sở hữu miếng đất.³

Điều 112 quy định: “Việc chấm dứt thẩm quyền đại diện không thể dùng để đối kháng với bên thứ ba ngay tình trừ khi bên này vì lỗi vô ý đã không biết”. Nó có nghĩa là nếu bên thứ ba tin rằng người đại diện được ủy quyền đại diện (dù thẩm quyền này thực ra đã chấm dứt) mà giao dịch với người này thì, trừ trường hợp bên thứ ba biết hoặc buộc phải biết là thẩm quyền đại diện đã chấm dứt, thân chủ (người được đại diện) sẽ bị ràng buộc bởi giao dịch của người đại diện.

Tại các nước theo hệ thống thông luật, nguyên tắc đại diện hiển nhiên được áp dụng tại các án lệ, ví dụ: *Royal British Bank v. Turquand [1856]*, *Freeman & Lockyer v. Buckhurst Park Properties (Mangal) Ltd [1964]* v.v.

Thực tiễn pháp luật Việt Nam và kiến nghị

Điều 8.1(c) của Pháp lệnh hợp đồng kinh tế 1989 quy định rằng hợp đồng sẽ vô hiệu toàn bộ khi “người ký hợp đồng kinh tế không đúng thẩm quyền hoặc có hành vi lừa đảo”. Điều 154 BLDS 1995 quy định rằng:

“**Điều 154.** Hậu quả của giao dịch dân sự do người không có thẩm quyền đại diện xác lập, thực hiện

1- Giao dịch dân sự do người không có thẩm quyền đại diện xác lập, thực hiện không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với người được đại diện, *trừ trường hợp người được đại diện chấp thuận*; nếu không được chấp thuận, thì người không có thẩm quyền

đại diện phải thực hiện nghĩa vụ đối với người đã giao dịch với mình, trừ trường hợp người đó biết hoặc phải biết về việc không có thẩm quyền đại diện.”

Như vậy, một giao dịch dân sự hay kinh tế tại thời điểm mà BLDS 1995 và Pháp lệnh hợp đồng kinh tế 1989 còn hiệu lực, sẽ bị tuyên vô hiệu do người đại diện không có hoặc vượt quá thẩm quyền trừ trường hợp được người có thẩm quyền chấp thuận. Quy định này bộc lộ nhiều điểm bất hợp lý trên thực tế. Cụ thể: Từ năm 1996 đến 2002 Ngân hàng V của Việt Nam đã cho Công ty S vay làm nhiều đợt với từng hợp đồng riêng rẽ. Trong số các hợp đồng này, một số được ký bởi Phó Tổng giám đốc của ngân hàng vì Tổng Giám đốc đi công tác nước ngoài trong thời điểm hợp đồng được giao kết. Công ty S không thanh toán nợ đúng hạn và Ngân hàng V khởi kiện công ty trước tòa án có thẩm quyền. Tại cả hai phiên sơ thẩm và phúc thẩm tòa án đều tuyên rằng các hợp đồng vay do Phó Tổng giám đốc Ngân hàng V giao kết là vô hiệu vì Phó Tổng giám đốc không có thẩm quyền (không phải là người đại diện theo pháp luật của ngân hàng). Vì hợp đồng vô hiệu nên Công ty S chỉ phải trả lại cho Ngân hàng V khoản nợ gốc mà thôi, không phải thanh toán khoản tiền lãi theo thỏa thuận.

Một ví dụ khác là vào đầu những năm 2000 tại TP. Hồ Chí Minh, một số người mua nhà giao kết hợp đồng mua nhà với một công ty bất động sản tại đây. Hợp đồng được giao kết giữa bên mua và nhân viên của công ty tại trụ sở công ty và có đóng dấu công ty. Tuy nhiên, sau đó công ty đòi vô hiệu hợp đồng vì người giao kết không phải là giám đốc (đại diện theo pháp luật của công ty). Tòa án đã chấp nhận lập luận này và chỉ yêu cầu công ty trả lại tiền mua nhà cho người mua.

Rất nhiều nhà nghiên cứu và thẩm phán

3 TATC Nhật Bản, Minshū 25-4-455, ngày 03/05/1971.

không đồng tình với giải pháp của BLDS 1995 (vô hiệu hợp đồng, hoàn trả hợp đồng về vị trí trước khi giao kết). Để bảo vệ bên ngay tình và làm cho quy định pháp luật đỡ cứng nhắc thì Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã ban hành Nghị quyết số 04/2003/NQ-HĐTP ngày 27/5/2003 (Nghị quyết 04). Mục I.2 của nghị quyết này quy định rằng:

“2. Theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 8 Pháp lệnh HĐKT thì hợp đồng kinh tế bị coi là vô hiệu toàn bộ khi: “Người ký hợp đồng kinh tế không đúng thẩm quyền...”.

Để phù hợp với tinh thần quy định tại Điều 154 Bộ luật Dân sự [1995] thì hợp đồng kinh tế không bị coi là vô hiệu toàn bộ, nếu người ký kết hợp đồng kinh tế không đúng thẩm quyền nhưng trong quá trình thực hiện hợp đồng kinh tế, người mà theo quy định của pháp luật có thẩm quyền ký kết hợp đồng kinh tế đó (sau đây gọi tắt là người có thẩm quyền) chấp thuận. *Được coi là người có thẩm quyền chấp thuận nếu người đó đã biết hợp đồng kinh tế đã được ký kết mà không phản đối.*”

Tiếp theo đó, Nghị quyết 04 chi tiết một số trường hợp mà người có thẩm quyền được coi là đã biết và không phản đối như khi người này đã được báo cáo, đã thông qua chứng từ, tài liệu liên quan đến hợp đồng, tham gia vào việc thực hiện hợp đồng hoặc hưởng lợi từ hợp đồng.

Tiếp thu tinh thần của Nghị quyết 04, Điều 146 BLDS 2005 quy định như sau:

“Điều 146. Hậu quả của giao dịch dân sự do người đại diện xác lập, thực hiện vượt quá phạm vi đại diện

1. Giao dịch dân sự do người đại diện xác lập, thực hiện vượt quá phạm vi đại diện không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của người được đại diện đối với phần giao dịch được thực hiện vượt quá phạm vi đại diện, trừ trường hợp người được đại diện đồng ý

hoặc biết mà không phản đối; nếu không được sự đồng ý thì người đại diện phải thực hiện nghĩa vụ đối với người đã giao dịch với mình về phần giao dịch vượt quá phạm vi đại diện...”.

Như vậy, toà án và các nhà làm luật Việt Nam đã cố gắng để bảo vệ bên ngay tình trong hợp đồng bằng cách cho phép hợp đồng có hiệu lực nếu bên được đại diện hoặc đồng ý hoặc *biết mà không phản đối*. Tuy nhiên, cách tiếp cận này của Việt Nam không đủ và không hợp lý. Nó cũng bảo vệ thái quá bên được đại diện, coi nhẹ hoặc bỏ đi lợi ích của bên thứ ba ngay tình, vốn là bên - về nguyên tắc của dân luật - luôn phải được ưu tiên bảo vệ.

Cụ thể, trong trường hợp vượt quá thẩm quyền đại diện nêu tại Điều 146 BLDS năm 2005, bên giao dịch phải có nghĩa vụ chứng minh rằng người được đại diện đã đồng ý hoặc đã biết mà không phản đối. Việc chứng minh này không dễ vì những điều kiện phải chứng minh hoàn toàn thuộc về vấn đề nội bộ của bên đối tác (bên được đại diện). Việc tiếp cận thông tin, tài liệu của bên đối tác là điều bất khả thi trong bối cảnh của pháp luật tố tụng Việt Nam hiện tại. Thêm vào đó, nếu ác ý thì người được đại diện có thể dễ dàng phủ nhận hoặc cung cấp những tài liệu sai lệch để phủ định sự liên can của mình.

Ngược lại, thông lệ quốc tế lại có cách tiếp cận từ việc xem xét xem người được đại diện có lỗi hay không. Tức là người này đã có hành vi (hoặc bất hành vi) nào để tạo ra cho thế giới bên ngoài có thể thấy rằng mình đã trao quyền đại diện cho người khác hay không? Nếu có, người này sẽ phải chịu trách nhiệm thực thi hợp đồng.

Thêm vào đó, Điều 146 chỉ áp dụng trong trường hợp vượt quá phạm vi đại diện. Điều 145 BLDS 2005 (không có thẩm quyền đại diện) vẫn quy định một cách cứng

(Xem tiếp trang 64)

CẦM GIỮ TÀI SẢN

CÓ PHẢI LÀ BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM THỰC HIỆN NGHĨA VỤ DÂN SỰ?

BÙI ĐỨC GIANG*

Cầm giữ tài sản là một chế định pháp lý vẫn còn nằm tách bạch so với các quy định về giao dịch bảo đảm của Bộ luật Dân sự (BLDS). Dự thảo BLDS trình Ủy ban thường vụ Quốc hội ngày 23/9/2014 (Dự thảo) đã đưa cầm giữ tài sản vào danh sách các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo thỏa thuận (điểm c, khoản 1 Điều 294). Bài viết phân tích các hạn chế của quy định hiện hành, bình luận cách tiếp cận của Dự thảo thông qua việc so sánh với quy định pháp luật của Anh và Pháp.

1. Khái niệm quyền cầm giữ tài sản

Quan hệ hợp đồng song vụ – Theo quy định tại khoản 1 Điều 416 BLDS, quyền cầm giữ tài sản chỉ phát sinh trong quan hệ hợp đồng, cụ thể là hợp đồng song vụ. Điều 324 của Dự thảo cũng vẫn giữ cách tiếp cận này. Bên cầm giữ có thể cầm giữ một phần hay toàn bộ tài sản (điểm a khoản 2 Điều 416 BLDS).

Pháp luật của một số nước công nhận cả các tình huống không mang tính chất song vụ. Chẳng hạn theo Điều 2277 của BLDS Pháp, người đang chiếm giữ một tài sản bị đánh cắp hay bị mất nếu đã mua tài sản này tại một hội chợ, chợ, một buổi bán đấu giá hay từ một người bán hàng bán các tài sản tương tự chỉ phải hoàn trả tài sản này cho người chủ ban đầu khi người chủ này hoàn trả cho anh ta số tiền anh ta đã phải trả khi mua tài sản, tức là, nếu không được hoàn trả số tiền bằng giá mua thì người đang chiếm

giữ được tiếp tục cầm giữ tài sản. Ở đây không có quan hệ hợp đồng trực tiếp giữa người đang chiếm giữ tài sản và chủ sở hữu tài sản. Một ví dụ khác liên quan đến hợp đồng thuê nhà ở, nếu trong hợp đồng thuê có quy định quyền của bên cho thuê được bán căn nhà cho thuê và yêu cầu bên thuê ra khỏi địa điểm thuê trong thời hạn của hợp đồng thuê thì bên thuê chỉ phải rời địa điểm thuê khi được bên cho thuê hay bên mua nhà thanh toán các khoản bồi thường thiệt hại được quy định trong hợp đồng hay theo quy định của pháp luật¹.

Pháp luật chuyên ngành – Bên cạnh BLDS, quyền cầm giữ còn được nêu trong Luật Thương mại. Theo quy định tại Điều 149 Luật Thương mại, bên đại diện cho thương nhân có quyền cầm giữ tài sản, tài liệu được giao để bảo đảm việc thanh toán các khoản thù lao và chi phí đã đến hạn. Tương tự, Điều 239 và 240 của văn bản luật

* **TS. Công ty Luật Audier and Partners Vietnam LLC, Giảng viên về pháp luật giao dịch bảo đảm, BankPro**

¹ Các Điều 1744 và 1749 BLDS Pháp.

này trao cho thương nhân kinh doanh dịch vụ logistics quyền cầm giữ hàng hóa và chứng từ liên quan để đòi nợ đã đến hạn của khách hàng và đi xa hơn BLDS là trao cho bên cầm giữ quyền định đoạt hàng hóa và chứng từ sau thời hạn 45 ngày kể từ ngày thông báo cầm giữ cho khách hàng để trừ khoản nợ liên quan.

Pháp luật Pháp – Ngoài các trường hợp cầm giữ tài sản đặc biệt như trong hai ví dụ vừa nêu, BLDS Pháp dành riêng Điều 2286 để khái quát hóa phạm vi áp dụng của quyền cầm giữ tài sản, theo đó các đối tượng sau được hưởng quyền cầm giữ tài sản : (i) bên mà tài sản đã được chuyển giao cho tới khi quyền đòi nợ của bên này được thanh toán (đây chính là trường hợp cầm giữ tài sản trong khuôn khổ quan hệ cầm cố); (ii) bên mà quyền đòi nợ chưa được thanh toán phát sinh từ hợp đồng trong đó có quy định nghĩa vụ của bên này phải chuyển giao tài sản (trường hợp này giống với cầm giữ tài sản theo quy định của pháp luật Việt Nam); (iii) bên mà quyền đòi nợ chưa được thanh toán được xác lập trong quá trình bên này nắm giữ tài sản (chẳng hạn nếu chủ sở hữu một bất động sản yêu cầu người chiếm hữu bất động sản trả lại bất động sản đó cho anh ta thì người chiếm hữu bất động sản có quyền tiếp tục chiếm giữ đối với bất động sản đó nếu chưa được bồi thường các phí tổn mà anh ta đã bỏ ra để sửa chữa hay đầu tư vào bất động sản đó); (iv) bên nhận cầm cố tài sản mà không có chuyển giao tài sản (cầm cố ô tô, cầm cố bất động sản...)². Các học giả Pháp gọi đây là *quyền cầm giữ ảo*³.

Trường hợp cầm giữ trong khuôn khổ

cầm cố thông thường nêu trên thực chất chỉ là một quyền gắn liền với đặc trưng của cầm cố: quyền chiếm hữu về mặt vật chất tài sản cầm cố được chuyển giao cho bên nhận cầm cố. Cũng cần phải thấy rằng cầm giữ khác với cầm cố ở chỗ, tài sản (chẳng hạn hàng hóa) được gửi không phải vì mục đích đảm bảo thực hiện nghĩa vụ (chẳng hạn như để bảo quản hộ hay để sửa chữa). Tương tự, việc trao cho bên nhận cầm cố mà không có việc chuyển giao tài sản quyền cầm giữ ảo chẳng qua là cách thức mà nhà lập pháp muốn tăng cường hiệu quả của biện pháp bảo đảm này mà thôi và cũng khá gượng ép. Tại Pháp hiện nay đang có tranh luận về mặt học thuật, liệu cầm giữ tài sản có áp dụng cho các tài sản vô hình như quyền đòi nợ hay không. Chẳng hạn để giải thích cho việc bên nhận thế chấp quyền đòi nợ có độ quyền nhận ưu tiên thanh toán, một số tác giả cho rằng, sau khi thông báo với bên có nghĩa vụ trả nợ về việc thế chấp, bên nhận thế chấp có quyền cầm giữ đối với quyền đòi nợ được thế chấp⁴. Tuy nhiên, cách tiếp cận như vậy có nguy cơ đi ngược lại với bản chất pháp lý của cầm giữ vốn gắn liền với việc nắm giữ về mặt vật chất và do đó, chỉ có thể thực hiện được với các tài sản hữu hình mà thôi.

Điều 2286 nói trên nằm trong phần quy định chung về các biện pháp bảo đảm của BLDS Pháp. Dù coi quyền cầm giữ tài sản là một biện pháp bảo đảm, các nhà lập pháp của Pháp vẫn còn dè dặt trong cách tiếp cận biện pháp bảo đảm này. Về điểm này, tại Việt Nam trước khi BLDS 2005 ra đời, một số học giả cho rằng, cầm giữ tài sản có thể

2 Trong trường hợp này, không có việc cầm giữ về mặt vật chất tài sản theo cách hiểu truyền thống nữa mà chỉ là việc cầm giữ về mặt pháp lý.

3 Về biện pháp cầm giữ tài sản theo quy định của Pháp, xem thêm Aynès (A.), *Le droit de rétention, unité ou pluralité?*, th. *Economica* 2005, préf. Ch. Larroumet và Luciano (K.), «Analyse juridique du droit de rétention», *Rev. proc. coll.*, no4, juillet 2012, étude 29.

4 A. Aynès, «Le nantissement de créance de droit commun : quelle efficacité? », *Banque et Droit*, numéro hors série, décembre, 2010.

được xem một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự⁵. Tuy nhiên, BLDS 2005 không đưa cầm giữ tài sản vào phần quy định về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự (các điều từ Điều 318 đến Điều 373) mà đề cập khái niệm này trong phần quy định chung về thực hiện hợp đồng dân sự (các điều từ Điều 412 đến Điều 422). Có ý kiến cho rằng cầm giữ tài sản là một trong các chế tài dân sự áp dụng trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ hợp đồng⁶.

Pháp luật Anh – Khác với pháp luật Pháp, trong pháp luật Anh, cầm giữ tài sản (lien) trước hết là một biện pháp bảo đảm được tạo ra trên cơ sở mặc nhiên được pháp luật thừa nhận (by operation of law) chứ không cần phải có thỏa thuận. Các bên cũng có thể tạo ra quyền cầm giữ thông qua hợp đồng (contractual lien). Biện pháp cầm giữ không cần phải được đăng ký để đảm bảo giá trị pháp lý với các bên thứ ba.

Bốn dạng cầm giữ tài sản phổ biến nhất của hệ thống pháp luật này bao gồm:

- Quyền cầm giữ theo án lệ (legal liens): là biện pháp bảo đảm được tạo ra trong một số trường hợp khi bên có quyền đang có quyền chiếm hữu tài sản của bên có nghĩa vụ và có thể là quyền cầm giữ cụ thể (particular liens) hay quyền cầm giữ chung (general liens). Quyền cầm giữ cụ thể phát sinh khi⁷ (i) theo quy định của pháp luật chung một người có nghĩa vụ tiếp nhận tài sản động sản hữu hình chẳng hạn như chủ khách sạn phải cho khách lưu trú cùng với hành lý hay bên chuyên chở có nghĩa vụ chở hàng hóa được giao hoặc (ii) một người cải thiện một tài sản động sản hữu hình bằng công việc và kỹ năng của mình. Quyền cầm giữ

chung được xác lập từ các tập quán thương mại⁸ và cho phép một số đối tượng như bên môi giới chứng khoán, ngân hàng hay luật sư tư vấn được cầm giữ mọi tài sản đang nắm giữ cho tới khi bên có nghĩa vụ thanh toán hết cho mình các khoản tiền còn nợ.

- Quyền cầm giữ theo thỏa thuận: hợp đồng có thể mở rộng quyền của bên có quyền cầm giữ theo án lệ trong việc xử lý biện pháp bảo đảm thông qua việc trao cho bên này quyền bán tài sản động sản hữu hình khi bên có nghĩa vụ vi phạm nghĩa vụ. Các bên cũng có thể thỏa thuận mở rộng phạm vi của quyền cầm giữ theo án lệ bằng cách tăng phạm vi nghĩa vụ được bảo đảm (chẳng hạn chuyển một quyền cầm giữ cụ thể thành một quyền cầm giữ chung) hoặc mở rộng phạm vi của tài sản là đối tượng cầm giữ.

- Quyền cầm giữ theo văn bản pháp luật (statutory liens): một số văn bản pháp luật nêu cụ thể quyền cầm giữ đã được án lệ thừa nhận. Chẳng hạn quyền cầm giữ của một người bán hàng chưa được thanh toán tiền hàng được nêu trong Luật về Mua bán hàng hóa năm 1979 (Sale of Goods Act 1979) hay quyền cầm giữ của bên môi giới bảo hiểm hàng hải trong Luật Bảo hiểm hàng hải năm 1960 (Marine Insurance Act 1960). Một số quyền cầm giữ khác phát triển độc lập với án lệ như quyền của sân bay được giữ máy bay theo Điều 88 của Luật Hàng không dân dụng 1982 (Civil Aviation Act 1982).

- Quyền cầm giữ công bình (equitable liens) thường có đối tượng là đất đai và khác các dạng cầm giữ nêu trên ở chỗ không đòi hỏi phải cầm giữ về mặt vật chất tài sản. Cần lưu ý là việc có hay không quyền cầm giữ công bình đối với một số tài sản vô hình như

5 TS. Nguyễn Văn Vân, "Các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự", Tạp chí Khoa học Pháp lý, số 2/2005.

6 Nguyễn Tấn, "Rầm rối chế tài dân sự, thương mại", Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online, ngày 1/4/2010.

7 Các bản án *Majeau Carrying Co v Coastal Rutile* [1973] 129 CLR 48 at 54, *Robins & Co v Gray* [1895] 2 QB 501 và *Scarfe v Morgan* [1838] 4 M & W 270.

8 Bản án *Bock v Gorrissen* [1860] 2 De GF & J 434 at 443.

phần vốn góp hay văn bằng sáng chế vẫn chưa thực sự rõ ràng trong pháp luật Anh⁹.

Cách tiếp cận của Dự thảo – Việc đưa cầm giữ vào ngang hàng với các biện pháp bảo đảm theo thỏa thuận như quy định tại Điều 294 của Dự thảo không hợp lý vì quyền cầm giữ theo tinh thần của Dự thảo là biện pháp bảo đảm phát sinh do mặc nhiên được pháp luật thừa nhận chứ không phải trên cơ sở thỏa thuận¹⁰. Có lẽ Dự thảo lấy cảm hứng từ các quy định nêu trên của Luật Thương mại và phần quy định về cầm cố tài sản để nêu quyền và nghĩa vụ của bên cầm giữ. Thêm vào đó, quy định đối tượng của cầm giữ là động sản (Điều 324) chưa hợp lý bởi động sản bao gồm cả các quyền tài sản (tài sản vô hình) (khoản 2 Điều 108) và về nguyên tắc quyền cầm giữ chỉ được thực hiện trên các tài sản hữu hình mà thôi. Cuối cùng cách gọi tên *cầm giữ tài sản* của Dự thảo như tại Điều 416 chỉ nói lên sự việc pháp lý và cần được gọi tên chính xác là *quyền cầm giữ tài sản*.

Điều kiện thực hiện quyền cầm giữ tài sản

Nguyên tắc – Từ định nghĩa về quyền cầm giữ tài sản Điều 416 BLDS và Điều 324 Dự thảo, có thể thấy quyền cầm giữ tài sản chỉ được thực hiện khi thỏa mãn đồng thời 3 điều kiện sau đây:

- *Tồn tại một quyền đòi nợ*: nghĩa vụ làm phát sinh quyền cầm giữ là nghĩa vụ của chủ sở hữu tài sản khi đến hạn không được thực hiện hay thực hiện không đúng theo thỏa thuận;

- *Khả năng chiếm giữ tài sản*: tài sản cầm giữ thuộc sở hữu của bên có nghĩa vụ đang được bên có quyền chiếm giữ một cách liên tục và hợp pháp;

- *Mối liên hệ pháp lý giữa quyền đòi nợ và khả năng chiếm giữ sản*: nghĩa vụ là căn cứ phát sinh quyền nắm giữ và việc chiếm giữ tài sản phải gắn trực tiếp với quan hệ hợp đồng song vụ. Đây là điều kiện quan trọng nhất trong số ba điều kiện làm phát sinh quyền cầm giữ tài sản. Về bản chất, cầm giữ tài sản là một biểu hiện cụ thể của quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ dân sự trong hợp đồng song vụ của bên phải thực hiện nghĩa vụ sau được quy định tại Điều 415 BLDS¹¹. Thực vậy, mối liên hệ pháp lý này phản ánh một sự phụ thuộc giữa các nghĩa vụ: một quyền đòi nợ (hay nghĩa vụ thanh toán nếu xét từ góc độ người có nghĩa vụ) và một nghĩa vụ giao tài sản, cả hai nghĩa vụ này đều phát sinh từ một hợp đồng. Tuy vậy, bằng việc cầm giữ tài sản mà đáng lẽ phải trao lại cho người có nghĩa vụ, bên có quyền chỉ làm tạm hoãn việc thực hiện nghĩa vụ của mình và đây chính là việc thực hiện quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ dân sự trong hợp đồng song vụ của người có quyền. Tạm hoãn thực hiện nghĩa vụ dân sự là một ngoại lệ không thực hiện nghĩa vụ theo quy định của BLDS. Theo Điều 414 của Bộ luật này, trong hợp đồng song vụ, khi các bên đã thỏa thuận thời điểm thực hiện nghĩa vụ thì mỗi bên phải thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn và việc thực hiện nghĩa vụ trước hay sau là do các bên thỏa thuận, nếu không phải thực hiện đồng thời hoặc bên nào thực hiện nghĩa vụ mất nhiều thời gian hơn thì phải thực hiện nghĩa vụ trước.

Hạn chế – Xét một cách tổng thể, quy định về mối liên hệ giữa giữa quyền đòi nợ và khả năng chiếm giữ theo quy định của pháp luật Việt Nam như vừa phân tích ở trên là tương đối hẹp. Pháp luật của Pháp công

9 Richard Calnan, *Taking security – Law and Practice*, Jordans, 2nd edn, 2011, paras. 10 and seq.

10 Xem thêm bài viết của Bùi Đức Giang "Sửa quy định về giao dịch bảo đảm : bước tiến hay lùi", *Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online* ngày 18/8/2014.

11 Khoản 2 Điều 415 BLDS 2005: "Bên phải thực hiện nghĩa vụ sau có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ đến hạn nếu bên thực hiện nghĩa vụ trước chưa thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn".

nhận cả mối liên hệ mang tính vật chất và mối liên hệ mang tính chất thỏa thuận giữa quyền đòi nợ và khả năng chiếm giữ. Mối liên hệ vật chất phát sinh khi quyền đòi nợ phát sinh trong quá trình chiếm giữ tài sản. Mối liên hệ mang tính chất thỏa thuận phát sinh khi người có nghĩa vụ giao một tài sản cho người có quyền nhằm bảo đảm việc trả khoản nợ của mình mà không cầm cố tài sản này. Chẳng hạn một người vay tiền của một người khác để mua một chiếc xe máy có thể giao cho người cho vay giấy tờ xe. Việc giao giấy tờ này rõ ràng không phải là việc cầm cố nhưng lại làm phát sinh quyền cầm giữ. Người cho vay sẽ chỉ trả lại giấy tờ xe khi người đi vay đã hoàn trả khoản nợ. Tuy không trao cho bên cầm giữ quyền ưu tiên thanh toán hay quyền được yêu cầu Tòa án trao tài sản nhưng quyền cầm giữ mang tính chất thỏa thuận này ít nhiều mang một vài đặc điểm của cầm cố. Cho nên, việc xác lập quyền cầm giữ theo thỏa thuận về mặt logic sẽ tuân thủ một vài nguyên tắc vốn áp dụng cho cầm cố tài sản đặc biệt là yêu cầu xác lập thỏa thuận bằng văn bản để việc cầm giữ có hiệu lực và việc trao tài sản cho người cầm giữ để đảm bảo tính đối kháng với các bên thứ ba. Chính vì vậy, cầm giữ tài sản có phạm vi áp dụng rộng hơn rất nhiều so với quy định của pháp luật Việt Nam và là một công cụ pháp luật khá hiệu quả giúp bảo vệ quyền lợi của người có quyền (người cầm giữ tài sản) tại Pháp.

Hệ quả pháp lý

Đối với bên có nghĩa vụ – Điểm đặc thù của hệ quả pháp lý của quyền cầm giữ tài sản nằm ở chỗ chế định này trao cho người cầm giữ tài sản một quyền không phải làm một việc nhất định, tức là cho phép

người cầm giữ từ chối hoàn trả tài sản đang chiếm giữ. Cầm giữ tài sản đơn thuần là một cách thức gây áp lực buộc chủ sở hữu tài sản (bên có nghĩa vụ) phải thực hiện nghĩa vụ của mình đối với bên cầm giữ (bên có quyền).

Theo quy định tại điểm c, khoản 3 Điều 416 BLDS 2005, người có quyền đòi nợ được tiếp tục giữ tài sản cho đến khi bên có nghĩa vụ hoàn thành nghĩa vụ. Khoản 4 Điều 328 Dự thảo bổ sung một trường hợp khác là khi người thứ ba thực hiện xong nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ. Từ đó có thể suy luận rằng, cho dù khoản nợ đã được thanh toán một phần thì người có quyền đòi nợ vẫn được tiếp tục cầm giữ tài sản. Cách tiếp cận này cũng tương tự quy định của Pháp vì về bản chất quyền cầm giữ tài sản là một quyền không thể phân chia được.

Đối với các bên thứ ba – Theo quy định của pháp luật Pháp, quyền cầm giữ tài sản có tính đối kháng đối với người thứ ba mua tài sản đang bị cầm giữ¹², với người thừa kế của người có tài sản bị cầm giữ¹³. Đặc biệt, nó có tính đối kháng với người có nghĩa vụ đang được hưởng quyền tạm không bị các chủ nợ đòi nợ khi mới bị mở thủ tục phá sản, hay khi đã bị Tòa án tuyên bố áp dụng các biện pháp phục hồi hoạt động hay thanh lý tài sản. Thực vậy, theo quy định tại khoản 2 Điều L. 622-7-II, Bộ luật Thương mại Pháp, thẩm phán phụ trách thủ tục phá sản có thể ra quyết định thanh toán một quyền đòi nợ phát sinh trước khi mở thủ tục phá sản để doanh nghiệp lâm vào tình trạng phá sản có thể lấy về một tài sản được cầm giữ hợp pháp khi mà việc lấy về tài sản này cần thiết cho hoạt động của doanh nghiệp, tức là bên cầm giữ chỉ phải trao tài sản cầm

12 Năm 1992, Tòa Tư pháp tối cao thừa nhận quyền của một người bán một chiếc xe tải khi chưa được người mua thanh toán giá mua được từ chối trao cho người mua lại chiếc xe này các giấy tờ xe dù người mua lại đã thanh toán tiền mua xe cho người bán lại, tức là người mua ban đầu.

13 Cass.civ., 6 avril 1875.1. 354; 8 juillet 1913, DP 1914. 1. 241.

giữ sau khi đã được thanh toán. Án lệ Pháp công nhận quyền ưu tiên tuyệt đối này trong trường hợp bán tài sản cầm giữ khi thực hiện phương án phục hồi hoạt động của doanh nghiệp quy định tại khoản 1, Điều L.626-22 của Bộ luật Thương mại¹⁴. Nói cách khác, quyền của bên cầm giữ tài sản được đề cao hơn quyền của mọi chủ nợ có bảo đảm hoặc không có bảo đảm khác¹⁵. Chính vì lý do này mà tại Pháp, các giao dịch bảo đảm làm phát sinh quyền cầm giữ thường được các chủ nợ có bảo đảm ưu tiên sử dụng.

Tuy vậy, quyền cầm giữ tài sản cũng là một quyền khá mong manh vì hai lý do chủ yếu sau đây:

- Bên cầm giữ tài sản không có quyền được ưu tiên thanh toán hay quyền truy đòi: Khác với bên nhận cầm cố, hay thế chấp, nếu bên cầm giữ tài sản giao tài sản để bán đấu giá thì bên cầm giữ tài sản mặc nhiên bị mất đi quyền này và sẽ không được ưu tiên thanh toán so với các chủ nợ khác. Dù Điều 21 của Nghị định 163 của Chính phủ về Giao dịch bảo đảm ngày 29/12/2006 được bổ sung, sửa đổi bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP ngày 22/2/2012 (Nghị định 163) đặt việc thực thi quyền cầm giữ tài sản lên trên quyền của bên nhận thế chấp, nhưng cũng cần hiểu đúng bản chất của việc ưu tiên này tức là trong trường hợp này bên cầm giữ tiếp tục được thực hiện việc cầm giữ (không trả tài sản bảo đảm để xử lý thế chấp) đến khi nào chủ tài sản (hay bên nhận thế chấp) thanh toán khoản nợ của bên có nghĩa vụ (bên thế chấp) cho bên cầm giữ. Tuy vậy, nếu bên cầm giữ vô tình trả lại tài sản cho bên thế chấp hay bên nhận thế chấp để xử

lý, thì khi đó, việc thanh toán sẽ chỉ dựa vào tính chất của khoản nợ mà người có nghĩa vụ phải trả cho bên cầm giữ tài sản. Tương tự, nếu bên cầm giữ bỏ tài sản và giao nó cho một người thứ ba thì bên cầm giữ cũng không thể thực hiện quyền truy đòi tài sản của mình;

- Trong quá trình thanh lý tài sản của doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản, bên có quyền không thể viện quyền cầm giữ của mình để yêu cầu được ưu tiên phân chia tài sản thanh lý như một chủ nợ có bảo đảm chừng nào mà pháp luật chưa công nhận cầm giữ tài sản là một biện pháp bảo đảm¹⁶.

Điều 21 Nghị định 163 quy định bên cầm giữ chỉ phải giao tài sản mà mình đang cầm giữ cho bên nhận thế chấp để xử lý sau khi bên nhận thế chấp hoặc bên có nghĩa vụ đã hoàn thành nghĩa vụ đối với bên cầm giữ. Như vậy, chừng nào bên cầm giữ tài sản còn chưa được thanh toán thì bên này vẫn có quyền cầm giữ tài sản. Duy chỉ có điều Nghị định này không nói rõ nguyên tắc này có được áp dụng hay không trong trường hợp bên thế chấp tài sản cầm giữ lâm vào tình trạng phá sản. Nếu thừa nhận bên cầm giữ tiếp tục được thực hiện quyền cầm giữ trong trường hợp này sẽ tăng cường hiệu quả của biện pháp cầm giữ tài sản.

Quyền bổ sung của bên cầm giữ – Điểm b và d khoản 2 Điều 416 BLDS trao cho người cầm giữ tài sản quyền được thu hoa lợi từ tài sản cầm giữ và được dùng hoa lợi thu được để bù trừ nghĩa vụ cũng như quyền được yêu cầu bên có tài sản bị cầm giữ thanh toán các chi phí hợp lý cần thiết cho việc bảo quản, giữ gìn tài sản đó. Cơ chế

14 Cass.com, 20 mai 1997, Bull. Civ. IV, no151.

15 Cass.com, 26 février 1991, Bull. Civ. IV, no88.

16 Nếu đọc kết hợp Điều 53 và Điều 54 Luật Phá sản số 51/2014/QH13 ngày 19/6/2014, có thể thấy khi thanh lý tài sản, chủ nợ có bảo đảm có vị trí ưu tiên thanh toán cao nhất trong số các chủ nợ của doanh nghiệp, trên cả các khoản nợ đặc biệt khác như chi phí phá sản, khoản nợ lương, nợ bảo hiểm, khoản nợ phát sinh sau khi mở thủ tục phá sản và các nghĩa vụ tài chính đối với Nhà nước (chẳng hạn các khoản thuế) và các khoản nợ không có bảo đảm.

này tạo điều kiện thuận lợi cho việc thanh toán khoản nợ đối với bên cầm giữ và giúp bên cầm giữ bù đắp được các chi phí phát sinh trong quá trình cầm giữ tài sản, nhất là khi tài sản có khối lượng lớn (chẳng hạn cần có kho, bãi chứa hàng) hay trong trường hợp chủ sở hữu tài sản bị cầm giữ cố tình không thực hiện nghĩa vụ khiến thời gian cầm giữ kéo dài. Điều đáng tiếc là Dự thảo đã bỏ quyền thu hoa lợi này.

Pháp luật Anh – Bên cầm giữ tài sản có quyền chiếm giữ tài sản cho tới khi nghĩa vụ được bảo đảm được thanh toán. Ngược lại, bên cầm giữ không được bán tài sản trừ khi các bên có thỏa thuận khác và cũng không được yêu cầu Tòa án ra quyết định bán tài sản¹⁷.

Hơn nữa, quyền cầm giữ cũng có hiệu lực trong thủ tục phá sản của bên có nghĩa vụ nhưng vẫn phải chịu nguyên tắc tạm hoãn xử lý tài sản bảo đảm trong thủ tục phục hồi kinh doanh (administration) hay thủ tục thỏa thuận tự nguyện với chủ nợ (company voluntary arrangement) đối với công ty có quy mô nhỏ¹⁸.

Chấm dứt quyền cầm giữ tài sản

Các căn cứ chấm dứt – Khoản 3 Điều 416 BLDS nêu ba căn cứ có thể dẫn tới việc chấm dứt quyền cầm giữ tài sản, đó là :

- Theo thỏa thuận của các bên (được hiểu là bên có nghĩa vụ là chủ sở hữu tài sản và bên cầm giữ);

- Bên cầm giữ vi phạm nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn tài sản cầm giữ;

- Bên có tài sản bị cầm giữ hoàn thành nghĩa vụ.

Dự thảo bổ sung thêm ba trường hợp khác là khi (i) bên có quyền cầm giữ mất quyền chiếm hữu tài sản, (ii) bên có nghĩa vụ bổ sung biện pháp bảo đảm để thay thế cho quyền cầm giữ (iii) người thứ ba thực hiện xong nghĩa vụ thay cho bên có nghĩa vụ (Điều 328).

Hạn chế – Căn cứ liên quan đến việc bảo quản, giữ gìn tài sản ẩn chứa nhiều rủi ro đối với bên cầm giữ tài sản bởi vì ở đây cần xác định việc bên cầm giữ tài sản vi phạm nghĩa vụ bảo quản, giữ gìn tài sản đến mức nào sẽ làm phát sinh yêu cầu chấm dứt việc cầm giữ tài sản. Nếu không sẽ rất dễ dẫn đến việc bên có tài sản bị cầm giữ lạm dụng quyền yêu cầu chấm dứt việc cầm giữ, từ đó làm mất tác dụng của chế định cầm giữ tài sản. Tương tự việc bổ sung biện pháp bảo đảm có vẻ như hơi máy móc bởi thực ra quyền cầm giữ trong nhiều trường hợp còn hiệu quả hơn rất nhiều so với các biện pháp bảo đảm khác.

Trong thực tế, việc chấm dứt cầm giữ tài sản có thể được các chủ nợ khác và bên có quyền thỏa thuận. Đây là một tình huống thường gặp và thông thường, cách thức mà các bên áp dụng để giải quyết phụ thuộc vào mức độ chênh lệch giữa giá trị của tài sản cầm giữ so với giá trị của nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng song vụ:

- Nếu nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng song vụ có giá trị thấp hơn giá trị của tài sản bị cầm giữ, thông thường các chủ nợ khác sẽ cùng nhau thanh toán khoản nợ cho người cầm giữ tài sản để có thể kê biên tài sản và bán để thu hồi nợ.

17 Tuy vậy, Tòa án có thể ra quyết định bán các hàng hóa để bị hư hỏng hoặc cần được bán ngay (Civil Procedure Rules 1998, SI 1998/3132, r 25.1(1)(c)(v) và bản án *Larner v Fawcett* [1950] 2 All ER 727). Một số văn bản luật chuyên ngành cũng cho phép bán tài sản cầm giữ: chẳng hạn bên bán hàng chưa được thanh toán có quyền cầm giữ có thể bán hàng hóa trong một số trường hợp (Sale of Goods Act 1979, ss 39(1)(c) and 48).

18 Xem thêm đoạn 43 Luận án TS của Bùi Đức Giang, «Sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien» (Giao dịch bảo đảm theo thỏa thuận có đối tượng là quyền đòi nợ theo quy định của pháp luật Pháp, Anh và Việt Nam), thèse Paris II, 2014, sous la direction du professeur Michel GRIMALDI tại <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/a4250d8e-0b30-4240-af6d-2eba741371df>.

BÀN VỀ DỰ ÁN LUẬT

- Nếu giá trị của tài sản bị cầm giữ thấp hơn giá trị của nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng song vụ, thì hiệu quả của việc cầm giữ hạn chế hơn rất nhiều so với trường hợp nêu trên vì lúc này bên cầm giữ tài sản buộc phải tiếp tục giữ tài sản mà không được bán tài sản đó vì nếu bán tài sản thì bên cầm giữ tài sản sẽ có chung số phận như các chủ nợ không có bảo đảm khác. Trong trường hợp này, người cầm giữ tài sản có thể thỏa thuận với các chủ nợ khác để được trả một phần khoản nợ của mình trước khi trao tài sản cho các chủ nợ này.

Việc giới hạn các căn cứ chấm dứt việc cầm giữ tài sản ở thỏa thuận giữa bên cầm giữ và bên có nghĩa vụ vô tình loại trừ sự thỏa thuận giữa bên cầm giữ tài sản và các

bên có quyền yêu cầu khác, vốn rất phổ biến trong thực tế và là cơ chế hiệu quả để bảo vệ quyền lợi của bên cầm giữ tài sản.

Có thể thấy việc công nhận quyền cầm giữ tài sản là biện pháp bảo đảm là điều nên làm để bảo vệ tốt hơn quyền lợi của bên cầm giữ, nhất là trong thủ tục phá sản của bên có nghĩa vụ. Tuy nhiên các quy định của Dự thảo vẫn còn khá sơ sài và chỉ dừng lại ở việc đưa ra các nguyên tắc. Việc xác định rõ bản chất pháp lý của quyền cầm giữ tài sản là biện pháp bảo đảm phát sinh do hệ quả của pháp luật rất cần thiết. Nhà lập pháp cũng có thể nghiên cứu quy định thêm quyền cầm giữ phát sinh trên cơ sở thỏa thuận như cách tiếp cận của pháp luật Anh để đa dạng hóa cơ chế pháp lý này ■



PHÁP LUẬT VỀ ĐĂNG KÝ BẤT ĐỘNG SẢN: NHÌN TỪ GÓC ĐỘ MINH BẠCH HÓA THỊ TRƯỜNG

VÕ MINH TRÍ*

Thị trường bất động sản có quan hệ mật thiết với thị trường sức lao động, thị trường hàng hóa, thương mại, dịch vụ và đặc biệt là thị trường tài chính. Vì vậy, xây dựng và quản lý tốt thị trường bất động sản theo hướng công khai, minh bạch là đòi hỏi cấp thiết trong quá trình hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường hiện nay. Bài viết đề cập những vấn đề lý luận và thực tiễn pháp luật về đăng ký bất động sản từ góc nhìn minh bạch hóa thị trường.

1. Tính minh bạch của thị trường bất động sản

Minh bạch có nghĩa là “sáng rõ, rành mạch”¹. Như vậy, có thể hiểu nội hàm của thuật ngữ này ở các khía cạnh sau²: nội dung thông tin cụ thể, rõ ràng, rành mạch, đáng tin cậy; nội dung thông tin được công bố rộng rãi cho mọi người biết; việc tiếp cận thông tin thuận tiện, dễ dàng, nhanh chóng; chi phí tiếp cận, truy cập thông tin hợp lý (nếu có).

Minh bạch hóa là thuật ngữ pháp lý được đề cập nhiều sau khi nền kinh tế nước ta chuyển sang kinh tế thị trường, nhất là sau khi Việt Nam ký Hiệp định thương mại Việt - Mỹ. Minh bạch hóa cũng là một trong những nội dung quan trọng mà Việt Nam

cam kết thực hiện khi gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO). Đối với thị trường bất động sản, tính minh bạch cần được xem xét, đánh giá theo các tiêu chí sau³:

- Hệ thống pháp luật về thị trường bất động sản phải đầy đủ, rõ ràng, thống nhất và ổn định
- Quy hoạch sử dụng đất khả thi, rõ ràng, công khai
- Giá đất do Nhà nước xác định phù hợp với giá thị trường
- Hệ thống hành chính phục vụ dân với các thủ tục đơn giản
- Bất động sản phải được Nhà nước thừa nhận về mặt pháp lý đối với người có quyền sở hữu/quyền sử dụng

* Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

1 Xem: Nguyễn Như Ý (Chủ biên) (2011), *Đại từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, tr. 1037.

2 Xem thêm Nguyễn Quang Tuyến (2009), *Những tiêu chí cơ bản của thị trường bất động sản minh bạch*, *Tạp chí Luật học*, (3/2009), tr 58 - 66.

3 Nguyễn Quang Tuyến (2009), *Những tiêu chí cơ bản của thị trường bất động sản minh bạch*, *tlđd*.

- Thông tin về bất động sản đầy đủ, chính xác, công khai và sẵn sàng cung cấp cho cộng đồng sử dụng

- Dễ dàng đăng ký quyền đối với bất động sản và đăng ký giao dịch khi thực hiện các quyền đối với bất động sản

Như vậy, đăng ký quyền sử dụng đối với đất đai, quyền sở hữu đối với nhà ở và các tài sản khác gắn liền với đất đai (sau đây gọi chung là đăng ký bất động sản) là một trong những tiêu chí đánh giá thị trường bất động sản minh bạch. Phải minh bạch hóa thị trường bất động sản vì vai trò của thị trường này đối với sự phát triển kinh tế - xã hội, đáp ứng yêu cầu hội nhập kinh tế quốc tế, cũng như góp phần nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước, ngăn ngừa và phòng chống những hiện tượng tiêu cực trong tiếp cận và sử dụng thông tin về bất động sản.

2. Khái niệm đăng ký bất động sản

Đăng ký là việc ghi chép một sự việc vào một quyển sổ nhằm chính thức hóa sự việc ấy trong mối quan hệ đối với toàn xã hội. Cũng theo nghĩa ấy mà việc đăng ký một quyền nói chung, đăng ký quyền đối với bất động sản nói riêng được ghi nhận và chế định đăng ký được xây dựng trong pháp luật các nước⁴. Bất kỳ quốc gia nào, cho dù xác lập mô hình sở hữu đất đai⁵ theo hình thức sở hữu nhà nước hay theo hình thức sở hữu tư nhân, đều có những quy định trong pháp luật về bất động sản của quốc gia mình, buộc chủ sở hữu/người có quyền sử dụng bất động sản phải đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nhằm mục đích tăng cường hiệu quả quản lý nhà nước và bảo vệ tốt hơn lợi ích của chính người nắm giữ quyền sở hữu/quyền sử dụng và các chủ thể có liên quan.

Theo Khoản 19 Điều 4 Luật Đất đai năm 2003 và Khoản 19 Điều 4 Luật Đất đai năm 2013 thì: “Đăng ký quyền sử dụng đất là việc ghi nhận quyền sử dụng đất hợp pháp đối với một thửa đất xác định vào hồ sơ địa chính nhằm xác lập quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất”. Còn thế nào là đăng ký bất động sản thì trong khoa học pháp lý Việt Nam chưa xác định chính thức. Trên thế giới, khái niệm này đã được pháp luật nhiều nước làm rõ. Ví dụ như Điều 2 Luật Đăng ký nhà nước đối với các quyền về bất động sản và các giao dịch về bất động sản năm 1997 của Liên bang Nga quy định: “Đăng ký nhà nước đối với các quyền về bất động sản và các giao dịch về bất động sản là sự kiện pháp lý công nhận và chứng thực bởi nhà nước, sự phát sinh, hạn chế, chuyển dịch hoặc chấm dứt các quyền về bất động sản theo quy định của Bộ luật Dân sự Liên bang Nga”. Còn theo GS. Matsumoto Tsuneo, Trường Đại học Hitotsubashi (Nhật Bản) thì “Đăng ký bất động sản là việc một cơ quan nhà nước tiến hành ghi lưu và nắm giữ thông tin về tình trạng bất động sản, người có quyền đối với bất động sản, nội dung quyền và tình trạng thay đổi”⁶.

Như vậy, chúng ta có thể hiểu, đăng ký bất động sản là việc cơ quan nhà nước tiến hành các thủ tục pháp lý nhằm ghi nhận thông tin về tình trạng bất động sản và quyền của chủ thể đối với bất động sản.

Về bản chất, đăng ký bất động sản là một biện pháp có tác dụng công bố sự tồn tại quyền của chủ thể đối với bất động sản, nhằm tạo điều kiện cho chủ thể thực hiện các quyền ấy trong các quan hệ pháp luật dân sự, kinh doanh, thương mại. Hay nói cách khác, đăng ký bất động sản là việc

4 Xem Nguyễn Ngọc Điện (2012), *Đăng ký bất động sản tại Việt Nam - Các vấn đề lý luận và thực tiễn*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp (11/2012).

5 Đất đai là tài nguyên vô cùng quý giá, là tư liệu sản xuất đặc biệt, là nguồn nội lực và là nguồn vốn to lớn của đất nước. Trong danh sách các loại bất động sản được quy định tại Điều 174 BLDS năm 2005, thì đất đai được xếp ở vị trí đầu tiên.

6 Xem Nguyễn Quang Tuyến (2008), *Đăng ký bất động sản và vai trò của nhà nước trong hoạt động đăng ký bất động sản tại Việt Nam*, Tạp chí Luật học, (8/2008), tr 41.

công khai hóa thông tin về tình trạng pháp lý của bất động sản, phục vụ cho sự vận hành một cách minh bạch của thị trường bất động sản. Về nội dung đăng ký bất động sản là (i) đăng ký về tình trạng pháp lý của bất động sản và (ii) đăng ký về quyền đối với bất động sản. Theo đó, đăng ký bất động sản được thừa nhận rộng rãi là một dạng đăng ký vật quyền (quyền của chủ thể đối với bất động sản), chứ không phải đăng ký với vật là bất động sản⁷. Về mặt hình thức, đăng ký bất động sản là việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền ghi nhận các quyền đối với bất động sản cho tổ chức, cá nhân (chủ thể quyền) vào sổ đăng ký và cấp giấy chứng nhận.

Việc đăng ký bất động sản có một số đặc trưng chủ yếu sau đây⁸:

- Cơ quan tiếp nhận việc đăng ký bất động sản là cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Tùy theo quy định mà một quốc gia có thể có nhiều cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác nhau có chức năng đăng ký tương ứng với từng loại bất động sản. Ở Việt Nam là Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường cấp tỉnh, hoặc Phòng Tài nguyên và Môi trường cấp huyện thực hiện. Đây là công đoạn “đóng gói” hàng hóa bất động sản trước khi đưa hàng hóa giao dịch trên thị trường.

- Các thông tin về tình trạng pháp lý của bất động sản được lưu giữ thông qua hệ thống hồ sơ về bất động sản do cơ quan nhà nước có thẩm quyền quản lý, giúp Nhà nước quản lý hành chính về bất động sản được chặt chẽ và điều tiết thị trường bất động sản có hiệu quả theo hướng minh bạch hóa thông tin.

- Hoạt động đăng ký bất động sản xác lập cơ sở pháp lý về công bố thông tin quyền

của chủ sở hữu hoặc quyền của người sử dụng đối với bất động sản.

3. Thực trạng pháp luật đăng ký bất động sản ở nước ta

Thế chế về đăng ký bất động sản ở nước ta được xây dựng từ rất sớm và ngày càng được hoàn thiện. Hiện nay, hoạt động đăng ký bất động sản được điều chỉnh bởi các đạo luật như Bộ luật Dân sự năm 2005; Luật Đất đai năm 2013; Luật Nhà ở năm 2005 (sửa đổi, bổ sung 2009)... Tuy nhiên, ở Việt Nam chưa có đạo luật chuyên ngành điều chỉnh thống nhất về hoạt động này.

Với những văn bản pháp luật đã ban hành, quản lý nhà nước về đăng ký bất động sản bước đầu đạt được kết quả quan trọng, góp phần làm minh bạch hóa thị trường bất động sản. Thế chế về đăng ký bất động sản đã tạo cơ sở pháp lý nhằm công nhận và bảo hộ quyền sở hữu/quyền sử dụng và các quyền khác đối với bất động sản của tổ chức, cá nhân. Qua đó, Nhà nước quản lý tốt hơn đối với bất động sản nói chung, thị trường bất động sản nói riêng và tổ chức, cá nhân được thuận lợi hơn trong việc thực hiện các quyền về bất động sản.

Mặc dù, chưa có đạo luật chuyên ngành về bất động sản, nhưng Nhà nước đã chú trọng xây dựng các quy định pháp luật về đăng ký bất động sản nhằm khuyến khích các giao dịch về bất động sản được thực hiện an toàn, hợp pháp; bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người có quyền sở hữu/quyền sử dụng, các bên tham gia giao dịch; công khai hóa các thông tin về bất động sản và hạn chế những giao dịch “ngầm” phát triển, gây nên hiện tượng “nóng, lạnh” của thị trường bất động sản làm suy thoái kinh tế. Quy trình đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng và giao dịch bất động sản được xây

7 Nguyễn Quang Hương Trà (2010), Đăng ký bất động sản và vấn đề minh bạch hóa thị trường bất động sản tại Việt Nam. Xem <http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2010/01/14/4295-2/> cập nhật ngày 21/12/2013.

8 Xem thêm Nguyễn Quang Tuyền (2008), Đăng ký bất động sản và vai trò của nhà nước trong hoạt động đăng ký bất động sản tại Việt Nam, *tlđđ*. tr 42.

dựng tương đối đầy đủ tạo cơ sở pháp lý giúp các cơ quan có chức năng tiếp nhận việc đăng ký áp dụng, thực hiện khi tổ chức, cá nhân có yêu cầu đăng ký. Hệ thống thông tin về bất động sản theo ba cấp hành chính (tỉnh, huyện, xã) được xây dựng nhằm theo dõi những biến động về quyền sở hữu/quyền sử dụng và các giao dịch liên quan đến bất động sản⁹.

Thế chế về đăng ký bất động sản ở nước ta hiện nay có thể chia làm hai loại, đó là thể chế về đăng ký tài sản là bất động sản và thể chế về đăng ký giao dịch về bất động sản. Trong đó, Bộ luật Dân sự điều chỉnh các vấn đề về sở hữu, các giao dịch dân sự nói chung và giao dịch về bất động sản nói riêng. Luật Đất đai, Luật Nhà ở... với các quy định chuyên ngành điều chỉnh loại bất động sản và giao dịch về bất động sản tương ứng¹⁰.

Nhằm thúc đẩy thị trường bất động sản ở nước ta phát triển ổn định, lành mạnh, minh bạch, đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế, ngày 19/6/2009 Quốc hội đã ban hành Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của các luật liên quan đến đầu tư xây dựng cơ bản, đã thống nhất cấp một loại “Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất” thay cho các loại giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở, giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, giấy chứng nhận quyền sở hữu công trình xây dựng đã cấp tách biệt đối với quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất trước đây¹¹. Cơ quan quản lý tài nguyên và

môi trường là đơn vị tiếp nhận hồ sơ và thực hiện các thủ tục cần thiết để trình Ủy ban nhân dân cấp giấy chứng nhận theo quy định mới này. Đây là kết quả thống nhất sau nhiều năm tranh cãi của các nhà nghiên cứu pháp lý lẫn cán bộ làm công tác thực tiễn. Sự thay đổi này không chỉ khắc phục được tình trạng tồn tại nhiều loại giấy chứng nhận quyền sở hữu, quyền sử dụng đối với bất động sản đã gây nhiều khó khăn, phiền hà cho tổ chức, cá nhân trong quá trình thực hiện các quyền liên quan đến bất động sản, mà còn góp phần cải cách hành chính, đơn giản hóa thủ tục, cải thiện tính minh bạch về tình trạng pháp lý của bất động sản. Bởi lẽ, việc ghi nhận thống nhất các thông tin về người có quyền sở hữu/quyền sử dụng bất động sản, nội dung quyền và các biến động liên quan đến bất động sản vào một quyền sở (hoặc thiết bị tin học) và đồng thời thể hiện trong một mẫu giấy chứng nhận thống nhất là tiền đề quan trọng trong việc xác lập một lý lịch pháp lý đầy đủ về bất động sản. Tình trạng không đồng bộ, thiếu thống nhất, cát cứ thông tin như trước đó không còn nữa... vì vậy, mức độ minh bạch hóa thông tin liên quan đến tình trạng pháp lý của bất động sản có sự cải thiện đáng kể¹².

Tuy nhiên, một thực tế phải thừa nhận rằng, thế chế đăng ký bất động sản ở nước ta vẫn đang vận hành trong quá trình chuyển đổi tư duy quản lý. Cơ quan tiếp nhận đăng ký bất động sản vẫn còn tập trung chủ yếu vào mục tiêu quản lý hành chính nhà nước trong lĩnh vực này, chưa chú trọng đến yếu

9 Xem Bùi Văn Huyền, Đinh Thị Nga (2011), *Quản lý nhà nước đối với thị trường bất động sản ở Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr 123-124.

10 Đinh Thị Mai Phương (2013), *Các giải pháp để hoàn thiện thể chế thúc đẩy sự phát triển của thị trường bất động sản Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.128.

11 Trước đây đăng ký quyền sử dụng đất do Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường cấp tỉnh, hoặc Phòng Tài nguyên và Môi trường thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường cấp huyện thực hiện; đăng ký quyền nhà và công trình xây dựng trên đất do Sở Xây dựng cấp tỉnh hoặc Phòng Xây dựng (hoặc Phòng Quản lý đô thị - xây dựng) cấp huyện thực hiện; đăng ký quyền sở hữu rừng do cơ quan quản lý nhà nước về lâm nghiệp ở các địa phương có rừng thực hiện.

12 Xem Bùi Văn Huyền, Đinh Thị Nga (2011), *Quản lý nhà nước đối với thị trường bất động sản ở Việt Nam*, tđđ, tr 125-126; Nguyễn Quang Hương Trà (2010), *Đăng ký bất động sản và vấn đề minh bạch hóa thị trường bất động sản tại Việt Nam*, tđđ. Mặc dù vậy, hệ thống đăng ký theo hệ thống phân cấp hành chính như hiện nay vẫn còn manh mún, chưa hoàn hảo.

tổ công khai hóa, minh bạch hóa về tình trạng pháp lý bất động sản để phục vụ thị trường. Trước đây, trong cơ chế kinh tế chưa tuân theo cơ chế thị trường, đăng ký bất động sản được biết đến với tên gọi là đăng ký đất đai. Điều này cho thấy, tư duy pháp lý ban đầu ở nước ta về đăng ký bất động sản là phục vụ cho mục tiêu quản lý hành chính nhà nước. Do vậy, để hướng đến một thị trường bất động sản có tính minh bạch cao thì tư duy pháp lý này cần nhanh chóng thay đổi¹³.

Thế chế về đăng ký bất động sản ở nước ta hiện nay được quy định phân tán, thiếu tính tổng thể, đồng bộ, dẫn đến sự chồng chéo, thiếu thống nhất làm giảm hiệu quả quản lý nhà nước và kéo chỉ số công khai, minh bạch của thị trường bất động sản nước ta xuống vị trí rất thấp so với các nước khác trong khu vực¹⁴. Cho đến thời điểm hiện nay, nước ta chưa có một đạo luật chung về đăng ký bất động sản. Các quy định về đăng ký bất động sản nằm rải rác ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau, như Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Xây dựng. Chức năng đăng ký quyền đối với bất động sản và đăng ký giao dịch bảo đảm có đối tượng là bất động sản được giao cho nhiều cơ quan khác nhau¹⁵.

Việc xây dựng hệ thống thông tin và cung cấp thông tin cho người có nhu cầu liên quan đến bất động sản còn hạn chế. Hệ thống đăng ký bất động sản còn mang tính

thủ công, chưa đẩy mạnh áp dụng công nghệ thông tin, số hóa thông tin bất động sản, thực hiện không thống nhất giữa các địa phương, chất lượng dữ liệu còn kém¹⁶. Trong một số trường hợp cụ thể, cơ quan nhà nước có chức năng đăng ký bất động sản không chịu cung cấp thông tin về tình trạng và lý lịch tư pháp của bất động sản cho người có nhu cầu¹⁷. Ví dụ, khi tổ chức hoặc cá nhân đem giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đi thế chấp tại ngân hàng hay tổ chức tín dụng để vay vốn, khi ấy ngân hàng hay tổ chức tín dụng nhận thế chấp gặp nhiều khó khăn trong việc thẩm tra về tính hợp pháp của tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất, thẩm tra tư cách hợp pháp của người thế chấp đối với tài sản thế chấp, do cơ quan có chức năng đăng ký bất động sản từ chối hoặc gây khó khăn trong việc cung cấp thông tin liên quan đến bất động sản thế chấp cho ngân hàng hay tổ chức tín dụng nhận thế chấp¹⁸.

4. Một số kiến nghị

Trong thời gian qua, Nhà nước ta đã áp dụng nhiều giải pháp để hoàn thiện thể chế đăng ký bất động sản nhằm tạo lập đồng bộ các yếu tố tăng cường tính minh bạch cho thị trường bất động sản, tuy nhiên, kết quả chưa như kỳ vọng. Để thực hiện được mục tiêu này, chúng tôi kiến nghị một số nội dung sau:

Thứ nhất, nên nghiên cứu, ban hành

13 Hồ Quang Huy, Đăng ký bất động sản và vấn đề minh bạch hóa thông tin về tình trạng pháp lý của bất động sản, xem: http://law.hueuni.edu.vn/index.php/vi/tintuc/detail/0/bm_lds/496 cập nhật ngày 23/12/2013.

14 Xem Nguyễn Quang Tuyến (2008), Đăng ký bất động sản và vai trò của nhà nước trong hoạt động đăng ký bất động sản tại Việt Nam, tđđ, tr 43.

15 Bộ Tài nguyên và Môi trường là cơ quan thực hiện quản lý đăng ký đối với bất động sản là đất đai và tài sản gắn liền với đất đai. Tuy nhiên, công tác đăng ký giao dịch bảo đảm theo quy định của Nghị định số 83/2010/NĐ-CP của Chính phủ ngày 23/7/2010 về đăng ký giao dịch bảo đảm lại do Bộ Tư pháp quản lý.

16 Xem Bộ Tài nguyên và Môi trường (2011), Chiến lược phát triển ngành quản lý đất đai Việt Nam giai đoạn 2011 - 2010 và định hướng đến 2030.

17 Tại một cuộc tập huấn do Cục đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm tổ chức, có đại biểu công tác tại Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất cấp tỉnh khẳng định, thông tin về bất động sản (đặc biệt là quyền sử dụng đất) phải được lưu giữ bí mật như thông tin về đời tư của cá nhân, không thể cung cấp cho người khác. Xem Hồ Quang Huy, Đăng ký bất động sản và vấn đề minh bạch hóa thông tin về tình trạng pháp lý của bất động sản, tđđ.

18 Đây là một thực tế thường gặp. Xem Nguyễn Quang Tuyến (2008), Đăng ký bất động sản và vai trò của nhà nước trong hoạt động đăng ký bất động sản tại Việt Nam, tđđ, tr 43.

Luật Đăng ký bất động sản¹⁹. Lý luận, kinh nghiệm quốc tế và thực tiễn Việt Nam đã chỉ ra rằng, về cơ bản, bất động sản cần phải được đăng ký. Chỉ khi nào bất động sản được đăng ký, Việt Nam mới xây dựng được thị trường bất động sản lành mạnh, bền vững, với sự chính thức hóa thị trường, thông tin đầy đủ²⁰. Trong quá trình xây dựng Luật Đăng ký bất động sản, cần phải thay đổi tư duy, không nên chỉ chú trọng vào việc phục vụ công tác quản lý hành chính nhà nước về bất động sản mà còn phục vụ thúc đẩy thị trường bất động sản phát triển theo hướng minh bạch hóa; đồng thời cần phải tiếp tục dựa trên các quan điểm chủ yếu sau:²¹ *một là*, đảm bảo sự quản lý tập trung, thống nhất của Nhà nước đối với bất động sản nói chung và đăng ký bất động sản nói riêng, xác lập cơ sở pháp lý cho sự phát triển thị trường bất động sản; *hai là*, bảo hộ được quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể khi đăng ký bất động sản hoặc tham gia vào thị trường bất động sản.

Thứ hai, cần hiểu rõ bản chất của việc đăng ký bất động sản không phải là sự kiện pháp lý làm phát sinh quyền sở hữu/quyền sử dụng và các quyền liên quan đến giao dịch bất động sản (như thế chấp, góp vốn, thừa kế...) mà là sự kiện thông qua đó cơ quan nhà nước có thẩm quyền ghi nhận tổ chức, cá nhân công khai hóa thông tin về tình trạng pháp lý của bất động sản²² và phục vụ công tác quản lý của Nhà nước về bất động sản được chặt chẽ hơn.

Thứ ba, thiết lập hệ thống thông tin công khai, minh bạch, thống nhất trong toàn quốc, có khả năng tiếp cận dễ dàng cho mọi chủ thể có nhu cầu khi tham gia vào thị trường bất động sản. Đây chính là khẳng định mục tiêu minh bạch hóa thông tin về bất động sản của Nhà nước. Cũng theo đó, việc cung cấp thông tin về bất động sản được coi như là dịch vụ công của cơ quan nhà nước, vì hiệu quả của việc tổ chức đăng ký bất động sản và khả năng đảm bảo sự vận hành an toàn, minh bạch của thị trường bất động sản.

Theo kinh nghiệm của một số nước, việc công khai thông tin hồ sơ đăng ký bất động sản là một trong các lợi ích mà hệ thống đăng ký mang lại, thúc đẩy thị trường bất động sản phát triển. Để có hệ thống đăng ký chứa đựng đầy đủ hồ sơ phản ánh thông tin về hàng hóa bất động sản cần phải thay đổi quy định từ “đăng ký bất động sản là quyền của người dân và là nghĩa vụ của cơ quan công quyền” sang “quy định bắt buộc các bên tham gia giao dịch bất động sản phải đăng ký giao dịch của họ”²³; đơn giản hóa, công khai hóa thủ tục đăng ký, rút ngắn thời gian đăng ký; ứng dụng công nghệ thông tin, số hóa trong quy trình thực hiện đăng ký và lưu trữ thông tin. Ngoài ra, các cơ quan tiếp nhận đăng ký bất động sản ở các địa phương phải được tổ chức thành mạng lưới chặt chẽ, có sự nối kết thông tin, hỗ trợ cho nhau trong quá trình xét duyệt hồ sơ đăng ký ■

19 Dự thảo Luật Đăng ký bất động sản được khởi động xây dựng từ năm 2006, nhưng trong phiên họp ngày 26/9/2009, Ủy ban thường vụ Quốc hội cho rằng trong Chương trình xây dựng pháp luật năm 2009 của Quốc hội chưa cần thiết phải ban hành Luật Đăng ký bất động sản. Từ đó đến nay, đạo luật này chưa được tái khởi động xây dựng.

20 Xem thêm: Đinh Thị Mai Phương (2013), Các giải pháp để hoàn thiện thể chế thúc đẩy sự phát triển của thị trường bất động sản Việt Nam, tldđ, tr. 181.

21 Các quan điểm này từng được TS. Nguyễn Quang Tuyến - Trường Đại học Luật Hà Nội, đề cập khi bàn đến việc xây dựng Luật Đăng ký bất động sản, xem Nguyễn Quang Tuyến (2008), Đăng ký bất động sản và vai trò của nhà nước trong hoạt động đăng ký bất động sản tại Việt Nam, tldđ, tr. 44.

22 Những ai có nhu cầu tìm hiểu thông tin phản ánh về tình trạng pháp lý của bất động sản chỉ cần liên hệ với cơ quan nhà nước quản lý việc đăng ký bất động sản.

23 Một số nước như Trung Quốc, Hoa Kỳ... đã có quy định bắt buộc.

HOÀN THIỆN CHẾ ĐỊNH ĐẠI DIỆN TRONG HỢP ĐỒNG THƯƠNG MẠI

PHAN THỊ HỒNG*

Đại diện là một chế định pháp luật quan trọng đối với các chủ thể khi tham gia giao dịch. Bài viết đề cập đến vấn đề đại diện trong hợp đồng thương mại (HĐTM) theo quy định của Luật Thương mại và Bộ luật Dân sự (BLDS) trên cơ sở đối chiếu với Bộ nguyên tắc về HĐTM quốc tế của Unidroit (Viện Quốc tế về nhất thể hóa luật tư) để làm rõ một số quy định còn hạn chế nhằm góp phần hoàn thiện chế định này.

1. Từ một vụ kiện

Ngày 12/8/2006, Công ty TNHH Phi Diệu và bà Lê Thị Kim Phượng giao kết hợp đồng mua bán 66 bộ máy may công nghiệp, tổng giá trị 222.600.000 đồng. Vào ngày lập hợp đồng mua bán, bà Phượng chưa có giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, chưa phải là giám đốc của Công ty TNHH Sơn Vũ, đến ngày 25/8/2006 bà Phượng mới có giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh của Công ty TNHH may Sơn Vũ mà bà là giám đốc. Nhưng khi mua máy may, bà Phượng đã cung cấp tên của Công ty bà là Cty TNHH Vũ Sơn và cùng với ông Hứa Văn Quyền là nhân viên Công ty Phi Diệu lập hợp đồng mua bán. Tại biên bản giao nhận 66 bộ máy may ngày 12/8/2006 giữa Công ty Phi Diệu với bà Phượng, bà Phượng nhận đủ hàng và đã trả được 50.000.000 đồng, còn

172.600.000 đồng chưa trả thể hiện tại các giấy nợ do bà Phượng ký tên. Ngày 28/10/2006 bà có lập biên bản thoả thuận đến ngày 28/11/2006 sẽ thanh toán dứt điểm cho Công ty Phi Diệu số tiền còn nợ. Song khi làm thủ tục vay ngân hàng để có tiền trả cho Công ty Phi Diệu thì ngân hàng yêu cầu Công ty Sơn Vũ phải bổ sung và điều chỉnh một số nội dung trong hợp đồng ký kết với Công ty Phi Diệu. Bà Phượng yêu cầu Công ty Phi Diệu lập phụ lục hợp đồng, chỉnh lại giá bán thấp hơn giá đã thoả thuận và đề nghị trả dần số tiền còn thiếu trong 3 tháng, tuy nhiên, Công ty Phi Diệu không đồng ý và khởi kiện bà Phượng¹.

Đây là trường hợp hợp đồng do người không có thẩm quyền đại diện (ông Hứa Văn Quyền) xác lập, vậy hợp đồng này có hiệu lực hay không? Giả sử khi phát hiện ra

* Giảng viên Khoa Luật - Đại học Huế

¹ <http://ddd.com.vn/phap-luat/tham-quyen-giao-ket-hop-dong-20100316103928851.htm>

việc ông Quyền không có thẩm quyền đại diện cho Công ty Phi Diệu để ký kết hợp đồng, bà Phượng có quyền hủy hợp đồng hay không? Đây là một trong những hạn chế trong việc quy định vấn đề đại diện trong HĐTM, bên cạnh đó quy định về chấm dứt đại diện, về nghĩa vụ thông báo phạm vi đại diện của người đại diện cho bên thứ ba hay quy định về xung đột lợi ích trong đại diện, thiết nghĩ, cũng cần được nghiên cứu để sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với thông lệ quốc tế cũng như thực tiễn quan hệ hợp đồng tại Việt Nam.

2. Hạn chế

2.1. Hai văn bản luật quy định giống nhau về một vấn đề

Điều 139 BLDS 2005 quy định đại diện là việc một người nhân danh và vì lợi ích của người khác xác lập, thực hiện giao dịch dân sự trong phạm vi đại diện. Luật Thương mại 2005 quy định về đại diện cho thương nhân tại Điều 141 như sau: Đại diện cho thương nhân là việc một thương nhân nhận ủy nhiệm của thương nhân khác để thực hiện các hoạt động thương mại với danh nghĩa, theo sự chỉ dẫn của thương nhân đó và được hưởng thù lao về việc đại diện.

Như vậy, có thể khái quát đặc điểm của đại diện là người đại diện hành động trên danh nghĩa của người được đại diện, vì lợi ích của người được đại diện và hành động đó nằm trong phạm vi đại diện. Chế định đại diện trong HĐTM được điều chỉnh bởi BLDS và Luật Thương mại 2005. Mặc dù, Luật Thương mại có những quy định riêng trong Mục 1 Chương V về đại diện cho thương nhân, nhưng Khoản 2 Điều 141 Luật Thương mại lại chỉ dẫn tới việc áp dụng quy định của BLDS: “trong trường hợp thương nhân cử người của mình để làm đại diện cho mình thì áp dụng quy định của BLDS”. Việc quy định như vậy dẫn đến cách hiểu là BLDS chỉ được áp dụng đối với vấn đề đại diện trong HĐTM khi thương nhân cử người của mình để làm đại diện, còn trường hợp

thương nhân đại diện cho thương nhân thì chỉ áp dụng Luật Thương mại.

Tuy nhiên, những quy định về đại diện cho thương nhân trong Luật Thương mại còn thiếu một số nội dung chưa được điều chỉnh mà chỉ có thể tìm thấy trong BLDS như quy định về người đại diện phải thông báo cho bên thứ ba biết về phạm vi đại diện của mình hay quy định người được đại diện có quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch do người đại diện xác lập, thực hiện... Như vậy, nếu chỉ áp dụng Luật Thương mại thì rõ ràng vấn đề đại diện trong HĐTM rất khó áp dụng. Do đó, việc quy định như Khoản 2 Điều 141 là không cần thiết và mâu thuẫn với nguyên tắc áp dụng luật chung khi luật chuyên ngành không điều chỉnh. Hơn nữa, những quy định về đại diện cho thương nhân trong Luật Thương mại dường như chỉ là sự sao chép lặp lại từ BLDS, chỉ khác là Luật Thương mại quy định đối tượng công việc là “hoạt động thương mại”.

Đại diện cho thương nhân theo Khoản 1 Điều 141 Luật Thương mại là một dạng đại diện theo ủy quyền, mà những quy định về thực hiện công việc theo ủy quyền đã được quy định cụ thể tại Mục 12 Chương XVIII của BLDS (về hợp đồng ủy quyền) và những quy định này không khác gì so với những quy định tại Mục 1 Chương V của Luật Thương mại.

Việc quy định rải rác trong hai văn bản luật về cùng một vấn đề đại diện theo ủy quyền như hiện nay là không cần thiết và gây nhiều khó khăn cho người dân khi tra cứu. Thiết nghĩ, cần nghiên cứu sửa đổi một cách logic và khoa học, theo đó không nhất thiết phải quy định tất cả những gì liên quan đến thương mại trong Luật Thương mại, mặc dù đã được quy định ở luật chung.

Hơn nữa, các quy định trong BLDS, Luật Thương mại và ngay chính trong cùng BLDS về khái niệm đại diện cũng không thống nhất với nhau. Điều 139 BLDS quy định hành vi của người đại diện phải “nhân

đanh và vì lợi ích” của người được đại diện, nhưng Luật Thương mại quy định khái niệm về đại diện cho thương nhân lại chỉ yêu cầu hành vi của người đại diện phải thực hiện trên “đanh nghĩa và theo sự chỉ dẫn” của người được đại diện. Tại Điều 581 quy định về hợp đồng ủy quyền cũng chỉ yêu cầu người đại diện hành động “nhân danh” người được đại diện. Như vậy, Điều 141 Luật Thương mại và Điều 581 BLDS không yêu cầu người đại diện phải hành động “vì lợi ích” của người được đại diện. Vậy nên áp dụng quy định nào là phù hợp khi mà cả ba điều luật này đều quy định về đại diện? Nếu trong hợp đồng mà người đại diện hành động không vì lợi ích của người được đại diện thì rất dễ dẫn đến tình trạng xung đột lợi ích giữa người đại diện và người được đại diện, khi đó người đại diện có thể viện dẫn việc pháp luật không quy định anh ta phải hành động vì lợi ích của người được đại diện để biện hộ cho hành vi của mình. Cụm từ “vì lợi ích” của người được đại diện được đánh giá là một điểm tiến bộ của BLDS 2005 so với BLDS 1995. BLDS 1995 chỉ quy định người đại diện là người “nhân danh” người khác (người được đại diện) còn BLDS 2005 thêm một cụm từ nữa ở phía sau là “vì lợi ích” của người được đại diện. Theo PGS, TS Đỗ Văn Đại, điều này là cần thiết để tránh việc người đại diện lạm dụng vị trí của mình gây thiệt hại cho người được đại diện, bởi lẽ, người đại diện và người được đại diện không phải là một chủ thể, mà là hai chủ thể độc lập, mỗi người có tài sản, lợi ích riêng, vì vậy, rất có thể người đại diện vì lợi ích của mình mà bỏ quên lợi ích của người được đại diện².

2.2. Về hợp đồng thương mại được ký kết bởi người không có thẩm quyền đại diện hoặc vượt quá thẩm quyền đại diện

Việc xác định đúng thẩm quyền của người đại diện khi giao kết HĐTM là một điều hết sức quan trọng và để phòng tránh được rủi ro có thể xảy ra. Điều 145 BLDS 2005 quy định: “Giao dịch dân sự do người không có quyền đại diện xác lập, thực hiện không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với người được đại diện, trừ trường hợp người đại diện hoặc người được đại diện đồng ý” và Điều 146 BLDS 2005 quy định “Giao dịch dân sự do người đại diện xác lập, thực hiện vượt quá phạm vi đại diện không làm phát sinh quyền, nghĩa vụ của người được đại diện đối với phần giao dịch được thực hiện vượt quá phạm vi đại diện, trừ trường hợp người được đại diện đồng ý hoặc biết mà không phản đối”. Suy cho cùng, “đồng ý” và “chấp thuận” là từ đồng nghĩa, đều thể hiện ý chí của người được đại diện đồng thuận với hành động của người đại diện thể hiện ở việc chủ thể đó biết được hợp đồng được người đại diện xác lập, thực hiện trên danh nghĩa của mình mà không phản đối hoặc biết nhưng im lặng và vẫn tiếp nhận hậu quả phát sinh từ hợp đồng hoặc biết nhưng im lặng và có tham gia vào một hoặc một số công đoạn trong thực hiện hợp đồng đó như nhận tiền, ký các văn bản liên quan đến việc thực hiện hợp đồng...

Như vậy, hành vi “biết mà không phản đối” được quy định tại Khoản 1 Điều 146 BLDS thực ra là một dạng của sự “đồng ý” hay nói cách khác là “chấp thuận”. Trong vụ án giữa Công ty Phi Diệu và Công ty Sơn Vũ nói trên, mặc dù do người không có thẩm quyền đại diện là ông Quyền ký kết, nhưng theo lời khai của các đương sự, sau khi giao máy, nhận tiền ông Quyền đã báo lại với ông Cang nhập tiền vào quỹ của Công ty Phi Diệu và trình việc xuất kho 66 bộ máy may công nghiệp đã bán cho bà

2 Đỗ Văn Đại, Luật hợp đồng Việt Nam-Bản án và bình luận bản án, tr 223. Nxb Chính trị Quốc gia - 2011.

Phượng. Điều đó cũng có nghĩa ông Quyền đã thông báo về giao dịch này với người đại diện theo pháp luật của Công ty Phi Diệu. Lúc này, người đại diện hợp pháp của Công ty là ông Cang đã biết về việc xác lập hợp đồng không đúng thẩm quyền đại diện của ông Quyền nhưng ông Cang không có ý kiến phản đối, đồng thời còn thực hiện hành vi nhập tiền vào quỹ của Công ty, có nghĩa là ông Cang đã đồng ý đối với hợp đồng do nhân viên của mình xác lập, do đó hợp đồng này hoàn toàn có hiệu lực ràng buộc đối với các bên, Công ty Sơn Vũ có thể viện dẫn quy định về thẩm quyền đại diện để hủy hợp đồng nói trên.

BLDS 2005 quy định hành vi của người được đại diện trong hai trường hợp không có thẩm quyền đại diện và vượt quá thẩm quyền đại diện là khác nhau. Ở giao dịch do người không có thẩm quyền đại diện xác lập thì chỉ cần hành vi “đồng ý” của người được đại diện là có thể ràng buộc người được đại diện vào giao dịch đã xác lập, nhưng đối với giao dịch do người đại diện xác lập vượt quá thẩm quyền đại diện thì lại thêm cụm từ “biết mà không phản đối”. Việc quy định như trên không những không có ý nghĩa phân biệt giao dịch do người không có thẩm quyền đại diện xác lập đối với giao dịch do người đại diện xác lập vượt quá thẩm quyền mà còn gây rườm rà khó hiểu cho người tra cứu. So sánh với Bộ nguyên tắc của Unidroit về HĐTM quốc tế ta thấy, người ta không phân biệt thành hai trường hợp cá biệt, suy cho cùng đó đều là hành động ngoài phạm vi ủy quyền của người được đại diện: “Một người hành động với tư cách là người đại diện, nhưng không có ủy quyền hoặc ngoài phạm vi ủy quyền không ràng buộc người đại diện cũng như người thứ ba”³; “người

đại diện hành động không có ủy quyền hoặc ngoài phạm vi được ủy quyền, khi không có sự chấp thuận của người được đại diện, phải bồi thường cho bên thứ ba...”⁴. Việc quy định như vậy vừa đảm bảo tính súc tích, cô đọng nhưng vẫn truyền tải được hết ý đồ của nhà làm luật và đảm bảo các quy định của luật mang tính đơn nghĩa.

Mặt khác, BLDS quy định bên thứ ba trong hợp đồng có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hoặc hủy bỏ giao dịch dân sự/phần vượt quá phạm vi đại diện đã xác lập và yêu cầu bồi thường thiệt hại, trừ trường hợp người đó biết hoặc phải biết về việc không có quyền đại diện mà vẫn giao dịch⁵. Quy định này có vẻ hợp lý và bảo vệ được quyền lợi của bên thứ ba, tuy nhiên, nếu xem xét kỹ thì quyền này phải chăng chỉ là “quyền tuyên ngôn”, không có khả năng thực thi? Luật quy định bên thứ ba có quyền yêu cầu bồi thường, nhưng bồi thường những khoản gì và yêu cầu ai bồi thường, người đại diện hay người được đại diện? Bên cạnh đó, quy định như hiện nay sẽ dẫn đến cách hiểu: bên thứ ba trong hợp đồng chỉ được phép yêu cầu bồi thường sau khi đã đơn phương chấm dứt hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng. Vậy trong trường hợp bên thứ ba vẫn muốn tiếp tục thực hiện hợp đồng với người đã xác lập hợp đồng thì có được quyền yêu cầu người này bồi thường hay không?

Hơn nữa, quy định như khoản 2 Điều 145 và Điều 146 của BLDS là chỉ giới hạn cho bên thứ ba có hai quyền là đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng đã ký kết. Vậy trường hợp họ muốn yêu cầu Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu được không?

Thực tế có thể có trường hợp bên thứ ba đã gửi thông báo về việc đơn phương chấm

3 Điều 2.2.5 Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế.

4 Điều 2.2.6, *tlđđ*.

5 Khoản 2 Điều 145; Khoản 2 Điều 146 BLDS 2005.

dứt thực hiện hợp đồng hoặc thông báo về việc hủy bỏ hợp đồng cho bên kia và yêu cầu bồi thường, nhưng bên kia vẫn cố tình không chịu trả lại tài sản đã nhận và bồi thường, do đó bên thứ ba lại phải tìm đến Tòa án nhờ giải quyết. Rõ ràng trong trường hợp này bên thứ ba hoàn toàn có quyền viện dẫn quy định về giao dịch vô hiệu do bị lừa dối để yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Chính vì vậy, quy định như Điều 145 và Điều 146 hiện nay đã làm cho các điều khoản trong BLDS không thống nhất với nhau.

2.3. Quy phạm mệnh lệnh về phạm vi đại diện

Điều 144 BLDS tại các khoản 4, 5 lần lượt quy định: “người đại diện phải thông báo cho người thứ ba trong giao dịch dân sự biết về phạm vi đại diện của mình”; “người đại diện không được xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự với chính mình hoặc với người thứ ba mà mình cũng là người đại diện của người đó, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”. Điều 583 BLDS cũng quy định: “Bên được ủy quyền chỉ được ủy quyền lại cho người thứ ba, nếu được bên ủy quyền đồng ý hoặc pháp luật có quy định”.

Thứ nhất, BLDS 2005 chỉ quy định việc người đại diện phải thông báo cho bên thứ ba biết về phạm vi đại diện của mình mà chưa dự liệu trường hợp người đại diện hành động mà không thông báo với bên thứ ba biết là mình đang hành động với tư cách đại diện thì sẽ giải quyết như thế nào. Chẳng hạn, CTCP dệt may Thừa Thiên Huế ủy quyền cho CTCP may Thiên An Phát ký hợp đồng mua 15 chiếc ô tô 24 chỗ với Công ty ô tô Trường Hải để đưa đón công nhân đi làm. Đại diện Công ty Thiên An Phát đến đàm phán và ký kết hợp đồng với Công ty Trường Hải mà không thông báo cho Công ty Trường Hải biết mình đang ký kết hợp đồng theo sự ủy quyền của CTCP dệt may. Vậy khi xảy ra tranh chấp, Công ty Trường Hải khởi kiện yêu cầu Tòa án buộc Công ty Thiên An Phát thực hiện hợp đồng được không?

Thứ hai, về quy định “người đại diện không được xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự với chính mình hoặc với người thứ ba mà mình cũng là người đại diện của người đó, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”. Ví dụ, Công ty Huyndai Huế ủy quyền cho Công ty A bán hai chiếc xe ô tô Huyndai 4 chỗ với giá tự thỏa thuận nhưng không được thấp hơn 500 triệu đồng/chiếc. Công ty A đã bán hai chiếc xe nói trên cho Công ty tư vấn và thiết kế xây dựng B là công ty mà Công ty A đã nhận ủy quyền mua 2 chiếc ô tô Huyndai để trang bị cho 2 phó giám đốc với giá 600 triệu đồng/chiếc. Trường hợp này được gọi là xung đột lợi ích giữa người đại diện và người được đại diện? Hợp đồng trên đây có bị vô hiệu không? Nếu vô hiệu thì áp dụng điều khoản nào trong khi cả Luật Thương mại và BLDS chưa có quy định? Như vậy, trường hợp này không thể viện dẫn quy định “vi phạm điều cấm của pháp luật” bởi vì mặc dù luật cấm: “người đại diện không được xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự với chính mình hoặc với người thứ ba mà mình cũng là người đại diện của người đó, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”, tuy nhiên điều cấm được viện dẫn để tuyên bố hợp đồng vô hiệu phải là điều cấm đối với nội dung và mục đích của hợp đồng. Ở đây, cả nội dung và mục đích của hợp đồng đều tuân thủ quy định của pháp luật, chỉ có vi phạm điều cấm của pháp luật về phạm vi đại diện, do đó, hợp đồng không thể bị vô hiệu. Vậy hợp đồng vẫn có hiệu lực thì các bên vẫn phải chịu sự ràng buộc của hợp đồng, tuy nhiên, giả sử Công ty A thực tế chỉ báo với Công ty Huyndai giá bán hai chiếc xe nói trên là 550 triệu đồng/chiếc và yêu cầu Công ty B ghi trong hợp đồng là giá 550 triệu đồng/chiếc với lý do trốn thuế, như vậy cả Huyndai và Công ty B đều bị thiệt hại.

Về vấn đề này, dường như nhà làm luật đã dự liệu trước sẽ có tình huống xung đột lợi ích trên thực tế xảy ra, nhưng hướng giải quyết của họ là một khi đã có xung đột xảy

ra và gây thiệt hại cho một bên thì tốt nhất là cấm luôn. Tuy nhiên, luật cấm nhưng lại không quy định việc giải quyết hậu quả nếu tình huống đó xảy ra trên thực tế, do đó nếu có xung đột lợi ích giữa người đại diện và người được đại diện xảy ra trong hợp đồng thì lại chưa có quy định giải quyết, điều này sẽ dẫn đến tình trạng áp dụng tùy tiện pháp luật gây thiệt thòi cho bên ngay tình.

Thứ ba, về vấn đề thay người đại diện (ủy quyền lại), chế định đại diện cho thương nhân trong Luật Thương mại hiện nay không quy định nội dung này, còn BLDS tại Điều 583 quy định theo hướng cấm bên được ủy quyền ủy quyền lại nếu không được bên ủy quyền đồng ý. Điều này nhằm phòng tránh rủi ro cho bên ủy quyền, tuy nhiên, quy định này có thực sự bảo vệ cho bên ủy quyền hay là mang lại rủi ro cho bên ủy quyền? Có thể xem xét vụ án sau: Tháng 6/2008, Giám đốc Công ty N chuyên về xây dựng - dịch vụ - thương mại có trụ sở tại TP. Hồ Chí Minh, đã ủy quyền bằng văn bản cho Phó giám đốc đi ký hợp đồng cung cấp cửa nhôm kính trị giá 500 triệu đồng cho một công ty ở Bình Dương. Đúng ngày ký hợp đồng, vị Phó giám đốc lại có công việc đột xuất nên gấp rút làm văn bản ủy quyền lại cho một Trưởng phòng nghiệp vụ của công ty thay mình đi ký hợp đồng kinh tế này.

Trước khi ký hợp đồng, Giám đốc công ty ở Bình Dương yêu cầu người Trưởng phòng phải có giấy ủy quyền của Giám đốc Công ty N. Vị Trưởng phòng trình luôn cả hai tờ ủy quyền trên và được phía công ty ở Bình Dương chấp nhận. Quá thời hạn trong hợp đồng mà vẫn không thấy công ty ở Bình Dương thanh toán tiền, Công ty N. nhiều lần yêu cầu trả nợ. Một thời gian sau, công ty ở Bình Dương trả lời bằng văn bản là chỉ có khả năng trả chậm trong vòng một năm nữa. Công ty N khởi kiện yêu cầu công ty đối tác trả tiền theo đúng hợp đồng.

Năm 2009, vụ án được đưa ra xử sơ thẩm, tòa tuyên không chấp nhận yêu cầu khởi kiện của Công ty N. vì hợp đồng ký giữa hai bên là vô hiệu. Theo tòa, Điều 583 BLDS quy định khi ủy quyền cho người thứ ba thì bắt buộc phải có sự đồng ý bằng văn bản của người thứ nhất là đại diện cho pháp nhân. Ở đây, trong giấy ủy quyền lại của Phó giám đốc Công ty N cho người Trưởng phòng không có ý kiến và sự đồng ý của Giám đốc công ty. Người Trưởng phòng không phải là người có thẩm quyền ký hợp đồng, dẫn đến việc hợp đồng giữa hai bên không có giá trị pháp lý. Không đồng tình, phía Công ty N kháng cáo. Tuy nhiên, sau đó Tòa phúc thẩm cũng tuyên y án như cấp sơ thẩm⁶.

Xung quanh vụ án này có một số ý kiến cho rằng, luật nên cho phép bên được ủy quyền có quyền ủy quyền lại, một số ý kiến khác không đồng tình vì cho rằng như thế sẽ mang lại nhiều rủi ro cho doanh nghiệp, và chỉ còn một cách khắc phục duy nhất là doanh nghiệp cần phải nắm kỹ luật trước khi hành động.

2.4. Bất cập trong quy định về chấm dứt đại diện

Khoản 1 Điều 148 BLDS quy định: “Đại diện theo pháp luật của pháp nhân chấm dứt khi pháp nhân chấm dứt”. Quy định này được hiểu là chỉ khi pháp nhân chấm dứt thì mới chấm dứt tư cách đại diện của một người đối với pháp nhân đó. Có nghĩa là khi người đại diện theo pháp luật của pháp nhân chết, mất năng lực hành vi dân sự hay bị hạn chế năng lực hành vi dân sự thì vẫn được xem là người đại diện theo pháp luật của pháp nhân đó, bởi vì lúc này pháp nhân vẫn chưa chấm dứt hoạt động. Quy định này mâu thuẫn với khoản 2 Điều 13 Luật Doanh nghiệp 2005: người mất năng lực hành vi dân sự, bị hạn chế năng lực hành vi dân sự không được quyền quản lý

6 <http://phapluattp.vn/20101216110029362p0c1063/uy-quyen-lai-phai-duoc-chu-doanh-nghiep-dong-y.htm>

doanh nghiệp. Nghĩa là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp không thể là người mất năng lực hành vi dân sự hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự. Tuy nhiên, về vấn đề đại diện, cả BLDS và Luật Thương mại, Luật Doanh nghiệp đều không quy định thẩm quyền đại diện của cá nhân đối với doanh nghiệp chấm dứt khi nào, do đó, chẳng hạn trong trường hợp HĐTM do người đại diện theo pháp luật bị hạn chế năng lực hành vi dân sự xác lập, thực hiện có ràng buộc doanh nghiệp với bên thứ ba trong hợp đồng hay không?

Bên cạnh đó, Luật Doanh nghiệp 2005 tại khoản 2 Điều 48 quy định về điều kiện để làm người đại diện theo ủy quyền, theo đó, người đại diện theo ủy quyền phải có đủ năng lực hành vi dân sự và không thuộc vào một trong các trường hợp cấm thành lập và quản lý doanh nghiệp. Có nghĩa là người mất năng lực hành vi dân sự và người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự không được làm người ủy quyền. Tuy nhiên, xét về quan hệ đại diện thì hành vi của người đại diện chính là ý chí của người được đại diện được thực hiện thông qua người này. Vậy người được ủy quyền có nhất thiết phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ hay không? Thực tế có nhiều hợp đồng được xác lập giữa người được ủy quyền không có đầy đủ năng lực hành vi dân sự với bên thứ ba nhưng vẫn được cộng đồng chấp nhận. Chẳng hạn, A sai con của mình là B 12 tuổi sang nhà C mua 20 lít rượu. Hợp đồng vẫn được xác lập và thực hiện mà không ai yêu cầu hủy với lý do người được ủy quyền không có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Những giao dịch tương tự như thế này trên thực tế không hiếm xảy ra và không có lý do gì để tuyên vô hiệu chúng cả. Do đó, nếu không phải là những trường hợp đặc biệt, như giám hộ, thì không nhất thiết người đại diện cần có năng lực hành vi dân sự đầy đủ⁷.

Việc quy định đại diện theo ủy quyền chấm dứt khi người được ủy quyền bị hạn chế năng lực hành vi dân sự tại Điều 148 khoản 2 BLDS và hợp đồng ủy quyền chấm dứt khi người được ủy quyền bị hạn chế năng lực hành vi dân sự tại khoản 4 Điều 589 là không cần thiết, vì thực tế có thể xảy ra trường hợp người được ủy quyền là người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự ký hợp đồng với bên thứ ba, nếu doanh nghiệp cảm thấy có lợi thì chấp nhận mà không có lợi thì yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu gây thiệt thòi cho bên thứ ba.

3. Kiến nghị giải pháp hoàn thiện chế định đại diện

Yêu cầu quan trọng nhất của một văn bản quy phạm pháp luật khi được ban hành ra là phải rõ ràng, đơn nghĩa, dễ hiểu, thống nhất và đảm bảo tính khả thi. Từ những phân tích về các mặt hạn chế của vấn đề đại diện trong HĐTM trên đây, chúng tôi đề xuất một số giải pháp góp phần hoàn thiện chế định đại diện nhằm bảo đảm công bằng và yên tâm cho các chủ thể khi giao kết hợp đồng thông qua đại diện.

Thứ nhất, nên bỏ các quy định về đại diện cho thương nhân trong Luật Thương mại và thống nhất quy định tập trung chế định đại diện trong một văn bản duy nhất là BLDS, vì tóm lại, hợp đồng dân sự hay HĐTM cũng đều có chung bản chất của hợp đồng và chúng đều là một dạng của giao dịch dân sự (theo nghĩa rộng). Việc quy định thống nhất như vậy vừa bảo đảm tính khoa học, vừa không gây nên sự chòng chéo, mâu thuẫn giữa các văn bản, đồng thời, tạo điều kiện thuận lợi cho người dân khi tra cứu và nắm bắt nội dung của các điều luật.

Thứ hai, về quy định đại diện vượt quá phạm vi thẩm quyền hoặc không có thẩm quyền đại diện, chúng tôi thấy không cần thiết tách thành hai điều luật như hiện nay mà chỉ cần quy định chung trong một điều

7 Xem Đỗ Văn Đại, Luật hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án, trang 225, Nxb Chính trị Quốc gia - 2011.

là có thể bao quát được hết vấn đề, vừa đảm bảo điều luật gọn gàng, vừa khoa học và không gây nhiều cách hiểu khác nhau. Mặt khác, nên bỏ cụm từ “hoặc biết mà không phản đối” tại khoản 1 Điều 146 BLDS, vì như đã phân tích ở mục 2.2, “biết mà không phản đối” cũng là một dạng của “đồng ý”.

Đối với trường hợp quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại của bên thứ ba theo quy định tại Khoản 2 Điều 145 và Điều 146 BLDS ta thấy, theo tinh thần của Bộ nguyên tắc Unidroit về HĐTM quốc tế, bên thứ ba có quyền yêu cầu người đại diện hành động không có ủy quyền hoặc ngoài phạm vi được ủy quyền bồi thường cho mình những thiệt hại mà họ được hưởng trong trường hợp người đại diện hành động theo ủy quyền hay không hành động vượt quá phạm vi ủy quyền⁸. Như vậy, quy định này chỉ rõ những khoản thiệt hại và chủ thể mà bên thứ ba có thể yêu cầu bồi thường. Quy định này có tính khả thi và bảo vệ được quyền lợi hợp pháp của bên thứ ba trong hợp đồng, vì vậy, nên sửa đổi Điều 145 và Điều 146 khoản 2 theo hướng này.

Mặt khác, quy định về quyền lựa chọn của bên thứ ba có tiếp tục thực hiện hợp đồng đã xác lập với người đại diện (không có thẩm quyền đại diện hoặc vượt quá thẩm quyền đại diện) hay không cần được sửa đổi theo hướng không nêu ra các phương án cho đương sự lựa chọn, bởi vì việc lựa chọn phương án nào phù hợp nhất, có lợi nhất là quyền của họ, và các phương án này đã được quy định cụ thể ở những điều luật riêng như quy định về đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng hay yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Nếu luật quy định như hiện nay sẽ làm hạn chế quyền tự định đoạt của đương sự.

Chính vì vậy, Điều 145 và Điều 146 nên nhập lại thành một Điều, và khoản 2 nên sửa đổi như sau: “Người đã giao dịch với người

không có quyền đại diện hoặc vượt quá thẩm quyền đại diện có quyền chấp nhận hoặc từ chối sự ràng buộc vào giao dịch đã xác lập và yêu cầu người đại diện bồi thường những thiệt hại mà lẽ ra người đó được hưởng trong trường hợp người đại diện hành động theo ủy quyền hoặc không hành động vượt quá phạm vi được ủy quyền”.

Trong trường hợp người thứ ba từ chối ràng buộc vào giao dịch đã xác lập với người đại diện thì họ có quyền lựa chọn một trong các hình thức như yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu, đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng. Đồng thời, BLDS cũng nên sửa đổi các điều luật liên quan theo hướng coi đây là một trong những căn cứ để tuyên bố hợp đồng vô hiệu, để một bên có quyền đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng.

Thứ ba, trường hợp người đại diện theo ủy quyền không thông báo phạm vi đại diện cho bên thứ ba, mặc dù đây là quy phạm mệnh lệnh, yêu cầu chủ thể có nghĩa vụ phải thông báo cho bên thứ ba biết về phạm vi đại diện của mình, tuy nhiên, trên thực tế không phải lúc nào chủ thể cũng hành động theo yêu cầu của luật. Chính vì thế, luật phải dự liệu được những tình huống chủ thể hành động không tuân thủ quy định của luật thì hậu quả pháp lý sẽ như thế nào. Trong trường hợp này không thể tuyên bố hợp đồng vô hiệu, bởi vì nó không vi phạm các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng, cũng không thể hủy bỏ hợp đồng hoặc đơn phương chấm dứt việc thực hiện hợp đồng, bởi các bên không có thỏa thuận và pháp luật cũng không quy định.

Vì vậy, Khoản 4 Điều 144 BLDS cần phải được sửa đổi như sau: “người đại diện phải thông báo cho người thứ ba trong giao dịch dân sự biết về phạm vi đại diện của mình. Trong trường hợp người đại diện hành

8 Xem Điều 2.2.6 Bộ nguyên tắc của Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế.

động mà không thông báo về phạm vi đại diện thì giao dịch chỉ có hiệu lực đối với người đại diện”.

Thứ tư, trường hợp có xung đột lợi ích giữa người đại diện và người được đại diện trong hợp đồng như mục 2.3 đã phân tích, việc BLDS quy định cấm chủ thể thực hiện giao dịch dẫn đến xung đột lợi ích giữa chính người đó với người được đại diện là không có tính khả thi, vì vậy, việc quy định cần đảm bảo hài hòa lợi ích giữa các bên theo hướng các bên có quyền lựa chọn cách ứng xử của mình. Vì vậy, khoản 5 Điều 144 cần được sửa đổi như sau: “khi người đại diện xác lập, thực hiện giao dịch dân sự với chính mình hoặc với người thứ ba mà mình cũng là đại diện, thì người được đại diện có quyền từ chối sự ràng buộc với giao dịch do người đại diện đã xác lập, thực hiện trừ trường hợp các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định khác”.

Thứ năm, vấn đề thay người đại diện (ủy quyền lại) cũng còn nhiều vướng mắc và cần được sửa đổi. Thực tế đã xảy ra những vụ việc đáng tiếc liên quan đến ủy quyền lại, mà vụ án giữa Công ty N và công ty ở Bình Dương như đã nêu ở mục 2.3 là một ví dụ. Vấn đề ở đây là quy định của BLDS về việc cấm người được ủy quyền ủy quyền lại khi chưa có sự đồng ý của người ủy quyền nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp, tránh tình trạng người được ủy quyền lạm dụng phạm vi quyền hạn của mình mà ủy quyền lại vô nguyên tắc, gây thiệt hại cho người ủy quyền. Tuy nhiên, thực tế cho thấy quy định như vậy có thể mang lại rủi ro cho người ủy quyền hơn là bảo vệ họ.

Theo đó, Điều 583 BLDS nên sửa đổi như sau: “bên được ủy quyền có thể ủy quyền lại cho người thứ ba, trừ trường hợp bên ủy quyền chỉ định rõ bên được ủy quyền phải tự mình thực hiện công việc theo ủy quyền”.

Thứ sáu, về vấn đề chấm dứt đại diện, BLDS cần sửa đổi quy định chấm dứt đại

diện đối với pháp nhân như sau: “đại diện theo pháp luật của pháp nhân chấm dứt khi pháp nhân chấm dứt hoặc người đại diện theo pháp luật của pháp nhân chết, bị Tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự”.

Quy định như vậy sẽ giải quyết được trường hợp khi pháp nhân chưa chấm dứt mà người đại diện chết, bị Tòa án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự mà chưa có người đại diện khác thay thế thì người đó cũng chấm dứt tư cách đại diện với pháp nhân.

Cuối cùng, trường hợp đại diện theo ủy quyền bị hạn chế năng lực hành vi dân sự ký kết hợp đồng với bên thứ ba có làm phát sinh quyền và nghĩa vụ đối với người được đại diện hay không? Giả sử người được đại diện biết người đại diện bị Tòa án tuyên bố hạn chế năng lực hành vi dân sự nhưng vẫn ủy quyền cho người này xác lập, thực hiện hợp đồng, thì rõ ràng hợp đồng này vẫn có hiệu lực ràng buộc với người được đại diện. Bởi vì, hợp đồng này được giao kết trên cơ sở ý chí của người được đại diện chứ không phải của người đại diện. Người đại diện chỉ truyền đạt lại ý chí của người được đại diện và làm theo chỉ dẫn của người này chứ không phải là ý chí của chính họ, cho nên không có lý do gì không công nhận hợp đồng giữa người đại diện với bên thứ ba. Bởi vậy, quy định phạm vi đại diện theo ủy quyền chấm dứt khi người được ủy quyền bị Tòa án tuyên bố hạn chế năng lực hành vi dân sự là không cần thiết, nên hủy bỏ quy định này. Việc hủy bỏ quy định này cũng không ảnh hưởng gì đến hiệu lực của hợp đồng ủy quyền quy định tại Điều 122 BLDS, bởi vì pháp luật chỉ quy định về điều kiện chủ thể khi giao kết hợp đồng là “có năng lực hành vi dân sự” chứ không yêu cầu phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ. Do đó, một người bình thường và một người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự có thể xác lập hợp đồng ủy quyền mà không làm cho hợp đồng này vô hiệu bởi yếu tố chủ thể ■

NGUYÊN TẮC NGOÀI LÃNH THỔ TRONG PHÁP LUẬT CẠNH TRANH HOA KỲ VÀ VIỆC XEM XÉT LẠI ĐỐI TƯỢNG ĐIỀU CHỈNH CỦA PHÁP LUẬT CẠNH TRANH VIỆT NAM

DƯƠNG VĂN HỌC*

Xuất hiện trong thời kỳ mà hoạt động trao đổi, giao dịch giữa các quốc gia diễn ra còn hạn chế, nguyên tắc lãnh thổ dễ dàng được chấp nhận bởi cộng đồng quốc tế cho phép quốc gia thực hiện thẩm quyền tối thượng bên trong lãnh thổ của mình. Tuy nhiên, khi hoạt động trao đổi, giao dịch xuyên biên giới diễn ra phổ biến, sự "nở rộ" của thương mại toàn cầu khiến cho nguyên tắc lãnh thổ bộc lộ những hạn chế của mình. Vấn đề được đặt ra ở đây là, liệu thẩm quyền quốc gia có thể mở rộng đến các vụ việc mà hậu quả của nó có ảnh hưởng đến quốc gia mình? Và liệu việc mở rộng thẩm quyền như thế có dễ dàng được chấp nhận bởi các quốc gia khác? Nguyên tắc ngoài lãnh thổ (Extraterritorial Principle), hay học thuyết ảnh hưởng (Effects Doctrine), xuất hiện nhằm cố gắng giải quyết các vấn đề, kèm theo đó là những tranh cãi giữa các quốc gia trước khi nó được thừa nhận rộng rãi. Trên phương diện pháp luật cạnh tranh, bài viết phân tích nguyên tắc ngoài lãnh thổ trong pháp luật Hoa Kỳ và đề xuất xem xét lại đối tượng điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh Việt Nam.

1. Nguyên tắc ngoài lãnh thổ trong pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ

Xuất phát điểm của nguyên tắc ngoài lãnh thổ trong pháp luật cạnh tranh được ghi nhận tại vụ kiện *United States v. Aluminum Co. of America* (1945), Tòa án Hoa Kỳ lần đầu tiên áp dụng Đạo luật *Sherman* ngoài phạm vi lãnh thổ quốc gia¹. Tuy nhiên, trước khi được chấp nhận rộng rãi bởi cộng đồng quốc tế, trong tiến trình lịch sử của mình, nguyên tắc ngoài lãnh thổ đối mặt với sự

phản kháng gay gắt của các quốc gia, điển hình là Anh Quốc². Hiện tại, thực tiễn thừa nhận và áp dụng nguyên tắc ngoài lãnh thổ là khác nhau giữa các quốc gia³. Các nước đang phát triển có cách tiếp cận nguyên tắc kém chủ động hơn các nước phát triển, trong khi đó, Hoa Kỳ và EU luôn khẳng định nguyên tắc ngoài lãnh thổ bởi vai trò lịch sử của mình. Ngoài ra, nguyên tắc ngoài lãnh thổ còn được tìm thấy trong các Hiệp định hợp tác cạnh tranh được ký kết giữa các

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

1 Kurt A. Didier, *The Expanding Extraterritorial Jurisdiction of the Sherman Antitrust Act: Intent and Effects in the Balance*, 6 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 463 (1983), p. 469.

2 Xem: Donald J. Curotto, *Extraterritorial Application of the Antitrust Laws and Retaliatory Legislation by Foreign Countries*, 11 *Golden Gate U. L. Rev.* (1981), pp. 593-606.

3 Xem: *International Bar Association, Annex Tables Identifying Bases For Jurisdiction, Website:*

quốc gia theo dạng Hiệp định nhằm mở rộng thẩm quyền. Khi đó, quốc gia là thành viên của Hiệp định có quyền mở rộng thẩm quyền đối với việc thực thi pháp luật cạnh tranh của mình đến lãnh thổ quốc gia khác.

Đạo luật cạnh tranh đầu tiên của Hoa Kỳ, *Sherman Act (1890)*, quy định rằng mọi hành vi giao kết, thỏa thuận hay cấu kết nào ảnh hưởng đến thương mại giữa các tiểu bang hay với nước ngoài đều là bất hợp pháp⁴. Ngay cả các Đạo luật liên quan đến cạnh tranh sau này, *Clayton Act (1914)*⁵ và *Federal Trade Commission Act (1914)*⁶, đều thừa nhận vấn đề liên quan đến thương mại với nước ngoài khi xem xét đến hành vi hạn chế cạnh tranh. Vậy, câu hỏi được đặt ra ở đây là: (i) cụm từ “mọi hành vi giao kết, thỏa thuận hay cấu kết nào” là diễn ra trong hay ngoài lãnh thổ Hoa Kỳ? (ii) thế nào là ảnh hưởng đến thương mại? (iii) và, ảnh hưởng đến thương mại “...với nước ngoài” ở đây được hiểu như thế nào: ảnh hưởng trực tiếp hay gián tiếp? trong hoạt động nhập khẩu, xuất khẩu hoặc cả hai?

Như vậy, phạm vi áp dụng tương đối “rộng rãi” trong pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ, được hậu thuẫn bởi câu chữ khá mập mờ trong điều luật, được xem là một trong những căn cứ pháp lý cho sự tồn tại của nguyên tắc ngoài lãnh thổ. Chúng ta sẽ xem xét sự tồn tại của nguyên tắc ngoài lãnh thổ trong pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ qua các vụ việc điển hình, là đặc trưng của hệ thống pháp luật Common Law.

American Banana Co. v. United Fruit Co. (1909): khẳng định nguyên tắc lãnh thổ

Vụ việc xảy ra giữa hai công ty của Mỹ, *American Banana* và *United Fruit*, cùng hoạt động kinh doanh tại Panama, đang đặt dưới sự cai quản bởi Costa Rica. Bị đơn, *United Fruit*, được sự bảo trợ của chính quyền Costa Rica nắm giữ vị trí độc quyền trước khi *American Banana* tham gia kinh doanh ở đây. *American Banana* kiện lên Tòa án tối cao Hoa Kỳ đòi bồi thường thiệt hại gấp ba lần theo điều 7 Đạo luật *Sherman*, bởi vì, hoạt động tịch thu của chính quyền Costa Rica, theo yêu cầu của *United Fruit*, đã làm phá hủy đồn điền trồng chuối của họ. Sự yêu cầu hay kích động từ phía *United Fruit* bị *American Banana* tố cáo là mưu đồ nhằm duy trì vị trí độc quyền, và nó ảnh hưởng đến nhập khẩu chuối từ Trung Mỹ đến Hoa Kỳ⁷.

Tòa án đã từ chối giải quyết vụ kiện vì vụ việc xảy ra ngoài lãnh thổ Hoa Kỳ, và cho rằng, hành vi lạm dụng vị trí độc quyền của *United Fruit* nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của Đạo luật *Sherman*⁸. Thẩm phán *Holmes*, khi giải quyết vụ án, đã chỉ rõ: “...tồn tại nguyên tắc pháp luật được chấp nhận phổ biến rằng để xem xét một hành vi là hợp pháp hay không phải dựa vào pháp luật nơi hành vi đó xảy ra hay thực hiện... Thẩm quyền của quốc gia khác nếu được, chỉ có thể áp dụng trên ý tưởng của chủ thể thực hiện hành vi hơn là áp dụng thẩm quyền đó dựa trên nơi hành vi được thực hiện, tuy nhiên, điều này mâu thuẫn với chủ quyền quốc gia và lễ nhượng quốc tế đã được cả cộng đồng thừa nhận...”⁹.

Như vậy, qua vụ *American Banana Co.*

4 Điều 1, Đạo luật *Sherman (1890)*.

5 Điều 12, *Clayton Act (1914)*.

6 Điều 44, *Federal Trade Commission Act (1914)*.

7 John H. Shenefield, *Thoughts on Extraterritorial Application of the United States Antitrust Laws*, 52 *Fordham L. Rev.* 350 (1983), p. 360.

8 Leon B. Greenfield and David Olsky, *From Bananas to Vitamins: The Evolving of Doctrine of Extraterritorial Application of US Antitrust Law*, *The Licensing Journal*, March 2006, p. 7.

9 Ryan Paul Knott, *Master Thesis: Extraterritoriality, The Effects Doctrine And Enforcement Cooperation Through Bilateral Agreements With Regards to Antitrust Law*, University of Johannesburg, 2010, p. 29.



v. *United Fruit Co.* (1909) ta có thể nhận thấy rằng Tòa án Hoa Kỳ áp dụng nguyên tắc lãnh thổ theo cách hiểu truyền thống của nó.

United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa 1945): sự ra đời nguyên tắc ngoài lãnh thổ

Nếu như trong vụ *American Banana Co. v. United Fruit Co.* Tòa án Hoa Kỳ tiếp cận nguyên tắc lãnh thổ theo cách hiểu truyền thống, thì trong vụ *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)* nguyên tắc ngoài lãnh thổ hay học thuyết ảnh hưởng lần đầu tiên được áp dụng trong pháp luật cạnh tranh.

Chính quyền Hoa Kỳ khởi kiện *Alcoa* về hành vi lạm dụng vị trí độc quyền trong sản xuất và kinh doanh nhôm, bằng cách thiết lập các-ten với các công ty nước ngoài thông qua công ty con của nó là *Alumium Limited (Limited)* đang hoạt động thương mại ở Canada. Và cho rằng, hành vi này đã ảnh hưởng đến hoạt động nhập khẩu của Hoa Kỳ (hoạt động thương mại giữa Hoa Kỳ với nước ngoài theo quy định tại Điều 1, *Sherman Act*).

Tuy nhiên, Tòa án cho rằng *Alcoa* đã chấm dứt mối quan hệ với *Limited* từ năm 1935, do đó, vấn đề ở đây là xem xét liệu *Limited* có vi phạm *Sherman Act* hay không do hành vi thiết lập các-ten của nó. Bởi vì, *Limited* đang hoạt động kinh doanh ở nước ngoài nên việc xem xét hành vi đó có nằm trong phạm vi điều chỉnh của *Sherman Act* hay không là vấn đề mới mẻ. Thẩm phán *Learned Hand*, khi thụ lý vụ việc, đã xem xét đến những quy định của Hiến pháp Hoa Kỳ liệu có những quy định cho phép mở rộng thẩm quyền ngoài lãnh thổ hay không, và ông đã kết luận: “...quốc gia có quyền quy kết trách nhiệm pháp lý cho những hành vi mặc dù chúng được thực hiện ở nước ngoài nhưng ảnh hưởng đến quốc gia, và thẩm quyền này, nói chung, sẽ được quốc gia khác công nhận...”¹⁰.

Kết luận của *Learned Hand* làm phát sinh một nguyên tắc mới về thẩm quyền thực thi pháp luật cạnh tranh, nguyên tắc ngoài lãnh thổ hay học thuyết ảnh hưởng, đối với hành vi tuy được thực hiện ở nước ngoài nhưng có ảnh hưởng đến thương mại

¹⁰ *US v. Aluminum of America*, 148 F.2d 416, 444 (2nd Cir. 1945) at 443.

Hoa Kỳ. Thẩm phán *Learned Hand* cũng nhấn mạnh rằng: "...Đạo luật Sherman sẽ không điều chỉnh các thỏa thuận hạn chế cạnh tranh mặc dù nó ảnh hưởng đến xuất khẩu và nhập khẩu của Hoa Kỳ, trừ khi hoạt động đó có ảnh hưởng thực sự đến hoạt động xuất nhập khẩu..."¹¹. Khi đó, hai yếu tố được *Learned Hand* đề xuất là ý định (Intended) và ảnh hưởng thực sự (Actual Effects) đến thương mại Hoa Kỳ là hai yếu tố cấu thành học thuyết ảnh hưởng¹².

Học thuyết ảnh hưởng xuất phát từ vụ *Alcoa* có phạm vi ảnh hưởng rất rộng đến các hành vi hạn chế cạnh tranh ở nước ngoài, bởi vì, sẽ là rất khó và có khi là tùy tiện khi xem xét như thế nào về "ảnh hưởng thật sự đến thương mại Hoa Kỳ". Thẩm phán *Learned Hand* cũng khẳng định: "...không nên hiểu rằng cơ quan lập pháp Hoa Kỳ muốn điều chỉnh tất cả những hành vi mà chúng, có khi, không có chút ảnh hưởng gì đến Hoa Kỳ..."¹³. Như vậy, có thể hiểu "ảnh hưởng thực sự" ở đây sẽ là ảnh hưởng cơ bản đến thương mại và ảnh hưởng đến lợi ích của người tiêu dùng Hoa Kỳ. Và, nếu không tồn tại yếu tố "ảnh hưởng thực sự" thì sẽ không tồn tại học thuyết ảnh hưởng theo cách tiếp cận từ vụ việc *Alcoa*.

Có lẽ cách tiếp cận nguyên tắc ngoài lãnh thổ theo cách của *Alcoa* là "hướng mở" cho việc áp dụng linh hoạt pháp luật, tuy nhiên, nó đã gặp sự phản ứng gay gắt từ phía nước ngoài. Tính mới mẻ của nguyên tắc là một trong những yếu tố gây nên sự phản ứng gay gắt đó. Thêm vào đó, cách tiếp cận trong vụ *Alcoa*, thoạt nhìn, là sự áp đặt một cách

rất chung chung theo hướng một chiều từ phía Hoa Kỳ, do đó, câu hỏi đặt ra ở đây là, liệu các quốc gia khác có dễ dàng chấp nhận nguyên tắc ngoài lãnh thổ từ phía Hoa Kỳ?

Timberlane Lumber Co. v. Bank of America (1976): cách tiếp cận cân bằng

Trong vụ *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America*, nguyên đơn, *Timberlane*, đã tiến hành khởi kiện các nhân viên của *Bank of America* về hành vi cấu kết nhằm ngăn chặn *Timberlane* xuất khẩu gỗ sang Hoa Kỳ. Bởi vì, nếu loại bỏ được *Timberlane* thì các doanh nghiệp được *Bank of America* hậu thuẫn về mặt tài chính sẽ chiếm lĩnh thị trường xuất khẩu gỗ ở Honduras. Hành vi cấu kết này bị tố cáo là đã ảnh hưởng đến hoạt động xuất khẩu gỗ từ Honduras sang Hoa Kỳ nên vi phạm quy định của *Sherman Act*¹⁴.

Tòa án địa phương khi thụ lý đã cho rằng, vụ kiện đã vượt quá thẩm quyền của họ vì hành vi mà nguyên đơn tố cáo thuộc thẩm quyền của tòa án nước ngoài, hơn nữa, vụ việc không ảnh hưởng trực tiếp và có thiệt hại vật chất đến thương mại Hoa Kỳ¹⁵. Tòa án phúc thẩm khu vực đã giữ nguyên bản án của Tòa địa phương và lập luận rằng, đây là một vụ kiện dân sự thông thường, không giống như vụ *Alcoa* vì có sự tham gia của quốc gia với tư cách là nguyên đơn, nên việc xác định thẩm quyền ở đây là điều không dễ dàng.

Thẩm phán *Choy* cho rằng, khó có thể giải quyết vụ việc theo cách của *Alcoa* vì nó không xem xét đến vấn đề lễ nhượng quốc tế¹⁶ trong quan hệ giữa các quốc gia. Thẩm

11 *Chú thích 1*, p. 470.

12 *Chú thích 9*, p. 31.

13 *Chú thích 8*, p. 8.

14 Edward L. Rholl, *Inconsistent Application of the Extraterritorial Provisions of the Sherman Act: A Judicial Response Based Upon the Much Maligned "Effects" Test*, 73 *Marq. L. Rev.* 435 (1990), tr 451.

15 *Chú thích 1*, p. 471.

16 Lễ nhượng quốc tế được hiểu là những cử chỉ biểu lộ thái độ thân thiện, lịch thiệp, mến khách, tôn trọng lẫn nhau. Lễ nhượng quốc tế mang tính tự nguyện, không nhất thiết đòi hỏi phía quốc gia được hưởng phải có hành động phúc đáp tương tự. Tuy nhiên, sự có đi có lại thường được hiểu ngầm là đương nhiên phải có. Không tuân thủ lễ nhượng quốc tế có thể bị đánh giá như hành động không thân thiện, nhưng không bị coi là vi phạm cam kết quốc tế và không kéo theo trách nhiệm của quốc gia.

phán *Choy* nhấn mạnh: "...học thuyết ảnh hưởng theo cách tiếp cận của *Alcoa* là không hoàn hảo vì nó không cân nhắc đến vấn đề lễ nhượng quốc tế và nó cũng không xem xét toàn bộ mối quan hệ giữa các chủ thể và quốc gia. Nếu bị đơn mang quốc tịch Hoa Kỳ thì dễ dàng khi áp dụng pháp luật Hoa Kỳ nhưng điều này là phức tạp với đối tượng là người nước ngoài...". Và "...Tòa án Hoa Kỳ phải cân nhắc đến vấn đề về lễ nhượng quốc tế và sự riêng biệt về chủ quyền quốc gia, cũng như xem xét về lợi ích giữa các quốc gia vào những tình huống thực tế khi áp dụng học thuyết ảnh hưởng..."¹⁷.

Cân nhắc đến lợi ích giữa các quốc gia, Tòa án đã đưa ra ba vấn đề cần xem xét để xác định "thẩm quyền hợp lý" là¹⁸:

(i) Liệu vụ việc có ảnh hưởng hay có ý định ảnh hưởng đến hoạt động ngoại thương của Hoa Kỳ?

(ii) Mức độ vi phạm của hành vi đối với những quy định của Đạo luật *Sherman*?

(iii) Và, vấn đề về sự công bằng và lễ nhượng quốc tế, liệu có nên áp dụng thẩm quyền ngoài lãnh thổ trong trường hợp này?

Và cần làm rõ các yếu tố sau¹⁹:

(1) Mức độ vi phạm đến pháp luật hay chính sách nước ngoài;

(2) Quốc tịch của các bên hay nơi đặt trụ sở điều hành của doanh nghiệp;

(3) Việc mở rộng thẩm quyền của mỗi quốc gia có mong đợi đạt được sự đồng thuận từ phía các quốc gia khác;

(4) Ảnh hưởng cơ bản đến thương mại Hoa Kỳ so sánh với các quốc gia khác;

(5) Mục đích rõ ràng gây ảnh hưởng đến thương mại Hoa Kỳ;

(6) Khả năng thấy trước của những ảnh hưởng đó;

(7) Và, mối liên hệ cơ bản giữa hành vi vi phạm được thực hiện bên trong lãnh thổ Hoa Kỳ so sánh với hành vi vi phạm thực hiện ở nước ngoài.

Rõ ràng một điều rằng, việc mở rộng thẩm quyền nếu áp dụng một cách thiếu cân nhắc sẽ ảnh hưởng đến quan hệ quốc tế của chính quốc gia. Tòa án đã nhấn mạnh, việc mở rộng thẩm quyền không được xâm phạm đến chủ quyền, các chính sách về khuyến khích phát triển, đặc biệt, khi chính sách công của quốc gia lại là trụ cột của vấn đề²⁰. Sau khi xem xét các yếu tố nêu trên, Tòa án đã đi đến kết luận: "Khả năng vi phạm chính sách kinh tế và pháp luật thương mại của Honduras là rất lớn... và sự thiếu vắng khi xem xét những chứng cứ về ý định gây ảnh hưởng đến thương mại Hoa Kỳ. Khả năng thấy trước của ảnh hưởng từ những hành vi bị cáo buộc là rất thấp. Hầu hết các hành vi vi phạm được thực hiện là ở nước ngoài. Yếu tố quốc tịch Hoa Kỳ, trong trường hợp này, là chưa đủ cho việc áp dụng pháp luật Hoa Kỳ. Chúng tôi tin rằng không có đầy đủ căn cứ cho việc mở rộng thẩm quyền để áp dụng pháp luật Hoa Kỳ cho vụ việc này"²¹.

Phán quyết trong vụ *Timberlane* đã trở thành án lệ cho các vụ việc sau đó. Tuy nhiên, trong vụ *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp*²² thì việc áp dụng án lệ có một ít thay đổi do sự cân nhắc nhiều hơn đến vấn đề về lễ nhượng quốc tế²³. Tòa án thụ lý vụ *Mannington* đã thêm vào những yếu tố cần thiết phải xem xét, đó là²⁴: (1) sự tồn tại các biện pháp điều chỉnh trong pháp luật

17 Chú thích 1, p. 472.

18 *Timberlane Co. v. Bank of America*, 549 F.2d (9th Cir, 1976) at 615.

19 *Timberlane Co. v. Bank of America*, 549 F.2d (9th Cir, 1976) at 614.

20 Scott A. Burr, *The Application of US Antitrust Law to Foreign Conduct: Has Hartford Fire*

21 549 F.2d (9th Cir, 1976) at 1386.

22 *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d (3d Cir. 1979) at 1287.

23 Chú thích 20, p. 231.

24 *Mannington Mills, Inc. v. Congoleum Corp.*, 595 F.2d (3d Cir. 1979) at 1297-98.

nước ngoài; (2) ảnh hưởng tích cực đến quan hệ đối ngoại; (3) và, liệu các biện pháp giải quyết từ phía nước ngoài có được chấp nhận nếu nó áp dụng ở Hoa Kỳ hay không.

2.4. Đạo luật củng cố ngoại thương và cạnh tranh (FTAIA 1982): giới hạn của nguyên tắc ngoài lãnh thổ

Sau khi xem xét các vấn đề liên quan đến hoạt động thương mại quốc gia, chính sách trả đũa của nước ngoài và sự thiếu thống nhất trong quá trình áp dụng, Hoa Kỳ ban hành Đạo luật củng cố ngoại thương và cạnh tranh (FTAIA) nhằm tạo ra cách tiếp cận hạn chế đối với nguyên tắc ngoài lãnh thổ được quy định trong *Sherman Act*²⁵. FTAIA giới hạn nguyên tắc ngoài lãnh thổ ở hai khía cạnh: phạm vi áp dụng là xuất khẩu (các hành vi được thực hiện ở nước ngoài), tiêu chí để áp dụng là các hành vi phải có ảnh hưởng một cách trực tiếp, gây thiệt hại về mặt vật chất, khả năng thấy trước một cách hợp lý đến hoạt động thương mại trong nước hay xuất khẩu của Hoa Kỳ²⁶.

Do chỉ xem xét đến hoạt động hạn chế cạnh tranh diễn ra ở nước ngoài nên FTAIA không điều chỉnh trong trường hợp nguyên đơn của vụ việc là doanh nghiệp ở Hoa Kỳ và bị đơn, chủ thể thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh, là công ty nước ngoài tuy hành vi đó ảnh hưởng đến thương mại Hoa Kỳ. Và, một điều hiển nhiên, hành vi hạn chế cạnh tranh của các doanh nghiệp nước ngoài không hoạt động kinh doanh ở Hoa Kỳ cũng có thể là đối tượng điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ nếu chúng ảnh hưởng đến thương mại trong nước hay đến xuất khẩu của Hoa Kỳ.

Tuy nhiên, xem xét như thế nào là ảnh

hưởng đến xuất khẩu của Hoa Kỳ lại là vấn đề. Một hành vi hạn chế cạnh tranh diễn ra trên thị trường máy tính ở Châu Âu, được thực hiện bởi các doanh nghiệp Châu Âu, liệu nó có ảnh hưởng đến đến hoạt động xuất khẩu của doanh nghiệp Hoa Kỳ và có thuộc phạm vi điều chỉnh của *Sherman Act*? Với tầm ảnh hưởng to lớn của nền kinh tế Hoa Kỳ trong thời điểm bấy giờ, thì có thể nói rằng, hầu hết các hành vi hạn chế cạnh tranh diễn ra ngoài lãnh thổ Hoa Kỳ, không ít thì nhiều, đều có thể ảnh hưởng đến xuất khẩu của quốc gia này. Điều này đồng nghĩa với tất cả các hành vi hạn chế cạnh tranh đó đều có thể là đối tượng điều chỉnh của *Sherman Act*. Như vậy, nếu hiểu theo cách này thì phạm vi áp dụng theo quy định của FTAIA là rất rộng.

Trên thực tế, FTAIA được các tòa án phúc thẩm cấp liên bang giải thích khác nhau. Theo cách giải thích hẹp, pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ chỉ điều chỉnh đối với các hành vi hạn chế cạnh tranh phát sinh ở nước ngoài gây thiệt hại trực tiếp đến thương mại trong nước. Ngược lại, theo cách giải thích rộng, pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ được áp dụng đối với khiếu nại từ nước ngoài khi hành vi bị khiếu nại cũng gây ra thiệt hại trong nước. Tuy nhiên, Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã đưa ra cách tiếp cận hẹp hơn cho trường hợp này là các hành vi hạn chế cạnh tranh ở nước ngoài phải tác động đến giá cả hoặc thương mại, và ít nhất, phải có ảnh hưởng đến hoạt động thương mại trong nước của Hoa Kỳ²⁷.

Tóm lại, cách tiếp cận của FTAIA rất giống với cách tiếp cận trong vụ *Alcoa (1945)*, tuy nó đã thêm vào yếu tố khả năng

25 Chú thích 14, p. 463.

26 Won-Ki Kim, *U.S. Antitrust Law's Extraterritorial Application and Its Adoption in Korea*, *Singapore Journal of International & Comparative Law*, 2003, p. 392.

27 *International Bar Association, Report of the Task Force on Extraterritorial Jurisdiction*, tr 67, Website: <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=ECF39839-A217-4B3D-8106-DAB716B34F1E>, [cập nhật 8-12-2013].

thấy trước về hậu quả của hành vi hạn chế cạnh tranh, nhưng nó lại không thể hiện được cách tiếp cận cân bằng trong vụ *Timberlane* (1976)²⁸. Tuy nhiên, khi lợi ích các quốc gia có sự đan xen, khi việc duy trì mối quan hệ “hữu hảo” luôn là nhiệm vụ quan trọng trong chính sách đối ngoại của các quốc gia, thì liệu cách tiếp cận của FTAIA có là hợp lý?

2.5. *F. Hoffmann-LaRoche Ltd. v. Empagran S.A* (2004): hài hòa hóa cách tiếp cận của FTAIA

Vụ *Empagran* liên quan đến những thỏa thuận diễn ra ở thị trường thế giới và có ảnh hưởng đến thị trường Hoa Kỳ. Đây là vụ việc phát sinh từ các khiếu kiện của các nguyên đơn từ các nước Australia, Ecuador, Panama và Ukraine tại Tòa án của Hoa Kỳ về các thiệt hại mà các nguyên đơn này gánh chịu ở ngoài nước Hoa Kỳ vì một các-ten quốc tế về giá vitamin có hoạt động ở Hoa Kỳ. Chính vì cho rằng có sự ảnh hưởng đến thị trường vitamin của Hoa Kỳ nên nguyên đơn đã đưa vụ kiện đến Tòa án Hoa Kỳ²⁹.

Tòa án khu vực xem xét vụ việc và cho rằng nó không thuộc phạm vi điều chỉnh của Đạo luật *Sherman* vì nó không đủ các yếu tố liên hệ để áp dụng pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ theo cách tiếp cận của FTAIA. Một trong những yếu tố còn thiếu của sự liên kết này là hành vi ấn định giá không ảnh hưởng *trực tiếp* đến thương mại của Hoa Kỳ. Tòa án nhận định rằng hậu quả của hành vi ấn định giá tác động thực sự và trực tiếp đến thị trường nước ngoài vì vitamin được bán ở thị trường nước ngoài³⁰.

Tòa án tối cao Hoa Kỳ, khi xét lại vụ

việc, một lần nữa khẳng định hành vi ấn định giá ở đây không thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ. Tòa án cho rằng chỉ khi nào nguyên đơn chứng minh được sự ảnh hưởng trực tiếp đến thương mại Hoa Kỳ thì vụ việc mới thuộc thẩm quyền của Tòa án Hoa Kỳ. Ngoài ra, Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã nhấn mạnh vai trò của lễ nhượng quốc tế trong việc thực thi FTAIA. Tòa án cho rằng, để xác định ý định của các nhà lập pháp đối với những quy định về nguyên tắc ngoài lãnh thổ, trong trường hợp có tồn tại sự mập mờ, thì ta nên hiểu theo hướng việc áp dụng nguyên tắc này phải tránh sự xâm phạm bất hợp lý đến chủ quyền của các quốc gia khác³¹. Việc áp dụng FTAIA với mục tiêu giới hạn nguyên tắc ngoài lãnh thổ chứ không phải mở rộng nó, và, FTAIA không thể được giải thích để đưa các thiệt hại ở nước ngoài gây ra một cách độc lập vào phạm vi điều chỉnh của Đạo luật *Sherman*. Phán quyết đã loại bỏ khả năng các nguyên đơn nước ngoài khiếu kiện về các thiệt hại mà họ phải gánh chịu phát sinh từ các hành vi hạn chế cạnh tranh ở ngoài nước Hoa Kỳ.

Vụ *Empagran* đã cho ta thấy cách tiếp cận hài hòa trong nguyên tắc ngoài lãnh thổ, theo đó, có sự kết hợp giữa những yếu tố của *Alcoa* (1945), được bổ sung bởi FTAIA và cách tiếp cận cân bằng trong *Timberlane* (1976). Sự hài hòa ở đây thể hiện cách ứng xử của các quốc gia không chỉ tôn trọng chủ quyền của nhau mà còn là sự cân nhắc đến yếu tố của một thị trường đang toàn cầu hóa - thị trường có sự đan xen giữa các chủ quyền quốc gia³².

28 Chú thích 9, pp. 42-43.

29 Xem: *F. Hoffman-La Roche v. Empagran*, 542 U.S. 155 (2004).

30 Chú thích 8, p. 10.

31 Chú thích 9, p. 67.

32 Chú thích 9, p. 57.



2. Xem xét lại đối tượng điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh Việt Nam

Theo quy định tại Điều 2, đối tượng áp dụng của Luật Cạnh tranh 2004 là các tổ chức, cá nhân kinh doanh (chủ thể kinh doanh) và hiệp hội ngành nghề hoạt động ở Việt Nam. Ở đây, cụm từ “hoạt động tại Việt Nam” được nhấn mạnh nhằm chỉ ra giới hạn cho phạm vi áp dụng của Luật Cạnh tranh. Vấn đề đặt ra là, cụm từ “hoạt động tại Việt Nam” ở đây được hiểu là doanh nghiệp chỉ hoạt động tại Việt Nam hay có thể ở cả Việt Nam và nước ngoài? Hiện nay vẫn chưa có văn bản hướng dẫn cách hiểu thống nhất về cụm từ này, tuy nhiên, nó lại là mấu chốt của vấn đề nhằm xác định liệu pháp luật cạnh tranh Việt Nam có áp dụng ngoài lãnh thổ hay không. Trên thực tế, có thể xảy ra ba trường hợp như sau:

Thứ nhất, trong trường hợp doanh nghiệp vừa hoạt động kinh doanh ở Việt Nam vừa hoạt động kinh doanh ở nước ngoài và hành vi hạn chế cạnh tranh diễn ra ở nước ngoài (hậu quả của hành vi đó ảnh hưởng đến thị trường Việt Nam) thì có thuộc

phạm vi điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh Việt Nam hay không?

Thứ hai, khi doanh nghiệp sản xuất hàng hóa tại Việt Nam nhưng lại tiến hành kinh doanh thị trường nước ngoài thì doanh nghiệp có vi phạm pháp luật cạnh tranh Việt Nam hay không nếu nó thực hiện hành vi hạn chế cạnh tranh ở nước ngoài?

Thứ ba, trường hợp đặc biệt, khi doanh nghiệp nước ngoài không hoạt động kinh doanh ở Việt Nam nhưng hành vi hạn chế cạnh tranh của nó lại ảnh hưởng đến thị trường Việt Nam thì có thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh Việt Nam?

Rõ ràng, để xác định các trường hợp nêu trên có thuộc phạm vi điều chỉnh hay “thẩm quyền” của Luật Cạnh tranh Việt Nam hay không là điều rất khó, bởi vì, ta cần phải nhìn nhận rằng, đối tượng điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh phải là hành vi hạn chế cạnh tranh chứ không phải là chủ thể thực hiện hành vi. Đạo luật *Sherman* quy định rất rõ đâu là đối tượng điều chỉnh của nó, đó là các hành vi, hợp tác hay cấu kết gây cản trở

33 Xem: Điều 1,2, Sherman Act.

đến thương mại giữa các tiểu bang hay với nước ngoài³³, đây là chủ thể thực hiện hành vi vi phạm, và chính chủ thể thực hiện hành vi sẽ bị áp dụng những biện pháp chế tài. Cũng chính vì quy định đối tượng điều chỉnh là hành vi hạn chế cạnh tranh nên sẽ xác định được phạm vi điều chỉnh của luật bằng việc xem xét các yếu tố: nơi hành vi thực hiện - trong nước hay ngoài nước; hậu quả của hành vi đối với thương mại quốc gia...

Pháp luật Việt Nam, ngược lại, phạm vi điều chỉnh lại gắn liền với chủ thể thực hiện hành vi. Quy định như vậy sẽ gây khó khăn cho việc xác định thẩm quyền đối với vụ việc cạnh tranh vì chủ thể kinh doanh có thể hoạt động cả ở Việt Nam và nước ngoài. Vì không xem xét được ý định của cụm từ “hoạt động tại Việt Nam” là như thế nào nên trong hai trường hợp đầu, nếu xét đúng với những gì Điều 2 Luật Cạnh tranh quy định, sẽ thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh Việt Nam vì rõ ràng một điều rằng chúng đang hoạt động ở Việt Nam. Như vậy, trong hai trường hợp này, Việt Nam sẽ có thẩm quyền áp dụng ngoài lãnh

thổ pháp luật cạnh tranh của mình. Trường hợp thứ ba, ngược lại, do doanh nghiệp không hoạt động ở Việt Nam nên không áp dụng pháp luật cạnh tranh Việt Nam, nhưng, đây lại là đối tượng để áp dụng nguyên tắc ngoài lãnh thổ hay học thuyết ảnh hưởng trong pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ.

Kinh nghiệm từ việc áp dụng nguyên tắc ngoài lãnh thổ trong pháp luật cạnh tranh Hoa Kỳ là cần thiết cho việc hoàn thiện pháp luật cạnh tranh Việt Nam, bởi vì, trong bối cảnh toàn cầu hóa kinh tế diễn ra mạnh mẽ như hiện nay, sự tồn tại những ảnh hưởng của một hành vi hạn chế cạnh tranh ở nước ngoài đến nền kinh tế của một quốc gia là điều tất yếu. Việt Nam cần xác định lại phạm vi điều chỉnh của pháp luật cạnh tranh theo hướng lấy hành vi hạn chế cạnh tranh làm đối tượng điều chỉnh để tạo cơ sở rõ ràng hơn cho việc áp dụng nguyên tắc ngoài lãnh thổ. Nhưng, điều cần thiết phải làm hiện nay là đưa ra giải thích cụ thể cho cụm từ “hoạt động ở Việt Nam” để xác định phạm vi áp dụng thống nhất cho pháp luật cạnh tranh Việt Nam ■

Nguyên tắc ...

(Tiếp theo trang 32)

nhắc rằng phải được “người được đại diện đồng ý” mà không mở rộng thêm khả năng người được đại diện “biết mà không phản đối” như được quy định tại Điều 146. Cách quy định như thế này tại Điều 145 được hiểu là ngay cả khi người được đại diện “biết mà không phản đối” thì hợp đồng đối với người không có thẩm quyền đại diện vẫn vô hiệu!

Cuối cùng, BLDS năm 2005 cũng chưa đề cập đến trường hợp một người đại diện trước đó đã có thẩm quyền nhưng nay thẩm quyền này không còn nữa (như quy định tại Điều 112 BLDS Nhật Bản nêu trên).

Trong quá trình xem xét sửa đổi BLDS

năm 2005, các nhà làm luật Việt Nam nên sửa đổi, bổ sung các Điều 145 và 146 theo cách tiếp cận của thông lệ thế giới. Nghĩa là nhà làm luật cần buộc người được đại diện phải chịu trách nhiệm cho hành vi trao quyền của mình nếu hành vi này khiến bên thứ ba ngay tình có cơ sở hợp lý để tin rằng người đại diện có đủ thẩm quyền đại diện cho bên được đại diện thay vì buộc bên thứ ba phải chứng minh rằng người được đại diện đồng ý hoặc biết mà không phản đối như được yêu cầu tại Điều 145 và 146 BLDS năm 2005. Như vậy thì việc bảo vệ bên thứ ba ngay tình sẽ hợp lý và phù hợp thông lệ thế giới hơn. Các nhà làm luật Việt Nam có thể tham khảo các Điều 109, 110 và 112 BLDS Nhật Bản nêu trên khi xây dựng các điều luật cho mình ■